

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep Maria BECH SERRAT, Margarita CASTILLA BAREA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Luis FAJARDO LÓPEZ, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Andrea MACÍA MORILLO, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Albert RUDA GONZÁLEZ**

SUMARIO: *Derecho Civil*: Parte general. Derecho de la persona. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. Derechos reales. Derecho hipotecario. Derecho de familia. Derecho de sucesiones.—*Derecho Mercantil*.—*Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Prescripción extintiva. *Dies a quo* en caso de incoación de proceso penal. Interrupción. Valor de los documentos públicos.—A tenor del artículo 1969 CC, el comienzo del cómputo de la prescripción tiene lugar desde el momento en que se tiene la posibilidad de ejercitar la acción. En los casos de incoación de un proceso penal dicho momento coincide con la notificación al perjudicado del archivo del proceso; si la fecha de la notificación consta en documento público, ésta es la que ha de tomarse como *dies a quo* ya que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1218 CC los documentos públicos hacen prueba del hecho y de la fecha de su otorgamiento aun contra tercero. En consecuencia, la reclamación extrajudicial no produce el efecto de interrumpir la prescripción (art. 1973 CC), si se produce transcurrido un año desde el *dies a quo*, ya que la prescripción ya se habrá consumado (art. 1968.2 CC).

Jurisdicción competente en casos de responsabilidad de la Administración del Estado o local.—La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad de la Administración del Estado cuando ésta actúa como un particular, es decir sin hacer uso del *ius imperii*, es la civil ya que la relación que se crea es de Derecho privado, quedando, por tanto, fuera del ámbito del Derecho público. Esto mismo es aplicable a la Administración local en virtud de la remisión contenida en el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, a los artículos 40 y 41 de la LRJAE, vigente en el momento de producirse los hechos desencadenantes del proceso. (STS de 12 de abril de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El 17 de abril de 1989 un niño cayó en una charca situada en un terreno propiedad del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife; como consecuencia de la caída se produjo el fallecimiento del niño ya que el Ayuntamiento no había realizado las obras necesarias para evitar este tipo de sucesos. Las diligencias penales incoadas a raíz del suceso terminaron por Auto de Sobreseimiento y Archivo dictado por el Juzgado el 23 de noviembre de 1989; recurrido en apelación por doña Lydia M. C., madre del niño, fue confirmado por Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife con fecha de 17 de enero de 1990, siendo éste notificado al procurador de la recurrente el 19 de enero de 1990. El 2 de febrero de 1990 las diligencias penales se archivaron materialmente por Providencia del Juzgado de Instrucción, notificándose al procurador el mismo día. El 31 de enero de 1991 doña Lydia M. C. presenta ante el Ayuntamiento reclamación previa por la cantidad de treinta y cinco millones de pesetas, formulando demanda en reclamación de la misma cantidad el 2 de mayo de 1991. Esta última fue estimada parcialmente por el Juzgado de Primera Instancia. Contra dicha resolución judicial, el Ayuntamiento demandado interpuso recurso de apelación que fue estimado en parte por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife revocando las costas y confirmando el resto.

NOTA.—La competencia jurisdiccional en los casos de responsabilidad de Derecho Privado de la Administración ha sufrido importantes modificaciones en los últimos años. Destaca así, en primer lugar, la LRJPAC, de 26 de noviembre de 1992, que en su artículo 144 dispone que los daños y perjuicios causados por la Administración en actuaciones de Derecho Privado se exigirá conforme al procedimiento administrativo previsto en los artículos 142 y 143 de la misma ley. De dicha remisión al procedimiento administrativo se puede deducir que, en caso de que al particular le sea denegada la indemnización, deberá acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. La LJCA de 13 de julio de 1998 dispuso expresamente en el artículo 2.e) que la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de «la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social». Así mismo el artículo 9.4 LOPJ, de 1 de julio de 1985, ha sido reformado por la LO 6/1998, de 13 de julio, afirmando que los tribunales del orden contencioso-administrativo «conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive». En este caso concreto, la Sala 1.ª del TS se considera competente por aplicación de una ley derogada: la LRJPAE, de 26 de julio de 1957, probablemente por haber ocurrido los hechos en 1989, por tanto cuando ni siquiera había sido promulgada la LRJPAC de 26 de noviembre de 1992.

Por lo que se refiere al artículo 54 de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, su redacción ha sido modificada remitiéndose actualmente a las leyes generales de responsabilidad de la Adminis-

tración, debiendo entender, por tanto, que en materia de competencia jurisdiccional sigue las normas arriba reproducidas. (B. F. G.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Derecho a la sucesión en los títulos nobiliarios. Artículo 14 CE. Improcedencia de la invocación.—El TS, siguiendo el fallo del TC de 3 de julio de 1997, afirma que el Derecho Histórico sobre dignidades nobiliarias no es contrario a la Constitución. En concreto no se puede apelar al derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo del artículo 14 del Texto Fundamental, ya que los nobles no son iguales a los españoles en materia de distinciones y rango social. Como consecuencia de ello la sucesión en la nobleza no se rige por el Código civil ni por las legislaciones forales, sino por su propia normativa. Así, a tenor del Decreto de 4 de junio de 1942, para el orden de suceder se estará a lo dispuesto en el título de concesión y en el caso en que éste no lo concretase se seguirá el tradicionalmente seguido en la materia (art. 5). La tradición jurídica relativa a la sucesión de los títulos nobiliarios se encuentra recogida en la Partida 2, 15, 2, en la cual se dispone que «en igualdad de línea y grado el varón excluye a la mujer». (STS de 26 de marzo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—En virtud de la Real Carta de creación del Título de Marqués de la Bastida, el Rey Carlos IV concedió a don Antonio M. A. y a sus sucesores varones y hembras nacidos de legítimo matrimonio, el citado título nobiliario.

Doña Concepción C. P. interpuso demanda de juicio de mayor cuantía contra don José P. y M., hermano de la madre de la demandante, sobre mejor derecho a la posesión y uso de título nobiliario.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda; contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación por doña Concepción C. P., que resulta estimado. (B. F. G.)

3. Preferencia nobiliaria del varón frente a la mujer. No vulneración del artículo 14 CE.—El TS motiva la sentencia analizada reproduciendo el FJ de la STC 126/97, de 3 de julio; en efecto para el TC la Partida 2, 15, 2, que por el artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820 y el artículo 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948 resulta aún hoy aplicable, no es inconstitucional. La Partida citada dispone que «en igualdad de línea y grado el varón excluye a la mujer». (STS de 10 de mayo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El 24 de agosto de 1680 el Rey Carlos II otorgó el Título nobiliario de Marqués de Villafuerte a don Francisco de M. y L.; la última persona que poseyó y disfrutó legalmente de la citada dignidad nobiliaria fue doña María del Carmen L.-H. y C., fallecida el 2 de octubre de 1987.

Doña María Luisa L. de A. y L. H., hija mayor superviviente de la fallecida, interpuso demanda de mayor cuantía sobre mejor derecho y disfrute de título nobiliario, contra don Luis L. de A. y A.,

hijo del hermano de la actora don Antonio L. de A. y L. H., fallecido el 16 de septiembre de 1988.

En primera instancia fue estimada la demanda, siendo interpuesto recurso de apelación por el demandado. Tras haber sido desestimado dicho recurso, don Luis L. de A. y A. recurrió en casación.

NOTA.—Esta sentencia, junto con la inmediatamente anterior, es exponente del cambio sufrido por la jurisprudencia del TS en materia de sucesión de título nobiliario debido a la STC 126/97. Con anterioridad a dicho pronunciamiento del TC, el TS había sostenido que la preferencia del varón sobre la mujer debía considerarse discriminatoria por inconstitucionalidad sobrevenida. En este sentido destacan las SSTS de 20 de junio de 1987, 10 de noviembre de 1981, 10 de marzo de 1983, 10 de julio de 1985, 27 de julio de 1987, 28 de abril y 21 de diciembre de 1989 y la de 22 de marzo de 1991. La primera de ellas dispone en el FD 3.º que «el orden de suceder en los títulos nobiliarios (...) obliga a respetar determinados criterios objetivos necesarios, que permitan decidir, en cada caso concreto, la persona que ostenta el preferente derecho. Pero tales criterios serán admisibles sólo en la medida en que no se identifiquen con la específica acepción del término discriminación, sinónimo en esta materia de postergar o dar trato de inferioridad a la mujer por el mero e inevitable hecho de serlo (...).» (B. F. G.)

4. Derecho al honor. Denuncia sin mención del denunciado y posterior absolución. No vulneración.—El TS afirma de manera rotunda que no atenta contra el derecho al honor la denuncia sin identificar al denunciado y posterior acusación particular en el proceso penal, aunque finalmente el imputado sea absuelto. (STS de 8 de mayo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La continua sustracción de libros y discos sufridas por *El Corte Inglés*, llevó a don Ramiro G. B., empleado y representante de dicha empresa, a denunciar los hechos; en la denuncia no se determinaba la persona contra la cual ésta iba dirigida ya que se ignoraba la identidad del autor de las sustracciones. La policía practicó un registro en la librería *El Galeón*, situada en Madrid, encontrando en la misma una gran cantidad de libros con la etiqueta de *El Corte Inglés*. Como consecuencia de ello fue detenido y puesto a disposición judicial el propietario de dicha librería, don José Agustín G. P. en calidad de presunto autor de un delito de receptación. El Gabinete de Prensa de la Jefatura Superior de Policía de Madrid facilitó una nota a los medios de comunicación en la que, además de narrar los hechos, figuraba la identidad del detenido.

Las diligencias previas en las que *El Corte Inglés* se personó como acusador particular, se transformaron en procedimiento abreviado del que conoció el Juzgado de lo Penal núm. 21 de Madrid. En el juicio oral abierto por petición del Ministerio Fiscal, formuló acusación, además de este último, *El Corte Inglés*. El procedimiento abreviado finalizó con la absolución de don José Agustín G. P. que formuló demanda por los trámites de los incidentes en defensa del honor y la propia imagen contra *El Corte Inglés*, don Ramiro G. B. y el Ministerio Fiscal. La demanda fue desestimada en primera instan-

cia, siendo igualmente desestimado el recurso de apelación interpuesto por el demandante ante la Audiencia Provincial de Madrid. (B. F. G.)

5. Derecho a la información y libertad de expresión. Delimitación de conceptos. Colisión con el derecho al honor y a la intimidad.—La libertad de expresión se define como la manifestación de ideas, juicios y opiniones; el derecho a la información consiste en dar publicidad a los hechos. Este último es el que prevalece sobre el derecho al honor y a la intimidad cuando las noticias que se difunden o reproducen son veraces y tienen interés público, pero de ninguna manera se puede invocar esta doctrina constitucional para justificar la difusión de hechos, conductas o costumbres de índole exclusivamente privada.

Conducta del dañado. No imputación de las consecuencias a los vulneradores.—La conducta del dañado que agrava el resultado del ataque contra su honor o intimidad no debe redundar en perjuicio de los vulneradores del derecho; por esta razón, si bien el agravamiento del daño no rompe el nexo causal entre las acciones y el daño, la cantidad a abonar por vulneración del derecho debe ser proporcional exclusivamente con el daño producido por la conducta de los vulneradores.

Responsabilidad extracontractual. Solidaridad.—En aquellos casos en que no pueda determinarse la incidencia concreta en el resultado dañoso producido por varias personas físicas o jurídicas, la responsabilidad es solidaria. Dicha solidaridad tiene lugar aunque, como en este caso concreto, se trate de grupos informativos diversos. (STS de 23 de abril de 1999; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La *Sociedad Española de Radiodifusión, S. A.*, y la Entidad Mercantil *Edicrónica*, difundieron por radio y por prensa respectivamente que doña Inmaculada S. G. fue sorprendida el día de su boda realizando el acto sexual con una persona distinta a su esposo. Al día siguiente de la publicación de la noticia por *Edicrónica*, los abogados de los protagonistas de la noticia convocaron una rueda de prensa en la que se negaron los hechos y se divulgaron detalles de carácter familiar.

Doña Inmaculada S. G. formuló demanda sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, contra la *Sociedad Española de Radiodifusión, S. A.*, y don Íñigo M. G. y contra la Entidad mercantil *Edicrónica, S. A.*, don Joaquín A. R., don Antonio M. C. y don José Manuel B. M. El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Almería desestimó parcialmente la demanda y declaró la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la intimidad personal de la actora; los demandados interpusieron recurso de apelación al que se adhirió la actora y que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Almería. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la *Sociedad Española de Radiodifusión, S. A.*, y don Íñigo M. G.; el Alto Tribunal, sin embargo, declara haber lugar en parte al recurso interpuesto por la Entidad mercantil *Edicrónica, S. A.*, don Joaquín A. R., don Antonio M. C. y don José Manuel B. M., casando y anulando parcialmente la sentencia recurrida y revocando parcialmente la dictada en primera instancia.

NOTA.—El derecho al honor se menciona a nivel constitucional en dos preceptos: en el artículo 18, en cuanto derecho sustantivo, y en el artículo 20.4 en cuanto límite de los derechos a la libertad de expresión e información. La contradicción existente entre ambos derechos constitucionales es muy frecuente por lo que la prevalencia de uno u otro debe decidirse en cada caso ponderando las circunstancias concretas. Tal y como ha afirmado el TC en diversas ocasiones, la ponderación que debe llevarse a cabo no debe implicar la aniquilación completa del derecho no prevalente, sino la concordancia práctica de ambos derechos. En este caso concreto, el TS ha aplicado la solución que en la mayoría de los casos adopta el TC para este tipo de conflictos. Así, al tener la libertad de expresión e información el carácter, no sólo de derecho sino también de garantía institucional de una opinión pública libre, suele prevalecer sobre el derecho al honor. La prevalencia, sin embargo, no puede darse si, como en este caso concreto, la información no es de interés público. El TS, además, toma en consideración la conducta del sujeto dañado ya que el ámbito de protección de este tipo de derechos viene determinado en cada caso concreto por el comportamiento de cada persona. (B. F. G.)

6. Derecho a la propia imagen. Definición y limitaciones.—El derecho a la propia imagen se define por el TS de forma negativa y en relación a terceros; afirma el TS que se trata, del «derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto» (FD 3.º). La vulneración del derecho tiene lugar con la captación o reproducción de la imagen del sujeto en cualquier momento de su vida sin su consentimiento. A efectos de valorar si efectivamente se ha producido la vulneración, es indiferente que la imagen sea utilizada para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

El artículo 8.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, recoge los límites al derecho fundamental, teniendo en cuenta el artículo 20.1 CE que reconoce, entre otros, el derecho a la información y la libertad de expresión; así, si la imagen del sujeto aparece de manera accesoria en la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público, la captación o reproducción no supondrá un ataque al derecho a la propia imagen.

Motivación de sentencias.—Las sentencias cumplen el requisito de la motivación aunque no se cite literalmente la normativa legal tenida en cuenta, siempre que ésta se haya aplicado. Basta que en la sentencia aparezca el proceso lógico jurídico que conduce a la decisión del pleito. (STS de 27 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—El diario nacional *ABC* publicó en su edición de Sevilla, el 14 y el 15 de enero de 1990 y en su edición de Madrid, el 24 de julio del mismo año, una fotografía en la cual aparecen don Alfonso Guerra, entonces Vicepresidente del Gobierno, junto a su hermano don Juan Guerra y, en segundo plano, don Fernando C. G., funcionario de policía y perteneciente al servicio de escolta de don Alfonso Guerra. Don Fernando C. G. formuló demanda de menor cuantía sobre derechos fundamentales de la persona ante el Juzgado de Primera Instancia de Sevilla, contra la *Entidad Mercantil Prensa Española, S. A.* En la sentencia de primera instancia se condenaba a la demandada a no publicar la fotografía, desestimando la fijación

del perjuicio realizada por el demandante y cuantificando éste en 300.000 pesetas. El recurso de apelación interpuesto por la demandada fue estimado totalmente por la Audiencia Provincial de Sevilla.

NOTA.—En este supuesto de hecho nos encontramos con uno de los numerosos casos en los que el derecho a la propia imagen colisiona con el derecho a la información. El TC ha afirmado en numerosas ocasiones que el ámbito de protección de aquél se restringe cuando se refiere a personas que ejercen cargos públicos. En este caso concreto el recurrente no ostentaba ningún cargo público pero al aparecer su imagen de manera accesoria en una fotografía tomada por su interés público no se considera vulnerado su derecho. (B. F. G.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

7. Responsabilidad precontractual.—Como para la presencia de responsabilidad extracontractual, entre otros requisitos, se sitúa el concerniente a que el agente a quien se impute el daño haya realizado una acción u omisión contraria a derecho, corresponde analizar si nos encontramos ante esta situación, con la particularidad, además, de que, en materia de responsabilidad precontractual, para que la ruptura de tratos preliminares sea calificada como conducta antijurídica, la doctrina científica exige la concurrencia de los siguientes elementos: *a)* la suposición de una razonable situación de confianza respecto a la plasmación del contrato; *b)* el carácter injustificado de la ruptura de los tratos; *c)* la efectividad de un resultado dañoso para una de las partes, y *d)* la relación de causalidad entre este daño y la confianza suscitada. Para la existencia de la clase de responsabilidad extracontractual expresada es necesaria la creación de una situación de confianza luego defraudada injustificadamente, y, en este caso, no se había producido en ningún momento ese estado de esperanza fundada que hiciera presumir que el contrato se iba a consumir, pues la actuación de la recurrente siempre estuvo supeditada a la concesión de las subvenciones. La pretendida falta de diligencia en la participación de las novedades no es razón para obligar a la recurrente a resarcir unos gastos efectuados por el Ayuntamiento de Alagón por su cuenta y riesgo, y sin seguridad en la plasmación del proyecto. (STS de 14 de junio de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El Ayuntamiento de Alagón y *Doux Ibérica, S. A.*, proyectaban construir un matadero en esa localidad. Para ello, el ente municipal adquirió un terreno que proyectaba vender más tarde a la empresa. Ésta supeditaba la ejecución del proyecto a la concesión de diversas subvenciones oficiales por parte de la Diputación General de Aragón y el Ministerio de Agricultura. Ante el requerimiento municipal para que *Doux Ibérica, S. A.*, se pronunciase sobre cuándo pensaba iniciar las obras, ésta manifestó que aun cuando se obtuviesen las subvenciones, la evolución negativa del sector del pollo desaconsejaba la inversión y que por tanto «era bastante improbable» que iniciase la obra. De hecho, parece que aunque la Diputación estaba dispuesta a financiar la misma, el Ministerio no concedió la ayuda solicitada, que ascendía a 480 millones de pesetas. Según el Ayuntamiento, *Doux Ibérica, S. A.*, había actuado negligentemente, al no informarle de esta circunstancia. Por ello,

interpuso demanda contra la empresa, por la que le reclamaba el resarcimiento por los gastos realizados en vista del proyecto, una suma en concepto de lucro cesante y otra por los daños morales que pretendidamente se habían causado a la Corporación municipal. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda sólo parcialmente, y condenó a la demandada a pagar una suma de 32.112.718 pesetas (frente a los más de 85 millones que pedía la demanda). Ambas partes recurrieron en apelación. La Audiencia Provincial de Zaragoza revocó en parte la sentencia del Juzgado y redujo la condena. De nuevo, ambas partes recurrieron, esta vez en casación. Por los argumentos antes expuestos, el TS estima el recurso de la demandada, desestima el del demandante y casa la sentencia de la Audiencia, con lo cual absuelve a *Doux Ibérica, S. A.*, de todas las peticiones de la demanda.

NOTA.—Esta sentencia tiene un gran interés, tanto por los hechos del caso como por su doctrina. En especial, hay que destacar la enumeración de los requisitos que se entiende que han de concurrir para que exista culpa *in contrahendo* por ruptura de las negociaciones. La misma enumeración, con pocas diferencias, se encontraba en la obra del profesor Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, «Introducción. Teoría del contrato», 5.^a ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 278.

En esta ocasión, la solución final vino facilitada por el hecho de que *Doux Ibérica, S. A.*, había supeditado la ejecución del proyecto a la concesión de unas determinadas subvenciones. Queda abierta, sin embargo, la cuestión de si la evolución negativa del mercado avícola habría justificado la ruptura en caso de obtenerse las mismas. Tampoco se aclara si existe en general un deber de informar a la otra parte de circunstancias como la referida. Además de cuestionar los planteamientos de la sentencia, se ha sugerido que la empresa pudo provocar con sus silencios que el Ayuntamiento tuviese una idea equivocada de los verdaderos riesgos de la operación proyectada (Santiago Cavanillas Múgica, *CCJC* 52, 2000, núm. 1399, pp. 1234-1241). Pese a todo ello, el fallo de la sentencia merece una valoración positiva. Es evidente que el Ayuntamiento realizó los gastos por su propia cuenta y riesgo, puesto que la incerteza propia de la condición excluye la seguridad que está en la base de la confianza justificada. Un problema algo parecido se planteó en la anterior sentencia de 5 de abril de 1999, extractada en este mismo número del Anuario, y a cuya nota se remite. (A. R. G.)

8. **Responsabilidad precontractual.**—No se puede concluir sin más la posible responsabilidad por culpa *in contrahendo*, ya que no se explica ni se intuye que por parte de la demandada se actuase desoyendo la recta actuación que en cualquier fase del *iter* negocial debe presidir la teleología *ad stipulationem*, esto es, obrando bajo los principios de la diligencia y la buena fe, base de la confianza recíproca entre los interesados, porque no existe en esa conducta de la eventual arrendataria posibilidad de apreciar que por su parte se haya actuado con esa falta de buena fe, esto es, que haya actuado maliciosamente, o de mala fe, o lo que es igual, que con su conducta no justificativa se apartase, sin razón alguna, o, caprichosamente, del *iter* negocial así iniciado, por cuanto que esa exigencia de la falta de buena fe está perfectamente

decantada a lo largo de la propia jurisprudencia de esta Sala (S de 26 de febrero de 1994: el prólogo negocial lo constituyen los efectivos y precisos tratos previos, salvaguardados por la buena fe, hasta tal punto de que, en otro caso, se puede producir situación de responsabilidad por razón de la *culpa in contrahendo*. De esta manera se impone tener en cuenta el *iter contractus*, desde la oferta como propuesta de negocio contractual, con todos los elementos esenciales de éste y predominio de su condición de unilateralidad, supeditada a obtener respuesta positiva, hasta la necesaria aceptación por parte del que la recibe y al que se dirige, salvo las inciertas y masivas. El silencio, para tener operatividad obligacional ha de ser considerado en cada supuesto particular, en atención a las circunstancias concurrentes y en todo caso en conexión a la necesidad de haberse dado entre las partes anteriores y continuadas relaciones negociales, que por sí imponen ciertos comportamientos en exigencias de la buena fe). La afirmación de que la demandada no firmó el contrato «por las razones que fuere», no pueden entenderse con el sentido excluyente de la buena fe negocial que se precisa, en general, en todos los contactos prenegociales, y sin que tampoco pueda ser una hipótesis carente de relevancia la afirmación de que los esfuerzos realizados por la actora supusieron un provecho para la parte demandada, «al excluir un tipo de proyecto», siendo esto una posibilidad carente de relieve para determinar que eso supone una actuación de mala fe determinante de la responsabilidad *in contrahendo*. En la práctica, con esa derivación de responsabilidad por *culpa in contrahendo*, la condena declarada de la parte demandada hubiese sido semejante a la que se derivaría de haber considerado tal documento como auténtico contrato.

Perfección del contrato.—Atendiendo al tenor literal del contrato, criterio que ha de prevalecer en toda interpretación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1281 CC, no se habla en ningún momento de «contrato», sino de «presupuesto», y, como tal presupuesto, recoge una serie de conceptos y fija un precio para cada uno de ellos; no se establece ningún pacto relativo a la ejecución de los trabajos, ni a la forma o condiciones de pago, fijando, por último, que la validez de la oferta será de treinta días, cláusula ésta incompatible con un verdadero contrato en que la oferta se haya aceptado en firme. La existencia del «conforme» suscrito por la entidad demandada puede explicarse como una muestra de conformidad con la recepción del presupuesto o con los precios a que hace referencia, pero siempre supeditado a la posterior formalización del convenio. (STS de 5 de abril de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad organizadora de la Exposición Universal de Sevilla en 1992 celebró un contrato de obra con *Industrias BEC, S. A.*, con el objeto de que esta empresa realizase diversas obras en el llamado *Pabellón de la Navegación*. Con este fin, *Industrias BEC, S. A.*, se puso en contacto con el *Centro de Información Técnica de Aplicaciones del Vidrio*, que se encargaría de las vidrieras del citado pabellón. Con posterioridad, se constituyó una nueva entidad, llamada *Cariglas, S. L.*, a la que *Industrias BEC, S. A.*, encargó varios estudios sobre cuestiones técnicas de la obra. Tras más de un año de duración de la relación entre *Cariglas, S. L.*, e *Industrias BEC, S. A.*, ambas partes suscribieron un documento llamado «presupuesto de vidriería», en el que no se hacía referencia a plazos de entrega, forma de pago o garantías. Con posterioridad, *Industrias BEC, S. A.*, comunicó a *Cariglas, S. L.*, que no la subcontrataría, debido a un recorte presupuestario. Esta última entendió

que *Industrias BEC, S. A.*, había incurrido en responsabilidad precontractual, por lo cual interpuso demanda contra ella, en la que reclamaba que se le abonase una determinada suma de dinero en concepto de indemnización de daños y perjuicios producidos por la ruptura de la relación entre ambas empresas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda parcialmente, y condenó a la demandada al pago de 840.000 pesetas, más intereses. La demandante, insatisfecha con la condena, recurrió en apelación. La Audiencia Provincial de Barcelona revocó la sentencia de instancia y aumentó la indemnización a la suma de 4.425.000 pesetas. La demandada recurrió en casación, por entender que su actuación había sido de buena fe. El TS acoge el recurso y casa la sentencia de la Audiencia, pero confirma la del Juzgado de Primera Instancia.

NOTA.—La sentencia viene a considerar que un recorte presupuestario permite a la parte negociadora que lo experimenta romper los tratos con la otra parte. Se sigue así una postura flexible al respecto de si los cambios de circunstancias son justa causa de la ruptura de negociaciones (en la doctrina, María Paz García Rubio, *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 133-134; cfr. Antonio Cabanillas Sánchez, «El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*», *RCDI* 628, 1995, pp. 747-788, p. 764). La sentencia hace suya la doctrina de la STS de 26 de febrero de 1994, en el sentido de reconocer que el principio de buena fe debe servir para imponer un modelo de conducta presidido por las ideas de lealtad y cooperación. Tal vez el Tribunal debería haber ido más allá y reconocer que la parte cuyo presupuesto fue recortado tenía el deber de informar a la otra de este hecho para que estudiase si podía formular una nueva propuesta (al respecto, véase Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, «Introducción. Teoría del contrato», 5.ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 279). (A. R. G.)

9. Cláusula de sumisión expresa. Carácter abusivo.—La renuncia al propio fuero, y la sumisión expresa a otro, realizada en condiciones generales, es una cláusula nula e ineficaz. El razonamiento del Alto Tribunal, antes de la entrada en vigor de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, se fundamenta en el artículo 10.1.c).3.º de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al considerar que dicha cláusula perjudica de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, comportando una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores y usuarios. Advierte el Tribunal que este criterio se puede también inferir de la Directiva 93/13/CEE, aplicable a pesar de no haber sido traspuesta en el momento en el que se promueve el litigio. Actualmente, el mismo criterio está recogido en el apartado IV.27 de la DA 1.ª en relación con el artículo 10 bis, todo ello de la mencionada Ley 7/1998, donde se califica de abusivas las cláusulas de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto de los previstos por la ley. En el caso de autos, el TS otorga la competencia atendiendo al artículo 62.1.º LEC (lugar de cumplimiento), y dado que la entrega debe realizarse en el domicilio del consumidor, el pago deberá verificarse en el mismo lugar (art. 1500, párrafo 2.º CC). Es jurisprudencia conforme con las SSTS de 8 y 30 de noviembre de 1996, 5 de julio de 1997, 20 y 25 de

febrero de 1998; y con la actual legislación, de 4 de mayo y 20 de julio de 1998. (STS de 19 de abril de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El litigio se produce como consecuencia de un impago en una compraventa de libros, encargada por correo mediante el cumplimiento de un impreso denominado «carta-pedido». En éste, en el tipo de letra más pequeño del documento, impreso (y, por tanto, sin posibilidad de modificación por el adquirente), se incluye la cláusula de sumisión expresa a los Juzgados y Tribunales de Barcelona. En uso de la misma, la mercantil *Comercial Salvat Editores, S. A.*, interpone ante los Juzgados de Barcelona demanda de juicio de cognición contra don Luis Borja Ramírez, en reclamación de dicha deuda. La representación procesal de don Luis promueve inhibitoria ante los Juzgados de Alicante y en favor de éstos. Requerido de inhibitoria el Juzgado número 35 de Barcelona, éste dicta Auto acordando no acceder a la inhibición, previo informe en el mismo sentido del Ministerio Fiscal. Las actuaciones son remitidas al TS, quien resuelve en el sentido antes indicado.

NOTA.—El carácter abusivo de este tipo de cláusulas viene siendo admitido por una jurisprudencia constante que arranca de la aplicación de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, se consolida con la aplicación horizontal de la Directiva 93/13/CEE, y finalmente se refuerza con la incorporación de esta última a nuestro ordenamiento, realizada por la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Hace referencia al cambio de razonamientos de la Ley 26/1984, a la Directiva comunitaria, las notas a las SSTS de 12 de julio (1997, 2026 ss.) y 4 de diciembre de 1996 (1998, 1549). Más extensamente sobre el efecto directo de la norma comunitaria pueden verse las notas a las SSTS de 20 de febrero de 1998 (1998, 1293 ss.), y 11 de octubre y 28 de noviembre de 1997 (1998, 474-478, con abundante bibliografía, y donde se considera suficiente la norma nacional para fundamentar el mismo fallo, sin necesidad de acudir a la aplicación horizontal de la Directiva). En el mismo sentido pueden verse los extractos de las SSTS de 31 de enero de 1998 (1999, 855, anotada); 30 de noviembre de 1996 (1998, 1548 s.), y 20 (con nota, 1998, 951 s.) y 25 de noviembre de 1996 (1998, 952). También, más recientemente, las de 27 de abril, cuya nota crítica no compartimos, ya que considera que es necesario ser consumidor para poder esgrimir las normas protectoras frente a las condiciones generales: preferimos el criterio mantenido por la sentencia que entiende que pueden existir condiciones generales en un contrato entre empresarios —en cualquier caso el supuesto es anterior a la Ley 7/1998—, véase Miquel González, José María, «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, 1996, IV, pp. 4941 ss.), y 4, 20 y, muy especialmente, 30 de mayo de 1998 (pp. 1774-1751, 1999). Debe tenerse en cuenta la reciente STJCE de 27 de junio de 2000 (caso Océano Grupo Editorial y otros, véase *La Ley*, 2000, 9507). Ésta, en una cuestión prejudicial sometida por el Juzgado número 35 de Barcelona, establece dos criterios: 1.º que la protección que la Directiva 93/13/CEE otorga implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo cuando exami-

na la admisibilidad de una demanda (fallo 1 y fundamento 29); y 2.º que la exigencia de interpretación conforme requiere que el Juez nacional dé preferencia a aquella norma interna que le permita negarse de oficio a asumir una competencia que le haya sido atribuida en virtud de una cláusula abusiva (fallo 2). La sentencia entiende que lo es, a los efectos del artículo 3 de la Directiva, toda cláusula atributiva de competencia que sea incluida sin que haya sido objeto de negociación individual en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional (recuérdese que la norma nacional es en este sentido más amplia que la Directiva, véase su fundamento 21) y que confiera competencia exclusiva a un Tribunal en cuyo territorio se encuentre el domicilio del profesional, en la medida en que, a pesar de la exigencia de la buena fe, crea, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato (fundamento 24). Puede verse más extensamente el comentario a dicha sentencia de Lete Achirica, Javier, «Las cláusulas de sumisión expresa en contratos con condiciones generales desde la perspectiva del Derecho comunitario», *La Ley*, 2000, 5151. Una reflexión sobre estos problemas, anteriores a esta sentencia, puede encontrarse en Acosta Estévez, J. B., *La tutela procesal del consumidor*, Bosch, Barcelona, 1995, y Mentis, Georgios, *Schranken Prozessualer Klauseln in Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1994. (L. F. L.)

10. Cláusula de sumisión expresa. Carácter abusivo.—La renuncia al propio fuero, y la sumisión expresa a otro, realizada en condiciones generales, es una cláusula nula e ineficaz. El razonamiento del Alto Tribunal, antes de la entrada en vigor de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, se fundamenta en la aplicación directa de la Directiva 93/13/CEE, a pesar de no haber sido transpuesta en el momento en el que se promueve el litigio (art. 3 relac, letra Q de su anexo), y en el sentido de las SSTs de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994 y 12 de julio y 14 de septiembre de 1996. A mayor abundamiento, señala que la misma solución se hubiese obtenido por aplicación de la doctrina del abuso de derecho y por los criterios de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su redacción anterior a la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación, como expone la STS de 13 de noviembre de 1998. Finalmente señala que estos criterios han sido recogidos expresamente en la redacción dada a la Ley 26/1984 (apartado V, núm. 27 de la DA 1.ª) por la Ley 7/1998, que viene a incorporar la citada Directiva a nuestro ordenamiento, como expone más expresamente la STS de 3 de julio de 1998. Siendo abusiva la cláusula de sumisión expresa, y por tanto nula, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 62 LEC, así como al juego de los artículos 1171 y 1500 CC, ya que la mercancía fue remitida a portes pagados. Con este laconismo, el Alto Tribunal parece señalar que a la hora de determinar el lugar de cumplimiento de la obligación, a los efectos de determinar la competencia territorial (art. 62 LEC), debe presumirse que el lugar de entrega coincide con el del pago (art. 1500.2.º CC), lo que viene reforzado por el párrafo 3.º del artículo 1171 del mismo cuerpo legal, al determinar que el pago se llevará a cabo en el domicilio del deudor. La refe-

rencia a los portes pagados probablemente hace referencia a la regla 2.^a de este último artículo. (STS de 19 de mayo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Comercial Salvat Editores, S. A.*, interpone ante los Juzgados de Barcelona demanda de juicio de cognición contra doña Alicia Eiján Moyano, en reclamación de doscientas mil cien (200.100) pesetas, impago producido en una compraventa de libros. La representación procesal de doña Alicia promueve cuestión de competencia por inhibitoria ante los Juzgados de Orense y en favor de éstos. Requerido de inhibitoria el Juzgado número 28 de Barcelona accede a la misma, frente a lo que la mercantil *Salvat* apela ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que revoca la resolución recurrida y declara competentes los Juzgados de Barcelona. El Juzgado de Orense insiste en su inhibitoria, remitiéndose las actuaciones al TS, quien resuelve en el sentido antes indicado.

NOTA.—Véase *supra* la nota a la STS de 19 de abril de 1999, en este mismo fascículo. (L. F. L.)

11. Condiciones generales. Cláusula de sumisión expresa. Carácter abusivo: al no ser negociada individualmente y causar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor.—La Directiva 93/13 CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 (cláusulas abusivas en los contratos suscritos por los consumidores), define y sanciona de ineficacia a las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores. Esta disposición tiene el carácter de norma de obligada transcripción a los derechos nacionales de los Estados miembros, y mientras se lleva a cabo tal establecimiento, los Tribunales judiciales de cada Estado deben actuar como jueces comunitarios. En la citada norma se definen las cláusulas abusivas como aquellas que no se hayan negociado individualmente, y causan un desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y obligaciones de las partes. Este criterio ha sido sustentado por la Ley 26/1984, de 19 de julio (consumidores y usuarios), que en su artículo 10 establece que no procede modificar la citada orientación, más conforme con el artículo 3.1 CC, debiendo los Gobiernos de los Estados miembros crear instrumentos adecuados, jurídicos y de otro tipo, para corregir dichos abusos (SSTS de 11 de octubre de 1997 y 30 de mayo de 1998). (STS de 2 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—En un contrato de prestación de servicios celebrado el 6 de abril de 1989, los firmantes, entre otras cláusulas, estipulan someterse a los Juzgados y Tribunales de Madrid para todos los litigios que pudieran surgir en la interpretación y ejecución del contrato, con renuncia expresa a su propio fuero. Debido al incumplimiento del mismo, los actores reclamaron judicialmente en Madrid. Una vez practicado el emplazamiento de los demandados en el Juzgado de Madrid, se recibió comunicación telegráfica del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Castuera, en la que se les notificaba haber admitido a trámite cuestión de competencia por inhibitoria propuesta por los demandados respecto del pleito seguido por los actores en Madrid, y a la vista de lo así participado, se puso en conocimiento su contenido a la parte actora y se suspendió la sustanciación del procedimiento hasta que se decidiese la cuestión de competencia. El TS entendió que la referida cláusula de sumisión expresa respon-

de a la buena fe y al justo equilibrio de las contraprestaciones entre las partes, sin que quepa tacharla de abusiva ni de contraria al espíritu y finalidad de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

NOTA.—Aquí no se aplicó la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, por ser ésta posterior al procedimiento. (*I. D.-L.*)

12. Condiciones generales. Cláusula de sumisión expresa no firmada por las partes, aunque sí el texto en letra diminuta de aceptación de la misma y otras muchas.—Aplicando los criterios de apreciación estricta e interpretación restrictiva de las condiciones generales, se estima que no aparece el consentimiento de la parte adherente respecto de las condiciones generales ni, por tanto, a la cláusula de sumisión, que ha de reputarse inexistente en el contrato. (**STS de 13 de marzo de 1999.**)

HECHOS.—En el presente caso se plantea la cuestión de competencia por inhibitoria en base a la validez de la cláusula de sumisión expresa que se refleja en los contratos de compraventa de determinadas máquinas vendidas por una entidad mercantil (actora) a la sociedad mercantil demandada. En los contratos, salvo la parte en que constan las prestaciones principales, está impreso en el anverso en letra especialmente pequeña la frase «El comprador acepta íntegramente las condiciones generales de venta impresas al dorso», y al dorso, sin firma alguna, en letra normal, consta la condición 11.ª: «El lugar de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente compraventa es la ciudad de Castellón, sometiéndose las partes contratantes expresamente al fuero y jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de dicha ciudad, con expresa renuncia a cualquier otro que en derecho pudiese corresponderles. Dicha sumisión expresa subsistirá y no se considerará modificada, aunque la sociedad vendedora libre letras de cambio, para facilitar el pago del importe de esta compraventa, que deban hacerse efectivas en el domicilio del comprador».

NOTA.—Hay que tener en cuenta que se aplicaron las normas generales del Código civil y no las disposiciones de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, por ser ésta posterior al procedimiento. (*I. D.-L.*)

13. Integración de la publicidad en el contrato.—Si no se ha cuestionado que en la publicidad que la entidad promotora y constructora utilizó para el reclamo de los compradores existe un área de esparcimiento y ocio, contemplada en el Proyecto Técnico, y en cuya zona de esparcimiento se han construido indebidamente esas tres viviendas, es evidente que por expresa sanción de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 26/1984, General para Defensa de los Consumidores, habrá de respetarse a toda costa los derechos expectantes que constan en el contenido de la oferta publicitaria.

Incumplimiento del contrato.—Es jurisprudencia de esta Sala respecto a quien dejó de cumplir el contrato que ha de estarse en casación a lo resuelto por la Sala de instancia, mientras no se impugne por adecuada vía (SS de 12 de diciembre de 1914, 12 de marzo de 1947 y 7 de enero de 1949). El problema de incumplimiento o cumplimiento del contrato es cuestión de hecho,

pudiendo revelarse la voluntad de incumplir por una prolongada inactividad o pasividad del deudor (S de 10 de marzo de 1983), pero sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión «voluntad deliberadamente rebelde», que sería tanto como exigir dolo (S de 18 de noviembre de 1983), bastando frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes, sin precisarse una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento (SS de 31 de mayo y 13 de noviembre 1985 y 9 de diciembre de 1997). La existencia o inexistencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo, así como la existencia de vicios del consentimiento (art. 1265 CC) y el cumplimiento o no del mismo es cuestión de mero hecho (S de 18 de julio de 1996). (STS de 5 de abril de 1999; ha lugar en parte.)

HECHOS.—*BAMI, Sociedad Anónima Inmobiliaria de Construcciones y Terrenos*, vendió a diversas personas las viviendas que proyectaba construir en una cierta urbanización. En la publicidad relativa a la promoción inmobiliaria se anunciaba que el número de viviendas proyectadas era de cuarenta y dos, y que disfrutarían de un área común de esparcimiento y ocio. Lo mismo se recogió en el proyecto técnico de la obra. La constructora, sin embargo, no sólo edificó las viviendas proyectadas con numerosas deficiencias, sino que levantó sobre esa área tres viviendas más y alteró la distribución de algunas otras. Diversos compradores reclamaron contra la constructora, solicitando la corrección de los defectos, la demolición de las viviendas no proyectadas y que se les pagasen diversas sumas en concepto de indemnización por los perjuicios sufridos a causa de aquella alteración. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda sólo en parte, y su sentencia fue recurrida por ambas partes. La Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.^a, confirmó esta sentencia en cuanto al deber de corregir los defectos, pero suprimió (al parecer sin demasiada argumentación) la indemnización concedida en instancia y absolvió a la constructora de la obligación de demoler. De nuevo, ambas partes recurrieron la sentencia, esta vez en casación. El TS acoge ambos recursos, pero sólo en parte. Condena a la constructora a demoler las viviendas no proyectadas y mantiene las indemnizaciones, pero la absuelve del deber de realizar una de las obras de corrección de defectos. (A. R. G.)

14. Contrato celebrado por quien carece de poder de representación suficiente: la ratificación tácita.—La representación tácita tiene lugar cuando el *dominus*, sin hacer uso de la acción de nulidad que puede ejercitar conforme al artículo 1259 CC, acepta en su provecho los actos ejecutados sin su autorización por el representante, confirmando así el negocio transmissivo.

Registro Mercantil: principio de oponibilidad.—Hasta 1989 lo que se presumía era que todo el mundo conocía el contenido del Registro, pues éste es público para todo el que tiene interés conocido. Desde la reforma de 1989 para destruir la presunción de buena fe del tercero hay que probar que conocía el acto inscrito y no publicado (se produce un desplazamiento de la carga de la prueba, frente a la presunción anterior) (arts. 9 del RRM de 1989 y 21 CCO). (STS de 18 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Un administrador mancomunado de una entidad mercantil vende unilateralmente en documento privado (con transgresión de sus facultades) al actor, un bungaló perteneciente a aqué-

lla. Diez meses después de la venta surgieron discrepancias entre la sociedad y el adquirente, lo que originó que este último demandara a la primera y al administrador mancomunado, solicitando, con carácter principal: 1.º la declaración de su propiedad sobre el bungalow adquirido y 2.º otorgamiento de la escritura pública de venta por parte de la entidad mercantil.

Conviene reseñar que durante el intervalo de diez meses, mencionado en el párrafo anterior, se produjeron los siguientes hechos: abono de reiteradas sumas a los aparentes representantes de la sociedad y para ésta; entrega de llaves al comprador; transferencias del comprador para ir cubriendo parciales amortizaciones de la hipoteca que gravaba el inmueble comprado, en la que se subrogó el adquirente; posesión y uso de la vivienda que ha disfrutado ininterrumpidamente el comprador desde el instante de la entrega inicial; realización de obras ostensibles en el chalé a la vista, ciencia y paciencia de los promotores, y finalmente la ejecución directa de ciertos trabajos por los constructores en el mismo inmueble y cuyo coste fue abonado por el nuevo propietario sin ningún rechazo de parte de los ejecutores materiales.

El administrador mancomunado se allanó a la demanda, la cual prosperó en ambas instancias. El TS no da lugar al recurso de casación planteado por la entidad mercantil.

NOTA.—Tras el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprobó el vigente Reglamento del Registro Mercantil, este principio registral viene recogido en el artículo 9, en iguales términos que en el Reglamento de 1989. (I. D.-L.)

15. **Simulación absoluta. Improcedencia por presunción *iuris tantum* de existencia y licitud de causa.**—Respecto a la primera de las acciones ejercitadas, la de «inexistencia de compraventa, por simulación absoluta, al carecer de causa por inexistencia de precio», se debe partir de la presunción *iuris tantum* de existencia y licitud de causa, que establece el artículo 1277 CC: aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario; cuya presunción es desarrollada y aplicada, entre otras, por las SS de 5 de mayo de 1986, 26 de febrero de 1987, 19 de julio de 1989, 19 de noviembre de 1990 y 23 de julio de 1994. En consecuencia, si las sentencias de instancia declaran rotundamente que no se ha probado la inexistencia de causa y que «no existe prueba alguna que acredite la inexistencia de precio de la compraventa ni que el mismo sea irrisorio» (F. 2.º de la S de la Audiencia Provincial), el demandante, recurrente en casación, sufre la carga de la prueba, es decir, la consecuencia de la falta de prueba de los hechos constitutivos de la acción ejercitada, que no son otros que la prueba de la inexistencia de causa que presume el artículo transcrito del Código civil: por lo que no se ha infringido el artículo 1214 del CC alegado en el motivo tercero, sino que se ha aplicado correctamente. Por tanto, se ha cumplido exactamente el artículo 1277 CC, que establece la presunción *iuris tantum*, al declararse que existe la causa en los contratos de autos, según dicho artículo, por no haberse probado la falta de causa y mantenerse la presunción que esta norma establece: no hay, pues, infracción de dicho artículo, alegado en el motivo segundo.

Rescisión contractual por fraude de acreedores. Requisitos.—Respecto a la acción rescisoria, ejercitada por el demandante recurrente en casación

como subsidiaria a la anterior, por estimar celebrado el contrato de compraventa en fraude de acreedores (el actor) y quedar en el supuesto del artículo 1291, número 3.º, del CC en relación con el 1111 del mismo Cuerpo Legal, se han formulado los motivos cuarto y quinto del presente recurso de casación. La acción rescisoria por fraude de acreedores ha sido concebida en doctrina y jurisprudencia como un remedio *in extremis* –carácter de subsidiariedad (así, SS de 15 de febrero de 1986, 14 de octubre de 1987, 25 de enero de 1989, 14 de diciembre de 1993, 16 de mayo y 28 de junio de 1994 y 10 de abril de 1995)– para evitar el perjuicio que un acto fraudulento le causa al acreedor, en su crédito –requisito de la existencia del crédito (así, SS de 14 de diciembre de 1993, 16 de mayo de 1994 y 10 de abril de 1995)–, el cual debe ser anterior al acto pretendidamente fraudulento, aunque puede ser posterior si se prueba que el acto se ejecutó en consideración y perjuicio del crédito futuro (así, SS de 17 de febrero de 1986 y 28 de junio de 1994). Tal como consta probado en las sentencias de instancia, se incumplen los dos presupuestos enunciados. No se ha probado que el demandante no pueda cobrar de otra manera el crédito, ni se ha acreditado que la codemandada deudora carezca de otros bienes o derechos que las acciones cuya venta se impugna: falta el presupuesto de subsidiariedad, que proclama el artículo 1294 CC. Asimismo, al tiempo de la perfección del contrato de compraventa que ahora se impugna, la vendedora codemandada no era deudora del demandante, es decir, no existía crédito de éste contra aquélla, ya que éste nació años después y no consta que la venta se produjo en consideración y perjuicio del crédito futuro: falla el requisito de la existencia del crédito. Faltan, pues, los presupuestos para la acción rescisoria, por lo que no cabe estimar el motivo cuarto de casación, que se refiere a un punto concreto de ésta y alega infracción de los artículos 1291 y 1294 CC, siendo así que se han cumplido correctamente. No procede entrar siquiera en el análisis del motivo quinto de casación, pues se refiere al plazo de caducidad de la acción rescisoria, que establece el artículo 1299 CC y que se alega como infringido: no es tema a plantear, al estimarse que la acción rescisoria no procede.

Acción individual de responsabilidad contra los administradores de sociedad anónima.—El motivo sexto y último del recurso de casación alega infracción del ordenamiento jurídico por aplicación indebida de los artículos 79 y 81 LSA de 17 de julio de 1951, en relación con el artículo 1902 CC. Se refiere a la responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima según la antigua Ley de 1951, que deriva de la obligación de diligencia que se les impone, en el sentido de que deben gestionar los asuntos sociales con la diligencia adecuada a cada uno de los mismos; la responsabilidad se impone a los administradores que hayan causado un daño por malicia, abuso de facultades o negligencia grave; todo ello según el artículo 79 de dicha Ley. Si el daño se produce en el patrimonio de la sociedad, la acción corresponde a ésta, como establece el artículo 80. El artículo 81 contempla la acción individual a favor de accionistas y de acreedores cuando han sufrido daños directamente indemnizables por la sociedad y requiere un acto del administrador y una lesión directa al patrimonio del accionista o del acreedor, siempre que en aquél concurra la malicia, el abuso de facultades o la negligencia grave. Siendo la base de las acciones ejercitadas por el demandante recurrente en casación el hecho de que no pudo trabarse embargo sobre las acciones de la codemandada deudora, acciones de *Almacenes Villaverde, S. A.*, no aparece, ni consta, ni se aprecia en las sentencias de instancia, los presupuestos de la acción de responsabilidad contra los administradores de esta sociedad; nin-

gún acto se ha acreditado de los mismos, con malicia, abuso de facultades o negligencia grave, que, con nexo causal, haya producido un daño al demandante; el proceso del que derivó, en ejecución de sentencia, el embargo frustrado sobre acciones de la codemandada, nada tiene que ver con la sociedad anónima a la que correspondían aquellas acciones. Las explicaciones que con prolijidad se dan en este motivo del recurso nada acreditan sobre la responsabilidad de los administradores; no se han infringido los artículos 79 y 81 LSA; el motivo debe ser desestimado. (STS de 31 de mayo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiendo sido doña Ana M.^a G. G. condenada a pagar una cantidad a don Nicolás G. G. por una sentencia dictada con fecha 6 de abril de 1988, éste instó el embargo de una serie de acciones en la empresa *Almacenes Villaverde, S. A.*, pertenecientes a la deudora. No obstante, el embargo no pudo hacerse efectivo porque doña Ana M.^a G. G. había vendido las acciones a don Tomás G. P. el día 28 de julio de 1982. Ante tales hechos, don Nicolás G. G. interpone demanda mediante la que ejercita tres acciones: la primera, acción de nulidad del contrato de compraventa de acciones mencionado por simulación absoluta; la segunda, acción rescisoria del mismo contrato por fraude de acreedores; y la tercera, acción individual de responsabilidad de los administradores de la empresa *Almacenes Villaverde, S. A.* La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y la Audiencia Provincial confirma íntegramente esta sentencia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*J. M. B. S.*)

16. Reconocimiento de deuda. Nulidad por simulación absoluta. Invalidez de la dación en pago de la deuda reconocida.—El reconocimiento de deuda es un negocio jurídico unilateral por el que el sujeto declara la existencia de una deuda previamente contraída (así, SS de 20 de noviembre de 1992, 11 de marzo y 30 de septiembre de 1993, 24 de octubre de 1994, 22 de julio de 1996, 5 de mayo y 28 de septiembre de 1998). Se le aplica la presunción de existencia de la causa que proclama el artículo 1277 CC, presunción *iuris tantum* que es posible destruir, si se declara probado que carece de la función objetiva en que la causa consiste y que presupone la realidad de la deuda que reconoce. Las sentencias de instancia han declarado probado que el reconocimiento discutido en el proceso carece de causa —nunca hubo deuda que reconocer— y se declara nulo o más bien inexistente por falta del elemento de causa, esencial en todo negocio jurídico. Cuya inexistencia comporta la invalidez del acto jurídico que es el pago y que en el presente caso fue dación en pago, consistente en la entrega de cuatro inmuebles, *datio in solutum*, de tales bienes, respecto a los que las partes acuerdan que se cumpla la obligación, como prestación distinta de la que era objeto de la misma, forma especial del pago o subrogado del cumplimiento (así, S de 25 de mayo de 1999), que en el presente caso no hubo previa obligación ni, por tanto, pago o dación en pago válido. Por tanto, las sentencias de instancia aplicaron correctamente la normativa de las presunciones en virtud de la cual han declarado probado, precisamente por presunciones, que el reconocimiento de deuda es inexistente por falta de causa y, en consecuencia, la dación en pago consistente en transmisión de cuatro inmuebles. Por ello, estos motivos se desestiman. (STS de 8 de junio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Los cónyuges don Francisco T. P. y doña Rebeca O. B. realizaron un acto de reconocimiento de deuda a favor de doña Ángela María H. H., mediante escritura pública otorgada el día 20 de junio de 1991, y transmitieron a ésta la propiedad de cuatro inmuebles. Interpuesta una demanda por la entidad *Bilbao Bizcaia Kutxa* con el objeto de reconstituir el patrimonio de sus deudores, don Francisco T. P. y/o doña Rebeca O. B., el Juzgado de Primera Instancia la estima: éste declara la nulidad radical del acto de reconocimiento de deuda por simulación absoluta y la invalidez de la transmisión de la propiedad de los inmuebles que el juez califica como dación en pago de la deuda reconocida. La Audiencia Provincial desestima los recursos de apelación interpuestos por doña Ángela María H. H. y don Francisco T. P. y confirma íntegramente la sentencia recurrida. El TS declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por los mismos recurrentes en apelación.

NOTA.—Solicitada la declaración de nulidad radical del reconocimiento de deuda por simulación absoluta, el TS se limita a declararlo «nulo o más bien inexistente por falta de causa, esencial en todo negocio jurídico». Aun habiéndose construido el fenómeno simulatorio atendiendo a la noción de causa falsa (art. 1276 CC) (así, María Carcaba Fernández, *La simulación en los negocios jurídicos*, Librería Bosch, Barcelona, 1986, p. 43), en esta ocasión los argumentos esgrimidos por la sentencia más bien evocan la idea de que en el ordenamiento español sólo se admite la validez del reconocimiento causal y no del constitutivo de deuda (véase Carmen Gete-Alonso y Calera, *El reconocimiento de deuda*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 100-120, 245-249). Siendo irreprochable el razonamiento conforme al que la inexistencia de causa en el reconocimiento de la deuda «comporta la invalidez del acto jurídico que es el pago y que en el presente caso fue dación en pago», acaso el TS hubiera tenido que hacer referencia a una eventual divergencia consciente entre la voluntad declarada por los cónyuges don Francisco T. P. y doña Rebeca O. B. y doña Ángela María H. H. y su voluntad real, así como a unos hipotéticos acuerdo simulatorio y finalidad de engaño. (*J. M. B. S.*)

17. Dación en pago. Inaplicación del artículo 1170.II CC, relativo al pago realizado mediante un efecto mercantil.—La dación en pago es una forma especial de pago en que por acuerdo de las partes se altera la identidad de la prestación (así, S de 5 de octubre de 1987) o lo que se conoce por la doctrina actual con el nombre de «subrogado del cumplimiento», traducción literal de la palabra *Erfüllungssurrogate*. Lo que es importante destacar es su efecto: no siendo un pago *stricto sensu* produce los efectos de éste, que es el cumplimiento de la obligación y la extinción de ésta. Como consecuencia, el artículo 1170 CC no se le aplica; esta norma contempla el pago de una obligación dineraria y en su segundo párrafo prevé que este pago se haga por medio de un efecto mercantil, como la letra de cambio; pero se refiere a pago, es decir, a que el deudor firme un pagaré, extienda un cheque o acepte una letra de cambio, no a que el deudor acuerde con el acreedor la dación en pago, consistente, en vez de cumplir la obligación pecuniaria, en entregar al acree-

dor letras de cambio libradas contra terceros: a este caso no se aplica el párrafo segundo de dicho artículo 1170 CC.

La dación en pago extingue la obligación garantizada por la fianza.—La fianza es la base por la que se ha demandado a don Arturo C. y la esencia de la desestimación de la demanda en las sentencias de instancia ha sido por razón de la extinción de la obligación garantizada, por la dación en pago, tal como prevé el artículo 1847 CC: la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones y la dación en pago es una forma de extinguir la obligación (como contempla la S de 12 de noviembre de 1991, aunque en el caso de ésta no se acepta la aplicación del artículo 1849, pues fue una dación en pago ofrecida no por el deudor, sino por el fiador y aceptada por el acreedor). Si, posteriormente, alguna de las cosas se pierde —inmueble u otra cosa por evicción y efectos mercantiles por impago— la fianza se extingue, tal como dispone el artículo 1849 CC: si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador.

La interpretación del negocio jurídico corresponde al Tribunal de instancia y debe ser mantenida en casación.—El motivo tercero (el primero de los dos terceros), también al amparo del número 4.º del artículo 1692 LEC alega infracción del artículo 1282 CC, al mantener el recurrente que la cesión de las letras de cambio fue un descuento y no una dación en pago; la jurisprudencia ha mantenido reiteradamente que la interpretación del negocio jurídico corresponde al Tribunal de instancia y debe ser mantenida en casación, a no ser que aquélla sea ilógica, absurda o contraria a la ley (así, SS, entre otras muchas anteriores, de 22 de febrero, 5 de marzo, 30 de mayo, 23 de junio y 23 de julio de 1997; 10 y 15 de junio, 28 de septiembre, 9 y 26 de octubre de 1998, lo que no ocurre en el presente caso, sino por el contrario, se acepta la interpretación y la calificación de dación en pago que han hecho las sentencias de instancia. (STS de 25 de mayo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Mediante contrato de fianza, don Arturo C. G. asumió frente al acreedor, *Banco Central Hispano, S. A.*, la obligación de cumplir la deuda contraída por la empresa *Americana de Inversiones, S. A.*, para el caso de no hacerlo ésta. Ulteriores conversaciones mantenidas entre la entidad bancaria y la empresa deudora principal —y otra empresa participada por la misma— culminaron en una dación en pago realizada por la empresa deudora a favor del *Banco Central Hispano, S. A.*, consistente en la «transmisión dominical de inmuebles, la entrega en propiedad de depósitos en efectivo y la cesión de letras de cambio que se hallaban depositadas en la entidad bancaria en garantía». Habiendo resultado impagadas distintas letras de cambio, la entidad bancaria acreedora interpone demanda de reclamación de cantidad frente al fiador, don Arturo C. G. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima las excepciones de falta de legitimación pasiva alegadas por los demandados en reconvencción con base, entre otros motivos, en unas adjudicaciones en pago de la deuda realizadas por las empresas deudoras a favor del *Banco Central Hispano, S. A.* Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provin-

cial confirma íntegramente la sentencia de primera instancia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*J. M. B. S.*)

18. Incumplimiento contractual. Resarcimiento de daños y perjuicios por prolongación en la posesión de lo arrendado una vez extinguido el arrendamiento.—La negativa a desalojar un local arrendado en el momento pactado implica necesaria y notoriamente un perjuicio, debido a que el arrendador quedó obligado a percibir una renta que deviene de un contrato anterior, frente a la nueva renta del mercado que hubiera podido obtener de haber quedado libre el local. Ello supone una situación de incumplimiento contractual provocada única y exclusivamente por una de las partes que determina por sí mismo la obligación reparadora, dado que el solo incumplimiento contractual no excluye la idea de que éste no constituye *per se* un perjuicio o daño, una frustración en la economía del contratante, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato operó en el vacío y sus vicisitudes, en concreto, las conculcaciones de las partes, no habrían de tener ninguna repercusión, pues así se contravendría la fuerza vinculante de los negocios obligacionales y las consecuencias previstas en los artículos 1258 y concordantes del Código civil (SSTS de 30 de septiembre de 1989, 22 de octubre de 1993 y 29 de diciembre de 1998. (STS de 16 de marzo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Don P. R. F., propietario de un local de negocio, lo alquiló a don G. K. el 1 de enero de 1972. Mediante carta de fecha 1 de febrero del mismo año, el arrendatario manifestó su acuerdo verbal con el actor (arrendador), en el sentido siguiente: el contrato tendría un plazo de duración de ocho años, transcurridos los cuales, quedaría totalmente rescindido. Llegado el vencimiento del plazo convenido, las partes estipularon prorrogarlo por otros ocho años, pactando expresamente, y por segunda vez, la resolución del mismo cuando venciese la segunda prórroga. Por fallecimiento del arrendatario se subrogó en su lugar, con el consentimiento del arrendador, la entidad mercantil *K. I., S. A.*, constituida por los herederos del arrendatario.

El actor demandó a la compañía subrogada por haber transcurrido el plazo pactado (sin que la demandada tuviese derecho a la prórroga forzosa, por haber renunciado expresamente a dicho beneficio el arrendatario), solicitando: 1.º la resolución del referido contrato y 2.º el resarcimiento de daños y perjuicios al no haber atendido el requerimiento de desalojo cursado notarialmente. El Juzgado y la Audiencia acogieron sólo el primer pedimento. Prosperó el recurso de casación interpuesto por el actor y se condenó también a la entidad mercantil a indemnizar los daños y perjuicios causados por la negativa a desalojar el local en el momento pactado. (*I. D.-L.*)

19. Excepción *non adimpleti contractus*.—La exigencia del cumplimiento simultáneo de las obligaciones bilaterales y consiguiente excepción *non adimpleti* frente a las reclamaciones abusivas hay que entenderla en sus justos límites. El contraste debe establecerse entre las obligaciones básicas de los contratantes, las que se denominan contraprestaciones, no pudiendo invocar, para excepcionar el cumplimiento contractual, otras obligaciones adicionales, por muy importantes que éstas puedan ser desde el punto de vista ético

y jurídico. La excepción sólo debe argüirse frente a obligaciones del mismo volumen jurídico, ya que su empleo frente a obligaciones de distinta naturaleza violentaría los postulados en los que se apoya esa básica institución de las obligaciones bilaterales. En una compraventa, las obligaciones de cumplimiento simultáneo obligado (salvo que se convenga un aplazamiento con respecto a alguna de las prestaciones) son la entrega de la cosa y el correlativo pago del precio.

Contrato publicitario. Obligaciones cuyo incumplimiento permite a la otra parte oponer la excepción *non adimpleti contractus*.—En un contrato de difusión publicitaria las obligaciones correlativas que pueden parapetarse tras la excepción son la de realizar la campaña publicitaria, a cargo del agente, y la de satisfacer su importe, a cargo del anunciante. Existe además el deber de reserva, exigible a ambas partes, como lo demuestra el artículo 16 de la Ley General de Publicidad, que impone la obligación de sigilo informativo también a los anunciantes, pues, según este precepto, deben abstenerse de utilizar para fines distintos de los pactados cualquier idea, información o material publicitario suministrado por la agencia. También pueden incumplirse estos deberes tangenciales, que no forman parte del núcleo central del contrato. La consecuencia del incumplimiento será la necesaria indemnización de los daños y perjuicios producidos. Desde un punto de vista hipotético, pudiera ocurrir que ambos contratantes observasen una conducta desleal, trasladando indebidamente a terceros una información confidencial; en este caso, si el cliente por ejemplo, reclamase, frente a la otra parte, la indemnización de daños y perjuicios, ésta podría, con toda justicia, oponer frente a la pretendida acción indemnizatoria la excepción *non adimpleti contractus*, con lo que se neutralizarían las contrapuestas acciones indemnizatorias que cada parte podría esgrimir frente a su contraria. (STS de 28 de abril de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—*Star Studios Española, S. A.*, había celebrado un contrato publicitario con la empresa *Saysma, S. A.* Al parecer, el administrador de esta segunda había facilitado a una empresa de la competencia información confidencial, relativa a la rentabilidad de medios y espacios publicitarios difundidos a través de radio y prensa escrita. Por esta razón, cuando *Saysma, S. A.*, reclamó judicialmente a *Star Studios Española, S. A.*, el pago por los servicios prestados, ésta opuso la excepción de contrato no cumplido *ex* artículos 1100 y 1124 CC. El Juzgado de Primera Instancia dio por buenas las alegaciones de que *Saysma, S. A.*, había infringido el principio de buena fe contractual y las leyes de Competencia Desleal y General de Publicidad, y desestimó la demanda. Con posterioridad, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandante y condenó a la demandada a pagar una suma algo inferior a la reclamada. La demandada recurrió en casación. El TS considera como algo evidente que la actuación del administrador de *Saysma, S. A.*, es contraria al artículo 16 LGP. Ahora bien, por las razones expuestas antes, entiende que no procede la *exceptio non adimpleti contractus*, y por ello desestima el recurso. (A. R. G.)

20. Venta de inmueble hecha por precio alzado y como cuerpo cierto. Disminución de cabida cuando ésta se ha expresado en el contrato. Plazo de ejercicio de la acción de rebaja del precio.—No procede aplicar el

plazo previsto en el artículo 1964 CC, de quince años, pues las ventas del pleito se refieren a concretas viviendas a las que se atribuye una extensión superficial (cabida) precisada y por el precio total que se especifica, lo que hace encajables dichas relaciones contractuales en el artículo 1471 CC –venta por precio alzado–, y no en el artículo 1469 CC, al referirse este precepto a las compraventas cuyo precio se fija por unidad de medida o número, pues la circunstancia de expresarse la cabida no desvirtúa la calificación de la compraventa como hecha a precio alzado (SS de 16 de julio y 31 de octubre de 1992 y 12 de diciembre de 1994). Lo que resulta indiferente a efectos de lo que se decide, ya que el plazo de prescripción que el artículo 1472 CC establece rige para los tres artículos precedentes y dicho plazo es el que ha de tenerse en cuenta, ya que el mismo, denominado corto, encuentra justificación en la necesidad de dar seguridad a las transacciones y su procedencia opera desde el momento de entrega del bien.

Simple retraso en el cumplimiento de la obligación.—No todo retraso representa automáticamente incumplimiento contractual, pues esta Sala tiene declarado que la cuestión de cumplimiento o incumplimiento es de índole fáctica y, en cuanto tal, sujeta a la apreciación de los juzgadores, sin olvidar que el simple y breve retraso ha de relacionarse con una voluntad inequívocamente rebelde e incumplidora decisiva (SS de 20 de noviembre de 1984, 7 de julio de 1987, 20 de junio de 1993 y 4 de octubre de 1996). (STS de 30 de abril de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Inke, don Norbert y don Andrés compraron unos apartamentos a *Promotores Amerador, S. A.* Al comprobar que resultaba menor cabida de la expresada en el contrato, interpusieron demanda contra la vendedora, por la que le reclamaban una disminución del precio. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que había estimado la demanda sólo parcialmente, fue recurrida por las dos partes. La Audiencia Provincial de Alicante la revocó y estimó la excepción de prescripción opuesta por la demandada. Los demandantes recurrieron en casación, por entender que el plazo de ejercicio de la acción era el general para las acciones personales, de quince años, del artículo 1964 CC. El TS declara no haber lugar al recurso. (A. R. G.)

21. Compraventa de inmuebles. Resolución del artículo 1504 CC: presupuestos necesarios para su ejercicio.—La resolución por incumplimiento del comprador en la compraventa de inmuebles, a tenor del artículo 1504 CC –el cual es una modalidad singular del 1124 CC para toda clase de obligaciones bilaterales–, tiene, entre sus presupuestos, el requerimiento preceptivamente exigido por dicha norma, además de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, bien entendido que la voluntad incumplidora viene en principio demostrada por el hecho mismo de la inefectividad del precio, contraviniendo la obligación asumida siempre que no medien circunstancias denotadoras de que al adquirente no le es reprochable la falta de la prestación. Dichas particularidades habrán de ser oportunamente alegadas y probadas, todo lo cual entraña cuestiones fácticas sometidas a la ponderación de los Tribunales de instancia, que son sólo susceptibles de censura casacional por la vía establecida al efecto (SSTS de 6 de noviembre de 1984, 28 de noviembre de 1985 y 9 de junio de 1992, entre otras muchas).

El requerimiento del artículo 1504 CC constituye una notificación al deudor obstativa al pago y declarativa de la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato.—El requerimiento del artículo 1504 CC tiene el valor de una intimación referida, no al pago del precio, sino a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculo a este modo de extinguirla, lo que quiere decir que, concurriendo ciertas circunstancias, la resolución se produce de manera automática, pudiendo ejercitarse ya en la vía judicial, ya fuera de ella, a voluntad del acreedor, a reserva, claro es, de que si la declaración de resolución hecha por una de las partes se impugna por la otra, quede aquélla sometida a examen y sanción de los Tribunales, que habrán de declarar, bien hecha la resolución o, por el contrario, no ajustada a Derecho (SSTS de 24 de octubre de 1941, 28 de enero de 1943, 7 de enero de 1948 y 19 de marzo de 1949).

Idoneidad del requerimiento realizado por acto de conciliación.—La intimación al allanamiento del comprador para resolver el contrato resulta plenamente válida si se realiza por acto de conciliación (SSTS de 7 de julio de 1911, 30 de octubre de 1956 y 27 de mayo de 1985), hasta el extremo de que la no asistencia a aquel acto ha de entenderse como una manifestación más de la deliberada voluntad rebelde al cumplimiento (STS de 8 de mayo de 1982).

Naturaleza jurídica del requerimiento. Consecuencias: posibilidad de establecer en el mismo un plazo para el pago.—Habida cuenta de la naturaleza jurídica compleja del acto de requerimiento, es válido aquel en el que se condiciona la resolución contractual al pago de las cantidades adeudadas en un plazo que discrecionalmente concede el vendedor al comprador (SSTS de 1 de junio de 1987, 8 de febrero de 1988, 6 de noviembre de 1991 y 21 de junio de 1996). (STS de 28 de enero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Los vendedores ejercitaron acción resolutoria del contrato de compraventa de inmueble, que habían celebrado con los demandados (compradores). El requerimiento resolutorio se realizó por medio de un notario y por acto de conciliación. La carta-requerimiento notarial, realizada conforme al artículo 1504 CC, contenía, también, la cesión por parte de los vendedores a los compradores de un término improrrogable de ocho días para el pago. El Juzgado, tras declarar en rebeldía a los demandados, estimó íntegramente la demanda. Recurrida por una de las compradoras la sentencia, fue ésta confirmada por la Audiencia. No prosperó el recurso de casación presentado por la apelante. (I. D.-L.)

22. Arrendamiento financiero. Posibilidad del arrendatario financiero para ejercitar directamente la acción resolutoria contra el vendedor.—Debe considerarse costumbre la inclusión de una cláusula en este tipo de contratos por la cual se faculta al usuario (arrendatario) a ejercitar todas las acciones de las que dispone el comprador para la defensa de la cosa, incluidas las dimanantes de la compraventa. Sin una cláusula así, no tendría sentido la exoneración de responsabilidad de la entidad financiera (arrendador) respecto de la utilidad y cualidades del bien entregado al usuario. La primera de las cláusulas se entiende como contrapartida de la segunda, sin la cual esta última sería abusiva y nula, por lo que deben de interpretarse los contratos de arrendamiento financiero, conforme a la integración por vía de costumbre que consagra el artículo 1287 CC, en el sentido de entender incorporada dicha cláusula cuando nada se diga, y, en todo caso, cuando se pacta la referida exo-

neración de responsabilidad de la arrendadora. (STS de 24 de mayo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Don José M. C., ante la necesidad de cambiar tres veces consecutivas el motor de un camión que acababa de adquirir en régimen de arrendamiento financiero (siendo él el arrendatario), decide ejercitar la acción resolutoria frente al vendedor (y, congruentemente, al mismo tiempo, contra el arrendador financiero). Desestimada su pretensión en la instancia y en apelación, prospera sin embargo en casación, donde no corre la misma suerte la petición de indemnización por daños que conjuntamente se pedía, por falta de acreditación de los mismos. (L. F. L.)

23. Arrendamiento financiero. Distinción de la venta a plazos.—Siendo la distinción entre la compraventa a plazos con reserva de dominio y el arrendamiento financiero la existencia de un valor residual significativo del bien arrendado al ejercitar el arrendador la opción de compra, en los supuestos en los que bien dicho valor residual se paga como primer plazo, bien se trata de una cuantía porcentualmente simbólica con respecto al valor del bien financiado, estaremos ante un supuesto de compraventa a plazos, y no de *leasing* o arrendamiento financiero. (STS de 29 de mayo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Trabado embargo sobre un vehículo en procedimiento ejecutivo instado por *Talleres Orvi, S. L.*, contra *Transportes Estepa, S. L.*, y don Javier P., la entidad *Uninter Leasing, S. A.*, interpone tercería de dominio, alegando que se trata de una relación de arrendamiento financiero y que por tanto es ella, la financiera, la propietaria del bien embargado, y que la ejecutada es únicamente arrendataria financiera y que no ostenta por tanto derecho real alguno sobre el vehículo cuya ejecución se insta. Estimada la demanda en la instancia, se revoca este fallo en apelación, confirmando la casación este último pronunciamiento. (L. F. L.)

24. La interpretación de los contratos es función propia de los órganos de instancia, salvo en supuestos excepcionales.—Es reiterada doctrina de esta Sala, cuya notoriedad excusa una cita pormenorizada de la misma, la de que la interpretación de los contratos es función propia de los juzgadores de la instancia, cuyo resultado exegético ha de ser mantenido invariable en casación, a no ser que el mismo sea absurdo, ilógico o conculcador de alguna de las normas de la hermenéutica contractual. Nada de esto último es predicable de la correcta calificación que la sentencia recurrida (en plena coincidencia con la de primer grado) ha hecho de la estipulación H) del documento privado de fecha 12 de febrero de 1979 (que ha sido transcrita literalmente en el apartado 3.º del FJ 1.º de esta resolución), calificándola como una donación de inmuebles hecha en documento privado, ya que en dicha estipulación no se pacta, ni siquiera se insinúa, ninguna contraprestación en favor de doña Antonia T. B., sin que el hecho, aquí aducido por la recurrente, de que la señora T. B. entregara a su hijo don Gabriel G. T. la posesión de los locales comerciales litigiosos pueda tener virtualidad alguna para transformar en contrato oneroso la expresada donación (al no haberse pactado, repetimos, contraprestación alguna en favor de la señora T. B.), y sin que, por otra parte, pueda tampoco tener la más mínima trascendencia, al objeto impugnatorio aquí pretendido

por la recurrente, el hecho de que doña Antonia T. B. hiciera, mediante escritura pública de fecha 29 de enero de 1983, a su otro hijo, don Fausto G. T., una cesión de varios derechos por el precio de trescientas cuarenta mil pesetas, ya que esto no guarda en absoluto relación alguna con el tema litigioso objeto del proceso al que se refiere el presente recurso.

Donación de inmuebles en documento privado. Nulidad absoluta por defecto de forma.—Conforme al artículo 1279 CC, invocado por la recurrente como supuestamente infringido, las partes pueden compelerse recíprocamente a elevar a escritura pública un contrato celebrado mediante documento privado. Mas ese precepto carece en absoluto de aplicación al caso aquí debatido, ya que dicho precepto presupone para su aplicación que se trate de un contrato válidamente celebrado, lo que no concurre en el presente supuesto litigioso, ya que una donación de bienes inmuebles hecha por documento privado (que es el caso aquí contemplado) carece en absoluto de validez, al ser requisito esencial de la misma (*ad solemnitatem*) que se haya originariamente instrumentado en escritura pública (art. 633 CC), lo que aquí no ha ocurrido. (STS de 19 de junio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Antonia T. B. y la empresa *Espiral Penedés, S. A.*, celebraron dos contratos mediante escritura pública, ambos con fecha 18 de abril de 1977, en los que la primera transmite la propiedad de dos parcelas de terreno a la empresa y ésta se obligaba a entregar a doña Antonia T. B. varios locales comerciales a construir en las mismas. Con fecha 12 de febrero de 1979, de una parte, doña Antonia T. B. y sus hijos, Fausto y Gabriel G. T., y, de otra, la empresa *Espiral Penedés, S. A.*, acordaron en el anexo de un documento privado lo siguiente: «F) Que en fecha 18 abril de 1977, se firmaron dos escrituras de permuta [...] G) Que en fecha de hoy, ambas permutas, se reconoce que han sido entregadas a entera satisfacción de doña A. T. H) Que se acuerda que las permutas números 643 y 644 calle Espirall, núm. ... respectivamente, corresponden en propiedad a partir de la fecha de hoy, a su hijo don Gabriel G., con todos sus derechos y obligaciones [...] K) Que en el momento que se precise podrá hacerse un documento o acta notarial que refleje estos apartados». Habiéndole correspondido a doña Antonia T. B. la propiedad de tres locales comerciales en virtud de lo estipulado en los contratos, la esposa de don Gabriel G. —fallecido éste el día 29 de marzo de 1981— interpone demanda solicitando que se declare la validez de la «cesión de las fincas» realizada conforme a la cláusula transcrita del documento privado. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima la reconvencción formulada por la demandada, declarando que la propiedad de las fincas corresponde a doña Antonia T. B. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de instancia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (J. M. B. S.)

25. **Donación modal. Distinción con respecto a la donación remuneratoria.**—La sentencia recurrida asimila la noción de modo a la expresión de un deseo o voluntad del donante que carece de sanción directa, de manera que el incumplimiento del modo únicamente puede dar lugar a la acción de revocación (arts. 647.1.º y 651.2.º CC). El órgano *a quo* parte de un concepto

peculiar de la donación modal que parece referirse al primer inciso del artículo 619 CC (cuando la razón de la donación se halla en los méritos del donatario o en los servicios prestados al donante *siempre que no constituyan deudas exigibles*). Precisamente, las descritas donaciones remuneratorias, en las que el *animus donandi* aparece imperado por un móvil recompensatorio, no permiten, por definición de lo que son servicios prestados o méritos contraídos, que éstos sean exigibles jurídicamente. La verdadera y propia donación modal es aquella en que se impone al beneficiario el cumplimiento de una obligación como determinación accesoria de la voluntad del donante.

Acción de cumplimiento del modo.—Aunque esta obligación no muta la naturaleza del contrato de donación de bienes transformándolo en contrato bilateral, sinalagmático y oneroso, puesto que el gravamen tiene que ser inferior al valor de lo donado, el cumplimiento de la prestación en que consiste el gravamen es exigible y, desde luego, el cumplimiento no queda al arbitrio del donatario. La facultad de revocación de la donación, contemplada por el artículo 647 CC, se apoya en el incumplimiento de la carga, pero no es la única facultad que confiere el incumplimiento de las donaciones modales. También, el incumplimiento genera la posibilidad de exigir simplemente el cumplimiento o sus equivalentes indemnizatorios (S de 19 de enero de 1901, y art. 1101 CC en relación con los arts. 621 y 622 CC). La opción que la aplicación de este criterio concede significa que, ejercitada la acción de revocación por incumplimiento, si ésta se desestima porque se entiende que no hay incumplimiento, ya no es posible acudir a la otra vía. Pero si ejercitada aquella, la sentencia deja imprejuizada la cuestión del cumplimiento, es perfectamente posible acudir a la acción de cumplimiento, si aquella otra ha prescrito. No es aplicable, en este sentido, la doctrina que emana de las SS de esta Sala de 30 de julio de 1996 y 6 de junio de 1998. La doctrina jurisprudencial aplicable es la que contiene la STS de 10 de febrero de 1984, también referente a un supuesto de donación, que mantiene que para que la alteración de la *causa petendi* se produzca es suficiente que aun basándose la segunda acción en el mismo hecho que la anterior (en este caso la realización de una donación de bienes inmuebles), el motivo legal en que la acción se funde sea distinto. En el supuesto debatido, en el primer caso el fundamento legal de la acción consistió en los artículos 634 y 636 CC (nulidad de la donación por inoficiosidad o excesividad de la misma), y en el segundo, nulidad basada en no haber tenido lugar oportunamente la aceptación de alguno de los donatarios (arts. 623 y 633 del mismo Código). (STS de 6 de abril de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Don Marcelino y doña María donaron la propiedad de ciertos bienes inmuebles a su hija, doña Mercedes. La donación se gravó con la carga de que la donataria conviviría con sus padres, les asistiría y cuidaría. Ante el incumplimiento de la misma, los donantes solicitaron al Juzgado que se declarase la revocación de la donación. La pretensión fue desestimada por haber prescrito la acción ejercitada. Los donantes iniciaron un nuevo proceso, en el que reclamaban el cumplimiento de la carga, además de una indemnización por los daños y perjuicios producidos. Aunque esta otra pretensión fue estimada en primera instancia, la Audiencia Provincial de Vitoria estimó el recurso de apelación interpuesto por la donataria y acogió la excepción de cosa juzgada, por entender que entre ambos juicios existía concurrencia de cosas, causas, personas

de los litigantes y calidad con que lo fueron en el sentido del artículo 1252 CC. El TS, ante el cual los demandantes recurren en cascación, estima el recurso por entender que en realidad las causas de pedir son diferentes: la primera sentencia desestimó la demanda por prescripción de la acción de revocación, pero no porque la donataria hubiese cumplido con la carga. Por ello, puede luego reclamarse ese cumplimiento. A ello se une la incorrección de la doctrina aplicada por la sentencia de instancia en relación con el modo, a juicio del TS. En efecto, la Audiencia había interpretado la promesa de la donataria como una mera condición, que recogía un simple deseo del donante, pero cuyo cumplimiento no era jurídicamente exigible. El Alto Tribunal, tras exponer su doctrina en los términos antes recogidos, condena a la donataria a que abone a los demandantes la suma reclamada en concepto de indemnización por incumplimiento. (A. R. G.)

26. Contrato de obra: ruina funcional: Ayuntamiento que contrata con empresa particular: competencia de la jurisdicción civil.—No hay duda en tres cuestiones: la primera, que el contrato de adjudicación de la segunda fase del frontón municipal cubierto, entre el Ayuntamiento y la empresa, es un contrato administrativo, si bien el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no puede resolver una acción dirigida contra un particular que ha cumplido defectuosamente el contrato de obra; la segunda, que la empresa contratista ha producido una ruina parcial en la obra ejecutada, lo que no se cuestiona, ni siquiera en su cuantificación; la tercera, que el Ayuntamiento ha ejercitado la acción de responsabilidad por ruina que prevé el artículo 1591 CC frente a la empresa contratista, y dicho precepto establece un plazo de garantía, con presunción *iuris tantum* de responsabilidad de la empresa contratista, cuando se producen vicios ruínógenos en la obra ejecutada, responsabilidad que es contractual.

Defectos del recurso.—Si se mantiene que la jurisdicción civil no es la competente, el recurso no puede fundarse en el número 4.º del artículo 1692 LEC, sino en el número 1.º, por exceso en el ejercicio de la jurisdicción; y de estimarse, sin entrar en el fondo, se deja a salvo el derecho a ejercitar las pretensiones ante quien corresponda; si se estima un motivo basado en el número 4.º, esta Sala asume la instancia y resuelve el fondo; la parte recurrente parece negar la jurisdicción civil, pero apoya sus dos motivos en el número 4.º Por otro lado, no dice en qué se han infringido las normas administrativas que afirma se han inaplicado; mantiene que el contrato es administrativo, lo cual no se discute, pero ni extrae conclusiones en apoyo de una pretensión que nunca ejerció en el proceso, ni queda claro que la mantenga en el recurso. (STS de 20 de mayo de 1999; no ha lugar.) (G. G. C.)

27. Contrato de arquitecto. Reclamación de honorarios por el Colegio.—El hecho de no haberse presentado en el Colegio la oportuna hoja de encargo (art. 533.2.º LEC y Decreto de 1 de diciembre de 1922, regulador de las tarifas de honorarios profesionales de los arquitectos), no impide la legitimación procesal del Colegio si existe un contrato de arquitecto previo (en el sentido de las SS, citadas, de 23 de septiembre de 1983, 2 de octubre de 1995 y 31 de enero de 1997) y este arquitecto está colegiado (FD 1.º). Esto es, la falta de la hoja de encargo no significa necesariamente falta de legitimación del Colegio de Arquitectos.

Contrato de arquitecto. Desistimiento unilateral del contrato por el dueño de la obra.—No se cuestiona la posibilidad del dueño que encarga la obra de desistir unilateralmente del contrato (art. 1594 CC), cuestión que ni siquiera es objeto de estudio. El único debate en esta *litis* ha sido si procedía o no la indemnización. Al haber sido pactada en el contrato, y no constar que haya sido impugnada oportunamente (a pesar de que unos de los motivos de casación se apoya en la infracción de los arts. 1124 y 1594 CC, y 1894 claramente incorrecto, probablemente error de transcripción), el fallo fue en todas las instancias favorable a la indemnización, sin necesidad de probar daño. (STS de 26 de abril de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Desarrollos Programados, S. A. (DEPROSA)*, encarga al arquitecto don Roberto P. G. el proyecto de un «Club de Campo» en Illescas (Toledo), acordando unos honorarios de 34.266.522 pesetas, incluidos derechos colegiales. Todo ello queda reflejado en el «acuerdo marco» suscrito el 19 de enero de 1989, concretándose en el contrato de 15 de marzo del mismo año, en el que además se recoge una cláusula penal para caso de incumplimiento (deduzco que para caso de no ejecución del proyecto, pero nada se dice en la sentencia) de 59.259.556 pesetas. El proyecto debía realizarse en treinta días a partir del pacto de 15 de marzo. Vencido el mismo, y sin solicitar el cumplimiento, la mercantil comunica la resolución unilateral del contrato el 13 de julio de 1990. El retraso, además de no probarse esencial (entre otras cosas el Plan Parcial de la zona no es aprobado hasta el 22 de abril de 1992), es al menos parcialmente provocado por la propia mercantil, al introducir numerosas modificaciones en el encargo inicial. El Colegio Oficial de Arquitectos de Castilla-La Mancha interpone demanda en reclamación de los referidos honorarios con los intereses a contar desde la interposición de la misma; la indemnización pactada en el contrato, con sus intereses a contar desde la fecha de la sentencia, y las costas del procedimiento. Entre otras excepciones, la demandada alegará que nunca se llegó a firmar la hoja de encargo, documento administrativo que legitima al Colegio para reclamar los honorarios, y que ya ha sido pagada una parte del precio (18.381.052). Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia y el TS coinciden en su fallo de conceder íntegramente lo pedido en la demanda inicial.

NOTA.—Sorprende que el TS haya concedido una indemnización por un elevado montante, toda vez que no es su práctica habitual, y que en este caso resulta evidente que no existe daño indemnizable por dicho valor. La práctica habitual en el contrato de arquitecto es cobrar un 70 por 100 por el proyecto y el 30 por 100 restante durante la ejecución del mismo, en concepto de dirección de obra, y contra certificaciones (práctica que se sigue observando a pesar de la liberalización del sector, que aún no se había realizado en 1989). En nuestro supuesto, la ejecución del contrato hubiese reportado al arquitecto, normalmente, unos ingresos totales cercanos a los 49 millones de pesetas (proyecto y ejecución conjuntamente), y sin embargo sin realizar la ejecución cobra por daños, no acreditados, 59 millones. Probablemente, el TS ha ido muy lejos aquí, pero también es verdad que del estudio de la sentencia no consta que la demandada en instancia y recurrente en casación

hubiese denunciado el pacto indemnizatorio, aunque sí alega infracción del artículo 1594 CC en relación con el 1124 CC, donde debería residenciarse este argumento. (*L. F. L.*)

28. Contrato de préstamo. Responsabilidad solidaria derivada de la voluntad de los contratantes y de la naturaleza de lo pactado.—No es preciso para entender que existió una solidaridad en el contrato que se haga una expresión causal o literal en tal sentido, sino que puede ser estimada su concurrencia por el conjunto de antecedentes demostrativos de que ha sido querido por los interesados aquel resultado económico, siguiendo las pautas de la *bona fides*, en base a la cual la jurisprudencia viene atenuando el rigor del último párrafo del artículo 1137 CC, bastando que aparezca de modo evidente la voluntad de los contratantes de haberse obligado *in solidum* o resulte dicha solidaridad de la propia naturaleza de lo pactado (SSTS de 11 de octubre de 1989, 19 de diciembre de 1991 y 17 de octubre de 1996, entre otras muchas). (**STS de 6 de marzo de 1999**; no ha lugar.)

HECHOS.—Mediante un contrato de préstamo, celebrado en documento privado, don A. M. M. recibió de don J. A. D. B. diez millones de pesetas, con la obligación de devolverlos sin intereses de la siguiente forma: cinco millones el 30 de septiembre de 1990 y el resto el 30 de octubre del mismo año. Como la cantidad prestada no fue devuelta en el tiempo convenido, don J. A. D. B. demandó a A. M. M. y a su esposa para que respondieran del incumplimiento con carácter solidario. Quedó acreditado que la cantidad prestada fue ingresada por el demandado en la cuenta corriente de la que era titular única su esposa (codemandada), aunque esta última no llegó a firmar el documento privado antes mencionado.

El Juzgado estimó parcialmente la demanda al condenar sólo a don A. M. M. La Audiencia revocó este pronunciamiento y condenó solidariamente a los cónyuges. El TS no da lugar al recurso de casación interpuesto por la codemandada. (*I. D.-L.*)

29. Mandato: supuestos de irrevocabilidad.—La irrevocabilidad del mandato deviene no sólo cuando exista pacto expreso que así lo establezca, siempre que tal pacto sea conforme a su finalidad y no esté en contradicción con la moral en cuanto es una manifestación de la renuncia de derechos, sino también cuando el mandato no es simple expresión de confianza o del simple interés del mandante, sino que responde a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que están interesados, no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario y terceras personas; es decir, cuando el mandato es, en definitiva, mero instrumento formal en relación jurídica bilateral o plurilateral que le sirve de causa o razón de ser y cuya ejecución o cumplimiento exige y aconseja la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente por la voluntad de uno solo de los interesados (SSTS de 27 de octubre de 1989, 26 de noviembre de 1991 y 11 de mayo de 1993). (**STS de 30 de enero de 1999**; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1976 don J. S. B., padre de la actora, compra a los demandados un piso y, además, recibe de éstos un préstamo dinerario de 2.100.000 pesetas por un año, prorrogable de año en año, con intereses del 4 por 100. Para garantizar el préstamo el comprador hipoteca la vivienda adquirida con las siguientes particulari-

dades: «podrá ejecutarse extrajudicialmente y, en su caso, serán mandatarios para adjudicar los ejecutantes». Posteriormente, en abril de 1983, fallece don J. S. B. y le sucede la actora, que acepta la herencia pura y simplemente, y reconoce la deuda hipotecaria contraída por su padre. Ya en 1984, la actora arrendó el citado piso (con un anexo en el que se lo vendía a la arrendataria por 3.800.000 pesetas sin poder realizar la venta pactada por motivos ajenos y conocidos por ambas partes). Los prestamistas demandados ejercitaron la acción hipotecaria extrajudicial y, tras la subasta, el piso fue adjudicado a los también demandados don J. L. V. S. y doña G. S. A.

La demandante solicitaba la acción de nulidad de la escritura pública de compraventa otorgada por su causante, la cancelación registral e indemnización de daños y perjuicios. Su demanda no prospera en ambas instancias. El TS no da lugar al recurso de casación. (I. D.-L.)

30. Transacción. Efectos: autoridad de cosa juzgada.—La eficacia de cosa juzgada que el artículo 1816 CC atribuye a la transacción entre las partes ha de entenderse e interpretarse en el siguiente sentido: una vez acordada la transacción, no será lícito exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre generó el pacto transaccional (SSTS de 26 de abril de 1963, 14 de mayo de 1982, 14 de diciembre de 1988, 20 de abril de 1989, 4 de abril y 29 de noviembre de 1991 y 6 de noviembre de 1993).

La regla interpretativa de la transacción recogida en el artículo 1815 CC ordena una limitación de los criterios hermenéuticos.—El contrato transaccional requiere una interpretación estricta y su eficacia no puede traspasar los límites del punto controvertido que constituye su objeto, siendo el artículo 1815 CC un precepto interpretativo especial en relación con las normas generales establecidas en los artículos 1281 a 1289 del propio Código, por ello ha de estar reducida la limitación que el mismo contiene a la determinación del objeto de la transacción, que debe hacerse de un modo expreso o por una inducción de sus palabras. En cambio, esta regla restrictiva no impide que cuando la falta de claridad de sus palabras origine dudas acerca del objeto del contrato, su interpretación ha de llevarse a cabo por medio de las reglas de los artículos 1281 a 1289, dado el carácter complementario del artículo 1815 CC.

El contrato transaccional no queda al arbitrio del propio contratante por recoger que «determinada persona dará el visto bueno a la terminación de la obra».—Ya que se trata de un pacto previsto en el párrafo 1.º del artículo 1598 CC, según el cual, «cuando no conviniera que la obra se ha de hacer a satisfacción del propietario, se entendiend reservada la aprobación, a falta de conformidad, a juicio de peritos». Pacto, por tanto, perfectamente válido y que permite al propietario no prestar su aprobación a la terminación de la obra con la consecuencia que establece el precepto.

Supuestos en que la interpretación de los contratos es susceptible de casación.—Cuando se demuestre que es ilógica, arbitraria o vulneradora de las normas legales (STS de 21 de julio de 1997 y las en ella citadas). (STS de 30 de enero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de una urbanización demanda a una entidad mercantil para que realice las obras necesarias a efectos de subsanar las deficiencias existentes en la urbaniza-

ción, todo ello en base al contrato transaccional suscrito entre ambas partes el 23 de mayo de 1988.

En el Juzgado de Primera Instancia y en la Audiencia es acogida la pretensión de la actora. El TS no da lugar al recurso interpuesto por la entidad demandada. (I. D.-L.)

31. Forma del negocio de sumisión del pleito a arbitraje.—De acuerdo con la práctica jurisprudencial que, inspirada en la filosofía de la Ley de Arbitraje, elude otorgar trascendencia a la forma del contrato de compromiso o convenio arbitral, establece el TS que tal contrato sólo requiere para su constitución la formulación por escrito del consentimiento de la sumisión a arbitraje, siendo indiferente que se establezca como contrato independiente o como cláusula de otro contrato. El consentimiento referido no es necesario, además, que se manifieste mediante una determinada frase o fórmula sacramental, sino que es suficiente con una expresión que contenga la voluntad de someter el pleito a arbitraje. En todo caso, en dicho consentimiento se encuentra implícita la obligación de cumplir esta decisión (a la cual se refiere de forma redundante el art. 5.1 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje), sin que sea necesaria su constancia expresa en el pacto de las partes.

Renuncia al sometimiento del pleito a arbitraje.—Considera el TS, apoyándose en jurisprudencia anterior (STS de 18 de abril de 1998), que el artículo 11.2 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, no establece la renuncia al sometimiento del pleito a arbitraje en el caso de que los demandados se personen en el proceso y contesten a la demanda, siempre que la contestación se realice de forma subsidiaria o *ad cautelam*, habiendo interpuesto previamente la excepción dilatoria de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje. (STS de 1 de junio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—En un contrato de obras se introduce una cláusula por la que se acuerda que las dudas o divergencias suscitadas entre las partes por razón de la obra efectuada deberán dirimirse arbitrariamente. Ante el impago del precio pactado, el contratista interpone demanda solicitando el pago del precio y de otra serie de cantidades. El comitente demandado plantea la excepción de sumisión del litigio a arbitraje y, subsidiariamente, contesta a la demanda. Ésta es estimada parcialmente en primera instancia, condenándose al demandado al pago de una determinada cantidad. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia y aprecia la excepción planteada por el comitente demandado. Ante esta sentencia, el contratista demandante plantea recurso de casación, que es desestimado por el TS.

NOTA.—La LEC 1/2000, de 7 de enero, ha previsto en su DF 8.ª, una nueva redacción para el artículo 11 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, a través de la cual se sustituye lo que antes se disponía respecto de la excepción dilatoria de sometimiento del pleito a arbitraje, por una referencia a la propuesta en forma de declinatoria (que aparece regulada en la LEC en los arts. 63 a 65). Por tanto, a partir de esta nueva redacción, la ausencia de renuncia al sometimiento a arbitraje del pleito queda condicionada a la propuesta en forma de declinatoria, no de excepción dilatoria. (A. M. M.)

32. Arbitraje. Fijación del plazo para la emisión del laudo arbitral.—El TS acepta que las partes de un conflicto cuya solución se haya sometido a arbitraje, fijen un plazo dentro del cual deba emitirse el laudo arbitral, con el fin de alcanzar una pronta y económica solución de la contienda que evite, en principio, la carestía y dilación de un procedimiento judicial (STS de 12 de noviembre de 1992).

Dilación en la emisión del laudo arbitral. Responsabilidad.—Conforme al artículo 16 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, se puede exigir responsabilidad de los árbitros en el caso de que, por dolo o culpa, dicten el laudo arbitral fuera del plazo que hubieran establecido las partes a tal efecto, causándoles con ello un perjuicio. Sin embargo, no cualquier omisión de los árbitros genera su responsabilidad, sino que es preciso acreditar los parámetros de su negligencia. De esta forma, estima el TS que no existe responsabilidad cuando el retraso o la omisión es motivada por hechos inevitables, ajenos a la voluntad de los árbitros, puesto que falta una situación de antijuridicidad dañina intencional, presupuesto indispensable de la responsabilidad conforme a la doctrina alemana de la *Wiederrechtlichen (sic)*.

Doctrina del levantamiento del velo. Contenido y finalidad.—La jurisprudencia reiterada del TS (SSTS de 28 de octubre y 24 de diciembre de 1988, 16 de octubre de 1989, 3 de junio de 1991 y 12 de febrero de 1993) acepta la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, que permite a los órganos judiciales examinar el substrato de determinadas personas jurídicas a fin de evitar este fraude o uso antisocial del derecho. A través de ella se persigue evitar el empleo de la figura de la persona jurídica como medio para perjudicar los intereses de terceras personas, burlando su buena fe.

Doctrina del levantamiento del velo. Modalidades.—Esta doctrina, cuyo origen se encuentra en la jurisprudencia de Estados Unidos (*disregard of legal entity*), presenta dos aspectos que han sido plenamente aceptados en el derecho español. Por un lado, se habla del levantamiento del velo propiamente dicho (*lifting the veil*), que permite una intervención judicial tendente a descubrir la realidad que se encuentra en el núcleo de una persona jurídica, y, por otro lado, se encuentra la llamada rasgadura del velo (*piercing the veil*) que tiende a deshacer la ilegalidad que surge de la realidad subyacente. (STS de 26 de abril de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—En un contencioso sobre reclamación de cantidad entre una serie de compañías mineras, se designan tres árbitros con el encargo de aportar una solución al conflicto, fijando las partes un plazo para dicha tarea. Ante la emisión tardía del laudo arbitral, la compañía minera acreedora interpone demanda reclamando la cantidad que era objeto de la disputa y solicitando la declaración de responsabilidad de los tres árbitros designados por los perjuicios causados por la dilación referida.

La demanda es estimada parcialmente en primera instancia, condenando solidariamente a las dos compañías mineras demandadas al pago de parte de la cantidad reclamada y absolviendo a los árbitros. Recurrida en apelación la sentencia por las tres compañías mineras en conflicto, la Audiencia Provincial desestima los recursos. Esta sentencia es objeto de recurso de casación, que se interpone tanto por los demandantes en primera instancia, que alegan la infracción del artículo 16 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, como por los demandados, que niegan la responsabilidad

solidaria y alegan la infracción de la doctrina del levantamiento del velo. El TS desestima ambos recursos de casación. (A. M. M.)

33. Culpa extracontractual: accidente de trabajo en el interior de mina: amputación traumática de mano al intentar desatascar cabrestante: competencia jurisdicción civil: interpretación de los Autos de la Sala de Conflictos.—El recurso denuncia interpretación errónea de los Autos de la Sala de Conflictos del TS de 23 de diciembre de 1993 y 4 de abril de 1994, pero tales resoluciones no impiden, ni obstaculizan la intervención de los órganos jurisdiccionales civiles en asuntos como el aquí planteado; ciertamente el artículo 1.º de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 atribuye a los órganos jurisdiccionales del orden social, con exclusividad, el conocimiento de los litigios que se promueven dentro de la rama social del derecho, atribución que igualmente se asigna en el actual texto articulado del Real Decreto Legislativo de 1990; pero de la lectura de ambos textos legales se desprende que la materia se encuentra referida a cuestiones que afectan al propio ámbito del contrato de trabajo, que vincula al trabajador y al empresario, y a aquellas otras relacionadas con los conflictos colectivos, la Seguridad Social y las Mutualidades; tal circunstancia vinculante no concurre en el presente caso, en el que lo acontecido fue la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede de la específica órbita del contrato de trabajo, y permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil por el carácter residual y extensivo del mismo, máxime cuando en la demanda se hace referencia al ejercicio de una acción por culpa extracontractual, y cuando el artículo 97.3 del Real Decreto de 1974, establece la compatibilidad entre las prestaciones de la Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo, con las otras que pueden resultar de responsabilidad criminal o civil.

Efectos de la estimación del recurso.—Mientras el Juzgado de Primera Instancia entró en el fondo y desestimó la demanda, la Audiencia Provincial estimó la incompetencia de jurisdicción; y al estimar el recurso de casación por entender aplicable la competencia de la jurisdicción civil, acuerda la devolución de los autos a la Audiencia Provincial para que, con libertad de criterio, entre a conocer el fondo del asunto. (STS de 10 de abril de 1999; ha lugar.)

NOTA.—La sentencia de primera instancia se pronuncia en diciembre de 1993, y aunque ahora ha triunfado la pretensión jurisdiccional del actor, la devolución de los autos a la Audiencia Provincial, con ulterior posible recurso de casación, puede suponer otros cinco años de espera para la resolución definitiva, lo que puede implicar para el obrero lesionado otra forma de *peregrinaje jurisdiccional interno*. No parece funcional la aplicación, en casos como el presente, del artículo 1715.1.º LEC. Se abandona en esta sentencia la decidida doctrina jurisprudencial sobre competencia de la jurisdicción laboral cuando, en el desempeño del contrato de trabajo, se infringen medidas de seguridad (sentada en SSTS de 10 de febrero y 20 de marzo de 1998, siendo en ambas Ponente Martínez-Calcerrada, en ADC 1999, núms. 38 y 39, con resultado de lesiones y de muerte, respectivamente; ambas sentencias constituyen, a mi juicio, doctrina legal, que quiebra la línea tradicional, como escribí en nota a las mismas, *loc. cit.* pp. 1327 ss.). La sentencia ahora

extractada formalmente se muestra respetuosa con los autos de la Sala de Conflictos, pero la distinción que introduce entre los *quehaceres laborales* y la *órbita del contrato de trabajo* parece artificiosa y difícil de establecer. Otras sentencias que reiteran la doctrina tradicional: 11 de diciembre de 1997 (accidente en refinería por realizar trabajos de soldadura); 17 de febrero de 1999 (muerte por caída de andamio); 17 de abril de 1999 (lesiones en accidente minero). (G. G. C.)

34. Culpa extracontractual: muerte y lesiones en colisión de ferrocarriles de vía estrecha ocurrida en 1984: negligencia de uno de los conductores: competencia civil: derecho transitorio.—La responsabilidad deviene del actuar del Estado en una relación de derecho privado, por lo que ha de aplicarse el artículo 41 LRJAE de 1957, vigente al tiempo de los autos, precepto que hay que relacionar con el artículo 106.2 CE, conforme a la reiterada doctrina jurisprudencial que autoriza la aplicación del artículo 1902 a supuestos como el presente (SSTS de 23 de noviembre de 1990, 8 de febrero de 1994 y 3 de julio de 1995, entre otras); sin que pueda dejarse de lado que, con el Estado, se demandó a la Generalidad Valenciana, y a particular, en cuyos supuestos, al existir vínculo de solidaridad entre ellos, resalta la competencia exclusiva de la jurisdicción civil por su *vis atractiva*, criterio reforzado por el principio de unidad jurisdiccional (art. 117 CE), así como por el carácter residual de la jurisdicción civil (SSTS de 2 de febrero de 1987, 28 de abril de 1992, 2 de junio de 1993 y 26 de diciembre de 1996).

Legitimación residual del Estado.—Se alega falta de personalidad del Estado en esta materia de Ferrocarriles de Vía Estrecha, toda vez que FEVE está dotada de personalidad jurídica, y patrimonio propio, y es independiente de la Administración Pública de base territorial, estatal o autonómica, por lo que debe asumir las responsabilidades derivadas del accidente de autos; conviene decir que FEVE no fue demandada y sí los Ferrocarriles de la Generalidad Valenciana (FGV), debiendo aclararse que el Estado no hizo abdicación total de sus deberes de control y asunción de responsabilidades consecuentes al crear FEVE en 1972, por lo que, cuando el Real Decreto de 1986 produjo el traspaso a la Comunidad Valenciana de los servicios ferroviarios explotados por FEVE en dicha Comunidad, creándose en 1986 la entidad FGV, el Estado se hizo cargo del coste de las sentencias jurídicas pronunciadas con anterioridad al traspaso, lo que, en todo caso, exigía la notificación a la Administración del Estado, en tiempo y forma del proceso, «a efectos de que en tiempo hábil pueda personarse debidamente». Con ello se reconoce e instaura legitimación pasiva suficiente del Estado. (STS de 6 de mayo de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—No resulta socialmente ejemplar ver al Abogado del Estado intentar eludir a toda costa la responsabilidad de este último, ante la complejidad legislativa resultante de la trasferencia competencial a la Comunidad Valenciana en materia de ferrocarriles de vía estrecha, lo que se agrava en presencia de las circunstancias que luego señalaré. Ha sido un acierto del Ponente Villagómez-Rodil, desentrañar y aclarar la maraña legislativa para poner en primer término la responsabilidad ocurrida en un momento en que no se había traspasado todavía esta competencia. Lo que sorprende es la *notable dilación*, pues ocurridos los hechos en 1984, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia se dicta en 1992, y la de la Audiencia

Provincial en 1994. Ocurre que las víctimas son una familia de extranjeros (no se dice el país), presumiblemente turistas, falleciendo a la madre y resultando heridos los cuatro hijos; no creo que este retraso contribuya al prestigio internacional de España, ni a una buena opinión sobre el funcionamiento de sus servicios públicos. A ello se añade –y ello no es, ciertamente, culpa de la sentencia– que la demanda interpuesta en 1988 fija sumas que hoy consideramos extraordinariamente bajas (seis millones por la muerte y poco más de cuatro millones por las lesiones causadas a cuatro hijos de la fallecida). Justicia tardía (sentencia firme recaída quince años después de los hechos) e indemnizaciones casi ridículas. En general, jurisprudencia sobre la materia: S de 3 de abril de 1998, *ADC* octubre-diciembre de 1999, pp. 1776 ss.; S de 23 de abril de 1998, *id.*, pp. 1778 s., y S de 30 de abril de 1998, *id.*, pp. 1779 s. (G. G. C.)

35. Culpa extracontractual: sustracción de vehículo aparcado en zona reservada de hotel: artículo 1902 CC.—Toda responsabilidad derivada de acto ilícito, según constante e incontrovertida doctrina jurisprudencial, exige la concurrencia exacta de los siguientes requisitos: *a*) una acción u omisión ilícita; *b*) la realidad y constatación de un daño causado, y *c*) un nexo causal entre el primero y el segundo requisitos. En la presente *litis*, no hay duda alguna de que hubo una omisión culposa en la seguridad del hotel al ser sustraído un vehículo de la zona de aparcamiento específica del mismo, sin que se haya logrado su recuperación, y que dicho vehículo tenía un valor venal de 11.386.928 pesetas en aquel momento, y que dicha omisión es la que ineludiblemente ha producido el perjuicio valorado.

Unidad de la culpa civil: doctrina general.—Como dice la STS de 18 de febrero de 1997, conocidas son las dificultades de la delimitación del campo propio de la responsabilidad civil por culpa extracontractual y culpa contractual, dificultades que en muchas ocasiones –como ocurre en el presente caso– tienen por causa que el mismo hecho dañoso configura tanto un supuesto normativo como otro, lo que determina, en términos procesales, un concurso de normas coincidentes en una misma pretensión, fijada en lo sustancial por la unidad de los acontecimientos históricos que justifican el *petitum* indemnizatorio. Con excepciones, la doctrina civilista actual sostiene que sería erróneo considerar que si el perjudicado ha fundamentado su demanda de indemnización sólo en normas de responsabilidad contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia por cambio de la causa de pedir si funda la decisión en normas de culpa distintas de las invocadas. La *causa petendi* que con el *petitum* configuran la pretensión procesal, se define por el relato de hechos y no por la fundamentación jurídica que, en casos de culpa, no vincula al Tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación, de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la congruencia, aunque cambie el punto de vista jurídico.

Facultad de opción del perjudicado.—Según STS de 1 de abril de 1994, el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea, al mismo tiempo, incumplimiento de una obligación contractual, y violación del deber general de no causar daño a otro; no es bastante que haya un contrato entre partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado, y como desarrollo del contenido negocial (STS de 9 de marzo de 1983); las acciones

pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una u otra, e, incluso, proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas del concurso de ambas responsabilidades que más se acomodan a ellos, todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible (STS de 15 de febrero de 1993).

Iura novit curia: no hay cambio de demanda.—Amparada una determinada pretensión procesal en unos hechos constitutivos de la *causa petendi*, en términos tales que admitan, sea por concurso ideal de normas, sea por concurso real, calificación jurídica por culpa, bien contractual, bien extracontractual, o ambas conjuntamente, salvado el carácter único de la indemnización, no puede absolverse de la demanda con fundamento en la equivocada o errónea elección de la norma de aplicación aducida sobre la culpa, pues se entiende que tal materia jurídica pertenece al campo del *iura novit curia*, y no cabe eludir por razón de la errónea o incompleta elección de la norma el conocimiento del fondo, de manera que el cambio del punto de vista jurídico en cuestiones de esta naturaleza no supone una mutación del objeto litigioso. En el presente caso se ha de afirmar que la parte recurrente —antes demandante y apelante— estaba legitimada *ad causam* para iniciar el presente proceso, aun a pesar de no haber fundamentado *ab initio* su pretensión desde el punto de vista jurídico en el ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual. (STS de 8 de abril de 1999; ha lugar.)

NOTA.—En atención a su valor venal (superior a once millones de pesetas) hay que deducir que el coche sustraído era de marca superior, o de lujo. La doctrina ampliamente expuesta no supone novedad en relación con la posibilidad de ejercicio acumulativo de ambas acciones por el perjudicado. Cabe conjeturar que, en el caso, la opción por la responsabilidad extracontractual que hace la Sala 1.^a, puede estar motivada por la dificultad de encuadrar los hechos en los artículos 1783 y 1784 CC (cfr. el incisivo comentario de Badosa Coll, a estos preceptos, en *Com.Min.Justicia*, II, pp. 1696 ss.). Los hoteles de cierta categoría suelen ofrecer como servicio complementario el de aparcamiento de vehículos, que unas veces es gratuito y otras se factura aparte; también es variada la forma de prestarla (local cerrado y controlado en el mismo edificio del hotel, o en otro próximo; plazas reservadas de aparcamiento público o privado, cercano al hotel; aparcamiento en la vía pública cercano al edificio del hotel, con vigilancia, o sin ella, etc.). Nada se especifica en el presente caso, ni tampoco si la empresa hotelera había dictado normas de precaución (las *prevenciones* del art. 1783 CC) para los usuarios del aparcamiento. Lo único que parece claro es que la sustracción no se produjo *a mano armada* ni por obra de los empleados. Véase, sin embargo, la STS de 3 de mayo de 1999 en que la Sala 1.^a advierte *mutatio libelli* cuando se ejercita la acción del 1902 CC y la Audiencia Provincial condena con base en responsabilidad contractual. (G. G. C.)

36. Culpa extracontractual: incongruencia: *mutatio libelli*: sentencia que aplica responsabilidad contractual.—La parte actora ha ejercitado una acción derivada del artículo 1902 CC reclamando las bajas y perjuicios causados a una ganadería de reses bravas de los demandantes durante la presencia de aquella en determinada finca vendida por los actores a uno de los

demandados; pero la sentencia de apelación fundamenta su fallo condenatorio en las previsiones contractuales acordadas por las partes, y aprecia la presencia de un caso de culpa contractual, siendo evidente que al juzgar ha existido cambio de acción, y, en su consecuencia, se ha hecho efectiva la situación de indefensión que el artículo 24.1 CE prohíbe al entrañar la decisión de instancia un pronunciamiento sobre materias no debatidas en el proceso, y respecto de las cuales no existió la necesaria contradicción. (STS de 3 de mayo de 1999; ha lugar.)

NOTA.—Los actores reclaman una indemnización que excede de los setenta y siete millones de pesetas por las bajas y perjuicios sufridos en la ganadería de reses bravas de su propiedad, durante la presencia de aquella en determinada finca, vendida a uno de los demandados. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente la apelación, con base en previsiones contractuales, condenando al pago de casi veintinueve millones. La sentencia (ponencia de García Varela) estima el recurso de casación y confirma la del Juez de Primera Instancia. La exposición de hechos básicos resulta extraordinariamente concisa: parece que hay, en efecto, la venta de una finca, y, asimismo, los daños sufridos por una ganadería de los actores *durante la presencia* en aquella; pero sólo caben conjeturas, suponiendo que esa presencia se produce precisamente después de consumada la venta; ¿cuál es el agente causante de los daños? ¿la acción del hombre? ¿una contaminación de las aguas o el mal estado de los pastos? ... En todo caso, aunque parece claro que *inter partes* mediaron relaciones contractuales, los actores no las invocan, si bien, de alguna manera, tales relaciones trascendieron a la prueba. En el FD 2.º se argumenta con la doctrina jurisprudencial de la prohibición de la *mutatio libelli*, y de la incongruencia de las sentencias, sin perjuicio de recordar la también conocida doctrina sobre acumulación de la responsabilidad contractual y extracontractual, que, sin embargo, se excluye en este caso. La parquedad fáctica impide pronunciarse sobre el acierto de la sentencia. (G. G. C.)

37. Culpa extracontractual: muerte por electrocución en trabajos de fumigación aérea; compatibilidad entre las indemnizaciones civil y laboral.—Es doctrina reiterada de esta Sala —salvo puntualísimas excepciones más bien basadas en la especialidad del caso—, la que establece la compatibilidad de la indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante de acto culposo, pero siempre proclamando que la jurisdicción ordinaria no viene o está vinculada a la laboral, de donde se deduce que son compatibles la indemnización de tipo laboral por accidente de trabajo y que asume la Seguridad Social, con aquella otra derivada de actos culposos o negligentes del patrono originantes de acción aquiliana.

Negligencia del empresario en la actuación del «señalero» en tareas de fumigación aérea.—El trabajo del operario accidentado consistía en el manejo de una pértiga de aluminio de 8,44 metros de longitud, con un círculo destellante en el extremo superior, que debía ser izada a cada paso del avión que vertía el líquido fitosanitario, para que el piloto advirtiera a través de los reflejos de la parte superior de la barra metálica, el lugar que debía fumigar; tras cada paso del avión los señaleros tenían que bajar la pértiga y caminar con

ella en horizontal, dando 35 pasos para levantarla de nuevo y dejarse ver; al lado del pinar que se estaba fumigando, existe una línea de alta tensión elevada 7,20 metros del suelo. Al permitir al asalariado la utilización de las referidas pértigas metálicas superlativamente conductoras de electricidad, de casi 8,50 metros de largo en un lugar en que se sabía que había unos cables transportadores de electricidad de alta tensión, a una altura de 7,20 metros, supone, por parte del empleador la omisión de normas inexorables o aconsejadas, y no prever lo que pudo y debió ser previsto para evitar que los riesgos potenciales se conviertan en un accidente real mortal; ello constituye una acción culpable que encaja en el artículo 1902 CC. (STS de 18 de mayo de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—Sin perjuicio de hacer una referencia —a todas luces, innecesaria— a la evolución tan reiterada de la jurisprudencia en materia de culpa extracontractual (aunque aquí novedosamente se dice en FD 1.º, que *desde luego es incuestionable que la jurisprudencia del TS, en concreto la de esta Sala, y sobre todo la más actual, tiende hacia el establecimiento emblemático de la responsabilidad objetiva, en la derivada de los eventos concretados en el artículo 1902 CC, declaración obiter* pues la Sala 1.ª más bien ha declarado lo contrario, así en STS de 7 de abril de 1998 ha dicho que nunca ha establecido como absoluta y radical la responsabilidad objetiva), la sentencia extractada, con base en la resultancia fáctica, clara y contundente, no puede menos de constatar la existencia de un hacer culposo en esta compleja operación de fumigación aérea. Se han incumplido medidas elementales de seguridad, con resultado mortal. Nuevamente hay que llamar la atención sobre el no seguimiento de la nueva doctrina legal a propósito de la competencia de la jurisdicción laboral. (G. G. C.)

38. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: muerte de detenido en calabozo municipal tras la visita del Forense: actuación conforme a la *lex artis ad hoc*.—Resulta probado que el detenido, ingresado por orden judicial, fue atendido en dependencias municipales por un practicante y dos médicos, uno de ellos fue la Médico Forense, la cual durante tres cuartos de hora, no cometió error de diagnóstico, y siendo correcta la prescripción de medicamentos, falleciendo el paciente unas horas después por causa de asfisia mecánica ocasionada por un edema de glotis, secundario y complicativo de una amigdalitis séptica aguda (científicamente conocida como *epiglotis aguda*), de evolución rápida y fulminante; se deduce que la Forense no incurrió en responsabilidad médica sino que actuó conforme a la *lex artis ad hoc*, debiendo revocarse la sentencia de la Audiencia Provincial que la condenó a abonar una indemnización a la madre del detenido.

Ausencia de responsabilidad del Ministerio de Justicia.—No cabiendo apreciar acto ilícito ni responsabilidad en la persona de la Médico Forense, tampoco procede condenar solidariamente con ella, al Ministerio de Justicia, por lo que debe estimarse el recurso, revocando la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

Competencia civil: régimen transitorio.—Habiendo ocurrido el hecho antes de la entrada en vigor de las leyes de procedimiento y de la jurisdicción contencioso-administrativa vigentes, se aplica la doctrina jurisprudencial que era pacífica en el sentido de que, formulada demanda contra particulares y la

Administración, la jurisdicción a la que corresponde conocer del asunto es la civil. (STS de 13 de abril de 1999; ha lugar.)

NOTA.—Sentencia notable por varias razones (Pte.: O'Callaghan Muñoz): contiene una minuciosa y precisa descripción de hechos (FD 1.º); pedagógicamente expone lo que puede considerarse la *doctrina general* de la responsabilidad médica (FD 2.º); por último, finaliza con el análisis de los motivos alegados por cada uno de los recurrentes. Interesa saber que la madre del fallecido reclamaba, de modo solidario, una indemnización de 25 millones de pesetas al Ayuntamiento (de quien depende el Depósito Municipal de detenidos), a los facultativos intervinientes y al Ministerio de Justicia; mientras el Juez de Primera Instancia absolvió a todos los demandados, la Audiencia Provincial estimó parcialmente la demanda contra la Médico Forense y el Ministerio de Justicia, al tiempo que reducía a doce millones la indemnización solicitada. El fallecido, de veinte años de edad, era drogadicto activo con grave adicción a la heroína, y planteaba el día de autos tres problemas físicos: el del síndrome de abstinencia, el de una anterior herida en un brazo, y el de un dolor de garganta. La discrepancia fundamental entre la Audiencia Provincial y la sentencia de la Sala 1.ª radica en que la sentencia de aquélla destaca las inidóneas condiciones de un Depósito municipal de detenidos para tratar al fallecido, y en haber confiado en personal no sanitario (policía local) el cuidado del detenido, siendo aconsejable un ingreso hospitalario donde hubiera tenido mayor amplitud de medios técnicos y humanos; y, al no haberlo prescrito así, declara la culpa médica de la Forense. Pero la STS, en FD 4.º, sostiene contrariamente que, en presencia de una enfermedad correctamente diagnosticada, adecuadamente tratada, y que, como tal enfermedad, no precisaba internamiento hospitalario, no cabe forzar la valoración de la conducta de la Forense hasta límites superiores a lo razonable, ni puede exigirse una actuación desproporcionada. No cabe olvidar, por un lado, que la última palabra sobre la situación carcelaria del fallecido, correspondía al Juez de Instrucción, quien no fue demandado; y, por otro, que entre lo conveniente, lo aconsejado y lo necesario, hay cierto margen de apreciación. (G. G. C.)

39. Responsabilidad por riesgo: doctrina general.—Para la aplicabilidad de la doctrina del riesgo a los daños producidos por una conducta humana, es preciso que los mismos sean producidos en una actividad peligrosa, aplicándose por esta Sala con un sentido limitativo, no a todas las actividades de la vida, sino sólo a las que impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios, siendo muy de tener en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado, ello ha de tener influencia manifiesta desde el punto de vista de la regulación, lo que indudablemente resulta por aplicación de los principios de justicia distributiva, conmutativa y social, así como de la seguridad jurídica.

Nexo causal: doctrina de la causalidad adecuada.—Para la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión —causa—, y el daño o perjuicio resultante —efecto—, la doctrina juris-

prudencial viene aplicando el principio de la causalidad adecuada, que, según STS de 31 de enero de 1992, exige la determinación de si la conducta del autor del acto, concretamente la conducta generadora del daño, es generalmente apropiada para producir un resultado de la clase dada, de tal manera que si la apreciación es afirmativa, cabe estimar la existencia de un nexo causal que da paso a la exigencia de responsabilidad; siendo precisa, además, la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que se haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo.

Daños por explosión de bengala sustraída de depósito municipal cerrado: la conducta del menor lesionado, causa determinante del daño: inexistencia de responsabilidad por riesgo.—No puede afirmarse que el depósito en locales municipales cerrados y no abiertos al público, de las tres bengalas de señalización para usos náuticos, constituya una actividad que implique un riesgo considerablemente anormal para terceros, que no tenían acceso al recinto, pues las precarias condiciones del cerramiento del local no pueden considerarse como antecedente necesario o causa originaria del daño producido, que sólo es efecto del proceder negligente de los menores que, forzando la puerta de entrada a las dependencias municipales, se apoderaron de una bengala, y procedieron a su manipulación golpeándola con una piedra, a fin de extraer la pólvora que contenía, lo que produjo la explosión causante de las lesiones de uno de ellos; la conducta del lesionado es la única causa necesaria del daño habido, siendo la única que tiene virtualidad suficiente para ello, eliminando cualquiera otra. (STS de 29 de mayo de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—No deja de sorprender la demanda interpuesta contra un Ayuntamiento vizcaíno reclamando cincuenta y tres millones de pesetas en concepto de indemnización por las graves mutilaciones que el actor mismo había sufrido al manipular una bengala náutica que él había sustraído de un depósito municipal cerrado; demanda que, sin embargo, fue parcialmente acogida por el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Bilbao, aunque reduciéndola a algo más de diecinueve millones de pesetas. Es de aprobar la sentencia desestimatoria del recurso de casación interpuesto contra la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Bilbao que, en apelación, revocó aquélla. La doctrina general sobre la responsabilidad por riesgo, que se expone *animus docendi*, también es de aprobar (Pte.: Gil de la Sierra). La solución hubiera sido probablemente diferente si el daño se hubiera producido respecto de terceras personas, ajenas a la sustracción; es probable que el hecho hubiera tenido que extraerse del ámbito de aplicación de la responsabilidad por riesgo, y, al tratarse de un hecho complejo, y en el conjunto de concausas hubiera debido ser considerada la conducta del Ayuntamiento almacenando no adecuadamente las bengalas náuticas, si bien la mayor culpabilidad hubiera recaído en el menor causante de la explosión y, en su caso, en sus padres o tutores por culpa *in vigilando*. (G. G. C.)

40. Culpa extracontractual: accidente de trabajo: muerte de obrero por desplome del montacargas: responsabilidad por riesgo: omisión de medidas de seguridad: prohibición formal incumplida: cierre del recinto.—En materia de accidentes de trabajo procede aplicar la doctrina de la res-

ponsabilidad por riesgo (SSTS de 24 de enero y 11 de febrero de 1992, 10 de marzo y 9 de julio de 1994, 8 de abril y 7 de noviembre de 1996), y ello obliga a acreditar a quien se imputa algún actuar imprudencial, el haber adoptado todas las medidas a su alcance para evitar la producción de daños que el riesgo establecido lleva en sí mismo y resultan previsibles, con las mayores posibilidades de evitarlos, si las prevenciones aseguradoras que se adopten resultan las técnicamente adecuadas por su capacidad y eficacia; de este modo hay que calificar de insuficientes, aparentes y meramente formales, como resulta en este caso, el cartel prohibitivo de uso que se presenta como la única medida de prevención, y es más bien convencional y hacia el exterior, para figurar observancias de medidas de seguridad, cuando en muchas ocasiones los trabajadores utilizaban el elevador con el consentimiento tácito de la empresa; la medida adoptada resultó, en la práctica, liviana, no agotadora y sin intensidad aseguradora suficiente para evitar la causación del riesgo, cuando la empresa contaba con medios más aptos, más seguros y a la vez disuasorios de la iniciativa de los operarios, consistentes en haber procedido al cierre del recinto que impidiera el acceso al montacargas. (STS de 15 de abril de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—No sé si la medida sugerida por la sentencia a la empresa, resulta ser la adecuada. Habría que preguntarse por la razón de ser de un montacargas, que, incluso, suele coexistir en su funcionamiento con el ascensor, en la obra ya terminada; en fase de construcción, el uso más seguro sería establecer el acceso limitado y controlado al montacargas (autorizado, por ej., sólo para personal especializado, y estar aquél dedicado exclusivamente al transporte de materiales, y no de personas en general). Por lo demás, otro ejemplo de doctrina tradicional. (G. G. C.)

41. Culpa extracontractual: accidente de trabajo: muerte por electrocución al elevar el volquete del camión y hacer contacto con cables de alta tensión: concurrencia de conductas culposas: responsabilidad solidaria.—El contratista, para quien trabajaba la víctima, debía cuidar de la seguridad de las obras, para que se realizasen a la pertinente distancia del tendido eléctrico existente; asimismo la Compañía eléctrica ha interferido la relación de causalidad por cuanto que fue advertida por la Administración del peligro resultante de la elevación del terreno por causa de las obras, para que modificase el tendido, y no lo hizo; la Junta de Andalucía, pese a tener conocimiento del peligro y de que llegó a aprobar las obras un año después del aviso, sin embargo nada hizo por su realización ni por impulsar que las hicieran las otras partes implicadas; por último, la propia conducta de la víctima coadyuvó al daño, pues estaba advertido del riesgo, y en aquel lugar donde paró su camión-volquete se había prohibido estacionar, e, incluso, transitar.

Nexo causal: doctrina de la causalidad adecuada.—La doctrina de la causalidad adecuada permite comprender dentro de su ámbito aquellas conductas que, de alguna manera, tienden a contribuir a la producción del resultado dañoso, siempre y cuando que tales conductas tengan un matiz culpable; de aquí que, atendiendo al relato de los hechos, no cabe negar a la Junta de Andalucía su inclusión en la relación de la causalidad adecuada, en razón a la conducta omisiva antes referida; el innegable quehacer imprudente de la víctima no puede, sin embargo, entenderse como factor a tener en cuenta en una concurrencia de culpas; por último, a las interferencias de la empresa cons-

tractora y la Compañía eléctrica no es dable atribuirles, alcance suficiente para exonerar de responsabilidad a la Junta de Andalucía. (STS de 20 de mayo de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—En este accidente de trabajo hay un evidente incumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo. Por lo que parecería adecuado invocar la competencia de la jurisdicción laboral, según el giro producido en 1998 en la doctrina de la Sala 1.^a; es verdad que el Juzgado de Primera Instancia aprecia falta de jurisdicción civil en relación con la Junta, pero parece que lo hace en favor de la jurisdicción contenciosa al demandarse a esta última (curiosamente, el Juzgado de Primera Instancia divide la continenencia de la causa pues, entrando en el fondo, absuelve a los demás demandados). La Audiencia Provincial, en cambio, condenó a todos los demandados, aunque redujo el *quantum* de la indemnización de casi cuarenta y nueve millones, a catorce. El TS rechaza el recurso interpuesto por los demandados (Pte.: Barcala y Trillo-Figueroa). Aunque hay cierta confusión en la argumentación de la sentencia parece que las razones para desestimar el recurso son de peso; por un lado, hay un ejemplo de lentitud burocrática que no desemboca en medidas eficaces para suprimir el peligro real existente en una zona de la carretera en construcción; por otro, hay negligencias omisivas, sucesivas y concurrentes, por parte de la Compañía eléctrica y la empresa constructora; también la víctima contribuyó al resultado dañoso, deteniéndose en lugar de paso prohibido, procediendo a elevar el volquete del camión que conducía, hasta producirse el contacto fatal con los cables de alta tensión. Sentencia de aprobar. (G. G. C.)

42. Culpa extracontractual: accidente de trabajo: lesiones al pisar un obrero la cinta transportadora: error cometido por otro operario.—El error cometido por el otro trabajador al pulsar un botón inadecuado, fue lo que causó las lesiones sufridas por su compañero, incidiendo en el ámbito de la *culpa in vigilando* que correspondía a la empresa, de suerte que a la circunstancia de encontrarse en ese momento el accidentado en la cinta transportadora —aunque nadie se lo hubiera ordenado—, no puede concedérsele la categoría de una interferencia en la relación causal, y tan sólo cabe asignarla un valor influyente del comportamiento de la víctima en el resultado dañoso.

Responsabilidad por el hecho de otro: culpa in vigilando o in eligendo de la empresa.—La responsabilidad por hecho ajeno prevista en el artículo 1903 CC, ya se base en intervención de *culpa in eligendo* o *in vigilando*, requiere como elemento ineludible una relación jerárquica o de dependencia entre los sujetos, la cual concurre en el hecho de autos, tanto respecto al accidentado, como respecto al trabajador que, por error, pulsó un botón por otro, en relación con la empresa demandada; dicha responsabilidad no es subsidiaria, sino directa, al derivarse del incumplimiento de los deberes impuestos por las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas que están bajo la dependencia de otros, y de emplear la debida cautela en la elección de servidores, y en la vigilancia de sus actos. (STS de 8 de mayo de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—El actor, que sufre una invalidez permanente total, por consecuencia de un accidente de trabajo sufrido en la empresa, reclama una indemnización de algo más de diecisiete millones de pesetas; desestimada íntegramente su demanda por el Juzgado de

Primera Instancia, en apelación se le conceden siete millones, y el TS desestima el recurso. No cabe duda que, de no haberse producido, por error, la puesta en marcha de la cinta transportadora, el accidente no hubiera ocurrido, y así el TS imputa al operario el no haber prestado la necesaria atención a su trabajo, y a la posición en que se encontraba el accidentado, y no haber observado el personal técnico que tuviese encomendadas las funciones de vigilancia y seguridad en el trabajo, la necesaria atención y cuidado acerca del modo y forma en que se desenvolvía el trabajo en las proximidades de la cinta transportadora. Sin duda la descrita es la causa eficiente del accidente; pero hay otra causa concurrente, pues el accidentado por propia decisión había subido a la cinta, pese a estar prohibido; tal hecho, por sí solo, no hubiera causado el accidente, pero si ha coadyuvado el lesionado por su actuar negligente a la producción del daño, lo que se toma en consideración para reducir la cuantía de la indemnización. La Inspección informa que se cumplían las disposiciones sobre seguridad en el trabajo, razón por lo cual la sentencia invoca las normas de convivencia dentro de la empresa. Parece como si la argumentación de la sentencia tratase de eludir toda posible concomitancia con los accidentes de trabajo, y así se destaca, en primer plano, la responsabilidad de la empresa por el hecho de su empleado. Me parece, sin embargo, que la realidad de esta última no impide reconocer que se está en presencia de una actividad desarrollada dentro de una relación laboral, pues tanto el causante del daño como la víctima son trabajadores al servicio de la misma empresa, y si bien no se ha detectado omisión de las medidas de seguridad en el trabajo (acaso pudiera haberla en la conducta de la víctima), es inevitable considerar el hecho como una vicisitud ocurrida en el desarrollo de un contrato laboral. El tema de la jurisdicción competente no se plantea, ni de oficio, ni por ninguna de las partes. (G. G. C.)

43. **Culpa extracontractual: responsabilidad de los padres: muerte causada por menor de trece años: culpa *in vigilando*: falta de prueba de la diligencia: de los padres para prevenir el daño.**—Los padres han de probar, por imperativo del artículo 1903 CC, párrafo último, que emplearon la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño; los recurrentes no han vigilado a su hijo, y nada prueban en tal sentido, salvo que le dieron permiso para ir a la piscina, y que lo educaron bien, —lo cual casa mal con la narración de los hechos probados—; ante la absoluta carencia de la prueba en contrario, hay que deducir que el menor vagaba libremente, a su aire, y en ese vagar ocurrió que disparó con una escopeta de aire comprimido, acabando con la vida de una persona sin que se le pudiera prestar el más elemental auxilio; hay que concluir que, fuese o viniese de la piscina, una vigilancia somera sobre sus pasos hubiera sido necesario por parte de sus padres.

No es caso fortuito tirar con escopeta de balines causando la muerte: autoría material.—El menor, de trece años de edad en el momento de la acción que causó la muerte, reveló con su conducta unas escasas, por no decir nulas, condiciones para la convivencia social; y ello se infiere de los hechos probados al decir que: «No estamos ante un suceso imprevisible y cuyo resultado no fue querido por el autor del disparo, y al respecto destacan las declaraciones de los menores en el Juzgado de Menores de G., atribuyendo a aquél

las siguientes frases: *voy a cargarme al hombre, voy a matar al hombre*. De ello se colige que no es caso fortuito el hecho de tirar con una escopeta de balines hacia otra persona, a la que se causó la muerte por un disparo». En el caso concurre una evidente imputabilidad como autor material de la muerte en el hijo de los recurrentes, el cual, efectuando el disparo huyó del lugar, sin pedir ninguna clase de auxilio.

Daño moral causado a hermana disminuida física de la víctima.—La indemnización de diez millones de pesetas se otorga a la actora exclusivamente por daño moral, y no por las repercusiones patrimoniales que la muerte de su hermano podían causarle en su situación, pues con éste era con quien convivía, remediándose así su situación de soledad y disminuciones físicas; es claro que su fallecimiento la ha sumido en otra situación opuesta y peor vitalmente, que ha de ser compensada en lo posible; la alusión a que el hermano guardaba y labraba las tierras que ella poseía, no es más que una escueta descripción del auxilio que el fallecido le prestaba, derivado de la convivencia y de la atención a sus necesidades por su limitación física de movimientos, y no como concepto integrante de la indemnización. (STS de 12 de mayo de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—Los escalofrantes hechos descritos en esta sentencia son similares a los protagonizados en los últimos años por adolescentes en Inglaterra y EE.UU., por lo cual no podrá ya sostenerse que *Spain is different*; sociólogos y educadores tienen aquí amplio campo de investigación. Dilucidándose exclusivamente las consecuencias civiles de tan reprochable hecho, sólo cabe aprobar plenamente la sentencia, de la que ha sido ponente Gullón Ballesteros, quien pone de relieve la *asociabilidad* que el autor demuestra con su conducta. Ciertamente, en las actuales circunstancias no resulta fácil que los padres cumplan exhaustivamente sus deberes de vigilancia inmediata sobre sus hijos adolescentes —al menos *somera*, como parece contentarse la sentencia extractada—, por lo cual es obligado calificar de cuasi-objetiva la responsabilidad que les impone el artículo 1903, párr. 2.º, CC. (G. G. C.)

44. Culpa extracontractual: daños sufridos por una escolar al entrar en el colegio público: requisitos para declarar la responsabilidad del titular.—La responsabilidad *ex* artículo 1903, apartado 5.º, CC, por los daños y perjuicios que causen los alumnos menores de edad, se halla condicionada temporalmente en el sentido de que tales daños y perjuicios han de ser causados «durante los períodos de tiempo en que los mismos (los alumnos menores de edad) se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias», lo que encuentra su razón de ser en que, tratándose de una responsabilidad por *culpa in vigilando*, las funciones de guarda y custodia sobre aquellos alumnos sólo se transfieren a los profesores o cuidadores del centro desde el momento de la entrada en el mismo de los alumnos hasta su salida de él, finalizada la jornada escolar (en este sentido, SSTs de 10 de noviembre de 1990, 3 de diciembre de 1991, 15 de diciembre de 1994 y 10 de diciembre de 1996). En el presente caso no se ha conseguido probar que las lesiones sufridas por la menor, hija de los actores, se produjeran durante el lapso de tiempo en que los alumnos quedaban sujetos a la vigilancia del personal del centro, ya que los hechos ocurrieron al acceder la menor al recinto exterior del colegio por

una cancilla situada a unos veinte metros de la entrada principal del edificio en que se encuentran las aulas, cancilla que separa ese espacio exterior del colegio respecto de la vía pública, por lo que no puede afirmarse que los hechos se produjeron cuando el personal del centro había asumido ya las funciones de vigilancia de los alumnos a ellos encomendados.

Incongruencia: excepción de falta de personalidad de la Xunta de Galicia, no alegada: desestimación si procede confirmar la sentencia por otros motivos.—Es patente la incongruencia de la sentencia recurrida en cuanto absuelve a la Consejería de la Xunta de Galicia, apreciando su falta de personalidad, aunque la misma no fue alegada al mantenerse rebelde en el proceso; pero procede la no estimación del recurso cuando ha lugar a la confirmación de la sentencia por otras razones. (STS de 4 de junio de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—Se reclaman los daños causados a una escolar al producirse el aplastamiento de su mano derecha por un compañero en el momento de cerrar una cancilla por la que penetraban en el recinto escolar, antes de comenzar las clases de la tarde. Demandados conjuntamente el Ayuntamiento y la Xunta, ésta permanece rebelde durante el proceso. Como los hechos se producen el 24 de abril de 1991, no hay cuestión sobre la posible competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. La Sala 1.^a interpreta aquí restrictivamente el *dies a quo* del nacimiento de la culpa extracontractual de los responsables del centro, no considerándolo tal el hecho de entrar en el recinto escolar a través de una cancilla (se supone que lateral o accesoria). La realidad muestra que no es infrecuente el que se formen largas colas de menores a la puerta de los centros docentes; ¿habrá que esperar a que el alumno franquee el umbral de la entrada principal? ¿Deberán los padres acompañarles hasta ese preciso punto para entender traspasada la guarda de sus hijos a los profesores? ¿Deberá anunciarse en cada centro docente el punto exacto del edificio a partir del cual los profesores se hacen cargo de la guarda de los escolares? Ya se comprende que no respondiendo a un modelo único, o normalizado, la configuración de los centros docentes en España, la casuística es prácticamente ilimitada, y que la solución deberá adaptarse a las circunstancias. No sería inútil que, al comienzo del curso, la dirección señalara los límites espaciales y temporales dentro de los cuales se actúa la responsabilidad del artículo 1903, párr. 5.º, CC. (G. G. C.)

45. **Culpa extracontractual: responsabilidad médica: fallecimiento en anestesia total pre-operatoria: deber de información.**—Aunque no es posible exponer un modelo prefijado, que albergue *a priori* todo el vasto contenido del deber de información, como mínimo abarcaría, por un lado, la exposición de las características de la intervención quirúrgica que se propone, las ventajas e inconvenientes de la misma, sus riesgos, el proceso previsible del post-operatorio, y, por último, la residual situación ajena o al margen de tal intervención; en el presente caso, aunque un familiar del menor autorizó la intervención, aceptando los riesgos a ella inherentes, cabe concluir que no se cumplió con tal deber de información, en relación con la anestesia total que sufrió un joven de quince años para una intervención de vegetaciones.

Anestesia practicada por médico no especialista.—Incurrir en responsabilidad el médico no especialista que practica una anestesia total, eludiendo cualquier prueba de tolerancia del anestésico empleado. (STS de 13 de abril de 1999; ha lugar.)

NOTA.—Aunque en ambas instancias se había desestimado la reclamación de una indemnización de treinta millones de pesetas por el fallecimiento de un menor, dirigida contra el facultativo y la clínica privada por cuya cuenta operaba éste, la sentencia con estimación del recurso de casación condena solidariamente a ambos por la suma solicitada. En los últimos años se reiteran demandas contra anesthesiólogos, que han originado una interesante doctrina jurisprudencial (véase, por ej., S de 1 de diciembre de 1997, ADC, enero-marzo 1999, p. 503 s., relativo a un caso de fallo en el aparato de control, S de 29 de julio de 1998, ADC enero-marzo 2000, p. 371, conteniendo una minuciosa descripción del acto anestésico, incluyendo el deber de información, y S de 24 de mayo de 1999, en este mismo fascículo del ADC. (G. G. C.)

46. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: intervención quirúrgica de histerectomía con seccionamiento del uréter: *Lex artis ad hoc*.—La producción de una lesión en el uréter constituye una incidencia de relativa frecuencia en operaciones ginecológicas, por lo cual los médicos intervinientes en una operación de tal tipo han de actuar con la diligencia debida para evitar tal incidencia, o, cuando menos, para reparar en el transcurso de la misma operación, la lesión producida. La obligación de medios comprende: 1) la utilización de cuantos elementos conozca la ciencia médica, de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas en relación con un paciente concreto; 2) la información, en cuanto sea posible, al paciente, o, en su caso, a los familiares del mismo, del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, muy especialmente en el supuesto de intervenciones quirúrgicas, cuyo deber, en las afecciones crónicas, con posibles recidivas, degeneraciones o evolutivas, se extiende a los medios que comporta el control de la enfermedad; y 3) la continuidad del tratamiento hasta el alta. En el presente caso los facultativos no actuaron conforme a la *lex artis ad hoc* para evitar esa frecuente y previsible incidencia, puesto que no sólo produjeron la sección del uréter, sino que no lo advirtieron hasta que las molestias postoperatorias de la paciente pusieron de manifiesto la existencia de la lesión. (STS de 24 de mayo de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—En instancia ha sido condenado solidariamente el Instituto Catalán de la Salud, que también recurre en casación; la Sala 1.^a, antes de rechazarlo, advierte que el recurso interpuesto por éste, adolece de claras deficiencias (indeterminación de algunos motivos de los ordinales del art. 1692 LEC, omisiones o imprecisiones respecto al precepto infringido, alegación de un motivo ya suprimido e incorrecta estructuración del escrito), no obstante lo cual entra en su estudio. La indemnización reclamada por la actora era de ciento diez millones de pesetas que se reducen a la más razonable de doce millones. Sentencia clara en su argumentación, y plenamente de aprobar en su fondo. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

47. Transmisión de la propiedad en caso de subasta judicial.—La aprobación del remate en una subasta judicial equivale al perfeccionamiento de la operación pero la transmisión de la propiedad no tiene lugar hasta el otorgamiento de la escritura de compraventa del bien subastado.

Tercería de dominio. Carácter de tercero. Acreditación del dominio.—Los socios de una sociedad no son terceros respecto de la misma siempre que los bienes en litigio formen parte del patrimonio de la sociedad.

La acreditación del dominio sobre el bien objeto de tercería es una cuestión de hecho cuya apreciación corresponde al Tribunal de Instancia por lo que debe ser respetada su decisión en casación. (STS de 6 de abril de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—A tenor de las sentencias recaídas como consecuencia de la reclamación de cantidad de *Promociones Inmobiliarias Lovaina, S. A.*, contra don Javier O. de A. P. de A. y don Jesús y don Javier O. de A. E. en concepto de aportación a los gastos de construcción de determinada edificación, se declaró que dicha edificación era propiedad de los demandados en virtud de adquisición originaria de dominio.

Por Auto de 17 de noviembre de 1987 se aprobó el remate de la adjudicación en tercera subasta del ya citado inmueble a favor de don Francisco Javier O. A., siendo parte ejecutada don Juan Ignacio y don Martín M. T. y *Promociones Inmobiliarias Lovaina S. A.* Posteriormente no fue otorgada escritura pública de compraventa.

El 22 de febrero de 1988 don Javier O. de A. P. de A. y don Jesús y don Javier O. de A. E. formularon demanda sobre tercería de dominio relativa a la vivienda en cuestión, contra don Juan Ignacio y don Martín M. T. y *Promociones Inmobiliarias Lovaina S. A.* Los demandados fueron declarados en rebeldía, mientras que el adjudicatario de la vivienda, don Francisco Javier O. A., suplicó al Juzgado se le tuviese por parte demandada al tener un interés directo en el pleito. La demanda fue estimada en primera instancia y recurrida en apelación por don Francisco Javier O. A., confirmando la Audiencia Provincial de Vitoria la sentencia del Juzgado.

NOTA.—El TS sigue en este caso concreto el mismo razonamiento aplicado en otras sentencias como la de 1 de septiembre de 1997. De hecho, a tenor del artículo 1533 LEC 1881, la tercería de dominio no se admitirá «después de otorgada la escritura o consumada la venta de los bienes a que se refiera, o de su adjudicación en pago y entrega al ejecutante». El precepto se refiere a supuestos en que la compraventa ya ha sido consumada por haber sido la propiedad transmitida al adjudicatario de la subasta; nuestro sistema sigue la teoría del título y del modo por lo que para la adquisición de la propiedad es necesaria, además del título, la entrega. En este caso concreto la escritura pública de compraventa, que en virtud del artículo 1462.II CC equivale a la entrega «si de la misma no resultare o se dedujese lo contrario», no se había otorgado todavía por lo que cabe concluir, tal y como hace el TS, que el adjudicatario no había adquirido la propiedad en el momento de la interposición de la tercería de dominio. La nueva LEC 1/2000 se remite en este punto concreto a

las leyes sustantivas en vez de explicitar los casos en que se transmite la propiedad tal y como hacía el artículo 1533 antes citado. El artículo 594 de la nueva ley dispone, de hecho, que la tercería de dominio respecto de unos bienes no prosperará si «el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irrevindicable conforme a lo establecido en la legislación sustantiva». (B. F. G.)

48. Acción reivindicatoria. Las dudas sobre los linderos, creadas por el ocupante y poseedor sin título de una finca cuya identificación física y linderos constan registralmente, no pueden enervar la presunción de veracidad del asiento registral, que le releva de probar la concordancia entre la realidad y el Registro de la Propiedad.—Conforme a lo expuesto resulta que la «duda sobre los linderos», creada por el ocupante y poseedor sin título, se enfrenta a la supuesta «semiprobatio» del actor, otorgándole fuerza para enervar la «acción reivindicatoria», todo ello, con independencia de que no se haya practicado ningún deslinde administrativo según consta acreditado. Empero entiende esta Sala que estando definidos como están los linderos por los cuatro vientos de la finca reivindicada en las escrituras y acreditada la identificación física de la finca, las dudas que subsistan sobre los linderos no pueden perjudicar al propietario que goza a su favor del principio de legitimación derivado del asiento registral, pues no cabe atribuir nula eficacia a la inscripción ya que ésta ampara al titular «también con la presunción de que lo diga el asiento, tanto con referencia a la situación jurídica, como a las circunstancias de la finca, en la forma o en los términos que resulten del mismo, de manera que se ha de reputar veraz, mientras no sea rectificadas o declarada su inexactitud, quedando así relevado el titular *secundum tabulam* de la obligación de probar la concordancia con la realidad extrahipotecaria y desplazando esta obligación, en régimen de inversión de la prueba, hacia la parte que contradiga la presunción mencionada, según se infiere de lo dispuesto en los artículos 1, 9, 21, 38, 40 y 41 LH (STS de 21 de marzo de 1953). El demandado, por tanto, asumía la carga de probar no sólo su título legítimo de ocupación (del que carece) sino también que los terrenos que ocupaba no eran de la propiedad de los demandantes, extremos que no pueden soslayarse apoyándose en unas «dudas sobre los linderos», pues ello equivale a hacer responsable de la insuficiencia de pruebas a la parte contraria, con lo cual al desplazarse indebidamente la carga de la prueba se incurre en violación del artículo 1214 CC, lo que hace que prospere el motivo.»

Es poseedor de mala fe quien sigue ocupando terrenos ajenos tras un requerimiento para su desalojo.—La empresa demandada, por la misma naturaleza del hecho consistente en vertidos no autorizados en suelo ajeno, claramente ilícito y, en particular, a partir de la fecha del requerimiento que le fue hecho por el Ministerio de Obras Públicas y del acto de conciliación, formulado por los actores Sres. H. S. debe reputarse como poseedora de mala fe de los terrenos ocupados, con los efectos prevenidos por el artículo 455 CC. (STS de 31 de mayo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Parte de los terrenos de una finca son invadidos por el propietario de la colindante, que procede a verter en ellos desechos rocosos sin ninguna autorización. El propietario de la finca ocupada ilícitamente ejercita una acción reivindicatoria, ante la cual la parte demandada alega falta de acción y de legitimación pasiva, excepciones acogidas por la sentencia de primera instancia, que fue

confirmada en su fallo por la sentencia de apelación. Interpuesto el recurso de casación por los actores y apelantes, el TS declara haber lugar al mismo. (*M. C. B.*)

49. Comunidad de bienes. El comunero que está usando de la cosa común no puede mantener ese uso exclusivo frente al acuerdo en contra de la mayoría de los comuneros.—Pretender que un comunero no puede ser desalojado del uso de la cosa común, habiéndose acordado por mayoría comunal tal desalojo, no deja de ser una afirmación ilógica y carente de todo sentido, como proclama la S de esta Sala de 18 de febrero de 1987, que dice que la utilización de una finca por uno solo de los partícipes de la comunidad hereditaria excluyendo el goce de los demás, infringe el artículo 394 CC e impide la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 398 del mismo Código. Pero, sobre todo, decir que la operación particional de una herencia no es título suficiente para ejercitar la referida acción de desalojo, es ignorar lo que significa la comunidad hereditaria repartida idealmente entre todos los herederos.

La partición hereditaria y la concreción de los derechos hereditarios en cuotas determinadas, es base suficiente para ejercitar la acción de desalojo del bien comunal.—En razón a la partición efectuada los derechos hereditarios abstractos se convirtieron en cuotas de titularidad concretas, por lo que dicha partición es base suficiente para ejercitar la acción de desalojo del bien comunal, sobre el que los actores tienen la suma de cuotas mayoritaria y que estaba ocupada por la parte, ahora, recurrente. (STS de 30 de abril de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Con base en el testamento de la causante, se genera una comunidad hereditaria entre varios miembros de una familia, aunque sólo dos de ellos permanecen en el uso de la cosa común. Realizada la partición y concretadas las cuotas hereditarias, la mayoría de los comuneros instan el desalojo del inmueble, demanda que es desestimada en primera instancia y acogida en apelación. La parte demandada interpone el recurso de casación, al que el TS declara no haber lugar. (*L. F. R. S.*)

50. Comunidad de bienes. La regla general de divisibilidad de los bienes sujetos a comunidad presenta determinadas excepciones, entre las que se encuentra el caso de que el mal estado del bien impone la realización de obras importantes y caras, cuyo abono corresponderá a todos los copartícipes. Esta circunstancia constituye un supuesto de indivisibilidad jurídica.—La regla general que rige las comunidades de bienes es que éstas no permanezcan en tal situación en forma indefinida, conforme a nuestro Derecho tradicional —las Partidas decían que las cosas se gobiernan mejor cuando son de uno solo que cuando son de varios (SS de 5 de noviembre de 1924 y 28 de noviembre de 1957)—, por eso el Código autoriza a los condóminos a pedir el cese de tal estado, que tiene las siguientes limitaciones: *a)* cuando hay pacto vinculante entre los partícipes para continuar la situación indivisoria por el tiempo autorizado por la ley o resulta impuesta por el donante o testador, que no es el caso que nos ocupa; *b)* si la cosa resultase *inservible*, según su uso y destino, por consecuencia de la división a practicar (art. 401 CC), y *c)* si fuese esencialmente indivisible o desmereciese mucho por la división, sin que medie acuerdo para su adjudicación a alguno o algu-

nos de los copartícipes (art. 404 CC), en cuyo caso el legislador optó por la solución de proceder a la venta pública con reparto del precio obtenido. A tales limitaciones cabe añadir la situación particular que para los edificios establece el párrafo segundo del artículo 401, en cuanto autoriza su división, siempre y cuando sus propias características permitan la adjudicación de pisos o locales independientes con sus elementos comunes, instaurándose entonces régimen de propiedad horizontal, con lo cual lo que se produce es transformación de la situación originaria de comunidad de bienes en la alcanzada de propiedad horizontal, que responde más bien a una división formal y autónoma material.

La declaración del precepto resulta abierta, pues no sólo permite incluir como supuestos de indivisión los que, atendiendo a las características estructurales o arquitectónicas, no hacen posible la división en aprovechamientos individualizados e independientes del total edificado, con salidas que se practiquen a elementos comunes o a la vía pública, sino también todos aquellos en los que el mal estado del bien impone la realización de obras importantes y caras, cuyo abono se les impondrá a todos los copartícipes.

La sentencia recurrida no decretó que la casa fuera indivisible físicamente, como tampoco que de practicarse su división resultara inservible conforme a su destino, sino que atendió a las características y circunstancias concurrentes, sentando como hecho probado, dotado de firmeza casacional, que el edificio necesitaba, como actividad previa y necesaria a su adjudicación por lotes entre los condueños y para permitir su correcta utilización, llevar a cabo obra material de *rehabilitación*, que alcanzaría *elevado coste* y no resulta posible obligar a todos los comuneros (algunos no se personaron en el pleito) a pechar con las referidas obras subsanadoras del estado de abandono que afecta a parte del edificio.

Así las cosas nos encontramos ante supuesto de indivisibilidad jurídica, en la que subyacen criterios económicos. La jurisprudencia de esta Sala la ha aplicado a casos como el que nos ocupa, cuando la división a practicar origina necesariamente un gasto considerable entre los partícipes. (SS de 26 de noviembre de 1932, 11 de junio de 1976, 7 de marzo de 1985, 26 de junio de 1990, 25 de enero de 1993, 3 de abril de 1995 y 13 de julio de 1996).

La venta en pública subasta del bien comunal no genera desequilibrio ni abuso alguno para los comuneros, que mantienen una misma igualdad jurídica ante ella.—El artículo 401 CC no excluye, pues ni lo refiere y menos lo prohíbe expresamente, la extinción de la comunidad por la venta pública de su objeto común y no se genera desequilibrio alguno o situación abusiva para los interesados, pues las partes ante la misma mantienen posturas de igualdad jurídica (S de 27 de diciembre de 1994), ya que todos ceden su posición de condueños plurales que pasa por entero al adjudicatario vencedor en la subasta, la que no está preordenado lo sea a favor de uno de ellos, ya que puede alcanzar estado de adjudicatario tanto un tercero como cualquiera de los integrantes de la comunidad que, de esta forma, se extingue, y lo que en realidad se divide entonces es el precio obtenido de la venta. (STS de 11 de mayo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Parte de los comuneros de un bien inmueble instan la disolución de la comunidad y la venta en pública subasta del citado bien, solicitando subsidiariamente que, de no acogerse este último pedimento, se disponga la división material de la finca en lotes separados para cada comunero, siendo este último pedimento el que

acogió la sentencia de primera instancia, que fue revocada por la de apelación, que ordenó la venta en pública subasta del inmueble. Ante esta última resolución interponen el recurso de casación los comuneros demandados y apelados, que pretenden la división en lotes de la finca, recurso al que declara el TS no haber lugar. (L. F. R. S.)

51. Propiedad horizontal. La legitimación para otorgar y modificar el título constitutivo de la propiedad horizontal corresponde al propietario del edificio, si éste es único, o a los copropietarios, si existe más de un dueño.—El título constitutivo de la propiedad horizontal se otorga por el único propietario del edificio, como negocio jurídico unilateral, cuyo sujeto es dicho propietario único, o bien se otorga por los copropietarios, si los hay, como negocio jurídico plurilateral (o acto de conjunto, *Gesamtakte*, en la doctrina alemana). Lo mismo, en caso de modificación del título. Todo ello viene establecido por el artículo 5 LPH cuyo párrafo 2.º dispone claramente los sujetos: o el propietario único del edificio, como sujeto del negocio jurídico unilateral, o todos los copropietarios, sujetos del negocio jurídico plurilateral; además del laudo o resolución judicial. La confusa referencia «al iniciar su venta por pisos» no alcanza al simple contrato sino al mismo como acto dispositivo (título) que transmite efectivamente el piso o local (con el modo).

No es propietario quien únicamente tiene título, pero no modo y, por tanto, el comprador que aún no ha llegado a adquirir la propiedad, no puede otorgar ni modificar el título constitutivo de la propiedad horizontal.—La entidad *Levante Ibérica S. S.* era única propietaria del edificio al tiempo, no sólo de otorgar el título constitutivo de propiedad horizontal, sino también la escritura de modificación del mismo; en esta segunda, había celebrado contrato de compraventa con don Tomás C., en documento privado y sin entrega de posesión; por tanto, título sin modo, por lo que éste no llegó a adquirir, todavía, el derecho de propiedad, según la doctrina del título y el modo que rige en nuestro Derecho. Al no ser copropietario, todavía, no tenía derecho, ni siquiera posibilidad, de concurrir al otorgamiento de escritura de constitución o modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal. Tal como se ha dicho en el fundamento anterior, tan sólo el propietario único o los copropietarios (art. 5, segundo y último párrafos, LPH) pueden ser los sujetos de tales negocios jurídicos. Y no es sujeto la persona que ha comprado, pero no adquirido el derecho de propiedad sobre un piso o local, al haber obtenido título (contrato) pero no modo (tradición real o simbólica). Así lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia.

La modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal por el promotor cuando no hay más copropietarios es acorde con el artículo 5 LPH, aunque puede dar lugar a responsabilidad por incumplimiento al suponer una alteración unilateral del contenido del contrato de compraventa de los pisos aún no entregados.—En conclusión, se reitera la doctrina de esta Sala en el sentido de que el título constitutivo de la propiedad horizontal o su modificación debe ser otorgado por el propietario único del edificio, que lo es pese a haber vendido pisos en que los compradores no han adquirido el derecho de propiedad sobre los mismos, por tener el título (compraventa) pero no el modo (tradición real o simbólica). Al no haberlo entendido así la sentencia de instancia, ha infringido el artículo 5 LPH y debe ser casada. Sin embargo, en el campo del derecho de obligaciones, se había celebrado un contrato por el que la promotora había vendido al demandante un determinado piso, con la cuota de elementos comunes y si aquel vendedor

altera el objeto del contrato, por más que el comprador no haya adquirido la propiedad, está incumpliendo lo pactado en el mismo, incumplimiento que puede dar lugar a responsabilidad pese a que no pueda dar lugar a la nulidad del título o de su modificación. (STS de 30 de marzo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—La promotora de un edificio vende a un señor un piso y la parte correspondiente en los elementos comunes del edificio sin proceder a hacerle entrega del mismo, reservándose en el contrato el derecho a modificar el título constitutivo de la propiedad horizontal y estableciendo un pacto de reserva de dominio. Poco tiempo después de celebrado el contrato, la promotora procede unilateralmente a modificar el título constitutivo de la propiedad horizontal atribuyendo a dos áticos el uso exclusivo de una azotea que en principio era de uso común de todos los pisos del edificio. El primer comprador demanda la nulidad de la modificación, así como de la transmisión exclusiva del uso de la azotea a los propietarios de los áticos. La demanda es acogida por la sentencia de primera instancia, que es parcialmente revocada por la de apelación. Interpuestos sendos recursos de casación, por el comprador del primer piso, y por el comprador de uno de los áticos implicados, el TS declara no haber lugar al primero de ellos y sí al segundo. (L. F. R. S.)

52. Propiedad horizontal y derecho de elevación. El derecho de elevación consagrado en el artículo 16 RH no puede establecerse para edificios en régimen de propiedad horizontal, porque ello contraría el principio de jerarquía normativa.—El artículo 6.º LOPJ y otras normas básicas coincidentes ordenan a los Jueces y Tribunales que se abstengan de aplicar los reglamentos o cualquier otra disposición, que se opongan a las leyes y al principio de jerarquía normativa. Por ello, esta Sala no puede conceder eficacia jurídica al artículo 16 RH porque este precepto se opone al Código civil y a la Ley de Propiedad Horizontal, en su concreta confrontación con los artículos 396 CC y 3 y 11 LPH.

El derecho de elevación es una realidad en la vida jurídica española y está consagrado en el artículo 16 RH; su establecimiento es correcto en algunos casos e incorrecto en los supuestos de edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal.

Este derecho, tal como se programa en el artículo 16 RH, es incompatible con el Código civil y con la Ley de Propiedad Horizontal, y por tanto, su regulación es inaplicable al caso por contrariar al principio de jerarquía normativa.

La aplicación preferente del artículo 16 RH sobre el artículo 396 CC es inviable, puesto que el derecho de elevación tiene que hacerse efectivo sobre elementos comunes del edificio, para cuya disposición es preciso el consentimiento de la Junta de Propietarios.—Si hacemos pasar este último precepto por la piedra de toque del artículo 396 CC se advierte claramente que deviene inviable. El elevar plantas tiene que hacerse sobre el vuelo, sobre las cubiertas del edificio, que son elementos comunes y como tales pertenecientes proporcionalmente a todos los propietarios del inmueble una vez que el constructor haya enajenado las diferentes partes determinadas. Y por tanto, para apoyar en un elemento común es preciso contar con el consentimiento de la Junta de Propietarios; si no, lo construido, por accesión, será otro elemento común, también perteneciente a todos los condueños.

Lo mismo cabe decir de la otra modalidad del derecho: la realización de construcciones bajo el suelo del edificio. El suelo y las cimentaciones son elementos comunes que pertenecen en copropiedad compartida a todos los vecinos, y a todos corresponderá, por accesión, lo que se construya subterráneamente ya que no se puede disponer aisladamente de los elementos comunes sin transmitir al mismo tiempo la propiedad de cada piso.

El que este derecho de elevación se mencione en las escrituras de venta de los diferentes pisos no implica consentimiento tácito de los adquirentes de los apartamentos, dada la indisponibilidad institucional y aislada de los elementos comunes.

El establecimiento del derecho de vuelo no puede conculcar el régimen instaurado por el artículo 396 CC.—El único motivo del recurso se basa en la vulneración del artículo 396 CC por parte de la sentencia recurrida. Indudablemente, un reconocimiento del derecho de vuelo, que grave un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, pugna frontalmente con la normativa explícita de dicho precepto y por ello es preciso casar la sentencia recurrida.

La condicionalidad subyace en el derecho de elevación.—La condicionalidad subyace en la entraña de esta figura jurídica. Evidentemente hay una *conditio juris* que afecta, no al nacimiento del derecho de elevación, sino a la adquisición de la edificación resultante del ejercicio de tal derecho. Todo depende de que el reservista edifique o no. Adquirirá el nuevo piso superpuesto si edifica. No, en caso contrario.

Son nulas las disposiciones sobre los elementos comunes realizadas por quien carece de vinculación jurídica con la comunidad de propietarios.—El uso y destino de los elementos comunes de un edificio constituido en propiedad horizontal no puede decidirse por quien, habiendo transmitido todas las viviendas de que consta, ya carece de vinculación jurídica con la comunidad de propietarios. Y si éste, arrogándose facultades de que carece, quiere regular el uso de tales ingredientes de la casa (entre los que están las azoteas) estará conculcando el derecho positivo, adoptando decisiones prohibidas por la ley y por lo tanto nulas.

La copropiedad de los elementos comunes es inherente a la propiedad separada de los pisos en el régimen de propiedad horizontal, y por eso no puede disponer de tales elementos comunes quien no es dueño de ellos.—El artículo 396 CC es rotundo y transparente: la propiedad separada de cada piso o local lleva inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos comunes, como el suelo, el vuelo, cubiertas... Las cubiertas (terrazas, azoteas, solados...) son elementos comunes y el vuelo que está por encima de ellas, también. Y cada piso (como parte integrante o inherente a él) ostenta una cuota sobre esos elementos comunes, de la que no puede ser privado por decisión arbitraria del constructor (antiguo dueño) que carece de derechos actuales sobre el inmueble.

Al edificar dos áticos en alguna forma se está parcelando la azotea, violentando otra de las normas imperativas del artículo 396 CC: «las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas junto con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable».

Si las terrazas y el vuelo sobre ellas son anejo inseparable de los pisos, es evidente que quien no sea dueño de ellos no puede enajenarlas, ni gravarlas, ni afectarles de ninguna forma.

El artículo 396 CC es norma imperativa no derogable por la voluntad privada.—El artículo 396 CC establece de forma imperativa, que la propiedad de cada piso llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes. Y por tanto, no está permitida una regulación que se oponga a esta estricta normativa. Si los elementos comunes son inherentes (por cuotas proporcionales) a todos y cada uno de los pisos o sólo a algunos, es evidente que la disponibilidad sobre el uso de los mismos no se puede sustraer al conjunto de los propietarios.

La legitimación para otorgar el derecho de elevación corresponde a los copropietarios, a título oneroso o lucrativo.—El derecho de elevación al que se refiere el artículo 16 RH será tal derecho y estará legítimamente constituido cuando los titulares de todos los pisos y locales lo otorguen a favor del beneficiario, bien a título oneroso, bien a título lucrativo. (STS de 10 de mayo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El propietario de un piso demanda al promotor del edificio que se había reservado un derecho de elevación sobre la azotea del mismo, en la que efectivamente construyó dos áticos. La petición de demolición de lo construido y de reconocimiento del derecho de disfrute de todos los comuneros sobre la azotea es desestimada tanto por la sentencia de instancia, como por la de apelación, pero es finalmente acogida por el TS en sede de casación. (L. F. R. S.)

53. Propiedad horizontal. No todo lo que se apoya en un elemento común es común.—No puede sostenerse, como hace la comunidad recurrente, que todo lo que apoya en un elemento común es también común de los copropietarios. Una afirmación maximalista de este tipo yugularía el neto concepto de la Propiedad Horizontal. Los pisos privativos siempre tienen que estar enmarcados entre forjados comunes y muros comunes, pero, no obstante, constituyen una propiedad exclusiva y excluyente. Es el caso de los altillos que se sustentan sobre la portería o sobre la rampa de garaje. Cada piso, cada planta, tiene que cimentarse en un elemento común. La ley de la gravedad impide que puedan mantenerse en el vacío y por ello todos los pisos y plantas están interrelacionados.

Si se ha consentido inicialmente en la realización de determinadas obras sobre los elementos comunes de una propiedad horizontal no se puede argüir posteriormente que falta el consentimiento de todos los propietarios.—Según acta suscrita el 1 de octubre de 1986 todos los propietarios del edificio prestaron su conformidad a que don Alfonso P. construyese (a sus expensas) los treinta y un trasteros, que serían adquiridos gratuitamente por todos los copropietarios.

El artículo 11 LPH (refrendando lo establecido en el art. 5) es terminante: «La construcción de nuevas plantas (en nuestro caso los trasteros) y cualquier otra alteración en la estructura o fábrica del edificio (los altillos en principio) o en las cosas comunes (la modificación de los pilares) afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo».

En aplicación de este precepto se exigió por don Alfonso P. el consentimiento de los titulares de los diferentes pisos y locales, según hemos constatado en los considerandos que preceden, tanto para alterar la conformación de las pilastras, como para construir los trasteros, no siendo necesario el

refrendo para implantar los altillos: en efecto, el artículo 8 LPH exige la aprobación de la Junta de Propietarios para aumentar *un piso o local* mediante la agregación de *otros* (pisos o locales) colindantes del mismo edificio; pero este requisito no puede postularse en el caso de los altillos interiores, que no tenían la consideración anterior de *pisos*, ni de *locales*, ni constituían unidades preexistentes de la finca, ni tenían número propio, ni inscripción independiente, ni cuota preasignada. (STS de 9 de junio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio demanda al constructor del mismo para que proceda a demoler determinadas obras realizadas, según la comunidad, unilateralmente por él y sin consentimiento de aquélla. El Juzgado acoge las pretensiones de la comunidad, que son desestimadas en sede de apelación. El TS declara no haber lugar al recurso interpuesto por ésta frente a la sentencia de apelación. (M. C. B.)

54. Propiedad intelectual. Los derechos de autor integran un efectivo derecho de la personalidad o facultad personalísima, porque derivan de un hacer humano en el que se integran contenidos económicos y derechos morales. El concepto de plagio se refiere a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales.—Esta Sala tiene declarado, en S de 28 de enero de 1995, cuya doctrina es de aplicación al supuesto del debate, que «la naturaleza jurídica de los derechos de autor resulta debatida, pero no se puede desconocer su aspecto de integrar un efectivo derecho de la personalidad o facultad personalísima, como sostiene algún sector doctrinal, ya que, en todo caso, proviene y deriva del hacer humano, donde se integran contenidos económicos, con el añadido de derechos morales, de tal manera que su dimensión opera personal y patrimonialmente en línea de concepción paleomonista. Por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial: se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio». Y la misma sentencia argumenta que «las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarlas de los ardidés y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual ajeno. No procede confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y conocimiento por todos, con lo que se excluye lo que supone efectiva realidad inventiva, sino más bien relativa, que surge de la inspiración de los hombres y difícilmente, salvo casos excepcionales, alcanza neta, pura y total invención, desnuda de toda aportación exterior. Por todo lo cual el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales». (STS de 23 de marzo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Dos periodistas, autores de un reportaje con fotografías de determinado personaje público, demandan a cierta revista, grupo editorial y personas responsables de los mismos, por el

plagio de ese reportaje, que fue publicado por otra revista distinta de aquélla para la que inicialmente y en exclusiva se elaboró. En virtud de esos hechos, reclaman el reconocimiento de su autoría y una indemnización económica. La sentencia de primera instancia desestima la demanda. En grado de apelación, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso interpuesto por los actores, declarando la existencia del plagio y condenando a los demandados a pagar una indemnización menor de la pedida por los actores-recurrentes. Contra la sentencia de apelación, se interponen varios recursos de casación, tanto por parte de los demandantes-apelantes, como por parte de los demandados-apelados, algunos de los cuales son estimados por el TS, con base, principalmente, y salvo el extractado, en argumentos procesales. (L. F. R. S.)

55. Acción negatoria de servidumbre. No puede denunciarse la incongruencia de la sentencia cuando en la contestación a la demanda en ejercicio de la acción negatoria de servidumbre se encubre una tácita reconvencción en la que se ejercita una acción confesoria de servidumbre.—Si se ejercita una acción negatoria de servidumbre, oponiéndose al pretendido derecho de servidumbre de acueducto y aprovechamiento de las aguas que discurren por el mismo, lo que se postula por la parte demandada, en cuya contestación se insta, que se reconozca el derecho de la misma, por las razones que se indican, es claro, como se dice, acertadamente, por la Sala sentenciadora, en su FJ 6.º, que, en la práctica, lo que se está planteando es el prevailecimiento de una acción confesoria de la misma, debiendo pues, ratificar en un todo, cuanto se especifica en su FJ 5.º *in fine* y FJ 6.º, esto es, que en esa oposición de la demandada a la acción negatoria implícitamente planteada, late una especie de reconvencción tácita en la que se ejercita una acción confesoria y por lo tanto, la Sala está en su perfecto derecho de examinar, si existen los presupuestos inherentes conforme a la normativa vigente, para determinar, si por parte de la demandada, se tiene derecho al aprovechamiento del agua, que circule sobre el acueducto en cuestión y que proceda del manantial de la finca de la actora; por lo tanto, el motivo debe rechazarse.

La servidumbre de acueducto no determina la adquisición por prescripción del derecho de aprovechamiento del agua.—Por parte de la Sala *a quo* se demuestra que el pretendido aprovechamiento de la parte demandada no es de carácter inmemorial, ni es tan prolongado como afirma, destacando que las instalaciones existentes significan un signo aparente de servidumbre ya existente al tiempo que fue adquirida por los actores; que habida cuenta que la servidumbre de acueducto es continua y aparente, y lo dispuesto en los artículos 537, 557 y 561 CC, es evidente que la existencia de tal servidumbre de acueducto, a los efectos del modo adquisitivo por prescripción, en modo alguno, consolidaría un derecho de aprovechamiento del agua, si previamente no estaba en su patrimonio; esto es, una cosa es, la existencia de tal acueducto y otra, efectivamente, la existencia del derecho al aprovechamiento del agua, por lo que no puede aceptarse la afirmación de la demandada de que el derecho de aprovechamiento le proviene desde hace más de cincuenta años, puesto que dicha alegación, «resulta insuficiente y estéril», ya que al margen de la prescripción de la servidumbre de acueducto, en modo alguno, ello determina el derecho al uso particular de las aguas discutidas.

Relaciones entre el Código civil y la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, en lo referente a la prescripción del aprovechamiento de aguas de

dominio público.—En cuanto a la naturaleza de las aguas, que discurren por ese dicho acueducto y que derivan del manantial de la propia actora, es en el FJ 7.º, donde se califican, habida cuenta lo dispuesto en el artículo 407, núm. 2, CC, como de dominio público el recaer en aguas continuas y discontinuas de manantiales y arroyos que corran por sus cauces naturales, y estos mismos cauces, y que también en su núm. 3, se califican como públicas las aguas que nazcan o continúan o discontinuamente en predios de particulares desde que salgan de dichos predios, (todo ello a propósito del dominio de las propiedades especiales); lo que constituye la impresión en negativo de lo ordenado en el artículo 408.1 del mismo texto legal, —sic— a la misma solución se alcanzaría consultando el artículo 2 de la vigente Ley de Aguas de 1985; la Sala, pues, insiste que conforme a lo dispuesto en su DD 1.ª de la Ley se derogaron los artículos 407 a 425 CC, en materia de propiedades especiales en relación con las aguas, en todo aquello que se oponga a lo establecido en la presente ley; partiendo pues, de la calificación que dichas aguas son de dominio público, o aguas públicas, su aprovechamiento —FJ 8.º— sólo pueden provenir, partiendo de la legislación anterior del artículo 409.2.º, a través de la concesión administrativa o por prescripción de veinte años; y una vez que se demuestre que en caso alguno ha existido tal concesión (puesto que del contenido de la certificación de la Junta de aguas, de 10 de enero de 1935, no resulta acreditada la entidad entre éstas y las inscritas —FJ 7.º—) se razona, que si por la parte demandada se pretende ese aprovechamiento de las aguas por la prescripción de veinte años, a tenor del citado núm. 2 del artículo 409 CC, tal posibilidad, pugna con la vigencia de la actual normativa de la Ley de Aguas de 1985, en su artículo 50, núm. 2, no se admite la prescripción del aprovechamiento de aguas de dominio público; que por lo tanto, teniendo en cuenta esa dualidad normativa, es preciso acudir a la respectiva DT 1.ª de la Ley, en la que se sanciona que el derecho correspondiente conforme a la normativa del Código civil, seguirá manteniéndose en cuanto se acredite que la titularidad del aprovechamiento de aguas públicas, proviene en virtud de concesión administrativa o prescripción acreditada; descartándose pues la concesión administrativa, tampoco se ha acreditado dicha prescripción, y en este caso, es aplicable a la DT 1.ª, núm. 2, en donde se prescribe al respecto, que podrán legalizarse dichos aprovechamientos si se acredita por acta de notoriedad siempre y cuando se practiquen en el plazo de tres años. (STS de 29 de mayo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Los propietarios de una finca ejercitan una acción negatoria de servidumbre de aguas y conducciones frente a la propietaria de un fundo pretendidamente dominante. La negación de la servidumbre fue desestimada por el Juzgado, que en su sentencia consideró existente una servidumbre natural de aguas y adquirido por prescripción un derecho de aprovechamiento de las mismas a favor del fundo de la demandada. Esta sentencia fue revocada por la de apelación, ante la cual interpuso la demandada apelada recurso de casación, al que el TS declara no haber lugar. (*L. F. R. S.*)

56. Préstamo con garantía hipotecaria. Nulidad de la condición resolutoria de los préstamos hipotecarios.—En estos últimos años se han generalizado, en los préstamos hipotecarios, unas cláusulas que puedan precipitar los vencimientos anticipados de los préstamos y sus garantías. Cabe preguntarse si estas condiciones son aceptables. El artículo 1255 CC consagra en

nuestro Derecho la libertad pacticia siempre que las estipulaciones convenidas por los contratantes no sean contrarias a las leyes.

Podemos afirmar que la condición resolutoria de los préstamos hipotecarios constituye un pacto contrario a las leyes (a los varios preceptos del Código civil y a los arts. 127 y 135 LH, a los que se opone frontalmente). Por tanto, da lugar a un pacto nulo, subsumible en el calor anatema del artículo 6 CC: «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho...».

En los préstamos hipotecarios no se produce pérdida del plazo.—La principal obligación del mutuuario consiste en restituir al prestamista otro tanto de lo recibido en el tiempo y lugar designados en el contrato. Y según el artículo 1125 CC las obligaciones a término sólo son exigibles cuando el día llegue. Las excepciones a esta regla contenidas en el artículo 1129 CC establecen la pérdida del beneficio del plazo precisamente en que la deuda carezca de garantías, lo que no ocurre cuando los préstamos están asegurados con hipoteca.

Condena a indemnizar daños y perjuicios por el incumplimiento.—Procede condenar al Banco a indemnizar a *Promotora F., S. L.*, por los daños y perjuicios que se le han ocasionado y al abono de los intereses legales de dichas sumas y de las costas causadas, porque dichos perjuicios provienen del hecho de que el Banco Hipotecario incumplió la obligación contractual de poner a disposición del recurrente las sumas de las que no había dispuesto en su día la hipotecante y por cuanto, de conformidad con el artículo 1269 CC, puede estimarse como dolosa la actuación de los representantes del banco al inducir a *Promotora F., S. L.*, a hipotecar las fincas que detentaba libres de cargas bajo la sugestión de que en el futuro podría disponer de unas sumas cuya obtención luego se obstaculizó reiteradamente. (STS de 27 de marzo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Una sociedad promotora se subroga en un préstamo con garantía hipotecaria que otra sociedad mercantil había concertado con determinada entidad bancaria, a cambio de que el Banco le entregara las cantidades aún no dispuestas del citado préstamo. La entidad bancaria admite la subrogación, pero no entrega el resto de las cantidades pendientes, y procede a declarar la resolución anticipada del préstamo por su propia voluntad, obligando con tal actitud a la nueva deudora a solicitar una nueva financiación externa para evitar que la garantía hipotecaria se hiciera efectiva sobre los bienes afectados por ella. Ante esta situación demanda la resolución por incumplimiento de la subrogación en el préstamo hipotecario, así como una indemnización por daños y perjuicios, pretensión que sólo fue acogida en este último extremo por el Juzgado. Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por el Banco. La promotora interpone el recurso de casación al que el TS declara haber lugar. (*L. F. R. S.*)

57. Tercería de mejor derecho. La jurisprudencia declara unánimemente que la garantía de la anotación preventiva de embargo hace preferente el crédito del que dimana el embargo frente a los créditos y actos dispositivos contraídos con posterioridad a su fecha. Esa uniformidad jurisprudencial se rompe a la hora de establecer los criterios de prefe-

rencia para el caso de que el crédito anotado fuera posterior a un crédito hipotecario inscrito después de la anotación, lo que obliga a la Sala a la integración del *factum*.—Del examen de los artículos 1923 y 1927 CC, puede deducirse que la garantía de la anotación preventiva de embargo sólo cobra preferencia sobre los actos dispositivos y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación, y así tiene declarado reiteradamente esta Sala que «la anotación preventiva de embargo no da al acreedor que la obtiene la preferencia respecto a otros anteriores, ya que, como resultado de una providencia judicial dirigida únicamente a garantizar las consecuencias del juicio, no crea ni declara ningún derecho, función propia de la sentencia, que sería, en su caso, el verdadero título a estos efectos, ni altera la naturaleza de estas obligaciones, ni mucho menos convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía este carácter, ni produce otros efectos que los de que el acreedor que la obtenga sea preferido, en cuanto a los bienes anotados, solamente respecto de los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación» (aparte de otras, SSTs de 14 de junio de 1988, 7 de abril de 1989, 12 de febrero de 1992, 4 de mayo de 1994, 6 de junio de 1996 y 5 de noviembre de 1997), y esta posición es uniforme en la doctrina jurisprudencial, que, sin embargo, ha mantenido diferentes criterios de preferencia respecto al supuesto de que el crédito anotado fuera posterior al hipotecario, pero la hipoteca haya sido inscrita después de la anotación.

En el supuesto referido al final del párrafo precedente, para las SSTs de 8 de abril de 1965 y 10 de marzo de 1973, con base en que la anotación de embargo goza de la prioridad dimanante de su fecha en relación con los gravámenes posteriores, y como la hipoteca es una figura que sólo se produce mediante la inscripción, hasta tanto no se verifique no existirá el crédito hipotecario, y si su inscripción es posterior a la anotación, ésta prevalecerá; posteriormente, las SSTs de 21 de febrero de 1975 y 5 y 19 de octubre de 1981, a partir de la estimación de que la anotación únicamente da preferencia al crédito anotado sobre los contraídos con posterioridad, consideran que el crédito hipotecario, aunque inscrito después, se antepone a aquél.

En la coyuntura del debate, para resolver la problemática, se precisa «la integración del *factum*», que se produce cuando la Sala de Casación completa la relación fáctica con datos cuya constatación resulta imprescindible para la atribución de un determinado efecto jurídico y que puede tener lugar como resultado de la casación de la sentencia recurrida.

A todos los efectos, a tenor del artículo 24 LH, la fecha de la inscripción es la del asiento de presentación.—Es de observar que la anotación preventiva de embargo fue verificada un día después de la presentación de las escrituras públicas de crédito hipotecario y complementaria antes referidas en el Registro de la Propiedad.

Centrada así la cuestión, corresponde aplicar lo dispuesto en el artículo 24 LH, en virtud del cual se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma, lo que determina la preferencia del crédito hipotecario sobre el piso hipotecado, según establece el artículo 1923.3 CC. (STS de 12 de mayo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Una sociedad de *leasing* incoa un juicio ejecutivo contra unos deudores suyos, en cuyo seno intenta hacer efectivo su crédito sobre determinado bien inmueble de dichos deudores, pre-

via anotación de embargo. Frente a esta pretensión, una entidad bancaria interpone la tercería de mejor derecho, basándose en la existencia anterior a su favor de un crédito hipotecario sobre el mismo piso. En primera instancia se declara el mejor derecho de la entidad bancaria, resolución que resulta revocada en sede de apelación. La entidad bancaria interpone recurso de casación, al que el TS declara haber lugar. (L. F. R. S.)

58. Procedimiento extrajudicial de ejecución de hipoteca. Inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial hipotecario.—El citado procedimiento extrajudicial se opone, desde la perspectiva de su legitimidad constitucional preconstitucional al artículo 24 CE, «que reconoce el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, derecho que inevitablemente se relaciona con la recta observancia del artículo 117.3, cuyas conexiones con aquél revelan una gran interdependencia, tanto más, cuanto, de acuerdo con el artículo 53.a) CE, corresponde a los poderes públicos el deber de promover la efectividad del derecho a la tutela judicial (STC 199/1987, de 16 de diciembre).

Competencia exclusiva de los órganos judiciales para la titularidad de la potestad de ejecución.—La función de ejecución y, por tanto, la atribución del conocimiento del proceso de ejecución son cometidos propios de los Jueces y Tribunales integrantes del «Poder Judicial» directriz que, además, se asienta, como explica la doctrina científica en una arraigada línea histórica española que, a diferencia de otros ordenamientos extranjeros, no contempla la existencia de órganos de la ejecución autónomos, diferentes del Juez, línea reforzada por el señalado precepto de la Constitución Española y los concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según explicita, además, entre otras la STC núm. 167/1987, de 28 de octubre, al declarar «que la titularidad de la potestad de ejecución corresponde exclusivamente a los propios órganos judiciales como una manifestación típica de la potestad jurisdiccional que la Constitución les ha conferido en su artículo 117.3». (STS de 20 de abril de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Varias sociedades mercantiles demandan la nulidad de todas las actuaciones habidas en el seno de un procedimiento de ejecución extrajudicial de hipoteca seguido en una Notaría a instancia de otras sociedades. Tanto la sentencia de instancia, como la de apelación, desestiman la demanda inicial y el ulterior recurso de apelación interpuesto por las ejecutadas, por lo que interponen el recurso de casación ante el TS, al que éste declara haber lugar dada la inconstitucionalidad sobrevenida de dicho tipo de procedimiento de ejecución. (L. F. R. S.)

DERECHO DE FAMILIA

59. Separación de hecho y sociedad de gananciales. La separación de hecho libremente consentida por ambos cónyuges excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia. Es contraria a la buena fe y constituye abuso del derecho la reclamación de uno de los cónyuges de derechos sobre bienes adquiridos por el otro durante la

situación de separación de hecho.—Reiterada doctrina de esta Sala (contenida no sólo en las dos sentencias anteriormente referidas, sino también en otras más recientes, como las de 23 de diciembre de 1992 y 27 de enero de 1998), que aquí se ratifica, la de que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges, pues entenderlo de otro modo significaría un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso de derecho que no puede ser acogido por los Tribunales en una interpretación acorde con la realidad social (art. 3.1 CC), y que rota la convivencia conyugal, no cabe que se reclamen, por un cónyuge, derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no contribuyó, pues tal conducta es contraria a la buena fe y conforma uno de los requisitos del abuso del derecho, al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos.

El arrendamiento de un bien ganancial por tiempo inferior a seis años tiene naturaleza de acto de administración y, como tal, es válida su realización por parte del cónyuge a cuyo nombre figure el bien o en cuyo poder se encuentre.—Por un lado, ha de tenerse en cuenta que son válidos los actos de administración de bienes gananciales realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren (art. 1384 CC). Por otro lado, no puede desconocerse que los arrendamientos de bienes inmuebles, por tiempo que no exceda de seis años y que no sean inscribibles, tienen carácter de actos de administración, según reiterada doctrina de esta Sala (SS de 5 de marzo de 1982, 8 de octubre de 1985, 30 de marzo de 1987, 7 de marzo de 1996, por citar algunas).

Los frutos, rentas o intereses que produzcan los bienes gananciales (y los privativos) tienen una indudable naturaleza ganancial, sin perjuicio del crédito que pueda ostentar uno de los cónyuges frente a la sociedad por los gastos de conservación del bien que los haya producido.—Los frutos, rentas o intereses que produzcan los bienes gananciales (y los privativos) tienen una indudable naturaleza ganancial (núm. 3.º del art. 1347 CC), sin que pueda hacerles perder dicha condición, ni el hecho de que el arrendamiento lo haya concertado uno solo de los cónyuges (en este caso, la esposa), ni la circunstancia de que la esposa haya venido atendiendo, con su dinero privativo, al pago de los gastos de todo tipo originados por dichos bienes gananciales, ello sin perjuicio del crédito que, en este último caso, corresponda a la esposa contra la sociedad de gananciales por los gastos que haya pagado en dicha forma, cuyo crédito habrá de incluirse, como pasivo, en el inventario, al practicar la liquidación de la expresada sociedad de gananciales. (STS de 24 de abril de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Las partes del litigio son los cónyuges de un matrimonio separado de hecho. Estando en esa situación, que se prolonga durante más de veinte años, la esposa adquiere un piso y procede a arrendar la casa y el huerto que constituían el único bien ganancial del matrimonio. El marido pide la disolución de la sociedad de gananciales, la consideración del piso adquirido por la esposa como bien ganancial y la declaración de nulidad del arrendamiento unilateralmente pactado por ella. Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación acogen parcialmente la demanda en lo relativo a la disolución de la sociedad de gananciales. Interpuesto el recurso de casación por el demandante, el TS declara haber lugar parcial-

mente al mismo, declarando la ganancialidad de las rentas obtenidas con el arrendamiento del bien de igual naturaleza. (M. C. B.)

60. Sociedad de gananciales. La responsabilidad de la esposa del fiador solidario de una póliza de crédito con sus bienes gananciales depende de la efectiva calificación previa de la deuda como consorcial, circunstancia que, a tenor del artículo 1401 CC, actúa como presupuesto necesario para obligar a la esposa. La sentencia que declara la responsabilidad de los bienes gananciales de la esposa sin que se haya debatido en el proceso la ganancialidad de la deuda resulta incongruente. No cabe admitir por sistema que la esposa actúa siempre como cómplice de su cónyuge en las situaciones de insolvencia y defraudación de acreedores que éste provoca.—En concreto, la cuestión debatida viene a estar conformada por el dato fáctico de que el esposo de la recurrente con otras dos personas más afianzó solidariamente, con renuncia expresa a los beneficios de orden, división y previa excusión, la póliza de crédito otorgada por el Banco Pastor a la mercantil *Redoma, S. A.* —de la que eran socios los demandados—, en fecha 8 de agosto de 1990, por ocho millones de pesetas, que no fueron pagados, y lo que se trata es que la que recurre abone la deuda pendiente con su haber ganancial.

La entidad bancaria dicha no planteó ni integró en el *petitum* de su demanda que se declarase que el afianzamiento prestado por el marido constituía efectiva deuda ganancial o deuda de la sociedad como exige el artículo 1401 CC, lo que actuaba como necesario presupuesto para obligar a la esposa. Lo que se viene a llevar a cabo es equiparamiento de ésta a la condición de efectiva fiadora solidaria.

La resolución de la cuestión de incongruencia planteada exige tener en cuenta la profunda reforma introducida en el Código civil por la Ley de 13 de mayo de 1981, sobre el régimen económico matrimonial, al atribuir protagonismo en el mismo a la mujer casada, conforme a principios constitucionales, con lo que alcanzó situación de igualdad y gestión con el varón, y por ello se vino a potenciar y preservar su haber ganancial, superando la casi plena disponibilidad que la legislación anterior y tradicional atribuía al marido, ya que era monopolizador de los bienes gananciales, como «jefe de la familia» (arts. 1412, 1413, 1416 y concordantes del Código civil que resultaron derogados). No cabe admitir por sistema que la esposa actúa siempre como cómplice de su cónyuge en las situaciones de insolvencia y defraudación de acreedores que éste provoca, como tampoco la jefatura absoluta alguna del caudal matrimonial (art. 66 CC).

La reforma legal impuso a la jurisprudencia de esta Sala la necesaria adaptación al texto vigente, y con ello, entre otras situaciones, superar el concepto de actuación en interés de la familia —a veces resultaba identificada con los intereses de los acreedores, sobre todo si éstos eran entidades bancarias—, para justificar las disposiciones del marido comprometedoras de los bienes gananciales, por la atribución a sus deudas de la condición de ganancialidad (SS de 4 de mayo de 1968, 14 de mayo de 1984, 21 de diciembre de 1985, 28 de marzo de 1989 y 15 de marzo de 1991, entre otras), y atendiendo a los preceptos civiles vigentes, la literalidad de los mismos no la refieren y así resulta extralegal.

Conviene puntualizar que es efectiva deuda ganancial cuando la contraen conjuntamente ambos esposos o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro (arts. 1367 y 1369), así como en los casos en los que el mari-

do o la mujer fueran comerciantes (art. 1365), al remitirse el Código civil al de comercio (arts. 6, 7, 11 y 12), con lo cual la validez de la fianza prestada por el marido obliga directamente a la sociedad de gananciales si no consta oposición de la esposa al ejercicio mercantil profesional de aquél (SS de 29 de diciembre de 1987, 5 de febrero de 1991, 6 de junio de 1994 y 10 de noviembre de 1995).

Estos supuestos no los tuvo en cuenta la sentencia recurrida, pues no contiene declaración alguna de hechos probados en tal sentido, sin perjuicio de las aportaciones doctrinales que expone, ya que lo que definitivamente sienta es que se trataba de efectiva deuda ganancial, con lo que se alcanza la declaración a la que atiende el Tribunal de Instancia.

La decisión juzgadora, que se impugna, como ya se deja advertido, exige que se hubiera planteado en la demanda que creó el pleito la declaración de deuda ganancial del afianzamiento de referencia, pues de esta manera quedaría constituida paritariamente la controversia, al facilitar a la recurrente, como parte procesal demandada, poder discutir la cuestión y sobre todo si resultaba de encaje legal en el artículo 1365, que decreta la responsabilidad directa de los bienes gananciales frente a los acreedores, cuando las deudas contraídas por uno de los esposos provienen del ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o administración ordinaria de los bienes propios, toda vez que, si bien el artículo 1362.4.º se refiere literalmente a la «explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge», el precepto juega a efectos de determinar los gastos que son carga del patrimonio ganancial y su operatividad jurídica se produce en la responsabilidad interna y determinación del pasivo definitivo, en cambio el 1365 actúa hacia el exterior, en proyección a la defensa de los derechos de los acreedores por las deudas contraídas por uno de los cónyuges.

Dicho precepto 1365, aunque aquí no se plantea, no obstante sí conviene decir que cabía ser discutido procesalmente, lo que en este asunto se omitió, y no obstante la sentencia recurrida lo tuvo en cuenta, en relación al alcance de lo que se debe entender «ejercicio ordinario», que equivale a lo que es usual, repetido, acostumbrado, habitual, es decir a lo que se presenta como común, corriente y normal, y con ello sí procede encuadrar en la expresión la prestación de un afianzamiento, en las condiciones tan onerosas como el que llevó a cabo el esposo de la recurrente, aunque lo fuera a favor de una sociedad de la que eran partícipes, atendiendo que con ello se incurriría en la responsabilidad universal patrimonial que establece el artículo 1911 CC (en relación con el 1822), resultando desbordados los intereses familiares-gananciales.

Lo que se deja estudiado determina que haya de apreciarse la incongruencia denunciada, al haberse decidido sobre cuestión no debatida en la contienda procesal y resultaba ineludible, ya que no se trata de precisiones decisorias complementarias o que el fallo se extienda a aquellos extremos, que aun no solicitados por las partes, se presentan como derivados y consecuentes lógicos de lo pedido y permitan la ejecutoria (SS de 1 de octubre de 1992 y 1 de julio de 1993), sino de efectiva alteración de la *causa petendi*, al plantear la demanda como si la recurrente fuera la efectiva avalista, cuando no firmó la póliza ni consta demostrado hubiera prestado a su esposo consentimiento alguno, que fue quien se obligó directa y personalmente.

Se produce incongruencia cuando se altera la causa de pedir y se sustituyen las cuestiones planteadas por otras distintas que no pueden ser atendidas en virtud del principio *iura novit curia*.—La incongruencia se

produce si se altera la causa de pedir y se sustituyen las cuestiones planteadas por otras distintas, sobrepasándose los límites del principio *iura novit curia* (SS de 20 de julio de 1990, 8 de enero de 1992, 8 de junio de 1993 y 6 de marzo de 1995), que es lo que ocurre en el caso que nos ocupa, lo que determina que el motivo se acoja y prospere el recurso. (STS de 27 de marzo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Tres personas, socios de una sociedad mercantil, prestan aval solidario a una póliza de crédito a favor de la sociedad en cuestión. Ante la desatención del título, el Banco acreedor demanda solidariamente a los tres avalistas y a la esposa de uno de ellos. Ésta es absuelta de todos los pedimentos en primera instancia, pero la sentencia de apelación la condena a atender la deuda hasta el límite de su haber ganancial. Planteado el recurso de casación por la condenada en apelación, el TS casa la sentencia de la Audiencia y confirma la del Juzgado, basándose en la incongruencia de la sentencia de apelación, ya que el Banco acreedor no había instado la previa declaración de ganancialidad de la deuda. (M. C. B.)

61. Acción de reclamación de filiación extramatrimonial. El hecho de que la hija alcance la mayoría de edad durante la sustanciación del proceso no impide que se prorrogue la legitimación activa de la madre, cuando la hija no se opone al reconocimiento.—Ya esta Sala, sin embargo, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre cuestión semejante (STS de 22 de marzo de 1999) reiterando la doctrina anterior (STS de 29 de abril de 1994), que establece: «frente al criterio de que es el hijo, en realidad quien tiene legitimación y no la madre que no puede reclamar en nombre propio, la legitimación activa de la madre para reclamar se basa en su evidente interés jurídico, apoyado no sólo en una inequívoca relación de naturaleza moral y física, sino en el Derecho positivo vigente y en la jurisprudencia de esta Sala». El problema, por ello, enseña la referida S de 22 de marzo de 1999 ya citada, «no reside tanto en una cuestión de cese de la representación legal, por mayoría (*sic*, de edad) de los hijos, como en una prórroga de la legitimación, “en virtud del principio de la *perpetuatio legitimationis*” (STS de 15 de marzo de 1991), perfectamente admisible, cuando como en el caso presente, no consta oposición expresa de la hija a tal reconocimiento. En consecuencia, decae el motivo».

La negativa a someterse a las pruebas de paternidad no constituye *ficta confessio*, pero sí un valioso indicio que unido a otras pruebas, como puede ser un documento privado en el que el demandado se comprometería a reconocer la futura paternidad, permite declarar la filiación.—No repara el recurrente, que conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, aunque no pueda atribuirse a dicha negativa valor de *ficta confessio*, sí equivale a un valioso indicio que conjugado con otros medios de prueba, como es el señalado, permite declarar la filiación (STS de 11 de marzo y 12 de abril de 1988, entre otras muchas). Por lo tanto, fenece el motivo.

Para probar la convivencia o las probables ocasiones para la procreación basta con la existencia de elementos de prueba indiciarios, que no han de ser plenos.—Por las razones ya expuestas decae asimismo la última causa impugnatoria (motivo tercero, art. 1692.4 LEC) que se apoya, exclusivamente, en sentencias de esta Sala, desde luego, mal interpretadas por el recurrente, dado que, conforme se ha afirmado tal indicio valioso cuya importancia acentúa cada vez más la más reciente jurisprudencia, puesto en con-

xión con otros elementos de prueba, —que no tienen que ser plenos, sino también indiciarios—, de las que verosímilmente se colija la relación convivencial con la pareja o las probables ocasiones procreadoras, son suficientes para declarar el referido reconocimiento, tanto más cuanto en el caso el recurrente ya estaba dispuesto a reconocer al hijo, si la gestación llegaba a buen fin. (STS de 11 de mayo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La madre de una menor que alcanza la mayoría de edad durante el proceso, ejercita una acción de reclamación de filiación contra un señor, al que ambas sentencias de instancia declararon padre de su hija. Éste interpone el recurso de casación que es desestimado. (M. C. B.)

62. Acción de reclamación de filiación extramatrimonial. La casación no es una tercera instancia revisora de toda la prueba, sino que su función es sólo corregir posibles errores de derecho en la valoración de la misma.—El motivo se desestima obviamente por lo que respecta a este último extremo, pues se olvida que la casación no es una tercera instancia donde se pueda examinar todo el material probatorio de nuevo por esta Sala, sino que la misma sólo ha de corregir los errores de derecho que pudieran haberse cometido en la instancia al realizar la valoración antedicha, para lo cual han de citarse los preceptos atinentes a ella que se reputen infringidos y las razones en que se base la acusación. Nada de esto se hace, sino que se sustituye por un mero alegato de instancia.

La doctrina de la Sala 1.^a del TS admite la validez de la negativa expresa de la parte a someterse a las pruebas biológicas de determinación de la filiación, hecha a través de su procurador.—Así las cosas, es patente que el procurador del demandado, hoy recurrente, no fue más que un mero nuncio o portador de la voluntad de su representado, no formó o substituyó con la suya la de éste, además de que la actual doctrina de esta Sala (SS de 13 de diciembre de 1994 y 7 de octubre de 1995) admite la validez de la negativa expresa de la parte a someterse a las pruebas biológicas de determinación de la filiación, hecha a través de su procurador.

Según reiterada jurisprudencia, no puede descomponerse la valoración conjunta de la prueba.—El motivo tercero, al amparo del artículo 1692.4 LEC, cita como infringido el artículo 1228 CC, pues unas tarjetas de visita no pueden contener sino meros detalles de cordialidad. El motivo se desestima. La Audiencia no ha extraído su conclusión de modo exclusivo de lo escrito en las tarjetas, sino que ha valorado su contenido de acuerdo con las demás pruebas. El recurrente quiere descomponer el conjunto y ello lo prohíbe la reiterada jurisprudencia de esta Sala, además de que es inútil, pues aun no dando valor probatorio a las tarjetas, quedaban en pie las restantes pruebas.

La prueba testifical no es impugnabile en casación.—El motivo se desestima pues es constante la jurisprudencia de esta Sala en su doctrina de que la prueba de testigos no es impugnabile en casación (SS, entre otras, de 20 de diciembre de 1991, 11 de abril de 1992, 12 de septiembre de 1996 y 17 de abril de 1997).

Una sentencia, por su propia naturaleza y finalidad, no puede infringir el artículo 5.4 LOPJ.—El motivo se desestima. Ante todo, es obviamente extravagante la cita del artículo 5.4 LOPJ, pues no puede cometer nunca la sentencia una infracción del mismo por su propia naturaleza y finalidad. Por otra parte, se olvida que la negativa del recurrente a someterse a las pruebas

biológicas no las fundamentó en primera instancia en ninguna necesidad económica, sino en los perjuicios sociales y familiares que le pudiera reportar el hacerlo, y que no estaba obligado por no haber tenido relaciones sexuales con la actora.

Según el TC, el mandato judicial de someterse a las pruebas biológicas de paternidad no lesiona ni el derecho a la integridad física, ni el derecho a la intimidad, sobre los que prevalecen el interés social y el orden público subyacentes en las declaraciones de paternidad.—La obligación de someterse a las pruebas biológicas, cuando han sido ordenadas dentro del proceso razonadamente por la autoridad judicial, ha sido mantenida por la jurisprudencia del TC por prevalecer el interés social y orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, no infringiéndose con ello ni el derecho a la integridad física ni el derecho a la intimidad (S de 17 de enero de 1994), doctrina que esta Sala ha seguido en sus sentencias, entre otras, de 29 de abril y 18 de mayo de 1994 y 8 de marzo de 1995. De acuerdo con la misma, son rechazables las excusas del recurrente para no cumplir con su obligación en este proceso.

La negativa a someterse a las pruebas biológicas de paternidad es un indicio que no tiene valor de *ficta confessio*, y que ha de valorarse junto con el resto de las pruebas.—También son rechazables, por las razones expuestas al desestimar el motivo anterior, las alegaciones a favor de la pretendida naturaleza personalísima de la negativa, y el que la sentencia recurrida haya dado valor de confesión a la negativa a someterse a la práctica de pruebas biológicas. Basta la lectura de la sentencia recurrida para apercibirse de que aquella negativa no pasó de ser un indicio que se valoró con el resto de las pruebas para dictar el fallo contrario al recurrente. (STS de 28 de mayo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La madre de un menor ejercita una acción de reclamación de filiación contra un señor, al que ambas sentencias de instancia declararon padre de su hijo. Éste interpone el recurso de casación que es desestimado. (M. C. B.)

DERECHO DE SUCESIONES

63. Acción de nulidad de testamento. La falsa declaración del testador de no saber firmar, acarrea la nulidad del testamento.—Ciertamente, como prescribe el artículo 687 CC, la nulidad de las disposiciones testamentarias es una sanción aparejada al hecho de que no se hubiesen observado las formalidades establecidas para las distintas modalidades de los testamentos, cuyo cumplimiento es absolutamente necesario y ciertamente, también, que, conforme a constante jurisprudencia, constituida, entre otras, por las sentencias reseñadas en el motivo del recurso, si el testador manifiesta no saber firmar y su aserto es mendaz, el testamento quedará viciado de nulidad, de aquí, que la realidad de semejante falsedad se encuentra condicionada al resultado probatorio, lo cual, como se desprende de las sentencias recaídas en primera y segunda instancia, no ha quedado acreditado.

La manifestación del notario de que la testadora no sabía firmar, debe entenderse en el sentido de la imposibilidad de ésta de hacerlo en ese momento, y no conculca las exigencias del artículo 695 CC.—A la inexactitud en que incurrió el notario no cabe concederle un sentido o valor

absoluto, tan solo relativo, pues es de atender, a juicio de esta Sala, que cuando aquel manifestó que la testadora no sabía firmar se refería, indudablemente, a la imposibilidad de saber hacerlo en ese momento concreto, con lo cual no se vino a conculcar la formalidad recogida en el artículo 695 CC, por lo que, en definitiva, las manifestaciones vertidas en la sentencia recurrida no pueden tacharse de irreales e ilógicas, y de aquí, no cabe sino concluir que el motivo carece de total fundamento y no puede atribuirse al Tribunal *a quo* infracción alguna en torno a los artículos 687 y 695 CC, ni, tampoco, desconocimiento de la doctrina jurisprudencial reseñada en el motivo, y esto así, conduce a entender claudicado el único motivo del recurso de que tratamos. (STS de 29 de abril de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Dos hermanas solicitan la declaración de nulidad del testamento que su madre otorgó ante notario revocando un anterior testamento también notarial, basándose en que el notario ante quien se otorgó este segundo testamento manifestó que la madre no sabía firmar, siendo ello falso, y deduciendo de ese dato una manipulación de la voluntad de la testadora por parte de otros herederos. Tanto ambas sentencias de instancia, como la pronunciada por el TS en sede de casación, desestiman íntegramente la demanda. (M. C. B.)

64. **Acción de petición de herencia.** La legitimación activa corresponde al heredero real frente al poseedor de bienes hereditarios a título de heredero del mismo causante o sin tener título alguno y persigue la restitución de esos bienes.—La acción de petición de herencia, no regulada en nuestro Código civil, que se limita a hacer alusión a ella en su artículo 192 y en los artículos 1016 y 1021, compete al heredero real contra quien posee los bienes hereditarios a título de heredero del mismo causante o sin tener título alguno para obtener su restitución, pero partiendo del supuesto de que el sujeto pasivo de la acción posea los bienes invocando un título excluyente del que asista al reclamante; en el presente caso, aun admitiendo que la acción ejercitada fuera la de petición de herencia, no obstante no contenerse en el *petitum* de la demanda pretensión alguna de restitución a los actores de bienes supuestamente integrantes del caudal relicto, y no una acción declarativa de los derechos legitimarios de los actores y consecuente nulidad de la partición realizada sin su concurso, parece claro que la relación procesal está constituida entre aquellos a quienes directamente puede afectar la resolución que se dicte, los actores, como pretendientes de derechos legitimarios en la sucesión de su difunto padre, y la heredera testamentaria, que se opone a ese reconocimiento, así como el albacea testamentario como ejecutor de la voluntad del causante.

No es preciso que la acción de petición de herencia se extienda a todos los bienes integrantes del caudal hereditario.—La acción de petición de herencia, en su aspecto restitutorio a los herederos reales, no es necesario, como parece entender el Tribunal *a quo*, que se refiera a todos los bienes integrantes del caudal hereditario, sino que puede limitarse a bienes que estén en posesión de determinada persona y no otros (es de notar que, en el caso, el bien inmueble y los que constituyen el ajuar que están situados en el domicilio del causante, se hallan en poder de uno de sus herederos, la esposa superviviente, por lo que respecto de ellos no procedería, aunque se hubiese pedido, la entrega a los actores, supuesto sus derechos como legitimarios, hasta tanto no se les hubiesen adjudicado en la correspondiente partición).

La acción de petición de herencia no puede ejercitarse frente a quien, sin pretender ser heredero ni esgrimir título universal alguno, ostente un título singular de posesión.—De otra parte, la legitimación pasiva en la acción de petición de herencia de quienes no se arroguen la condición de poseedores de los bienes en concepto de herederos o a título universal, sólo procede cuando sean meros poseedores sin título singular alguno, condición que no ocurre, a tenor de las pruebas obrantes en los autos, en el Museo de Toulouse ni en el Ayuntamiento de esa ciudad francesa, ya que la citada colección la poseían en concepto de depositarios, al habérsela entregado en esa condición el causante, bien como donatarios al aceptar la donación hecha por la heredera testamentaria; por tanto, se da una posesión basada en un título singular por lo que frente a ellos nunca podría dirigirse la acción de petición de herencia, sin perjuicio de las acciones que, en relación con esos títulos posesorios o de propiedad, pudieran ejercitar los actores, caso de ser declarados herederos legitimarios del causante. Por todo ello, se concluye, no se da la falta de litisconsorcio pasivo necesario apreciado por la Sala *a quo* y debe ser estimado el motivo.

La evolución actual del Derecho internacional privado implica un tratamiento matizado del reenvío que hace imposible adoptar una actitud indiscriminada de aceptación o rechazo del mismo, sino proceder en su aplicación con un criterio flexible y de aplicación restrictiva y muy condicionada.—Lo cierto es que, como señalan los autores, tanto españoles como británicos, la jurisprudencia de ese país marca una nueva tendencia reticente a la aplicación del reenvío en materia sucesoria; postura coincidente con la que sustenta la más moderna doctrina internacionalista española en relación con el reenvío establecido en el artículo 12.2 CC respecto a la norma de conflicto inglesa en materia de sucesiones inmobiliarias; así es de ver como en asunto Adams, el Juez inglés rechaza la aplicación del reenvío, entendiendo que los Tribunales españoles sólo lo aplicarían en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, de tal manera que será aplicado cuando los Juzgadores lo estimen oportuno, o sea, que éstos sólo aceptarán el reenvío de retorno cuando éste lleve a un resultado acorde con los principios generales del Derecho español.

Si bien una aplicación puramente literalista del artículo 12.2 CC conduciría a la solución defendida en la demanda, la evolución actual del Derecho internacional privado, tal como se manifiesta en el Derecho comparado y de manera notable en el Derecho convencional internacional, implica un tratamiento matizado del reenvío que hace imposible adoptar una actitud indiscriminada de aceptación o rechazo del mismo, sino proceder en su aplicación con un criterio flexible y de aplicación restrictiva y muy condicionada. La aplicación del reenvío en los términos pretendidos en la demanda, es contrario al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio o impide dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria; asimismo contradice y deja sin aplicación el principio rector del Derecho inglés en materia sucesoria como es de libertad de testar, manifestación de la autonomía de la voluntad. Por otra parte, como señala la sentencia de esta Sala de 15 de noviembre de 1996, ante supuesto análogo al actual, la aplicación al caso del reenvío de retorno no conseguiría la finalidad que se asigna a este instrumento jurídico, de armonización de los sistemas jurídicos de los Estados, a lo que debe añadirse que en este supuesto la solución que se alcanzaría con esa aplicación tampoco puede afirmarse que entrañe una mayor justicia en relación con los intereses en juego. Por todo ello, debe concluirse que la

sucesión del causante don Jhon Anthony D. se rige por su ley nacional, es decir, por la Ley inglesa reconocedora de la libertad de testar a sus nacionales y, en consecuencia, procede la desestimación de la demanda, con revocación de la sentencia de primera instancia. (STS de 21 de mayo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Un señor inglés, con tres hijos de un primer matrimonio, y casado en segundas nupcias con una señora también inglesa, fallece en territorio español habiendo otorgado testamento conforme a su Ley nacional declarando heredera universal a su segunda esposa. Los hijos del causante demandan al cónyuge superviviente de su padre y al albacea testamentario, para que se reconozcan sus derechos legítimos conforme a la ley española, concretamente, sobre un bien inmueble sito en territorio español, pretensiones que son acogidas por la sentencia de primera instancia. Apelada ésta por la esposa del causante y el albacea testamentario, la sentencia de la Audiencia Provincial la revoca, absolviendo a los demandados apelantes sin entrar en el fondo del asunto, en virtud de determinadas excepciones procesales. Los hijos del causante interponen el recurso de casación, al que el TS declara haber lugar, sustituyendo en ciertos pronunciamientos, como órgano de instancia, al Tribunal *a quo*. (M. C. B.)

DERECHO MERCANTIL

65. Contrato de préstamo y contrato de apertura de crédito de cuenta corriente. Diferenciación.—El contrato de apertura de crédito de cuenta corriente es aquel contrato consensual y bilateral por el cual el Banco tiene la obligación de poner a disposición del cliente sumas de dinero dentro del límite pactado, cada vez que sea requerido por éste, así como a realizar otras prestaciones; el Banco percibe, a cambio, una comisión del cliente. El contrato de préstamo, sin embargo, se caracteriza por ser de naturaleza real y unilateral ya que sólo el prestatario tiene obligaciones. La calificación jurídica del contrato se determina, no por la denominación dada por los contratantes, sino por las estipulaciones que resulten del documento en que se haya formalizado. (STS de 11 de junio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Antonio A. S. suscribió un contrato con el *Banco de Comercio*, calificado por el primero como de préstamo. De la narración de los hechos parece desprenderse que con la finalidad de constituir garantía hipotecaria a favor del *Banco de Comercio* sobre determinadas fincas de don Antonio A. S., éste debía cancelar las hipotecas que pesaban sobre las mismas. Incumplida esta obligación de liberación de cargas, no se constituyó la garantía hipotecaria. Por otra parte, parece ser que *Natwest Bank*, instó un procedimiento judicial de ejecución de la hipoteca que gravaba una de las fincas de don Antonio A. S. que terminó con la adjudicación a favor de tercero.

Don Antonio A. S. formuló demanda de menor cuantía contra el *Banco de Comercio* que fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona; recurrida en apelación por el demandante, fue confirmada por la Audiencia Provincial de Barcelona.

NOTA.—El TS adopta la posición tradicionalmente mantenida por la doctrina y por la jurisprudencia al tratar el contrato de préstamo mercantil ya que le atribuye la calificación de real. Otra parte de la doctrina a la que se adhiere Sánchez Calero (*Instituciones de derecho mercantil* 2, ed. McGrawHill, Madrid, 1999, p. 270) alude a la práctica bancaria para sostener que se trata más bien de un contrato consensual ya que se perfecciona desde el momento en que las partes se ponen de acuerdo en extremos como la cuantía del préstamo, los plazos para su devolución y el importe de los intereses. A ello se añade que no existe ninguna norma imperativa que imponga el carácter de contrato real. En cualquier caso parece que en la sentencia analizada el TS pone el acento en el carácter unilateral del contrato de préstamo frente al bilateral del de apertura de cuenta corriente para diferenciarlos.

En anteriores sentencias, el TS se ha referido al segundo de los contratos citados en el mismo sentido; de entre ellas destacamos las de 11 de marzo de 1992, 20 de mayo de 1993 y 7 de marzo de 1974. (B. F. G.)

66. Garantía o aval a primera demanda. Definición.—La garantía o aval a primera demanda se caracteriza por la existencia de un contrato subyacente cuyo cumplimiento garantiza el fiador; éste tiene una obligación de pago distinta, autónoma e independiente de aquellas que nacen del contrato subyacente. El beneficiario, acreedor en dicho contrato subyacente, es aquel al que paga el fiador cuando así se le reclama.

Recurso de casación. Calificación jurídica y novación de un contrato.—La conceptualización jurídica de un contrato es una actividad de interpretación que corresponde al Tribunal de Instancia y en el cual, por tanto, no puede entrar el TS salvo que la interpretación se pueda tildar de ilógica, inverosímil o contraria a las normas de hermenéutica contenidas en los artículos 1281 a 1289 CC.

La novación de un contrato es, así mismo, una cuestión de hecho que, por tanto, corresponde exclusivamente al Tribunal de Instancia. Sólo alegando error de derecho en la valoración de la prueba con cita de las normas reguladoras de la misma que se consideraran infringidas, se puede recurrir en casación. (STS de 3 de mayo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—El 7 de febrero de 1989 *Antonio Muñoz Jersey Limited* constituyó la *Sociedad Maresfel, S. A.*, con participación de la sociedad de nacionalidad marroquí *Maison Delassus*. A tenor del contrato suscrito en documento de la misma fecha, la nueva sociedad tendría como objeto social la compra de agrios de origen marroquí tanto para acondicionarlos y comercializarlos en el mercado marroquí, como para exportarlos. De la narración de los hechos, parece desprenderse que *Antonio Muñoz y cía., S. A.*, y su filial *Antonio Muñoz Jersey Limited* se obligaban a cubrir y reembolsar las pérdidas eventuales derivadas de las operaciones de compra realizadas por *Maresfel*, hasta el límite del 45 por ciento, porcentaje correspondiente a la participación de dichas sociedades en el capital social de *Maresfel*. Así mismo se comprometían a reembolsar tales pérdidas al primer requerimiento sin discutir sobre las cifras ni poner en tela de juicio las iniciativas llevadas a cabo por el Presi-

dente de la nueva sociedad. Tras la campaña de 1988-1989, se realizó una auditoría y revisión de estados financieros para aclarar puntos oscuros y desvanecer dudas acerca de las pérdidas sufridas por *Maresfel* durante dicha campaña. *Maresfel, S. A.*, y *Maison Delassus* formularon demanda sobre reclamación de cantidad contra *Antonio Muñoz y cía., S. A.*, y su filial *Antonio Muñoz Jersey Limited*, pretensión que fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial de Murcia confirmó la resolución adoptada en primera instancia, desestimando el recurso de apelación interpuesto por las demandantes. (B. F. G.)

67. Cajas de Ahorro. Capacidad para comparecer en juicio: no necesitan de ningún complemento.—Las Cajas de Ahorro se caracterizan por tener dos funciones claramente diferenciadas: por una parte realizan actividades benéfico-sociales y, por otra, pueden llevar a cabo las mismas operaciones autorizadas a la Banca Privada (art. 20 del RD 2290/1977, de 20 de agosto). El patronazgo que sobre ellas ostentan los Gobiernos estatal, autonómico o municipal se limita a la primera de las funciones pudiendo controlar las grandes líneas políticas seguidas en la actividad mercantil, pero sin extenderse al tráfico diario. Las Cajas de Ahorro gozan así mismo de plena capacidad jurídica, no sólo para los actos relativos al tráfico mercantil sino también para su actuación procesal ya que no se pueden considerar fundaciones en el sentido del artículo 34 CE.

Recurso de casación contra resoluciones relativas a medidas cautelares. No procede.—El recurso de casación se interpone única y exclusivamente contra las sentencias definitivas o aquellas resoluciones que el artículo 1690 LEC 1881 asimila a ellas. Aquellas resoluciones que adoptan o deniegan medidas cautelares no pueden ser objeto de este recurso ya que tienen un sentido puramente instrumental y provisorio en cuanto al tema de fondo. (STS de 8 de mayo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Esperanza E. V. formuló demanda contra la *Caja de Ahorros de Navarra* sobre nulidad de procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH seguido a instancia de la citada Caja de Ahorros. La demanda es desestimada en primera instancia, confirmando dicha resolución la Audiencia Provincial de Navarra. (B. F. G.)

DERECHO PROCESAL

68. Error judicial. Objeto.—Apoyándose en una extensa jurisprudencia (entre otras, SSTS de 4 de febrero, 13 de abril y 16 de junio de 1988, 21 de abril, 22 de julio y 5 de diciembre de 1989, 18 de abril de 1992, 7 de febrero de 1994, 31 de enero de 1995, 11 de mayo de 1996, 12 de marzo de 1997 y 13 de enero y 24 de octubre de 1998), declara el TS que el objeto del error judicial recae sobre equivocaciones manifiestas en la fijación de los hechos (por contradecirse lo que no ofrece duda) o en la aplicación e interpretación de las normas (por aplicar normas inexistentes o por entenderlas fuera de su sentido y alcance). Esta figura no se refiere a los supuestos en que de los hechos, pruebas o normas se obtengan conclusiones que obedezcan a un pro-

ceso lógico o razonable, constituyendo la base sobre la que se apoya la convicción psicológica en que consiste la resolución, sino que se ha de predicar sólo de las decisiones judiciales esperpénticas que, por las características señaladas, quedan fuera de los cauces legales y rompen la armonía del orden jurídico.

Error judicial. Finalidad.—Esta figura de elaboración jurisprudencial no tiene la finalidad de constituirse en una tercera instancia, sino que busca corregir las resoluciones que resultan injustificables desde el punto de vista del Derecho. No se trata tanto de paliar el desacierto en la decisión judicial (puesto que, dado que en el proceso no se actúa con una verdad material que pueda dar lugar a una certeza absoluta, el total acierto no es exigible), sino la falta de atención del juzgador que produce resoluciones absurdas y sin sentido. (STS de 17 de abril de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La propietaria de un local comercial, arrendado a una cadena de supermercados para su uso como almacén, insta la resolución judicial del contrato de arrendamiento sobre la base de la inutilización del local por un tiempo superior a ocho meses sin justa causa. Recaída sentencia en recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Vizcaya, que desestima la pretensión de la actora, ésta interpone demanda sobre error judicial respecto de la misma, por considerar que incurría en incongruencia y error en la apreciación e interpretación de los hechos.

Se oponen a la demanda tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal, solicitando la declaración de improcedencia y desestimación de la demanda. El TS desestima la pretensión de la demandante. (A. M. M.)

69. Infracción de la tutela judicial efectiva.—Como es sabido, en tema de la preceptiva motivación de las sentencias, la doctrina se refleja, entre otras en S de 3 de noviembre de 1997, que dice «... El derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse disintilible o respecto de ella puedan formularse reparos (SSTC de 23 de abril de 1990 y 14 de enero de 1991), habiendo sido matizado este derecho a la motivación por la doctrina constitucional en el sentido de que no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión (STC de 28 de enero de 1991), afirmando la S de 5 de abril de 1990 de ese Tribunal que “basta que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permita su eventual control jurisdiccional”...»; en consecuencia con lo anterior, es claro, pues, que habiéndose omitido por completo, la valoración de esa segunda petición que también se desestima, puesto que, según la transcripción del razonamiento jurídico procedente no se contempla para nada, no sólo ya el juicio de valor de mentadas pretensiones contenidas en esa petición segunda de la demanda, esto es, la anulación de la donación efectuada, así como la disolución de la sociedad de gananciales y su correspondiente

inscripción registral, sino que, todo su razonamiento se refiere al tema de la viabilidad o no del préstamo concertado en la fecha indicada, el que se califica de simulado. Estos aspectos han quedado por completo imprejuizados y todo ello determina que al apreciarse el motivo, se declare la nulidad de la sentencia a los fines de que por el Juzgado de Instancia se resuelva en debida forma la susodicha segunda petición instada, con los demás efectos derivados, sin que a tenor del artículo 1715.2.º LEC, proceda imposición de costas en ninguna de las instancias, al hacer uso el Tribunal que juzga de la salvedad que perpetúan los artículos 523, 710, 873 y 896 de dicha Ley, aplicables en su caso al litigio. (STS de 10 de mayo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—*Fidel Azcabide, S. A.*—como señala la sentencia, «sociedad antecesora de *Calcinor, S. A.*»— celebró un contrato de préstamo con los hijos de don Alberto L. S., quien actuó como su representante. En virtud de lo estipulado en dicho contrato, don Alberto L. S. recibió la cantidad de 22.500.000 pesetas para destinarla, según la sentencia, «al desembolso total de las acciones que suscribió [...] también a nombre de sus hijos en la sociedad *Ciprea, S. A.*, constituida un mes antes». *Calcinor, S. A.*, interpone demanda de reclamación de cantidad—de los intereses del préstamo— contra los hijos de don Alberto L. S. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima en parte la reconvencción formulada por los demandados, declarando la nulidad del mencionado contrato de préstamo por simulación relativa. Probado que el desembolso de las acciones no se ha producido y el importe del préstamo en realidad ha sido recibido por la empresa *Ciprea, S. A.*, y no por los hijos de don Alberto L. S., el Juzgado de Primera Instancia entiende que existe una divergencia consciente entre la voluntad declarada por *Fidel Azcabide, S. A.*, y don Alberto L. S. y su voluntad real, consistente esta última en «financiar la sociedad *Ciprea, S. A.*»—posteriormente, *Calcinor, S. A.*, va a formar parte de la misma— y realizada con una finalidad de engaño. El mismo Juzgado declara la nulidad del contrato de préstamo, «que el mismo fue concertado entre *Fidel Azcabide, S. A.* [...], prestamista, y el difunto don Alberto L. S., prestatario», y que «el suscriptor originario y titular de las acciones [...] de la Sociedad *Ciprea, S. A.*, es don Alberto L. S.». Desestimado el recurso de apelación interpuesto por el demandante *Calcinor, S. A.*, el TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la misma empresa y anula la sentencia recurrida por infracción de la tutela judicial efectiva, al desestimar ésta las pretensiones instadas sin la debida motivación y no razonar la *ratio decidendi* de otra petición de la demanda en la que se suplica «se anule la donación efectuada por doña Gema L. G. [una de las hijas de don Alberto L.S.], así como la disolución de la sociedad de ganancias llevada a cabo por doña Lourdes L. G. [otra de las hijas de don Alberto L.S.]», devolviendo las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia para que resuelva esta cuestión. (*J. M. B. S.*)

70. Expropiación. El proceso expropiatorio determina el dominio público de la sociedad expropiada que, tras su enajenación, no coincide ya con la inicialmente expropiada, por lo que carece de legitimación *ad causam* para demandar a sus antiguos administradores.—Se subraya a los

fines indicados, que la medida expropiatoria supuso la asunción total y plena de las facultades de los órganos sociales, así como del acervo patrimonial de *Rumasa*, tanto en cuanto a los títulos de su accionariado como, sobre todo, en la inmediata posesión y ocupación material de todas las sociedades del Grupo, con efectos –y se resalta– traslativos de su dominio que reconoce los transcritos FFJJ 9 y 11, que hablan de «efectos transmisivos y expropiatorios inmediatos de la propiedad» –de la S de 2 de diciembre de 1983, núm. 111/83 del TC–. Asimismo, la enajenación prevista en el artículo 5 de la Ley, efectuada en gran parte en un sucesivo proceso posterior provoca que en la actualidad el grupo *Rumasa, S. A.*, accionante ya no coincida con el subrogado social fruto de la expropiación.

La necesidad de motivación de las sentencias forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, pero se refiere a la constancia clara de los fundamentos de la *ratio decidendi* y no a la posible discrepancia de las razones de la convicción judicial.–Afirmar, pues, que eso no es motivación, supone ignorar las más elementales premisas del planteamiento de las cuestiones procesales en este recurso, siguiendo constante jurisprudencia al respecto que, en una selección ilustrativa, ha sentado la siguiente doctrina: S de 3 de noviembre de 1997: «...El derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse disintente o respecto de ella puedan formularse reparos (SSTC de 23 de abril de 1990 y 14 de enero de 1991), habiendo sido matizado este derecho a la motivación por la doctrina constitucional en el sentido de que no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión (STC de 28 de enero de 1991), afirmando la S de 5 de abril de 1990 de este Tribunal que “basta que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permita su eventual control jurisdiccional...”; S de 7 de marzo de 1992: «... Sí es cierto que el artículo 120.3 establece que las SS serán siempre motivadas y ya en S de 10 de abril de 1984 estableció esta Sala que por imperativo del artículo 372 LEC y del 120.3 de la Constitución, la motivación es una exigencia formal de las sentencias, en cuanto deben expresar las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo, lo que concuerda con el artículo 248.3 LOPJ, que modifica la estructura del de la Ley Procesal, siquiera se ha dicho también que las sentencias civiles no necesitan de una declaración específica de hechos probados (a diferencia de las penales), pues los mismos se desprenden de los fundamentos jurídicos, siendo doctrina constitucional que la motivación del pronunciamiento constituye requisito ineludible de la actividad judicial, aunque no sea necesaria una referencia exhaustiva siempre que permita esas dos finalidades, pues ello es inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE, bastando con que la motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del derecho ajena a toda arbitrariedad y que permita la eventual revisión jurisdiccional mediante los recursos legalmente establecidos...»; el perecimiento del motivo, pues, debe confirmarse, porque, en definitiva, una cosa distinta es, la falta,

carencia o insuficiencia de motivación, y otra es, que se discrepe, justamente, de la motivación que ha supuesto la integración de la libre convicción judicial, para llegar a la decisión desestimatoria del recurso.

El requisito de la congruencia de la sentencia se refiere a la concordancia entre lo pedido y lo declarado por la misma, de modo que no es incongruente la sentencia que no califica algún elemento no esencial para la decisión, introducido por las partes.—Es indiscutible que la incongruencia nunca puede derivarse porque, en la *ratio decidendi*, no se califique cualquier elemento controvertido que introduzcan las partes si, efectivamente, el mismo no es suficientemente vinculante para fundar la decisión que se emita, puesto, es bien sabido, que el requisito de la incongruencia, se refiere concretamente al reajuste entre lo pedido y lo declarado *ope sententiae*; se decía en varias sentencias de cita ociosa, por conocida: Es doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido —*ultra petita*—, o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de los suplicados por las partes —*extra petita*— y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes —*citra petita*—, siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito. También puede apreciarse vicio de incongruencia en aquellas sentencias que prescinden de la causa de pedir y fallan conforme a otra distinta, al causar indudable indefensión, que no ampara el principio *iura novit curia* (SS de 29 de mayo, 28 de octubre y 5 de noviembre de 1997 y 11 de febrero, 10 de marzo y 24 de noviembre de 1998).

El artículo 1214 CC no es apto para fundamentar el recurso de casación, salvo en el caso de que el Tribunal *a quo* no haya respetado la distribución de la carga de la prueba que el mismo establece.—En torno al *onus probandi*, debe seguirse el dictado de jurisprudencia constante sobre el artículo 1214, S de 1 de abril de 1998: «... La reiterada doctrina de esta Sala según la cual el artículo 1214 CC por su carácter genérico, relativo al *onus probandi* al no contener regla alguna valorativa de prueba, no es apto para amparar el recurso de casación, salvo en aquellos casos en que el Tribunal *a quo* hubiera invertido en su fallo el principio de distribución de la carga de la prueba (situación que con toda evidencia no se produce en el caso presente como resalta la S de 29 de octubre de 1990, que cita entre otras SS de 5 de mayo y 8 de noviembre de 1986, 21 de diciembre de 1987 y 18 de marzo de 1988)»; S de 27 de enero de 1999: «No se infringe el artículo 1214 CC, cuando, como en el caso, el Tribunal de instancia alcanzó su fallo decisorio por la apreciación valorativa del material probatorio aportado al proceso, habiendo cumplido la demandante con la carga de la prueba que le correspondía al demostrar la realidad de sus pretensiones, lo que no logró la recurrente respecto a los hechos impeditivos o extintivos en los que basa su oposición para negarse al pago de lo que por vía contractual había asumido; y así, es reiteradísima la doctrina jurisprudencial que proclama que el artículo 1214 CC, sólo cabe invocarlo en casación cuando el Tribunal *a quo* invierte en su fallo el *onus probandi* con lo cual es atribución de quien resulte demandado probar los argumentos de su oposición a la relación jurídica en discusión, sin perjuicio del examen aislado en cada caso, no bastando con negar los hechos, sino que es preciso advenir con pruebas eficaces los que se oponen».

El principio de que «nadie puede ir contra sus propios actos» tiene aplicación cuando la misma persona actúa de modos diversos ante la misma situación, pero no cuando actúa de modo diferente en situaciones también distintas.—Jamás puede existir una conducta contradictoria o la subsumición de los demandados en el apotegma *adversus proprium factum quid venire non potest*, cuando se está en realidad contemplando una serie de circunstancias relativas a la supuesta actitud de los propios demandados ante situaciones *de facto* distintas: la primera cuando funcionaba en plenitud, como entidad privada, el Grupo Rumasa, en el cual eran accionistas y administradores exclusivos, y la segunda, tras la conmovición expropiatoria de su total acervo patrimonial; ya que, esa conducta contradictoria no puede colegirse de un comportamiento discrepante sobre situaciones completamente distintas, esto es, no cabe entender se den los actos adversos o equívocos con su remanente esclarecedor o significativo, cuando existen unos iniciales que recaen sobre una situación precedente, y contrastarlos con otros posteriores cuando la situación ha cambiado, puesto que, se reitera, la contradicción acusada se refiere a que aun permaneciendo el mismo *statu quo* antes y después, acontece que lo que antes se ha aceptado en dicha situación, posteriormente, se viene a desconocer lo que es —se repite— caso muy distinto al supuesto enjuiciado, en donde los demandados, adoptan una actual posición de defensa y de oposición, porque ha cambiado, por completo, su situación, respecto a su precedente cualidad de antiguos accionistas o administradores de la sociedad expropiada, esto es, en grafismo didáctico ante situación distinta a la precedente se corresponde con actuación respectivamente diversa. (STS de 1 de junio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Con posterioridad a la conocida expropiación de 1983, la sociedad *Rumasa, S. A.*, demanda a sus antiguos administradores pidiendo la nulidad de determinados acuerdos adoptados por ellos y solicitando una multimillonaria cantidad en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados por éstos a aquélla. Tanto la sentencia de instancia, como la de apelación, desestima íntegramente la demanda, apreciando la falta de legitimación al *causam* de la parte demandante. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. C. B.)