

# Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep María BECH SERRAT, Pilar CÁMARA ÁGUILA, Margarita CASTILLA BAREA, Rocío DIÉ-GUEZ OLIVA, Antonio GÁLVEZ CRIADO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Albert RUDA GONZÁLEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ**

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

## DERECHO CIVIL

### PARTE GENERAL

**1. Criterio sociológico en la interpretación de las normas jurídicas. Aplicación del artículo 3.1 CC.**–El artículo 3.1 CC establece que las normas jurídicas deben ser interpretadas teniendo en cuenta «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», lo que, sin justificar el arbitrio judicial, contiene «una llamada a la profundización en el conocimiento de la realidad social para descubrir mejor el espíritu y finalidad de aquéllas» (STS de 10 de abril de 1995). En este sentido, «es, pues, la realidad social un elemento de la interpretación de la ley que significa el conocimiento y la valoración de las relaciones de hecho a que debe aplicarse la norma, teniéndolas en cuenta según la vida real inmersa en la sociedad». (STS de 18 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.–Don José Luis L. M. y otros interpusieron demanda de tercería de mejor derecho contra *Alz, N. V., S. A., y Magefesa, Agrupación de empresas. Magefesa, Agrupación de Empresas* se allanó a la demanda, mientras que la mercantil *Alz, N. V., S. A.* contestó a la misma pidiendo su desestimación. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda declarando el mejor derecho de los actores a que con el producto de los bienes embargados se les haga el pago hasta una determinada cantidad con preferencia sobre *Alz N. V., S. A.*

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Bilbao desestimó el recurso y confirmó la resolución de primera instancia. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—En los Fundamentos de Derecho de la sentencia que nos ocupa se hace un especial hincapié en la aplicación del artículo 3.1 CC, redactado de conformidad con la reforma operada en el título preliminar del mismo Cuerpo legal en 1974, en cuanto se atiende al criterio sociológico en la interpretación de las normas jurídicas, consagrado por la jurisprudencia antes de la mencionada reforma (así, SSTS de 21 de noviembre de 1934 y 24 de enero de 1970) y acogido igualmente con posterioridad a aquélla (SS de 13 de mayo de 1993 y 10 de abril de 1995).

En la presente sentencia se reitera la idea de que la interpretación sociológica supone un refuerzo o un control, nunca el arbitrio judicial, en la aplicación literal de las normas jurídicas conforme a la realidad social del mundo laboral. Así, en el proceso de ejecución forzosa iniciado se utiliza tanto para entender que el acto de conciliación celebrado ante el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación en que se reconocen créditos salariales es título suficiente para fundamentar la tercería de mejor derecho (reconociendo, por tanto, el carácter preferente de este crédito), como para reforzar la literalidad de la norma que establece la responsabilidad solidaria, frente a terceros, de todas las sociedades integrantes de una agrupación de empresas, argumentos esgrimidos por la Audiencia Provincial de Bilbao y compartidos en casación. Sin embargo, a continuación, el TS realiza una afirmación curiosa: «En ambos casos este criterio de interpretación no es fundamento del fallo, sino que se une al elemento interpretativo literal de las normas», lo que no debe ser entendido como que el elemento sociológico sea *obiter dictum*, pues la interpretación literal y sociológica que hace la sala de instancia y que es compartida por el Tribunal es lo que ha permitido averiguar el recto sentido de las normas que luego son aplicadas, siendo, en consecuencia, *ratio decidendi* del caso. En realidad, aquella afirmación hay que entenderla en el sentido de que el criterio sociológico no ha sido exclusivo y excluyente de la literalidad de la norma, lo que podría conllevar arbitrariedad en la decisión de la cuestión litigiosa. (A. G. C.)

**2. Fraude de ley.**—La Jurisprudencia del TS conjuga las teorías objetiva (defensa del cumplimiento de norma) y subjetiva (ánimo defraudatorio de engaño) que se forman para la calificación del fraude de ley. Diferentes preceptos son los que se acercan a esta figura, como el artículo 6.4 CC (de naturaleza cuasi-constitucional), artículo 11.2 LOPJI (que autoriza a Jueces y Tribunales a rechazar las peticiones que entrañen fraude de ley), o el artículo 8 LAR (nulidad de los actos realizados en fraude de ley), estableciendo la idea permanente de que los actos efectuados en fraude de ley no evitaran la aplicación de la norma eludida.

Se conceptúa el fraude de ley como «toda actividad tendente a inutilizar la finalidad práctica de una ley material, mediante la utilización de otra que sirve de cobertura para ello». Los efectos sancionadores han de llegar hasta la total eficacia de la norma imperativa que se intenta eludir (SSTS de 14 de febrero

de 1986 y 12 de noviembre de 1988 y 26 de mayo del 1989). (STS de 3 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Los actores-recurrentes realizaron contrato de arrendamiento en documento privado sobre bien inmueble, pero posteriormente a la constitución en el mismo de hipoteca, que se inscribió en el Registro de la Propiedad. Tras la enajenación del bien inmueble entre los demandados Caja de Ahorros y los compradores (según el art. 131 LH), los recurrentes presentan demanda en 1.ª Instancia solicitando se declare haber lugar al retracto arrendaticio por los mismos, así como la subrogación en la posición de los compradores y el resarcimiento de todos los gastos y precio pagado por los mismos.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, que es recurrida a la Audiencia Provincial de Madrid, que igualmente vuelve a desestimar, enmarcando la conducta de los demandados en la mala fe. Se recurre en casación, basando el recurso en infracción en la interpretación del artículo 6.4, en relación al artículo 7.1 CC, no aplicando correctamente la tesis de la buena fe. Se desestima el recurso.

**NOTA.**—El fraude de ley es una figura elaborada exclusivamente por doctrina y jurisprudencia. Para la calificación de un negocio como fraude de ley, es necesario fundamentalmente la existencia, por un lado, de una ley que impida la eficacia del resultado negocial, y por otro, que la conducta de las partes se la califique de fraudulenta. Consistirá, según De Castro, en utilizar un tipo de negocio o procedimiento negocial con el que se busca evitar las normas que regulan otro negocio; no se enfrenta con la ley que evita, sino que busca en otras leyes el camino para eludirla.

La relevancia del fraude será distinta según se busque un resultado ilícito, o se busque una eficacia diferente a la finalidad que se va a lograr con el negocio. En el primero de los casos, nos hallaremos ante un problema de causa ilícita, en la medida en que se intenta esquivar, con el empleo de una vía indirecta, la sanción que se establece para el resultado perseguido. Mientras que si se contraría «una regla ordenadora de la eficacia de los distintos negocios», no nos encontraremos ante causa ilícita, sino sumisión y aplicación de tales reglas que se intentan eludir, de la finalidad real del negocio (De Castro). (P. S. S.)

## DERECHO DE LA PERSONA

**3. Título nobiliario. Naturaleza.**—Es doctrinal jurisprudencial la naturaleza meramente honorífica de los títulos nobiliarios, sin que su posesión conlleve «*status* o condición estamental y privilegiada», ni ejercicio de función pública. Como prerrogativa de honor, como *nomen iuris*, su contenido jurídico se agota «en el derecho a adquirirlo, a usarlo y a protegerlo frente a terceros, de modo semejante a lo que sucede con el derecho al nombre» (STC 27/1982, FJ 2.º).

**Transmisión *mortis causa*.**—La ley fundamental en la sucesión de los títulos nobiliarios es la Real Carta de Concesión, puesto que desde su creación se hallan sujetas a un orden predeterminado, establecido por el creador de la merced o fundador del título. En la sucesión nobiliaria «el planteamiento sucesorio es distinto a las normas sucesorias del código civil».

**Constitucionalidad de los títulos nobiliarios y de la preferencia del varón sobre la mujer en igualdad de línea y grado.**—Al carecer los títulos de nobleza del carácter estamental y privilegiado que antaño los caracterizaba y admitida su naturaleza meramente honorífica, se declara la constitucionalidad de los mismos, no sólo en cuanto a su configuración sino también en cuanto a su contenido y régimen de transmisión *mortis causa*, puesto que «admitida la constitucionalidad de los títulos de nobleza por su naturaleza meramente honorífica... no cabe entender que un determinado elemento de dicha institución haya de apartarse de las determinaciones de la Real Carta de Concesión» (FJ 16.º STC de 3 de julio de 1997). Es constitucional la sucesión regular de los títulos nobiliarios «y en particular, la Partida 2.15.2, de la que deriva la regla o criterio de la preferencia del varón sobre la mujer en igualdad de línea y grado aplicable en virtud de lo dispuesto en 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 no es contraria al artículo 14 CE» (FJ 17.º STC de 3 de julio de 1997). (STS de 25 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El 26 de mayo de 1847, y por Real Despacho se creó el título de Conde de Fabraquer que fue concedido a don J. M y M., poseyéndolo a continuación y sucesivamente su hijo y nieto hasta que fue desposeído del mismo por sentencia de 3 de agosto de 1911. Por Real Decreto de 14 de marzo de 1918, se rehabilitó el citado título cambiando su denominación por el de Conde de Bulnes, a favor de don J. M y V. V. y D. de B, poseyéndolo sucesivamente su hijo don E. M. de V. y H. de T., y actualmente su nieto don J. M. V. S. de V., en virtud de Real Carta de sucesión obtenida el 3 de octubre de 1980 y solicitada el 30 de diciembre de 1978, tras el fallecimiento de su anterior poseedor. Doña C. M. V. S. de V., hermana del actual Conde de Bulnes, interpuso demanda contra el mismo, solicitando que por razones de primogenitura se declarara su mejor derecho a ostentar el título de Conde de Bulnes. Desestimada la demanda en primera instancia e interpuesto recurso de apelación por la parte actora, la AP confirmó el pronunciamiento anterior. Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo.

**NOTA.**—No es óbice para no hacer una lectura constitucional de los títulos nobiliarios el que los hechos controvertidos sean anteriores a la vigencia del texto constitucional, tal y como recogía la sentencia de primera instancia en su FJ 2.º, y confirmado por la de apelación en su FJ 2.º: «El carácter histórico de una institución, no puede excluir, por sí solo, su contraste con la CE. Pues si los principios y valores de ésta informan la totalidad de nuestro Ordenamiento, la consecuencia es que la Norma Fundamental imposibilita el mantenimiento de instituciones jurídicas que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales» (FJ 8.º STC de 3 de julio de 1997). (R. D. O.)

**4. Títulos nobiliarios. Preferencia del varón sobre la mujer en igualdad de línea y grado.**—Denunciada por la parte recurrente la infracción del artículo 5.1

LOPJ, por falta de aplicación en relación con el artículo 14 CE, y este último, por aplicación indebida, se entiende que no se produce una violación del principio de igualdad ante la ley porque en la sucesión de las dignidades nobiliarias se siga el principio histórico y tradicional de la preferencia del varón sobre la hembra, de acuerdo con lo fallado por el TC en sentencia de 3 de julio de 1997.

**Aplicación de la doctrina de la STC de 3 de julio de 1997.**—Por mandato de lo preceptuado en el artículo 5.1 LOPJ, la doctrina aplicable en materia de títulos nobiliarios, es la contenida en la STC anteriormente citada. Por lo que respecta a la regla contenida en la Partida 2.15.2 que recoge el principio de preferencia del varón sobre la mujer, declara el TC en el FJ 15.º que «la diferencia por razón de sexo que el mencionado precepto establece sólo posee hoy un valor meramente simbólico, dado que el fundamento de la diferenciación que incorpora ya no se halla vigente en nuestro ordenamiento», al consagrarse el carácter meramente simbólico de los títulos de nobleza. (STS de 11 de noviembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Doña Beatriz S. y P. M. V. demandó a sus dos hermanos don Joaquín S. y P. M. V. y don Carlos S. y P. M. V, solicitando entre otros pedimentos que se declarara la nulidad de la Carta de sucesión expedida a favor de don Joaquín S. y P. M. V., y de cualquier otra carta, cesión o sucesión que se hubiese producido en el Título de Vizconde de Torre Almiranta, así como de las desviaciones consecuentes de la Merced fuera de la estirpe genealógica, declarándose su mejor o preferente derecho genealógico por razones de primogenitura para llevar, usar y poseer el citado título frente a sus hermanos. Estimada íntegramente la demanda en Primera Instancia, la Audiencia Provincial confirma dicho pronunciamiento en la resolución del recurso de apelación interpuesto por la representación de don Joaquín S. y P. M. V. Formulado recurso de casación, el TS casa y anula la sentencia recurrida.

NOTA.—De manera escueta y concisa viene el TS a resolver de nuevo un recurso de casación acerca de la vigencia de la regla contenida en la Partida 2.15.2, que consagra la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios. Y lo hace aplicando la doctrina contenida en la STC de 3 de julio de 1997, vinculante para todos los Jueces y Tribunales (art. 5.1 LOPJ), así como para todos los poderes públicos desde la fecha de su publicación en el BOE (art. 38.1 LOTC), esto es, desde el 18 de julio de 1997. Dicha sentencia viene a analizar la mayor parte de las cuestiones controvertidas que con relación a los títulos nobiliarios se plantean ante los Tribunales de Justicia: naturaleza jurídica; carácter constitucional de los títulos; régimen de transmisión, tanto *mortis causa* como *inter vivos*.

El análisis que del artículo 14 CE se hace con relación a la sucesión de los títulos nobiliarios, no se lleva a cabo mediante una lectura del principio de igualdad en él contenido como cláusula general, sino analizando si con ese trato diferenciador se produce o no un resultado discriminatorio. El TC llega a la conclusión negativa, ya que entiende que al ser los títulos de nobleza una institución meramente simbólica y carente del elemento social y estamental que históricamente los caracterizaba, su posesión no supone un dato diferenciador que produzca discriminación de la mujer con respecto al varón, «puesto que

las consecuencias inherentes a los mismos o su contenido se agotan en el derecho a usarlo, adquirirlo y a protegerlo frente a terceros de modo semejante a lo que sucede con el derecho al nombre» (FJ 12.º STC de 3 de julio de 1997).

Distinta es la conclusión mantenida en los dos votos particulares que a la sentencia que nos ocupa se formularon, al entender que si bien «los títulos nobiliarios son hoy un simple *nomen iuris* cuya trascendencia es escasamente significativa, los efectos jurídicos y sociales no son ni inexistentes ni irrelevantes como lo demuestra la importante litigiosidad judicial que suscitan. [...] aunque su relieve es limitado, se entiende que el valor de los derechos fundamentales no se mide por el número de sus posibles titulares ni por el mayor o menor alcance de sus consecuencias prácticas. Los datos cuantitativos no pueden convertirse en canon para determinar la vulneración o no de una prohibición expresa de discriminación como la relativa al sexo». (R. D. O.)

**5. Títulos nobiliarios. Distribución.**—En virtud del artículo 13 del RD de 27 de mayo de 1912, aquel que sea «el poseedor de dos o más Grandezas de España o Títulos del Reino podrá distribuirlos entre sus hijos o descendientes directos con la aprobación de Su Majestad, reservando el principal para inmediato sucesor. Esta facultad quedará subordinada a las limitaciones y reglas establecidas especialmente en las concesiones respecto al orden de suceder». El ejercicio de dicha facultad dispositiva no es libre por parte del poseedor, sino que está sujeto a una serie de prescripciones.

**Requisitos. Posesión civilísima.**—Es necesario que el distribuyente en el momento de realizar el acto de distribución, sea el poseedor legal, real y efectivo de los títulos objeto del mismo. La posesión civilísima de los títulos nobiliarios, proclamada por la Ley 45 de Toro y la Ley 1.ª, Título 24 del Libro 11 de la Novísima Recopilación, vigente en la materia que nos ocupa, otorga al prellamado en virtud del orden establecido en la Real Carta de Concesión, un mejor derecho a poseer el título frente al poseedor legal. Sin embargo, la posesión civilísima no puede por sí desplegar virtualidad legitimadora alguna en cuanto a la posesión real y efectiva del título..., hasta que aquella (la posesión civilísima) no sea declarada por resolución judicial firme dictada en el proceso correspondiente seguido contra el que legalmente lo viene ostentando (FJ 2.º STS de 28 de diciembre de 1993, recaída entre las mismas partes procesales y referida a la reclamación del título de Marqués de Montemayor). Así pues, la distribución que lleve a cabo aquel que ostente «tan solo una expectativa más o menos fundada, pero no la posesión requerida para tal acto carecerá de eficacia jurídica al no poder distribuir unos títulos que no se posean legal y efectivamente».

**Autorización regia.**—Como consecuencia del carácter vincular de los títulos de nobleza y la finalidad que se siguió con su otorgamiento, los que reciben un título nobiliario «tienen el derecho de uso y disfrute pero no son dueños sino poseedores del título de nobleza ya que carecen del *ius disponendi* tanto en las relaciones *inter vivos* como *mortis causa*..., y no están facultados para enajenar el título a un tercero, ni tampoco para cederlo o alterar el orden de sucesión sin que exista una previa autorización de la Corona» (FJ 14.º STC de 3 de julio de 1997). Dicha prohibición se encuentra contenida en la Real Cédula de Carlos IV, de 29 de abril de 1804, integrada como Ley 25, 1, 6 de la Novísima Recopilación, que dice: «He tenido a bien mandar que se tengan por vinculadas todas las gracias y mercedes que se conceden en lo sucesivo, siempre que no manifiesto yo expresa-

mente en tales gracias o mercedes o posteriores reales órdenes ser otra mi voluntad...» (SS de 22 de noviembre de 1892, 17 de junio de 1896, 20 de junio de 1908, 28 de enero de 1928, 1 de diciembre de 1967, 26 de marzo de 1968, 30 de junio de 1978, 25 de febrero de 1983, y 25 de octubre de 1996).

**Nulidad de la declaración.**—La jurisprudencia viene exigiendo como requisito que el tercero que pretende su preferente derecho genealógico, ha de ejercitar, previa o simultáneamente, la acción de nulidad de la cesión o distribución del título litigioso. Dicho requisito no puede ser objeto de una interpretación rigorista, sino que atendiendo a una doctrina más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social, debe entenderse implícita en la petición de declaración de mejor derecho al título. (STS de 17 de diciembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—El día 10 de junio de 1977, doña M.<sup>a</sup> P. Socorro O. M. y R., madre de las litigantes, promovió contra su primo don Fernando O. M. y L., Conde de Monteagudo de Mendoza, juicio de mayor cuantía postulando su mejor derecho sobre el expresado título. En la misma fecha, otorgó testamento abierto en el que procedió a distribuir entre sus hijos los títulos de nobleza de los cuales era titular, distribución en la que incluyó los que reclamaba a su primo. Por S de 6 de julio de 1978 se declaró en primera instancia el mejor derecho de doña M.<sup>a</sup> P. Socorro frente a su primo, pronunciamiento confirmado por SAP de 21 de abril de 1980. Interpuesto recurso de casación por el heredero de don Fernando, el TS por S de 5 de noviembre de 1982 declaró no haber lugar al mismo. Con anterioridad a dicha sentencia, con fecha de 15 de mayo de 1980, modificó doña M.<sup>a</sup> P. Socorro el testamento anterior, y en la distribución otorgó a su hija doña Blanca B. O. de M., demandada en la *litis* que nos ocupa, entre otros, el título del Condado de Monteagudo. Doña M.<sup>a</sup> Dolores B. O. de M. demandó a su hermana doña Blanca, solicitando que se declarase su mejor derecho genealógico para usar, disfrutar y poseer el título de Conde de Monteagudo, atendiendo al principio de primogenitura. Desestimada la demanda en primera instancia, la Audiencia confirmó dicho pronunciamiento. Interpuesto recurso de casación por la parte actora, el TS estima el recurso y casa la sentencia recurrida.

NOTA.—Reitera el TS su doctrina acerca de los requisitos necesarios para que sea válida una distribución de títulos nobiliarios por sus poseedores, tanto acerca de la necesidad de que el distribuyente sea el poseedor real, efectivo y legal del mismo, no siendo suficiente la posesión civilísima y menos aún la expectativa más o menos fundada con respecto al mismo, como en lo relativo a la necesidad de la autorización regia del acto de autorización. Con respecto a dicha autorización, llama la atención como el TS acerca de este requisito, si bien había exigido su carácter expreso (SSTS de 7 de julio de 1986, 27 de julio de 1987, 13 de junio y 25 de octubre de 1996), no así su carácter previo o simultáneo al acto de distribución, «sino que en cualquier momento» podía ser cumplido (STS de 5 de mayo de 1993). La reciente STC de 3 de julio de 1997, establece en su FJ 14.º la indisponibilidad de los títulos nobiliarios por sus poseedores en orden a una distribución o cesión, al carecer de *ius disponendi*, «sin que exista —dice expresamente— una previa autorización».

**6. Derecho al honor y libertades de información y expresión. Distinción entre ambas. Cartas al Director.**—El enjuiciamiento de los casos en los que un medio de comunicación da publicidad a cartas anónimas (*Cartas al Director*), cuyo contenido pudiera constituir una intromisión ilegítima en el derecho al honor de un tercero, debe hacerse, respecto a ese medio de comunicación y respecto a su Director, desde la perspectiva del ejercicio de la libertad de información, lo que se concreta en un «deber de diligencia del Director del periódico de llevar a cabo la comprobación de la identidad de la persona que figura como autora de la carta, antes de autorizar su publicación, pues se permite así que el autor asuma su responsabilidad». Por lo que respecta al autor de la carta, el enjuiciamiento debe llevarse a cabo desde la libertad de información o expresión, dependiendo de que lo vertido en ella hayan sido hechos o juicios de valor u opiniones.

Si el Director del periódico incumplió el deber de diligencia que le era exigible, es responsable de los daños ocasionados si lo vertido en el mismo constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor de las personas referidas en la carta anónima. (STS de 13 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia del contenido de una carta anónima aparecida en la sección *Cartas al Director* del periódico *El País*, relativa al conflicto existente entre los yudokas españoles que acudieron a los JJ. OO. de Los Ángeles y el Presidente de la Federación Española de Judo, así como entre ésta y el CSD, el Presidente de la Federación interpuso demanda sobre protección civil de los derechos fundamentales contra don José Luis Cebrián, Director del Periódico, y su editor, *Promotora de Informaciones, S. A.* Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declaró la existencia de intromisión ilegítima en el honor del demandante y condenó a los demandados al pago de 10 millones de pesetas, más los intereses legales correspondientes, como indemnización de daños y perjuicios.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid la revocó y desestimó la demanda. Interpuesto recurso de casación, el TS estimó el recurso, anuló la sentencia de apelación y confirmó la de Primera Instancia.

Los demandados interpusieron recurso de amparo ante el TC y éste otorgó el amparo solicitado, declarando que la resolución impugnada lesionaba los derechos de los recurrentes a la libertad de información y el derecho a difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones, y en consecuencia, anuló dicha resolución. El TS dictó segunda sentencia de conformidad con este último fallo.

NOTA.—En la sentencia que anotamos se plantea un problema de distribución de responsabilidad entre el autor de una carta anónima y el medio de comunicación que da publicidad a la misma, en este caso, la sección *Cartas al Director* del periódico *El País*, cuando el contenido de esta carta puede vulnerar el honor de la persona en ella referida, en esta ocasión, el Presidente de la Federación Española de Judo.

El TS entiende, siguiendo la doctrina consagrada en la STC 336/1993, que cuando el Director de un periódico autoriza la publicación de una *carta al Director* «este último no sólo posibilita el ejercicio de la libertad de expresión del autor de este escrito sino que ejerce,



a la vez, su derecho a comunicar esa opinión que es ajena al medio». La diligencia del Director del periódico entraña la comprobación de la identidad del autor de la carta, pues de esta forma se permite que éste asuma su responsabilidad si vulnerase el derecho al honor de alguna persona.

Cuando el Director incumple aquel deber de diligencia es responsable del contenido mismo de la carta; contenido que debe analizarse desde la libertad de información si lo vertido en ella fueron hechos, o desde la libertad de expresión si fueron opiniones, críticas o juicios de valor (SSTC 159/86 y 3/1997). En esto último discrepan en este caso el TS (en la primera de las dos sentencias que dictó) y el TC (en sentencia 3/1997). Para el primero, se trata de informaciones, por lo que, demostrada su falta de veracidad, conllevan intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante. Para el segundo, cuyo criterio prevalece, el contenido de la carta ha de analizarse desde la libertad de expresión, como crítica, censura o denuncia del comportamiento de una persona (el Presidente de la Federación de Judo) que ejerce un cargo público, en relación a asuntos de interés general, apoyándose dicho juicio desfavorable en hechos hipotéticos, pero sin afirmar, a juicio de dicho Tribunal, la existencia de una malversación de caudales públicos a cargo del demandante. Conforme a esta argumentación se concede el amparo solicitado y se remiten los Autos al TS para que éste dicte una segunda sentencia de conformidad con lo decidido en el recurso de amparo. (A. G. C.)

**7. Derecho al honor.**—El conflicto entre los artículos 20.1-A y 1-D, frente al artículo 18.1 CE sigue siendo fruto de polémica. En referencia a la competencia jurisdiccional de la Sala de lo Civil del Tribunal en supuestos en los que el demandado sea una Corporación local, afirmar que la materia no corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a la civil, en la medida en que se demanda a persona concreta como representante de dicha Corporación, cuyas expresiones dan lugar a pretensión del amparo de la Ley de Protección Jurisdiccional.

Para merecer el amparo que concede el artículo 7.7 de la anterior Ley, es necesario que las expresiones constituyan un ataque al honor, diferenciando éste de las expresiones que se basen en el «fin de una vieja polémica» sin entidad suficiente para constituirse en ataque al honor, resarcible por el artículo 9.3 de la misma Ley. (STS de 24 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Debido a diferencias existentes entre la sociedad mercantil *Canide, S. A.*, y su Consejero-Delegado, y el Ayuntamiento recurrente y su Alcalde, en pleno extraordinario se acuerda declarar persona *non grata* a los recurridos. Tras esto, se presenta demanda en Primera Instancia contra el Alcalde y el Ayuntamiento por vulneración del derecho al honor del Consejero, y al prestigio de la entidad, debido a la divulgación de expresiones y hechos concernientes difamatorios, solicitando la rectificación, así como la indemnización de los daños morales causados. Se admite la demanda, y tras la contestación de los demandados se dicta sentencia estimando la demanda, y estableciendo la cantidad equivalente a los daños morales efectuados.

Es recurrida la sentencia en apelación, estimándola en parte puesto que establece la existencia de vulneración del derecho fundamental al honor, sin posibilitar resarcimiento por daños morales. Se presenta recurso de casación basado en infracción del artículo 20.1-A y 1-D CE. Se estima el recurso planteado y se casa la sentencia.

NOTA.—La colisión entre el derecho al honor y los derechos a la libertad de información y libertad de expresión es común en nuestro ordenamiento. El TC ha señalado en repetidas ocasiones que en esta confrontación primará la libertad de información («goza de una posición preferente», STC 197/1991); sin embargo, para ello es necesario por un lado que los hechos posean relevancia pública, y por otro que esta información se base en la veracidad de los hechos. Pero esto siempre y cuando los hechos relatados tengan la relevancia jurídica de intromisiones. El TS varía su posición en la medida en que no analiza la veracidad de los hechos que son imputados, hechos que tendrán cierta relevancia, puesto que de los mismos se derivará la declaración de persona *non grata*. (P. S. S.)

**8. Derecho al honor y libertad de información. Colisión entre ambos.**—En los casos de colisión entre el derecho al honor y el derecho a «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión», ambos de rango constitucional [arts. 8 y 20.1, letra d), respectivamente, CE], la jurisprudencia del TS viene entendiendo, siguiendo las directrices sentadas por el TC, que «la libertad de información aun no teniendo un carácter absoluto que la haga prevalecer siempre sobre el derecho al honor sí que ocupa una posición prevalente, que no jerárquica, sobre éste en razón de su doble carácter de libertad individual y garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado de corte democrático, contribuyendo así a la formación de la opinión pública» (SSTC 171 y 172/90, 40/92 y 85/92).

En este sentido, corresponde al órgano jurisdiccional una labor de ponderación de estos derechos constitucionales en conflicto, teniendo en cuenta que la incidencia de una información sobre un derecho fundamental como es el derecho al honor sólo queda justificada cuando se cumplan dos requisitos: a) que se trate de una información veraz, lo que exige un deber previo y suficientemente diligente de comprobación y contraste de la noticia con datos objetivos y fiables, y b) que se trate de asuntos de interés general o de relevancia pública, atendiendo para ello a la materia de la información o al carácter público de la persona objeto de la misma, pues sólo «la información que conjugue ambas exigencias contribuye realmente a la satisfacción de la función institucional propia de dicha libertad, y el ejercicio del derecho a comunicar libremente información». Por último, no puede omitirse como elemento que sirve para enjuiciar las expresiones, calificativos o epítetos que acompañan a la información y que van dirigidos a una persona concreta el propio contexto en el cual aquélla se desenvuelve, como es el ambiente desenfadado y pasional de la crítica deportiva, lo que hace que, aunque las expresiones no sean conformes a las buenas reglas de la educación y cortesía social, no suponen atentado al derecho al honor. (STS de 25 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—El presidente de la Federación Territorial de Fútbol de Las Palmas interpuso demanda sobre protección civil del derecho al honor, tramitada conforme al procedimiento especial de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona,

contra la entidad mercantil *Informaciones Canarias, S. A.*, editora del periódico *Canarias 7*, y contra su Director, como consecuencia de la publicación de diversos artículos o crónicas en el contexto de una crítica deportiva y federativa contra el demandante. Contestada la demanda, el Juez de Primera Instancia de Las Palmas desestimó la demanda e impuso las costas del proceso a la parte actora.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso y revocó también en parte la sentencia anterior en el sentido de declarar no producida intromisión ilegítima en el honor del demandante, sin hacer expresa imposición de costas. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—En la presente sentencia, el TS vuelve a reiterar la doctrina constitucional que afirma la necesidad de acudir a la técnica de la ponderación (*balancing*, en la doctrina americana) para resolver la colisión entre dos derechos fundamentales no absolutos como son la libertad de información y el derecho al honor. También se reitera el carácter prevalente, aunque no jerárquico, de la libertad de información sobre el derecho al honor debido a su doble carácter de libertad individual y garantía institucional de la formación de una opinión pública libre y plural propia de un Estado democrático, siempre y cuando la información sea veraz y relativa a asuntos de interés general (*vid.* SSTC 107/1988, 171/1990, 214/1991, 40/1992 y 85/1992, entre otras).

Sin embargo, a pesar de estas afirmaciones acerca de la necesidad de acudir al método de la ponderación, la presente sentencia, desde el momento que afirma la posición prevalente de la libertad de información, se ve en la necesidad, igual que la doctrina constitucional, de realizar una operación previa a la ponderación consistente en delimitar un «núcleo preferente e inabitable de la libertad de información», de forma que si esta libertad se ha ejercitado dentro de los límites en que puede lícitamente sobreponerse a otros derechos con los que entra en colisión (el núcleo preferente), no habrá lugar a la aplicación de *balancing* sino a la estricta protección del ámbito constitucionalmente reconocido a esta libertad (*vid.* Muñoz Machado, *Libertad de Prensa y procesos por difamación*, Editorial Ariel, Barcelona, 1988). Este «núcleo preferente» estaría constituido por dos parámetros básicamente: que la información sea esencialmente veraz y que sea relativa a asuntos de interés general o relevancia pública, a lo que habría que añadir un tercer elemento: la ausencia de expresiones o calificativos vejatorios o insultantes innecesarias para la información y que nada aportan a la formación de la opinión pública libre (*vid.* STS de 29 de diciembre de 1995). En la sentencia que anotamos, las expresiones vertidas, atendidos su tenor literal y el contexto crítico en el cual se producen, no van más allá del mal gusto y de la falta a la cortesía social. (A. G. C.)

**9. Derecho al honor.**—La veracidad de las informaciones vertidas es elemento trascendente para dilucidar la prevalencia o no del derecho a la libertad de información frente al derecho al honor. Y ello es relevante en la medida en que se analice las afirmaciones realizadas en reportajes de medios de prensa. Las prue-

bas presentadas habrán de ser suficientes para prestar credibilidad al reportaje, «dentro de lo que es exigible a la investigación periodística».

En cuanto a tales afirmaciones, para que sean consideradas como ataques al honor deberán ser merecedoras de la consideración personal debida, en el sentido de que la intención y finalidad de los autores sea la de difamar y no informar, puesto que «la protección jurisdiccional del derecho al honor ha de dispensarse teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso concreto».

**Prestigio profesional.**—El TC ha establecido (STC de 24 diciembre de 1992) que el prestigio profesional ha de reputarse incluido en el núcleo protegible y protegido constitucionalmente del derecho al honor, y por tanto, un ataque al prestigio profesional será constitutivo de una lesión al derecho al honor. (STS de 1 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Se publica en la revista *Tribuna* un artículo periodístico en el que se hacían referencia a las gestiones de los demandantes con referencia a la adquisición de una empresa, aludiendo a los mismos como *los Albertos*. Se presenta demanda en Primera Instancia por los demandantes por intromisión ilegítima del derecho al honor, solicitando su resarcimiento por graves daños laborales, así como la rectificación con la publicación de la sentencia e imposición de costas. Tras la contestación a la demanda por parte de los demandados, se dicta sentencia desestimatoria, absolviendo a los demandados.

Se presenta recurso de apelación, desestimando de nuevo la Audiencia Provincial de Madrid el mismo. Los recurrentes presentan recurso de casación basado en la colisión de dos derechos fundamentales, artículo 18 y artículo 20 CE, así como la infracción del artículo 7.7 de la LO 1/82, de 5 de mayo. El TS desestima el recurso.

NOTA.—Las libertades de expresión e información como piezas clave en la formación de la opinión pública, hace que se las considere en posición preferencial frente al derecho al honor en supuestos colisionantes. La STC de 17 de julio de 1986 afirma que en el artículo 20 CE no sólo hay derechos fundamentales, sino que contiene «la garantía de una institución política fundamental, la opinión pública libre», lo que no se da en el derecho al honor, por lo que la Constitución otorga a las libertades del artículo 20 «una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales».

En cuanto a las expresiones utilizadas, existen términos que rebasan el límite de la libertad de expresión. Para calibrar dichas expresiones, como infracciones del derecho al honor, se habrá de estar al contexto, «al conjunto de la opinión vertida en el artículo periodístico» (Sarmiento Acosta), dilucidando así la finalidad con la que se utiliza dicha expresión. (P. S. S.)

**10. Derecho a la intimidad.**—La intromisión ilegítima en los derechos a la imagen y a la intimidad dan lugar a confusión entre ambos. Los derechos de la personalidad son derechos subjetivos que recaen sobre aspectos inherentes a la persona, constituyéndose, no como un único derecho con distintos aspectos, sino como diferentes derechos. Entre ellos se hallan los de honor, intimidad e imagen como tres derechos con ámbitos bien diferenciados. La complicada separación

entre los derechos a la imagen y a la intimidad no siempre se logra, incluso por los Tribunales, que los desarrollan confundiendo en un único derecho. El derecho a la intimidad quedará concretado en el texto del reportaje, mientras que el derecho a la imagen se referirá a las fotografías publicadas.

**Libertad de información.**—Es exigible el requisito de veracidad, sin incluir en estas las expresiones insultantes o vejatorias. Mientras que en el derecho a la intimidad, no llega a ser trascendente el requisito de la veracidad. Para la resolución en la colisión entre ambos derechos, es necesaria delimitar caso por caso, realizando en juicio de ponderación teniendo presente «la posición relevante, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos de la personalidad... ostenta el derecho a la libre información».

**Personalidad pública.**—Es trascendente para la realización de dicho juicio de ponderación. La persona que participa de la vida pública no pierde su derecho a la intimidad, «pero sí le disminuye extraordinariamente, ya que el ciudadano tiene derecho a conocer detalles de su círculo íntimo», aunque no se haya introducido en esta vida pública por tales hechos íntimos; sin embargo, la persona de proyección pública no tiene escisiones en su personalidad, «en el sentido de que para un ámbito es público y para otro es privado». (STS de 1 de diciembre de 1997; ha lugar.)

**HECHOS.**—La publicación en una revista de unas fotografías de los demandantes en una playa, por ser personas de proyección pública, sin consentimiento de ambos (puesto que las fotografías fueron realizadas por un amigo que entregó la cámara al demandante, el que posteriormente procedió a su revelado), da lugar a la presentación de demanda en Primera Instancia por infracción del derecho a la intimidad e imagen. Tras la contestación a la demanda, el Juez dicta sentencia, sin considerar aplicable la exclusión del artículo 8.2 de la Ley 1/82, por la que se condena a los demandados a pagar la indemnización por daños morales, así como publicar la sentencia.

Se recurre en apelación, desestimando de nuevo lo solicitado. Y así, se recurre en casación por violación de los artículos 20 CE, 2, 8.2 y 9.3 de la LO 1/82, de 5 de mayo. El TS estima el recurso de casación, haciendo prevalecer la libertad de información.

**NOTA.**—La condición pública o privada de la persona objeto de la infracción es influyente para resolver la colisión entre el derecho de información y los de intimidad e imagen. Es distinto si nos hallamos ante una persona que no posea la condición pública, ya que la libertad de información y los derechos a la intimidad y el de la propia imagen se hallarán en plano de igualdad. Sin embargo, cuando nos encontramos ante una persona pública, el derecho a la información prevalece.

Ello no es motivo suficiente para defender la inexistencia de derecho a la intimidad de los personajes públicos. La intromisión en el ámbito de sus derechos fundamentales necesitará consentimiento para hacer desaparecer la calificación de ilegítima; ya que, en otro caso, tal como establece el artículo 7.5.º, se considerará intromisión ilegítima «la captación, reproducción o publicación por fotografía... de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos». La excepción se halla en el artículo 8.2 (captación de imagen de persona pública que se encuentre en lugar abierto al público). La

sustracción de las fotografías, así como la inexistencia de consentimiento para su publicación, son notas relevantes en la realización del juicio de ponderación entre el derecho a la información y el de la intimidad. La figura pública, tal y como establecen diversas sentencias (STS de 31 de diciembre de 1996), se caracteriza por estar delimitado su derecho a la intimidad, aunque si bien es cierto, con la finalidad de crear «una garantía institucional de una opinión pública y libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado social y democrático de derecho». En este caso, es difícil pensar que la proyección pública del afectado, aun siendo en ámbitos que quedan al margen de su vida privada, exima de responsabilidad las intromisiones ilegítimas, puesto que éstas no tendrán por finalidad la formación de opinión pública.

Por otro lado, estos derechos son autónomos e independientes: el derecho a la intimidad constituye una esfera reservada de la persona, protegida por las intromisiones ajenas; el derecho a la imagen consiste en decidir la reproducción de la imagen de nuestra persona por cualquier medio (Díez-Picazo). (P. S. S.)

**11. Ejercicio de la tutela judicial efectiva y derecho al honor. Interposición de querrela criminal que es sobreseída provisionalmente.**—El ejercicio ante los Tribunales de la tutela judicial efectiva para la defensa de los derechos e intereses legítimos, en este caso concretada mediante la interposición de una querrela criminal, no puede considerarse como una injerencia o intromisión ilegítima en el derecho al honor de la persona contra la que aquélla se dirige, máxime cuando, conforme al artículo 101 LECr, «la acción penal es pública y todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley y con independencia de que se sobreseyera provisionalmente». (STS de 4 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El Vicepresidente de la Asociación de Mayoristas de Frutas y Hortalizas de Sevilla interpuso demanda sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona contra esta Asociación, una vez que fue sobreseída provisionalmente la querrela criminal que ésta interpuso contra aquél por los delitos de estafa, apropiación indebida, imprudencia temeraria y falsedad. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda e imponiendo las costas causadas al demandante.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Sevilla desestimó el recurso y confirmó la resolución de primera instancia. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

**NOTA.**—La cuestión principal en este caso consiste en determinar si la interposición de una querrela criminal contra una persona, que posteriormente es sobreseída, constituye o no uno de los supuestos de intromisión ilegítima en el derecho al honor establecidos en la Ley 1/1982, de 5 de mayo. Las relaciones entre la interposición de querrela criminal y el derecho al honor no suelen plantearse en estos términos, pues lo habitual es que la demanda de responsabilidad civil no se dirija contra el querellante sino contra el informador (normalmente un medio periodístico) que hace pública aquella interposición. Sólo conocemos un caso parecido al que aquí se plantea, aunque con importantes diferencias como veremos; es el que dio lugar a

la STS de 14 de julio de 1989, en el que aunque también se dio publicidad a los hechos a través de los medios de comunicación, la demanda (planteada al amparo del art. 1902 CC y no de la Ley 1/1982) se interpuso contra los firmantes (actores y vencedores en el proceso contencioso-administrativo que mantuvieron previamente con el ahora demandante y recurrente en casación) de una querrela criminal que también fue sobreseída. En este caso, el fundamento del fallo fue la falta de cumplimiento del requisito de «acción y omisión culposa», que exige el artículo 1902 CC, pues no puede ser calificado como tal la interposición de una querrela criminal, lo que es lo mismo, el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva no actúa como causa de justificación de un hecho antijurídico, sino que impide el nacimiento del propio hecho ilícito.

En realidad, las consideraciones anteriores son trasladables a la sentencia que anotamos en la medida en que el ejercicio del derecho a la tutela judicial impide el nacimiento de un hecho contrario a Derecho (la intromisión ilegítima al derecho al honor). Ahora bien, ello sólo es así en tanto se actúe dentro del ejercicio de ese derecho, no cuando se exceden sus límites, lo que deberá resolverse en atención a las circunstancias concretas concurrentes en cada caso, pues «que los ciudadanos impetren la tutela jurisdiccional, con abuso de derecho o fraude procesal, puede ser acto generador de responsabilidades». (A. G. C.)

**12. Capacidad de obrar. Principio favorable a su presunción.**—El libre desarrollo de la personalidad, consagrado como principio general en el artículo 10 CE, en el ámbito jurídico privado se manifiesta en el principio general favorable a la capacidad, mientras no se demuestre lo contrario. «En cuestiones de capacidad de una persona, todas las dudas han de solucionarse en favor de la capacidad».

**Prueba de la capacidad. Cuestión de hecho.**—En la alegación por la parte recurrente de ciertos hechos de cara a desvirtuar la presunción de capacidad de obrar, es imprescindible la prueba de los mismos. Así, pues, probado el hecho de la edad de la cesionaria y de los achaques biológicos que determinaron su posterior fallecimiento, es necesario probar si tales achaques afectaron a la capacidad intelectual y volitiva, hasta el punto de anularla o reducirla de modo grave. Expresiones tales como «pudiera haber existido una alteración de su capacidad psíquica, sin poder precisar el grado de la misma» o «que la capacidad de comprender y consentir de doña Pilar podría estar adversamente afectada, en la fecha del otorgamiento del negocio jurídico que nos ocupa», contenidas en los informes periciales, son insuficientes tanto por su formulación condicional como «por carecer de fuerza suficiente para destruir la enérgica presunción de capacidad que le otorga la fe notarial». (STS de 10 de septiembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M.<sup>a</sup> Pilar G. T., de 79 años de edad, ingresó el día 1 de septiembre de 1988 en un centro hospitalario debido a su crítico estado de salud, necesitando medicación así como suministro de oxígeno. El día 5 del mismo mes otorgó escritura pública mediante la cual cedía los bienes que en ella se describían al matrimonio formado por doña Pilar M. A. y don José L. A., a cambio de auxilio y alimentos. Tras el fallecimiento de doña Pilar el día 12 del citado mes y año, don Jesús M. A. G. M., en interés de la comunidad hereditaria de la causante y demás herederos, demandó a los cónyuges cesionarios, solicitando

la nulidad de la escritura otorgada el día 5 de septiembre de 1988. Estimada la demanda en Primera Instancia, la Audiencia Provincial revocó dicho pronunciamiento. Interpuesto recurso de casación por don Jesús M. A. G. M., el TS declara no haber lugar al mismo.

NOTA.—En la sentencia anotada el TS reitera su jurisprudencia acerca de la presunción de capacidad de obrar de los sujetos. Las limitaciones a la misma han de entenderse de manera restrictiva (en igual sentido, art. 2 párr. 2.º Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor), porque está en juego el desarrollo de la personalidad de los sujetos y la propia seguridad del tráfico jurídico. Por ello, mientras que no exista sentencia de incapacitación (art. 200 CC), no puede limitarse la capacidad jurídica de obrar de los sujetos. (*R. D. O.*)

**13. Prodigalidad. Aplicación del Derecho Transitorio de la Ley 13/1983, de 24 de octubre.**—Al establecer la DT 2.ª de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela que: «las tutelas de los pródigos actualmente constituidas se regirán en lo sucesivo por lo establecido en esta ley para la curatela», operada la adaptación, la intervención del curador se referirá «a aquellos actos que los pródigos no puedan realizar por sí solos» (art. 288 CC), los cuales serán aquellos que haya determinado la sentencia (art. 298 CC). El declarado pródigo no es un incapacitado total..., sino que queda restringida su capacidad, como incapacitado parcial, en el sentido en que precisa el complemento de capacidad («asistencia», «intervención», «consentimiento», según terminología del Código) (FJ 2.º).

**Donación sin asistencia del curador. Anulabilidad. Nuevo régimen aplicable.**—El nuevo artículo 293 CC viene a declarar la anulabilidad de los negocios llevados a cabo por el pródigo sin la asistencia del curador, puesto que los mismos no son inexistentes en el sentido del artículo 1261 CC, ni nulos en el del artículo 6.3. En estos supuestos no está en juego la defensa de un interés público, que exige la indisponibilidad de la ineficacia de los actos contrarios a los mismos, sino el interés privado de los particulares, por lo que resulta más adecuada una ineficacia disponible, relativa y tuitiva, que es la propia de la anulabilidad.

**Donación a favor del curador. Nulidad del negocio.**—Distinto es el supuesto de disposiciones a título gratuito a favor del curador, ya que sobre él recae una prohibición expresa recogida en sede de tutela en el artículo 221, y aplicable a los curadores en virtud del artículo 291 CC. Al encontramos ante un acto contrario a una norma prohibitiva la sanción que el Código establece para el mismo es la nulidad de pleno derecho («salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención», art. 6.3 CC). (**STS de 9 de diciembre de 1997**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Francisco J. P. P., fue declarado pródigo por STS de 17 de junio de 1978, en virtud de la cual se le incapacitaba para realizar actos de administración, así como para disponer de bienes, sin autorización previa del Consejo de Familia. Por Auto de 17 de abril de 1984 se procedió a la adaptación de la declaración de prodigalidad al nuevo régimen instaurado por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil, y se procedió a nombrar curadora a su hija doña M. Asunción J. M. Por escritura pública de 24 de junio de 1988 procedió don Francisco a la donación de cuatro fincas a sus hijos doña M. Asunción, don Ignacio y doña M.ª Pilar J. P. Removida la anterior



curadora de su cargo, por Auto de 27 de septiembre de 1990, se procedió a la designación de don Miguel Ángel y doña M.<sup>a</sup> Dolores J. M. como nuevos curadores, los cuales formularon demanda contra su padre y demás hermanos, pidiendo, entre otros pedimentos, la nulidad de las mencionada donaciones. La sentencia de Primera Instancia estimó sólo la petición de nulidad con respecto a la donación efectuada a favor de doña M.<sup>a</sup> Anunciación. Interpuesto recurso de apelación, resolvió la AP a favor de la revocación de la sentencia recurrida y procedió a declarar la nulidad de la totalidad de la escritura de donación. La representación de don Francisco J. P., donante, y doña M.<sup>a</sup> Pilar J. M., donataria, interpuso recurso de casación.

NOTA.—La sentencia que nos ocupa, aunque confirma el fallo de la Audiencia, no comparte la argumentación que le conduce al mismo. Si bien dicha sentencia declaraba la nulidad de la escritura pública que contenía las donaciones efectuadas a favor de la curadora y sus dos hermanos, dicha nulidad no puede entenderse que derive de una asimilación al supuesto contenido en el artículo 166 CC, referido a los poderes dispositivos de los titulares de la patria potestad con respecto a los bienes de sus hijos. Aunque el espíritu que está presente en ambos supuestos sea similar (la ineficacia de aquellos negocios contrarios al interés público; la disponibilidad, relativa y tuitiva, cuando esté en juego el interés de los particulares), el régimen aplicable a los supuestos de curatela por prodigalidad es el contenido en el artículo 293 CC, la anulabilidad.

Por lo que respecta a la donación efectuada a favor de la curadora no es obstáculo para la aplicación del artículo 221.1, por remisión del artículo 291, ambos del CC, que no exista en el régimen de curatela obligación expresa de rendir cuentas de su gestión, como la contenida en el artículo 279 CC, para los tutores, y en el artículo 302, para los defensores judiciales, no porque la misma no concurra (opiniones enfrentadas a este respecto son las mantenidas por Badosa Coll en *Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela*, que entiende que «el trámite judicial de aprobación judicial de la gestión del art. 221.1 se refiere a todos los que desempeñen algún cargo tutelar»; y por Hualde Sánchez en *Comentarios del Código Civil*, del Ministerio de Justicia, para quien la prohibición desaparecerá para el curador «cuando cese en el cargo, puesto que resultaría exagerado deducir que existe igualmente en curatela la obligación de rendir cuentas de la gestión»), sino porque la donación se realizó cuando aún no había sido removida de su cargo.

Contrasta la afirmación contenida en el FJ 2.º de la sentencia anotada con la reiterada jurisprudencia de la misma Sala sobre el cambio que con la reforma de 1983 se produjo en el supuesto de hecho de la prodigalidad (SSTS 17 de junio de 1988 y 17 de diciembre de 1996). Al dejar de ser una institución en función de los herederos forzosos del afectado (art. 222 CC de 1889), y proyectarse únicamente en la defensa de los que reciban o estén en situación de recibir alimentos del pródigo, operada la adaptación en virtud de la DT 2.ª de la Ley 13/1983, no podemos entender que la declaración de prodigalidad sea una cuestión sin «ninguna trascendencia respecto a la validez de un negocio de disposición de inmuebles a título gratuito», porque ello supone olvidar que las nor-

mas han de interpretarse, no sólo según el sentido propio de sus palabras, sino también a la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas «atendiendo fundamentalmente al espíritu y la finalidad de aquéllas» (art. 3.1 CC). Así pues, en aquellos supuestos en los que ya no sea necesario proteger el derecho de alimentos, al desaparecer la situación fáctica que llevó a la declaración de prodigalidad (bien por extinción de dicho derecho, bien porque el comportamiento económico del sujeto no lo ponga en peligro), no tiene razón de ser la declaración de prodigalidad, siendo necesario una revisión de la misma. (R. D. O.)

**14. Personalidad jurídica de asociación.**—La personalidad jurídica de las asociaciones religiosas, su capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones, interviniendo en el tráfico jurídico, no dependen en todo caso de la inscripción administrativa. El efecto de la no inscripción claramente lo establece el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede de 1979, en su DT 1: «Las asociaciones y otras entidades o fundaciones religiosas que tienen reconocida por el Estado la personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar deberán inscribirse en el correspondiente Registro del Estado... Sólo podrá justificarse su personalidad mediante certificación de tal Registro». Por tanto, ante la carencia de inscripción, como conducta administrativa irregular, no se llega a privar de la personalidad jurídica a la asociación, sino que no poseerá medio de justificación de dicha personalidad. Es decir, dicha justificación es necesaria a los efectos de otorgar eficacia a los actos y contratos realizados por dicha asociación frente a terceros. Los contratos realizados son válidos y eficaces *inter partes*, asumiendo su responsabilidad civil, independientemente de la existencia o no de inscripción.

**Actos llevados a cabo por asociación.**—Para la realización de actos (tales como enajenación, adquisiciones, donaciones cesiones de uso...), se han de examinar los Estatutos de la misma con el fin de concretar las funciones pertinentes de los órganos de gobierno, así como el funcionamiento e impugnaciones de las Asambleas. Mas en el caso en el que los Estatutos no prevengan cualquier situación de interés, es de aplicación supletoria, según el Derecho del régimen canónico de las asociaciones, la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964 («son las propias normas de Derecho Canónico las que se remiten, en ocasiones, a la legislación estatal»). Se aplicará, por tanto, el plazo de cuarenta días para la impugnación de acuerdos, y transcurrido el mismo, se determina la pérdida del derecho de impugnación. (STS de 6 de octubre de 1997; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La recurrida Hermandad de Nuestra Señora de Monrola, propietaria del Monasterio objeto del litigio, acuerda realizar una cesión de uso del mismo para mejor conservación, a la *Fraternidad Monástica de San Benito*, todo ello con el beneplácito del Sr. Obispo de la Diócesis. Así, siguiendo el artículo 38 de sus Estatutos que le conceden poderes extraordinarios, la Junta Rectora convoca Junta General Ordinaria con sentido informativo con respecto a la mencionada cesión de uso.

Se formula demanda en Primera Instancia por parte del actor contra la Hermandad de Nuestra Señora de Monrola, solicitando la nulidad de los acuerdos adoptados por la misma ante la carencia de personalidad jurídica, contestando la demandada mediante excepción de falta de legitimación pasiva. Se desestima la demanda y se recurre ante la Audiencia Provincial de Zaragoza que revoca la sentencia, declarando la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles. El actor recurre en

casación contra la citada Hermandad, alegando infracción del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, así como los cánones del Código Canónico 310, 304, 325 y 1281. La Sala Primera del TS decide estimar el recurso de casación anulando la sentencia impugnada por ser competentes los Tribunales españoles y, entrando a conocer del asunto, desestima íntegramente la demanda.

NOTA.—La Ley de Asociaciones reconoce la personalidad jurídica a las asociaciones en el momento en el que sean visados los Estatutos de las mismas, y la inscripción se practicará posteriormente de oficio por la Administración. Por tanto, existen posturas en torno a la existencia de personalidad jurídica de la asociación desde el momento en el que se han cumplido los requisitos del acta fundacional y redacción de sus Estatutos (STS de 3 de julio de 1973). Opinión en contra es la que mantienen algunos autores como Díez-Picazo, según el cual la asociación habrá de inscribirse, subordinándose a este requisito la obtención de personalidad jurídica. Así, el TS se manifiesta en sentencias como la del 28 de noviembre de 1986, en la que se resuelve la controversia de la aptitud de una cofradía religiosa para suceder en testamento (y por tanto, de la adquisición de su personalidad jurídica). Pues bien, se establece que la comunicación remitida al Ministerio de Justicia no es constitutiva de personalidad, sino meramente administrativa o de control estatal, siendo «Asociación permitida por la ley, con existencia de hecho y jurídica desde su erección o aprobación por el Obispado... No podría negarse que con anterioridad se hallaba en fase de constitución, lo que posibilita su aptitud para suceder por testamento». (P. S. S.)

**15. Doctrina del levantamiento del velo.**—Es doctrina consolidada por la Sala 1.<sup>a</sup> del TS (SS de 28 de mayo de 1984, 16 de julio de 1987, 25 de enero, 24 de octubre y 24 de diciembre de 1988, 16 de octubre de 1989, 15 de abril de 1992, 12 de febrero de 1993, 9 de octubre de 1995, 10 de octubre de 1996, entre otras) aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7.1 CC), la tesis y la práctica de penetrar «en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal, se puedan perjudicar ya intereses públicos o privados o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 CC), en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra el interés de los socios en un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7.2 CC)».

**Seguro de responsabilidad civil a terceros. Ejercicio de la acción. Concepto de tercero en el artículo 76 LCS.**—Si bien formalmente INVULSA actúa en el tráfico jurídico como una entidad mercantil con personalidad propia, de la investigación del soporte personal y de la realidad concreta ha quedado suficientemente probado que se ha producido la confusión de las personalidades de la entidad INVULSA y la de don Fernando M. S., asegurado, al ser el mismo titular del 81,5 por 100 del capital social de aquélla y disponer de amplísimos poderes para la gestión de la misma. Queda igualmente probado que toda la contabilidad de la fábrica incendiada se llevaba desde la sede social de INVULSA y que en la documentación referente a la póliza de seguros el domicilio que consta es el de la entidad mercantil INVULSA. Por todo ello el TS entiende que no concurren los requisitos necesarios para considerar a INVULSA un tercero extraño o ajeno

al propio asegurado y que por tanto carece de legitimación para el ejercicio de la acción directa del artículo 76 LCS. (STS de 8 de octubre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Fernando M. S., como propietario de una fábrica de zapatos, concertó con la entidad aseguradora *A. R., S. A.*, un seguro de responsabilidad civil a terceros, para cubrir los posibles riesgos que se pudieran derivar en el ejercicio de dicha actividad. Para el desarrollo de la misma se utilizaban dos máquinas de fabricación de calzado, propiedad de la entidad mercantil INVULSA, de la que además de ser don Fernando el titular del 81,5 por 100 del capital social, disponía de amplísimo poderes para la gestión de la misma.

El día 24 de mayo de 1991, se produjo un incendio en la fábrica, que ocasionó la destrucción de todo lo que en ella había, incluidas las máquinas anteriormente mencionadas. Ante tal evento, la entidad INVULSA, ejercitando la acción directa del artículo 76 LCS, formuló demanda contra la aseguradora *R. A., S. A.*, reclamando el pago de la indemnización correspondiente. Desestimada íntegramente la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial confirmó dicho pronunciamiento. Interpuesto recurso de casación por la representación de la entidad INVULSA, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—No nos encontramos en la sentencia anotada ante una confusión de esferas jurídicas patrimoniales entre dos entidades, supuestos típicos en los que el TS procede a penetrar en el *substratum* de las mismas, sino ante un supuesto de abuso de la forma jurídica supuesto más antiguo para aplicar la doctrina del levantamiento del velo. En aquellos casos en los que se utiliza instrumentalmente la personalidad jurídica de una entidad, en este caso INVULSA, bien violándose con ello obligaciones contractuales, bien produciéndose dolosamente daños a terceros, se produce una infracción de deberes jurídicos generales, implicando en el fondo un acto *contra legem*, por eludir las reglas del derecho, «pero sin un enfrentamiento frontal sino, al revés, buscando unas aparentes normas de cobertura». Con esta técnica se trata de evitar el fraude e impedir que, a través de un mecanismo formalmente correcto, se produzca un resultado antijurídico (Embid Irujo, «Comentario a la STS de 2 de abril de 1990», *La Ley*, 1990-4, 611). (*R. D. O.*)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**16. Indeterminación del objeto del contrato sobre construcción futura.**—El objeto del contrato es aquella realidad sobre la que el contrato incide y en relación a la que recae el interés de las partes o la intención negocial o móvil esencial del contrato, es decir, el comportamiento al que el vínculo obligatorio sujeta al deudor y que tiene derecho a exigirle el acreedor, referido no al aspecto obligacional, objetivo inmediato, o sea, a los derechos y obligaciones que se constituyen, sino al mediato, que puede consistir tanto en una cosa propiamente dicha, bien de naturaleza exterior, ora procedente del ingenio humano o en un acto integrador de prestación (S de 5 de junio de 1978). La determinabilidad del objeto equivale a la posibilidad de reputar como cierto el objeto del contrato

siempre que sea posible determinarlo con sujeción a las disposiciones contenidas en el mismo; es claro que la determinación no puede dejarse ni al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 CC) ni a un nuevo acuerdo entre ellos. En el supuesto aquí debatido, la indeterminación del objeto no viene referida a la especie ni a la cantidad, sino a otras circunstancias de la cosa que debía entregarse distintas a éstas, pero que también son indispensables para determinar el objeto sin necesidad de un nuevo convenio. El actor, recurrido, se obligó, al ejercitar el derecho de opción, a la entrega de una parte de lo que construyese, pero la validez del negocio quedó sin duda condicionada a que se realizase la determinación de la cosa a entregar y que difícilmente podrá efectuarse al no haber previsto las partes contratantes las disposiciones necesarias para llevar a cabo esa determinación. En el contrato sólo se dice que «el precio se podrá efectuar mediante entrega de obra que se estipula en este contrato, que será: un 25 por 100 de los bajos construidos y un 10 por 100 de los pisos también construidos». No contiene ningún criterio para determinar o fijar esos porcentajes en relación a su localización, a la calidad, accesos, elementos accesorios, etc.; no se dice si el porcentaje de los pisos deberá entenderse referido a cada uno de ellos o de las viviendas que integren el inmueble, o formado por el 10 por 100 de la totalidad de la superficie que ocupen los pisos a fin de construir una vivienda independiente u otro local distinto, situación en que deberá encontrarse, etc.; tampoco se dice cuál será la localización o situación del porcentaje sobre los bajos, si deberá limitarse a la planta baja o también a la planta sótano del edificio, etc. Falta, por tanto, un requisito esencial en el contrato calificado por las partes de compraventa que constituya la contraprestación cierta a la entrega de la cosa. (STS de 10 de octubre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Las partes habían convenido un contrato de opción de compra sobre una finca. El plazo de ejercicio de la opción era de cuatro años, y el precio a pagar, de 30 millones de pesetas. En el acto de celebración del contrato se abonó un millón de pesetas, estableciéndose que el resto se podría abonar de una de las maneras siguientes: a) en metálico, en cualquier momento durante el plazo de los cuatro años estipulados; b) mediante la entrega de una obra que se realizaría en la finca objeto del contrato, consistente en «un 25 por 100 de los bajos construidos y un 10 por 100 de los pisos también construidos». El titular del derecho de opción lo ejercitó a tiempo y escogió la segunda posibilidad. Sin embargo, la parte concedente se opuso a la validez del contrato. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza desestimó la demanda interpuesta por el optante, pero la Sala Cuarta de la Audiencia Provincial de la misma ciudad estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por el mismo y declaró la validez del contrato. El TS, en cambio, estima el recurso de casación interpuesto por la parte concedente.

NOTA.—Las partes acordaron que una de ellas debía entregar a la otra un tanto por ciento de una edificación futura. Según el TS, el contrato es nulo por indeterminación de su objeto. No parece ésta la postura sostenida por la doctrina ni aun por el propio TS en sentencias anteriores. En efecto, tanto los autores (por todos, Isabel Zurita Martín, *El contrato de aportación de solar*, Madrid, CGPJ, 1995, pp. 13-14), como la Dirección General de Registros y del Notariado (R de 5 de octubre de 1994, RAJ 1995\7654, para un caso en que la contraprestación era la entrega del 19 por 100 de la construcción futura) consideran

válido dicho tipo de acuerdo, como lo hizo ya el Alto Tribunal (entre otras, SS de 14 de abril de 1986, RAJ 1849; 30 de noviembre de 1990, RAJ 9219; 16 de diciembre de 1996, RAJ 8980) y como también permite entenderlo hoy el artículo 13 IV del Reglamento Hipotecario tras su reforma por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre de 1998. (A. R. G.)

**17. El hecho de que el contrato no conste por escrito no impide conocer la prestación.**—El artículo 1256 CC, que sanciona la fuerza vinculante del contrato, tiene carácter genérico. Por ello, un recurso de casación no puede fundarse sobre él si no es en conexión con los correspondientes artículos que lo desarrollan. La circunstancia de que el contrato no constase por escrito no impedía conocer las condiciones en que debía prestarse el servicio ni permite alegar al demandado un pretendido incumplimiento que no se ha probado.

**Forma del contrato de suministro de energía eléctrica.**—El motivo alega que el Reglamento de Verificaciones Eléctricas y Regularidad en el Suministro de Energía, de 12 de marzo de 1954 (arts. 74 y ss.) impone que el contrato de suministro de energía eléctrica se formalice por escrito y además en un modelo concreto que ha de ser intervenido por la Delegación de Industria para su aprobación. Según la Sentencia de esta Sala de 11 de noviembre de 1970, «es evidente que la forma escrita no es la que da validez al contrato, pues precisamente por ser válido, con anterioridad se otorga acción a los contratantes para compelerse recíprocamente a llenarla, conforme prescribe el citado precepto legal» (art. 1279 CC). El contrato de suministro de energía eléctrica no es un contrato formal que exija para su validez y eficacia el cumplimiento de un requisito de forma en los términos imperativos del artículo 1280 CC o de otras leyes especiales. Este contrato no requiere, para su eficacia entre las partes, su constancia por escrito. Los artículos 74 y ss. del citado Reglamento carecen de eficacia casacional habida cuenta de su naturaleza y rango normativo. Las prevenciones contenidas en estos preceptos son requisitos de carácter administrativo cuya inobservancia no atenta a la validez y eficacia del contrato acreditado por otros medios de prueba, como sucede en este caso. Su inobservancia tampoco puede servir para fundar el incumplimiento de las obligaciones libremente asumidas. (STS de 29 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La *Unión Distribuidores Electricidad, S. A.*, demandó a un particular para que le abonase una cantidad de dinero superior a los seis millones de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Santiago de Compostela estimó la demanda. El recurso de apelación interpuesto por el demandado fue desestimado por la Audiencia Provincial de La Coruña, como lo fue el recurso de casación posterior. (A. R. G.)

**18. Cláusula de sumisión expresa.**—El contrato celebrado responde al tipo denominado «de adhesión», y la cláusula sumisoria contenida en él venía a contradecir la regla normal que, en materia de competencia, se preconiza en el artículo 62 LEC, regla 1.ª, con arreglo a la cual el conocimiento de la reclamación ejercitada por la demandante hubiera correspondido a los Juzgados de Córdoba. Aunque la validez formal de la cláusula cuestionada se encuentra amparada, en principio, por las reglas comprendidas en los artículos 56 y 57 de la precitada Ley, no cabe duda alguna de merecer la calificación de abusiva al llevar consigo

un desequilibrio, en perjuicio de la comunidad consumidora, entre las respectivas prestaciones de las partes.

**Cláusulas abusivas.**—Es cierto que, en un primer momento, la jurisprudencia de esta Sala, constituida, entre otras, por las SS de 31 de mayo de 1991, 18 de junio y 22 de julio de 1992 e, incluso, 29 de junio de 1995, se orientó en el sentido de aplicar taxativamente la literalidad de las cláusulas de sumisión expresa que se convenían contractualmente, pero semejante criterio cambió, de todo punto, en la doctrina jurisprudencial declarada en las SS de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994 y 12 de julio, 14 y 23 de septiembre de 1996, viniéndose a decir en las de 12 de julio y 23 de septiembre que: en aquel tiempo los Tribunales españoles no disponían de un apoyo legal, para declarar no vinculante a una cláusula de sumisión formalmente establecida, aunque supusiere un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. El panorama ha sufrido una importante modificación a partir de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, que 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 el artículo 3 de la misma se definen las cláusulas abusivas de la siguiente forma: «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente, se considerarán abusivas si, pese a la exigencia de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». El anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas: letra Q): «Suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción o arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas...». El artículo 6 de la Directiva dispone: «Los Estados miembros establecerán que no vinculan al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que no figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional... etc.». Asimismo, en la sentencia de 14 de septiembre de 1996 se establecía que «el criterio ahora sustentado aparece anticipado en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (artículo 10.c.3.º)» así como que: «es llano que no procede modificar la nueva orientación, más conforme con el artículo 3.1 CC y la Resolución 47, adoptada por el Comité de Ministros de la CEE, relativa a las “cláusulas abusivas en los contratos suscritos por los consumidores”, resolución en la que se recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros que “creen instrumentos adecuados jurídicos y de otro tipo, para corregir dichos abusos”, que también ha de tenerse en cuenta a efectos de interpretación, y sin que ello obste a lo dispuesto en el artículo 10.1.p.segundo de la Directiva al principio examinada». No resulta óbice para decidir la competencia del Juzgado de Córdoba el artículo 10 de la Directiva, puesto que la cuestión planteada ha de ser resuelta de acuerdo con la doctrina ya consolidada de la Sala. (STS de 11 de octubre de 1997; ha lugar.)

**HECHOS.**—La compañía mercantil *Zardoya Otis, S. A.*, demandó a la comunidad de propietarios de la Avenida República de Argentina, núm. 14 de Córdoba, con quien había celebrado —en la misma ciudad— un contrato con objeto de mantener unos aparatos elevadores. La demanda fue interpuesta ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 43

de Madrid. La parte demandada interpuso cuestión de competencia por inhibitoria, ante el Juzgado de primera Instancia núm. 7 de Córdoba, localidad donde se situaban los ascensores y donde se pagaban los recibos girados por la compañía. El Juzgado de Madrid se inhibió, por entender que la cláusula de sumisión expresa contenida en el contrato entrañaba una auténtica renuncia del fuero propio y a los derechos del consumidor, nula de pleno derecho por contraria a la buena fe y al justo equilibrio de las contraprestaciones entre las partes. *Zardoya Otis, S. A.*, impugnó el Auto de inhibición y la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.<sup>a</sup>, estimó el recurso, declarando la competencia del Juzgado de Madrid. Al insistir el Juzgado de Córdoba en su competencia, se remitieron los Autos al TS para resolver la cuestión. La Sala primera del Alto Tribunal resuelve que la cláusula de sumisión es abusiva y declara la competencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Córdoba.

NOTA.—Esta sentencia no parece aplicar la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, sino que se limita a mencionarla al apuntar que el criterio establecido por la Directiva 93/13/CEE ya era anticipado por aquélla. Posiblemente no hacía falta acudir a la norma comunitaria para anular la cláusula abusiva (puede verse M.<sup>a</sup> Jesús Moro Almaraz/Juan P. Aparicio Vaquero, *CCJC*, 44/1997, núm. 1188, pp. 615-28). De hecho, sentencias anteriores del Alto Tribunal aplicaron la Ley interna [art. 10.1.a]. Recuérdese las SSTS de 8 de noviembre de 1996, RAJ 7954; 30 de noviembre de 1996, RAJ 8457, y 12 de mayo de 1997, RAJ 3840. (A. R. G.)

**19. Matrícula en una academia de idiomas.**—Es un contrato atípico complejo de compraventa y prestación de servicios.

**Contratos de adhesión.**—El contrato de adhesión es aquel en que su esencia y sus cláusulas han sido predisuestas por una parte a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptar o no; se mantiene la libertad de contratar —libertad de celebrar o no el contrato— pero no la libertad contractual —libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente. No se discute la validez del contrato de adhesión, inherente a la realidad actual, pero sí es indudable su control legal y judicial para evitar que una de las partes sufra perjuicios que no deben tolerarse en Derecho.

**Condiciones generales de la contratación.**—Las condiciones generales de los contratos, inmersas en los contratos de adhesión, no son verdaderamente condiciones sino pactos o cláusulas que se incluyen en todos los contratos que una parte redacta y que impone a todos los que quieran celebrarlos. Por razón de que representan una grave limitación al principio de autonomía de la voluntad se ha dictado un importante cuerpo legislativo en toda Europa, no para coartarlas sino para controlarlas impidiendo un ejercicio abusivo.

**Cláusula de sumisión expresa.**—La Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, expone en su artículo 10 la normativa relativa a las condiciones generales de los contratos, también aplicable al presente caso. Es claro que la cláusula de sumisión obrante en el contrato de Autos se halla dentro del concepto de condición general que define la propia ley en el artículo 10.2 («a los efectos de esta ley, se entiende por cláusulas, condiciones y estipulaciones de carácter general, el conjunto de las



redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éstas celebren y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario –como es la compradora, como destinataria final del producto, art. 1.2–, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate»). Asimismo, el artículo 10.1.c) exige buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones y excluye las cláusulas abusivas en el número 3 de este apartado y entiende por tales «las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores y usuarios». Por ello, la cláusula de sumisión, en el presente caso, es abusiva, al implicar un desequilibrio de derechos y obligaciones y un perjuicio desproporcionado y no equitativo a la parte compradora el hecho de tener que litigar lejos de su domicilio con todo lo que ello conlleva, mientras que la empresa demandante tiene otro potencial económico. Y así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala (S de 23 de julio de 1993, entre otras).

**Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Efectos antes de su transposición.**—En el artículo 3 de esta Directiva se definen las cláusulas abusivas de la siguiente forma: «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente, se considerarán abusivas si, pese a la exigencia de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente, cuando haya sido redactada previamente, y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en contratos de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente, asumirá plenamente la carga de la prueba». El anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas: «Q) Suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción o arbitraje no cubierta por disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición...». Artículo 6: «Los Estados miembros establecerán que no vinculan al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que no figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional..., etc.». Tal Directiva debía ser transpuesta al Derecho español, a más tardar el 31 de diciembre de 1994 (art. 10), lo cual no ha sucedido. La jurisprudencia (S de 18 de marzo de 1995) apunta los problemas del efecto directo de las Directivas no transpuestas en el plazo ordenado: no se produce la automática incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados de la Unión Europea, pero, siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, producen el efecto vertical, sobre los Estados y cuando los particulares actúan frente a éstos por no haber transpuesto la Directiva el Derecho interno en el plazo previsto, y también el efecto horizontal, en conflictos entre los particulares si no se ha transpuesto en dicho plazo y contiene normas precisas y con clara posibilidad de cumplimiento inmediato: a los efectos de declarar nula la cláusula de sumisión, así lo han interpretado las SS de esta Sala de 8 y 30 de noviembre de 1996 y 5 de julio de 1997. En conclusión, aplicando tanto la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios como la Directiva comunitaria, se estima abusiva la cláusula de sumisión del contrato de Autos, lo que implica la nulidad de la misma

(art. 10.4 de la Ley) y su ineficacia (art. 6 de la Directiva). (STS de 28 de noviembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Un particular se matriculó en una academia de idiomas de Barcelona. La matrícula se documentó en un impreso, en cuyo anverso constaban los datos de la misma y las firmas de las partes, y en cuyo reverso había impresa una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de dicha ciudad. Aunque el reverso no se firmó, en el anverso se afirmaba que «se aceptan las condiciones específicas en este contrato y de acuerdo con las cláusulas estipuladas al dorso» (reverso). El particular no pagó el importe de la matrícula y la academia interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 31 de Barcelona. Por su parte, el particular promovió cuestión de competencia por inhibitoria (art. 72 LEC) ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Villena (Alicante), localidad donde tenía su domicilio. El Juez de Barcelona acordó, mediante Auto, desestimar el requerimiento de inhibición efectuado por el de Villena y, al insistir ambos Juzgados en su respectiva competencia, se remitieron los Autos al TS. Su Sala primera declara nula la cláusula de sumisión y aplica el artículo 62.1 LEC, conforme al cual resulta competente el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Villena.

NOTA.—El TS dota de efecto horizontal a la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, como lo hizo antes en sus SS de 8 de noviembre de 1996, RAJ 7954; 30 de noviembre de 1996, RAJ 8457; 4 de diciembre de 1996, RAJ 9044, y 12 de mayo de 1997, RAJ 3840, y a pesar de las críticas doctrinales (véase Alejandro S. Payá Pujado, «Los efectos de las directivas comunitarias. Una visión crítica de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996», *La Ley*, 1997, núm. 3, pp. 1926-36, 1932-3; Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz, CCJC 43/1997, núm. 1173, pp. 367-384, 380; Alberto Emparanza, «La imposición al cliente de las condiciones generales del contrato. Comentario a la STS de 20 de noviembre de 1996/Ar. 8371», *RDBB*, 1997, núm. 68, pp. 1307-40, 1332 nota 53; sobre la posición del TJCE, Araceli Mangas Martín/Diego J. Liñán Noguera, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 367-73, 371). Por último, el TS también aplica la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, aunque no siempre lo ha hecho (véase la nota a la STS de 11 de octubre de 1997). Cfr. hoy la DA 6, núm. 27, de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que específicamente prevé este tipo de cláusulas entre aquellas que tendrán el carácter de abusivas. (A. R. G.)

**20. Solidaridad de deudores.**—Concurren aquí las notas que definen la solidaridad pasiva: a) la existencia de una pluralidad de deudores, b) la unidad de objeto, y c) la circunstancia de que un mismo hecho haya generado la obligación para todos ellos. Además, participa también el mandato del artículo 1158.2, relativo a la posibilidad de reclamar al deudor el importe de lo que hubiere pagado quien lo hiciera por cuenta de otro, al no haberlo realizado contra su expresa voluntad, cuyo precepto lleva implícita una pauta de solidaridad legal cuando los deudores son varios; todo ello según el tenor de la línea jurisprudencial existente

en esta materia, que, en aras del principio de cumplimiento de la función de garantía que atañe a la solidaridad pasiva, admite una interpretación flexible del artículo 1137 CC.

**Pago efectuado por un tercero. Carga de la prueba de la oposición del deudor.**—Según reiterada doctrina jurisprudencial, es preciso, para que la negativa del deudor al pago efectuado por tercero sea eficaz, su clara expresión, como señala el artículo 1158.2, sin que quede duda al respecto, por lo que debe probar la existencia de la misma el deudor que la alegue.

**Pago efectuado por un tercero. Momento en que ha el deudor de expresar su oposición.**—No está justificado que, después de realizado el abono, el deudor pueda condicionar los intereses del tercero y la oposición de aquél, amén de ser expresa, debe producirse antes o en el momento del pago, pues en ese instante concreto es cuando se produce la extinción de la obligación y surgen las acciones de reembolso o de repetición del enriquecimiento a favor de tercero.

**Pago efectuado por un tercero. Efectos.**—El código civil ha establecido el siguiente sistema respecto a las secuelas derivadas del pago de un tercero: 1.º, subrogación convencional: si hay pacto entre el tercero y el acreedor, tanto cuando aquél posee interés en la obligación como en el caso contrario, ya el deudor apruebe el pago, ya lo ignore o se oponga a él (arts. 1209 y 1159); 2.º, subrogación legal: cuando paga el tercero y así lo ordena algún precepto (art. 1209); 3.º, subrogación legal: cuando paga un tercero interesado en la obligación, bien si el deudor aprueba el pago, bien si lo ignora o se expresa contrario a él (art. 1210.1 y 3); 4.º, subrogación legal: cuando paga un tercero no interesado en la obligación con la aprobación del deudor (arts. 1210.2 y 1159); 5.º, reembolso por lo pagado: cuando lo hace un tercero no interesado y el deudor lo ignora (art. 1158); y 6.º, repetición por la utilidad producida: cuando paga un tercero no interesado contra la expresa voluntad del deudor (art. 1158). El recurso da por supuesto que el tercero era un tercero no interesado, pero no considera que, en este caso, opera la acción de reembolso prevista en el citado artículo 1158.2. (STS de 18 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Tomasa y don Francisco habían contraído una deuda con un banco. Don Manuel, hijo de don Francisco, abonó dicha deuda y posteriormente interpuso demanda contra los mismos para recuperar lo pagado. Doña Tomasa opuso que no se había acreditado el carácter de acreedores de los demandados, así como que la deuda se había cancelado irregularmente. Don Francisco fue declarado en rebeldía y posteriormente falleció. Los herederos del mismo —entre los cuales se encontraba don Manuel— le sucedieron en el proceso. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Bilbao estimó parcialmente la demanda y absolvió a doña Tomasa. Don Manuel recurrió contra la sentencia y la Audiencia Provincial de Bilbao extendió la condena a aquélla, que recurrió en casación. El TS, en primer lugar, declara la extinción de la deuda en la parte correspondiente a don Manuel, en quien concurrían los caracteres de acreedor y deudor, y acaba desestimando el recurso. (A. R. G.)

**21. Cláusula penal moratoria. Facultad de moderación. Motivación de la sentencia.**—La sentencia recurrida tiene en cuenta las circunstancias concurrentes, muy especialmente «la absolución del demandado en un proceso penal» y lo excesivo de la cláusula penal, para estimar procedente hacer uso de la facul-

tad de moderación de dicha cláusula que el artículo 1154 CC reconoce a los Jueces y Tribunales. Por esa razón no se infringe el apartado tercero del artículo 120 CE, que prescribe que las sentencias deberán ser siempre motivadas.

**Inaplicación de la facultad moderadora del artículo 1154 CC.**—A la cláusula penal moratoria, que no está estipulada para el supuesto de incumplimiento de la obligación, sino exclusivamente para el caso de retraso en el cumplimiento de la misma, no cabe la posibilidad legal de aplicarle la facultad moderadora del artículo 1154 CC, ya que ésta se halla instituida solamente para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular de la obligación. Esto último no puede ocurrir nunca en el caso de la cláusula estrictamente moratoria, la cual ha de desenvolver ineludiblemente su eficacia sancionadora por el mero y único hecho del retraso, ya que durante el tiempo de duración de la mora el incumplimiento fue total. (STS de 29 de noviembre de 1997; ha lugar en parte.)

**HECHOS.**—El día 4 de noviembre de 1988, *Residencial Parque Oeste, S. A.*, suscribió un documento privado en el que reconocía adeudar una cantidad al demandado. En este mismo documento el demandado se obligó a otorgar escritura de compraventa de un solar a favor de esta entidad mercantil, y a desalojarlo en el plazo de dos meses contados a partir del momento de ser notificado por la sociedad compradora. Además, las partes convinieron, entre otras cosas, una penalidad para el demandado por cada día de retraso que se produjera en el desalojo. *Residencial Parque Oeste, S. A.*, interpuso demanda pidiendo que el Juez condenara al demandado a pagar a esta entidad la diferencia entre la cantidad que el demandante adeudaba al demandado, expresada en el documento privado del día 4 de noviembre de 1988, y la cantidad que el demandado adeudaba a la entidad mercantil por el incumplimiento de la cláusula penal acordada. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial estimó parcialmente los recursos de apelación interpuestos por ambas partes y redujo a la mitad la cantidad adeudada por el demandado por incumplimiento de la obligación de desalojo. Interpuestos recursos de casación por ambas partes, el TS estimó un solo motivo del recurso del demandante y declaró que el demandado adeudaba a la compradora la cantidad total acordada por incumplimiento de la cláusula penal.

**NOTA.**—Véase el comentario de esta sentencia, a cargo de Cristina de Amunátegui Rodríguez, en *CCJC*, 46/1998, núm. 1261, pp. 357-374. (J. M. B. S.)

**22. Acción pauliana. Requisitos.**—El ejercicio eficaz de la acción pauliana o rescisoria regulada en los artículos 1111 y 1291 ss. CC en lo relativo a las enajenaciones en fraude de acreedores, exige la concurrencia de las siguientes circunstancias: la existencia de un crédito por parte del demandante contra el dueño de la cosa enajenada; la realización de un acto por virtud del cual salga ésta del patrimonio del que la enajena (a lo que ha de equipararse la constitución de un derecho real que merma la garantía patrimonial del deudor); el propósito defraudatorio, tanto del que enajena como del que adquiere la cosa objeto de la enajenación; y la ausencia de todo otro medio que no sea la rescisión de ésta para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor.

**Anterioridad del crédito respecto del acto rescindible.**—Si bien la doctrina jurisprudencial exige que el crédito en que se funda la acción rescisoria sea anterior al acto rescindible, ello ha de entenderse en términos generales, siendo preci-

so que cada caso se estudie en concreto y con arreglo a las peculiaridades que presente, especialmente en aquellos supuestos en que la intención defraudatoria viene determinada por la próxima y segura exigencia posterior del crédito (S de 11 de noviembre de 1993).

**La constitución de hipoteca sobre bienes del deudor no es un contrato por virtud del cual éste enajena bienes a título gratuito y, por lo tanto, no se presume el fraude de acreedores.**—La constitución de hipoteca sobre bienes propios del deudor no tiene su causa en la mera liberalidad del bienhechor (art. 1274 CC), por lo que en este caso no cabe aplicar el artículo 1297, párrafo primero, CC, que presume celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito.

**Perjuicio inferido al acreedor.**—Cuando se ejercita la acción rescisoria al amparo de los artículos 1111 y 1291 ss. CC, sólo ha de tenerse en cuenta el posible perjuicio del crédito del acreedor demandante, pues a él sólo beneficia la rescisión que, en su caso, se decreta y en la medida bastante a reparar el perjuicio por él sufrido, sin que la misma beneficie a los acreedores que no impugnan el acto supuestamente fraudulento.

**Improcedencia de la prueba por presunciones.**—No es lógico que una entidad bancaria conceda un préstamo para que el prestatario pueda satisfacer créditos a contraer en el futuro con otros establecimientos bancarios, ni pensar que el retraso en la inscripción registral de la hipoteca supone una intención o, al menos, el conocimiento de que ello iba a perjudicar a posteriores acreedores, cuando quien podía resultar gravemente perjudicado por ese retraso era el propio acreedor hipotecario que, en tanto no procediese a la inscripción, no podía hacer valer los derechos preferenciales que le asistían. Además, no hay mala fe en los deudores codemandados por ocultar la existencia de este préstamo hipotecario anterior. Por todo ello, no existe el enlace preciso y directo que exige el artículo 1253 CC entre los hechos-base y el hecho-consecuencia de confabulación entre los codemandados. (STS de 28 de noviembre de 1997; ha lugar.)

**HECHOS.**—En este caso se plantea una acción revocatoria contra una hipoteca otorgada por *Caja de Ahorros y Préstamos de Antequera* (UNICAJA) a favor de *Industrias Frigarcía, S. A.*, mediante escritura pública de 2 de agosto de 1989. El demandante *Banco de Andalucía, S. A.*, había concertado unas operaciones de crédito con *Industrias Frigarcía, S. A.*, con fechas de 21 de agosto y 20 de diciembre de 1989, respectivamente, ambas avaladas por la propietaria de los bienes inmuebles sobre los que se había constituido la hipoteca que se pretende rescindir. La hipoteca se inscribió en el Registro de la Propiedad con fecha de 11 de mayo de 1990. La demanda presentada fue estimada y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la entidad codemandada UNICAJA. Ambas sentencias de instancia presumieron la existencia del *consilium fraudis* entre *Industrias Frigarcía, S. A.*, y UNICAJA, configurador de la acción rescisoria, con base en el incumplimiento de la promesa de ésta de garantizar con aquella hipoteca el pago a las demás entidades acreedoras de *Industrias Frigarcía, S. A.*, y en el tiempo que se tardó en inscribirla. El TS adoptó otro criterio, por lo que declaró haber lugar al recurso de casación. (J. M. B. S.)

**23. Dies a quo del plazo de caducidad de la acción de rescisión por fraude de acreedores.**—El plazo de cuatro años que establece el artículo 1299 CC para

pedir la rescisión de cualquier acto jurídico es un plazo de caducidad, por la simple razón de que la acción de rescisión que puede ejercitarse durante dicho plazo, trata de modificar la situación creada por un contrato torticero que puede producir efectos lesivos a terceros. Este precepto no establece la forma de empezar a computar dicho período de caducidad, cuando la base de la acción rescisoria es un fraude de acreedores. Aunque una parte de la actual doctrina civilista, con base al artículo 37 LH, establezca como punto de partida para el referido plazo de cuatro años el instante mismo en que se produjo la enajenación fraudulenta, entonces puede ocurrir que este plazo haya transcurrido en su totalidad cuando el demandante acreedor esté en condiciones o con posibilidad de acreditar la insolvencia del deudor demandado, y por lo tanto de constatar la insolvencia de dicho deudor y los efectos dañinos que esta situación le ocasiona. Por eso, la jurisprudencia actual del TS establece que el inicio del cómputo de la acción rescisoria será a partir de la comprobación de falta de bienes con que satisfacer el crédito, con base a lo dispuesto en el artículo 1969 CC (S de 29 de octubre de 1990) y rechaza la fecha de la transmisión de los bienes como punto de partida para el cómputo del plazo. Esta jurisprudencia incluso argumenta que «ha de acogerse el criterio que más favorezca a la víctima del acto ilícito civil», por lo que también estima que debe tomarse como día inicial aquel en que la víctima del acto fraudulento pueda tener cabal y entero conocimiento del acto subrepticio y fraudulento que le produce el daño patrimonial (S de 16 de febrero de 1993).

**Requisitos.**—La rescisión por fraude de acreedores necesita para su plena vigencia y para que pueda ser objeto de una determinada pretensión judicial, que recaiga sobre actos o negocios rescindibles, además de que exista una intención fraudulenta por parte del deudor, y por último que de todo ello surja un concreto perjuicio. Con relación al perjuicio surgido para el acreedor, por ser una cuestión de hecho, su apreciación es competencia exclusiva del Tribunal de instancia. (STS de 1 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El día 18 de noviembre de 1991 una entidad mercantil interpuso acción revocatoria pidiendo que se declararan rescindidas por fraude las donaciones de unas fincas efectuadas por unos cónyuges a favor de sus hijos con fecha de 1 de marzo de 1986. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial lo desestimó. El TS también desestimó el recurso de casación.

**NOTA.**—Está claro que algunas sentencias recientes del TS han abandonado el criterio de la fecha de la enajenación fraudulenta del deudor como determinante del *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad de la acción rescisoria por fraude de acreedores. Antes de la sentencia que se extracta, el TS incluso ha dotado de una cierta estabilidad a aquel criterio que considera que el inicio del cómputo de este plazo tiene lugar en el momento en que el acreedor conoce o debió conocer el acto perjudicial de su deudor que trata de impugnar, o, en cualquier caso, si dicha enajenación accede al Registro, en el momento en que ésta se inscribe (SS de 16 de febrero de 1993 y 4 de septiembre de 1995; STSJ Cataluña de 30 de enero de 1992). Véase Francisco Jordano Fraga, «El *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción revocatoria o Pauliana (con motivo de una jurisprudencia reciente)», en *RCDI*, núm. 626, 1995, pp. 71-128. También puede consultarse el comentario de la sentencia de 4 de septiembre de 1995 hecho por el

mismo autor, en *CCJC*, 40/1996, núm. 1076, pp. 151-161. Sin embargo, la sentencia de 1 de diciembre de 1997 no tiene en cuenta esta línea jurisprudencial –no distingue entre los criterios mantenidos por las SS de 29 de octubre de 1990 y 16 de febrero de 1993, y no se refiere a la S de 4 de septiembre de 1995– y acoge el momento en que se verificó la insolvencia del deudor como momento de inicio del cómputo de la acción revocatoria: desde que un Auto de insolvencia de uno de los cónyuges deudores dictado en el Juzgado de lo Social fue notificado el día 30 de abril de 1990 al acreedor demandante –la demanda se planteó con fecha de 18 de noviembre de 1991–. Con ello el TS da pie a la consolidación de otra manera de computar el plazo de la acción revocatoria que, en este caso, parte del carácter subsidiario de esta acción (*ex arts.* 1294, 1291.3 y 1111 CC): si es requisito de esta acción que no quepa otro recurso para el cobro por parte del acreedor-demandante, sólo cuando se acredite la insolvencia del deudor empezará a computar el plazo legal para su ejercicio (en el mismo sentido, véase la S de 29 de octubre de 1990; ha defendido este criterio, Federico A. Rodríguez Morata, en *CCJC*, 31/1993, núm. 826, pp. 211-220, donde comenta la S de 16 de febrero de 1993 y rechaza el *dies a quo* del cómputo que sigue esta sentencia); y, por lo tanto, el TS no sigue un criterio uniforme en cuanto al inicio del cómputo del plazo de la acción revocatoria, en su intento de facilitar la efectividad de esta acción para el acreedor defraudado, lo que puede ocasionar una grave inseguridad jurídica. (*J. M. B. S.*)

**24. Rescisión contractual por fraude de acreedores. Requisitos.**–La acción de rescisión de los contratos celebrados en fraude de acreedores, con base en el apartado tercero del artículo 1291 CC, requiere los siguientes presupuestos: *a)* la existencia de un crédito del demandante contra el propietario de la cosa enajenada; *b)* un acto de contenido patrimonial, ya sea de enajenación, gravamen o renuncia, en cuya virtud se produzca un menoscabo económico al deudor; *c)* el fraude al acreedor al no quedar bienes bastantes para el pago de las deudas; y *d)* la ausencia de un medio distinto de la rescisión para conseguir la reparación del perjuicio inferido. Con relación a la apreciación de la circunstancia concerniente a si ha existido o no perjuicio para los acreedores, por ser una cuestión de hecho, es competencia exclusiva del Tribunal de instancia.

**Rescisión de los contratos que se refieren a cosas litigiosas. Requisitos.**–La rescisión de los contratos que se refieren a cosas litigiosas, con base en el apartado cuarto del artículo 1291 CC, requiere los siguientes requisitos: *a)* que el contrato haga mención a una cosa litigiosa, la cual se entiende así desde la presentación de la demanda; *b)* que se haya celebrado por el demandado o por el demandante objeto de reconvencción; y *c)* que lo fuera sin el conocimiento y la aprobación de las partes o, en su caso, de la autoridad judicial. No se infringe este precepto, por no existir «cosa litigiosa», si ello se plantea con respecto a un juicio no admitido a trámite o a otro todavía no iniciado cuando la cosa ya estaba vendida. (**STS de 31 de diciembre de 1997**; no ha lugar.)

**HECHOS.**–Promovido juicio sobre rescisión de una escritura pública mediante la que unos cónyuges vendieron a su yerno una casa chalet y una parcela adjunta, el Juzgado de Primera instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial también desestimó el recurso de apelación interpuesto por el demandante, declarando que los deudores tenían bienes bastantes y que, por lo tanto, había otros medios dis-

tintos a la rescisión para conseguir la reparación del perjuicio. Al parecer, los demandados tenían un solar «con un valor muy superior en principio al de las cargas», y el Tribunal había declarado pagados unos préstamos con garantía hipotecaria constituidos sobre sus bienes. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (J. M. B. S.)

**25. Atenuación del principio *in illiquidis non fit mora*.**—La jurisprudencia más reciente ha atenuado y modificado el automatismo del principio *in illiquidis non fit mora*, que supone o indica que para cuando la cantidad adeudada no sea líquida, es decir cuando para determinarla es preciso una contienda judicial, el abono de intereses sólo procederá desde el instante procesal de firmeza de la sentencia que resuelve dicha contienda judicial. Junto a la consideración de la condena de abono de intereses por las cantidades debidas como una indemnización o sanción que se impone al deudor moroso, precisamente por su conducta renuente en el pago que da lugar a la mora, cabe también concebir que si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad una protección judicial de sus derechos, no basta con entregar aquello que en su día se le adeudaba, sino también lo que debe representar tal suma en el momento en que se le entrega. Ello debe ser así no sólo por tratarse de una deuda de valor sino también, y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles o dinerarias, son susceptibles de producir frutos —léase frutos civiles o intereses—, no parece justo que los produzcan en favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, al acreedor (SS de 5 de abril de 1992 y 18 de febrero de 1994). Por esa razón esta jurisprudencia entiende que la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de la deuda desde el momento mismo en que se procedió a su exigencia judicial. La sentencia que se extracta considera que si no se obligara al deudor a pagar intereses desde entonces podría darse incluso una situación de enriquecimiento injusto, figura que no precisa partir de un acto ilícito o de mala fe, sino simplemente del dato de obtener una ganancia indebida. (STS de 13 de octubre de 1997; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se interpuso demanda solicitando que se declarara la rescisión de un contrato de ejecución de obra celebrado en el mes de diciembre de 1987, por incumplimiento del contratista al haber abandonado la obra el día 20 de agosto de 1988, y que se condenara al demandado a abonar la diferencia existente en esta fecha entre lo pagado por el demandante y el valor de las obras ejecutadas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó parcialmente la demanda reconventional interpuesta por el contratista, declarando resuelto el contrato desde el día 14 de octubre de 1988 por voluntad del comitente, condenando a éste a abonar al demandado el importe resultante de la liquidación de las obras. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Provincial lo estimó en parte y redujo este importe, pero también le condenó al pago de los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de interposición de la demanda reconventional. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación que también interpuso el demandante. (J. M. B. S.)

**26. Incongruencia en la concesión de intereses de la cantidad de condena.**—Del suplico de la demanda se desprende claramente que, respecto a los intereses de la cantidad solicitada, se condene desde la interposición de la demanda. Por el contrario, la sentencia recurrida condena a que los intereses legales de la



cantidad de condena se satisfagan desde el momento de la celebración del contrato, y de aquí que la sentencia objeto de impugnación haya incurrido en incongruencia, excediéndose, pues, de lo petitionado en tal extremo.

**Atenuación del principio *in illiquidis non fit mora*.**—El principio *in illiquidis non fit mora*, aplicable a supuestos en que la cantidad realmente adeudada no es conocida hasta que se lleva a efecto su fijación a través de la correspondiente resolución judicial, ha sido atenuado en su aparente automatismo por la relativamente reciente jurisprudencia del TS al introducir importantes matizaciones en su aplicación. Ello entronca, en último término, con la conclusión de que a través de la sentencia lo que se hace es declarar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al acreedor. Por eso la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aun cuando fuese menor de la que ha reclamado, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial. (STS de 1 de diciembre de 1997; ha lugar en parte.)

**HECHOS.**—La entidad mercantil *Promiber, S. A.*, celebró un contrato con *Edinco, S. A.*, el día 16 de febrero de 1988, por el que ésta le vendía unos terrenos para la construcción de viviendas. La compradora interpuso demanda y solicitó al Juez de Primera Instancia que declarara resuelto este contrato y condenara a la vendedora a pagar la suma de 96.450.000 pesetas por los conceptos de restitución de las prestaciones ejecutadas y de indemnización de daños y perjuicios, con intereses legales desde la interposición de la demanda. El Juzgado de Primera Instancia declaró resuelto el contrato y condenó a la entidad vendedora a restituir a la demandante la cantidad de 17.500.000 pesetas, correspondientes a la suma que ésta entregó a la celebración del contrato como señal y parte del pago. Interpuesto recurso de apelación por la demandante compradora, la Audiencia Provincial condenó a *Edinco, S. A.*, a devolver al demandante la misma cantidad pero con los intereses legales desde el día de la celebración del contrato y, además, la suma de 2.392.492 pesetas, importe de la retribución de unos avales prestados en favor de la demandada. El TS estimó un solo motivo del recurso de casación interpuesto por la vendedora: condenó a la recurrente en casación al pago de los intereses legales de la cantidad de condena desde el momento de interposición de la demanda. (*J. M. B. S.*)

**27. Incumplimiento del contrato como cuestión de hecho.**—Es reiterada la jurisprudencia que señala que en materia de incumplimiento debe prevalecer cuanto se exponga por la Sala de instancia y que en casación ha de estarse a lo resuelto por ésta, pues el problema de incumplimiento o cumplimiento del contrato es cuestión de hecho (SS de 12 de junio de 1986 y 20 de julio de 1996, entre otras).

**Vulneración grave y esencial de lo pactado como presupuesto de resolución contractual.**—La voluntad de incumplir se puede revelar por una prolongada inactividad o pasividad del deudor, pero sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión «voluntad deliberadamente rebelde», que sería tanto como exigir dolo. Basta frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes y no se precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento.

**Exigencia de previo cumplimiento.**—La no constitución de hipoteca sobre la vivienda vendida por parte de los compradores en caso alguno puede justificar el previo incumplimiento de la vendedora de las demás esenciales circunstancias del contrato. (STS de 17 de octubre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de compraventa de una vivienda en construcción con precio a plazos. Los compradores no solamente se obligaron a pagar el precio acordado sino también a constituir hipoteca sobre la vivienda comprada, y la sociedad vendedora asumió las obligaciones de destinar la cantidad entregada a la firma del contrato a la ejecución de las obras y de finalizar estas obras en septiembre de 1991. Incumplidas estas obligaciones de la vendedora, los compradores demandaron la resolución del contrato y solicitaron que se condenara a la demandada al reintegro de lo pagado hasta el momento, así como a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. El Juez de primera instancia estimó la excepción de falta de competencia interpuesta por el demandado y desestimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia y declaró resuelto el contrato. El TS no casó la sentencia de la Sala de instancia. (J. M. B. S.)

**28. Resolución del contrato. Improcedencia cuando el retraso en la entrega no causa la frustración del fin perseguido.**—En modo alguno puede considerarse ilógica la valoración del mero retraso y de su trascendencia jurídica llevada a cabo por la Sala de instancia, puesto que la fecha de entrega no se estableció como fin único para los contratantes y para el que el comprador adquirió las fincas. Al no establecerse así en el contrato de modo expreso, la fecha de entrega carece de la categoría de motivo causalizado y el mero retraso no justifica la resolución, al ser factible aún construir y cumplir el contrato, por no existir hecho obstativo que impida con carácter definitivo el cumplimiento, ni inactividad o pasividad en el demandado que implique decisiva falta de respeto a lo convenido. Las sentencias de instancia acatan la jurisprudencia restrictiva de la resolución contractual, precisamente por respeto al fundamental principio *pacta sunt servanda*, ya que a la fecha de la demanda no constaba ni voluntad rebelde al cumplimiento, ni frustración del fin negocial y sí, solo, un simple retraso temporal compatible con el designio de cumplir lo prometido, lo que resulta insuficiente para declarar la resolución del contrato. (STS de 8 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.— Con fecha de 2 de mayo de 1992, se vendieron tres parcelas. El vendedor no cumplió su obligación de entregarlas en la fecha pactada. Según parece, por no contar en ese momento con el proyecto necesario para su urbanización. El día 13 de octubre de 1992 el comprador requirió notarialmente la resolución de los contratos. Posteriormente interpuso demanda pidiendo que se declararan resueltas las compraventas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia recurrida. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.— Véase el comentario de esta sentencia, a cargo de Carmen Pérez Conesa, en *CCJC*, 46/1998, núm. 1253, pp. 241-248. (J. M. B. S.)

**29. Cesión del contrato.**—La subrogación a que se refieren los artículos 1158, 1210, 1211 y 1212 CC es la que se produce a favor del tercero que paga al acreedor por el deudor y en cuya virtud el tercero que paga tiene frente al deudor una acción de reembolso, situándose en la posición del acreedor, en los términos que se regulan en los citados artículos; por el contrario, lo alegado por los actores en el escrito de la demanda es que se ha producido, aunque no se utiliza esta terminología, una cesión del contrato de compraventa a favor de una persona jurídica que pasa a ostentar la condición de compradora frente a la vendedora, quedando fuera de la relación contractual la inicial compradora. Falta de regulación positiva en nuestro Derecho, la cesión del contrato ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala, según la cual dicha figura supone un negocio de cesión entre cedente y cesionario, de un contrato de prestaciones recíprocas, pues de ser de prestación única se estaría ante una simple cesión de crédito o asunción de deuda, necesitando en todo caso el concurso del consentimiento por parte del contratante cedido, de tal manera que se exige una necesaria conjunción de tres voluntades contractuales, que se produce por la cesión en la titularidad de la relación convencional, conservando siempre el cedido su posición originaria, lo que determina que la situación negocial, existente entre cedido y cedente, al haber aceptado aquél el traspaso del contrato, salvo pacto expreso en contra, queda agotada, con liberación del cedente de sus obligaciones que se traspasan al cesionario, si bien mantiene las que le ligan a éste respecto a la existencia, validez y virtualidad del contrato traspasado. La necesidad de mediar consentimiento es requisito determinante de la eficacia de la referida cesión contractual. En el caso, no ha mediado consentimiento alguno de la vendedora para la cesión a un tercero del contrato de compraventa suscrito con otra entidad, por lo que no se ha producido cesión alguna de dicho contrato.

**El otorgamiento de escritura pública a favor del adjudicatario de los derechos del comprador no es un supuesto de doble venta.**—No nos encontramos ante un supuesto de doble venta sino ante el cumplimiento por la vendedora de su obligación de otorgar escritura pública a favor de la compradora una vez abonado el importe total del precio establecido en el contrato, obligación a la que se dio cumplimiento en favor de quien, por haber adquirido los derechos correspondientes en subasta judicial, subentró en ese contrato en la posición de la primitiva compradora, que quedó apartada del mismo. (STS de 9 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—En el presente caso encontramos cuatro entidades mercantiles, dos en la parte actora, dos en la demandada. Una entidad mercantil (A) celebró un contrato de compraventa de bienes inmuebles con otra (B). El contrato obligaba al vendedor (A) a otorgar escritura pública a favor del comprador (B) al abonar éste la totalidad del precio, y establecía entre tanto una reserva de dominio de la cosa vendida. Cuando la compradora aún no había completado el pago del precio, sus derechos derivados del contrato privado fueron embargados en los Autos seguidos ante los Juzgados de lo Social de Madrid. De resultas de dicho embargo, los derechos fueron adjudicados a una tercera entidad mercantil (C). La vendedora otorgó escritura pública, pero a favor de la adjudicataria, que abonó la parte pendiente del precio. La primitiva compradora (B) y una nueva entidad (D), como subrogada de la anterior, interpusieron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Madrid, en que solicitaban que se condenase a la vendedo-

ra a elevar el contrato a escritura pública a favor de (D), a quien (B) pretendía haber cedido el contrato. El Juzgado estimó las excepciones dilatorias de falta de legitimación activa opuestas por la vendedora y la adjudicataria. La Sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, ante lo cual la misma formalizó recurso de casación, que el TS entiende que no ha lugar. (A. R. G.)

**30. Naturaleza jurídica del contrato de opción.**—El contrato de opción puede clasificarse entre los contratos atípicos. Es una creación genuinamente atribuible a la doctrina y a la jurisprudencia de la Sala Primera del TS. Puede definirse como el que atribuye al beneficiario un derecho que le permite decidir, dentro de un período de tiempo concreto, en punto a la conclusión de un determinado contrato.

**Requisitos del contrato de opción.**—Como consecuencia lógica de la atipicidad de este contrato, hay que tener en cuenta para determinar su contenido el principio de la libre autonomía de la voluntad (arts. 1255 y 1261 CC). Como principio, los requisitos esenciales para la existencia del contrato de opción son la aceptación del optante (S de 29 de marzo de 1993) y la determinación del plazo durante el cual puede ejercitarse la opción (S de 18 de mayo de 1993). Para que la compraventa quede perfeccionada es necesario que llegue a conocimiento del optatario o promitente la declaración de voluntad por la que el optante hace uso de la opción, dentro de un plazo, dado el carácter recepticio que tiene dicha declaración de voluntad (S de 22 de diciembre de 1992). No basta para que se entienda ejercitada la opción en tiempo oportuno que se manifieste esa voluntad dentro del plazo pactado, sino que es necesario que esa declaración de voluntad llegue al concedente de la opción dentro del plazo (S de 25 de abril de 1994).

**El pago del precio no implica necesariamente que el contrato exista.**—El simple dato de haber consignado por medio de un talón bancario el importe del precio de la opción no puede significar que haya existido un contrato de compraventa entre las partes de la presente *litis*, puesto que el contrato que ligaba a las mismas es el fruto de la combinación de un contrato típico de arrendamiento con un contrato atípico de opción, manifestándose este último como preponderante, y la referida consignación instrumental no significa el pago del precio de la compraventa. Por ello no hay infracción del artículo 1450 CC, pues no existió en momento alguno el ligamen contractual de la compraventa. (STS de 4 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Las partes firmaron un documento con fecha de 1 de enero de 1980 en que se concedía a una de ellas una opción de compra sobre un inmueble, con un plazo de ejercicio de diez años. El titular de la opción manifestó ante Notario su voluntad de ejercitarla el día 29 de diciembre de 1989; con posterioridad depositó en Correos tres sobres certificados que contenían su declaración de voluntad de ejercitar la opción. La parte concedente recibió uno de los sobres el día 2 de enero de 1990, esto es, fuera del plazo de ejercicio. El concedente-demandante solicitó la resolución del contrato de arrendamiento de industria que existía entre las partes, pero el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Leganés desestimó dicha pretensión y estimó la reconvenición, que pedía la declaración de que la opción se había ejercitado válidamente. La Sección 21.ª de la Audiencia Provincial de Madrid revocó la sen-

tencia de instancia y resolvió el contrato. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el optante. (A. R. G.)

**31. Opción de compra. Concepto.**—El contrato de opción de compra, que ha sido también denominado por la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala como derecho de opción, se puede estimar como un contrato atípico en el sentido de que no tiene cobertura legal en el código civil, aunque su aspecto registral está reconocido en el Reglamento Hipotecario (art. 14). Partiendo de esta idea, se puede definir dicho contrato de opción como aquella compraventa concluida que no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases convenidas contenidas en el acuerdo, bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto y en estado de ejecución obligatoria para el cedente, sin necesidad de más actuaciones, y así se infiere de lo que dicen las sentencias de esta Sala, principalmente la de 17 de mayo de 1993.

**Requisitos del contrato de opción de compra.**—Los requisitos del contrato de opción han sido también configurados por la jurisprudencia de esta Sala, la cual establece, aparte de los generales a toda actividad contractual, tres requisitos específicos: *a)* la aceptación expresa del optante (S de 29 de marzo de 1993); *b)* la determinación del plazo durante el cual se pueda ejercitar el derecho de opción (S de 18 de mayo de 1993); *c)* la determinación exacta del precio y del objeto, así como el de perfección (S de 22 de septiembre de 1993). Además, este contrato de opción puede ir incorporado a uno de arrendamiento de bienes inmuebles; entonces parte de la doctrina lo califica como contrato atípico complejo. En tal caso, dicho derecho de opción supone una especie de plus en el derecho subjetivo que el arrendador concede al arrendatario, y que consiste en la facultad de adquirir la propiedad del bien arrendado, por lo que la onerosidad del contrato de arrendamiento también embebe la onerosidad del contrato de opción en él recogido. Pero, como muy bien dice la sentencia recurrida, el contrato de opción y el de arrendamiento, que lo subsume, es claro que pueden discurrir en forma paralela, pero que, además, en todo caso, producirán efectos diferentes. (STS de 15 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Luis era parte en un contrato de arrendamiento y beneficiario de un derecho de opción de compra sobre la finca arrendada, por el que pagó un millón de pesetas y cuyo pago fue aceptado. Ejercitada la opción en tiempo y forma, la parte concedente se opuso a escriturar la compraventa. El optante interpuso demanda, que fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Sevilla. La demandada-concedente, que en primera instancia había opuesto excepción de litispendencia, recurrió en apelación y luego en casación, pero tanto la Audiencia Provincial de Sevilla como el TS confirmaron la sentencia de instancia. De hecho, los únicos argumentos que la parte concedente esgrime en casación para sustentar —en un único motivo— su negativa a escriturar son los artículos 1091, 1255 y 1281 CC. El Alto Tribunal entiende que estos preceptos, por ser declaraciones de principios sobre la autonomía de la voluntad, no eximen a la recurrente del cumplimiento de su obligación. (A. R. G.)

**32. Doble venta. Prioridad del adquirente que inscribe su derecho en el Registro.**—El párrafo segundo del artículo 1473 CC señala que en los casos de doble venta, la propiedad del inmueble pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro (siempre que sea de buena fe).

**Principio de legitimación registral.**—El TS afirma que el titular registral está amparado por el principio de legitimación (art. 38 LH). Dicho principio se manifiesta en la presunción *ius tantum* de que el derecho real inscrito existe y pertenece a su titular. Asimismo, también se presume que el titular registral del dominio es un poseedor de buena fe (art. 434 CC).

**Usucapión *contra tabulas*. Requisitos.**—El artículo 36 LH regula la institución denominada usucapión *contra tabulas*. Dicha figura sólo procede, frente a un titular inscrito que tenga la condición de tercero con arreglo al artículo 34 LH, cuando se demuestre que el titular inscrito conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca estaba poseída a título de dueño por persona distinta del transmitente, o bien cuando no habiéndola conocido ni podido conocer (la posesión del usucapiente), el adquirente la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición. Asimismo, mantiene el TS que un requisito necesario para que actúe la usucapión *contra tabulas* es que el bien inmueble se encuentre en posesión de un tercero en concepto de dueño, con buena fe y justo título.

**Derecho de opción de compra.**—El TS, en reiterada jurisprudencia (SSTS de 23 de diciembre de 1991, 1 de diciembre de 1992, 22 de septiembre de 1993 y 7 de mayo de 1996), afirma que la opción de compra supone una compraventa concluida que no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales, siendo suficiente la declaración de voluntad del optante para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto y en estado de ejecución. (STS de 8 de octubre de 1997; no ha lugar.)

**HECHOS.**—En junio de 1970 se suscribió entre don J. M. F. P. (vendedor) y don E. G. D. (comprador), contrato de compraventa de una finca, en documento privado. En dicho documento se hizo constar que la finca estaba gravada con un derecho de opción de compra a favor de una entidad mercantil, cuyo plazo de ejercicio caducaba en agosto de 1970. En otro documento privado, se pactó que la entrega de dinero que realizó el comprador, es en concepto de arrendamiento, cuya duración se fija en veinte años. La entidad mercantil, en julio de 1970, ejercitó su derecho de opción.

Don E. G. D. interpuso demanda contra don J. M. F. P., suplicando, entre otras cosas, que se declarase que ha adquirido el dominio sobre la finca objeto del litigio, que el contrato de compraventa celebrado entre el demandado y la entidad mercantil (titular del derecho de opción), es inexistente por ser un contrato simulado y nulo de pleno derecho por falta de consentimiento. El demandante también pidió, con carácter subsidiario, que se declarase que ha prescrito a su favor el dominio y demás derechos reales sobre la finca en cuestión.

El Juzgado de Primera Instancia no entró en el fondo del asunto, al estimar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. La Audiencia Provincial, interpuesto recurso de apelación, entró en el fondo de la cuestión y desestimó la demanda. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

**33. Compraventa. Vicios ocultos. Distinción del supuesto de entrega de una cosa por otra (*aliud pro alio*).**—El TS afirma que es difícil distinguir en la realidad entre un supuesto de prestación diversa (*aliud pro alio*), es decir, de entrega de una cosa por otra, y un supuesto de vicios ocultos en la cosa entregada. Señala el TS que estaremos ante un caso de entrega de una cosa por otra

(*aliud pro alio*), cuando haya existido pleno incumplimiento como consecuencia de la inhabilidad del objeto y de la absoluta insatisfacción del interés del comprador. Por el contrario, según el TS, en los casos de vicios ocultos, el comprador podrá ejercitar la acción específica que le otorgan los artículos 1484, 1485 y 1486 CC, aunque los vicios ocultos no hayan producido la inhabilidad del objeto y la insatisfacción total del interés del comprador. En virtud de lo anterior, el TS mantiene que la aluminosis que sufre un edificio es un vicio oculto. (STS de 1 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebra contrato de compraventa de un piso. Posteriormente se descubre que el edificio en el que está situada la vivienda sufre aluminosis. Las partes (vendedor y comprador), en el momento de celebrar el mencionado contrato, desconocían que el inmueble sufría aluminosis.

Como consecuencia del vicio oculto (aluminosis) que tiene el piso objeto del contrato de compraventa, los compradores interponen demanda contra los vendedores, en base a los artículos 1484, 1485 y 1486 CC, suplicando, entre otras cosas, se declare resuelto el contrato de compraventa, el reintegro del precio y de los gastos ocasionados por la compraventa, así como una indemnización por daños y perjuicios.

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

**34. Retracto legal. Requisitos.**—El TS señala que para que nazca el derecho de retracto legal debe existir una venta perfeccionada y consumada. Asimismo mantiene que el rechazar una oferta de venta no puede considerarse una renuncia previa al derecho de retracto legal para cuando éste naciere.

**Retracto legal. Plazo de ejercicio.**—La jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 30 de octubre de 1990 y 21 de julio de 1993) afirma que el plazo de nueve días, establecido en el artículo 1524 CC, se debe empezar a contar desde que el retrayente tuviere conocimiento de la venta o desde que la misma fuere inscrita en el Registro de la Propiedad. Por otra parte, el TS tiene declarado (SSTS de 21 de marzo de 1990, 20 de mayo de 1991 y 28 de febrero de 1992) que el conocimiento de la transmisión por el retrayente ha de ser cabal y completo, no sólo de la venta sino también de sus condiciones, no siendo suficiente la mera notificación de haberse efectuado. (STS de 24 de septiembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—En 1989 se vende, mediante documento privado, una finca. En dicho documento se afirma que los colindantes de la finca que se vende han renunciado a su derecho de retracto legal. En abril de 1990 se otorga escritura pública y en octubre de 1990 se inscribe en el Registro. Antes de producirse la mencionada venta, se ofrece la finca a la propietaria de la finca colindante para que la compre. Dicho ofrecimiento es rechazado. La propietaria de la finca colindante no tiene conocimiento de la venta hasta que ésta no se inscribe en el Registro.

Como consecuencia de lo anterior, en octubre de 1990, en ejercicio de la acción de retracto de colindantes, la propietaria de la finca colindante interpone demanda contra el adquirente de la finca, suplicando

se reconozca su derecho a retraer la finca y se condene al demandado a otorgar escritura pública de venta a favor de la demandante.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda. Interpuesto recurso de casación, el TS casó y anuló la sentencia recurrida, confirmando la de primera instancia. (*M. J. P. G.*)

**35. Arrendamiento urbano. Resolución por utilización del inmueble arrendado por terceros ajenos al contrato.**—El TS (STS de 2 de marzo de 1994) declara que la introducción subrepticia en el inmueble arrendado de una persona jurídica, con independencia de los socios que la integren y aunque el arrendatario sea miembro de la misma, es causa de resolución del arrendamiento. No admite (STS de 13 de noviembre de 1991) la utilización compartida por el arrendatario y una persona jurídica (ajena al arrendamiento) del inmueble arrendado. Mantiene el TS (entre otras, SSTS de 25 de enero de 1988, 7 de enero de 1991 y 23 de octubre de 1995) que lo que provoca la resolución del arrendamiento (art. 114.2.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> LAU de 1964), es la modificación subjetiva de la relación arrendaticia, introduciendo a terceros ajenos a dicha relación, al margen de la voluntad del arrendador. (**STS de 30 de septiembre de 1997**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Celebrado contrato de arrendamiento relativo a un piso sito en Madrid, el arrendatario permitió que dos sociedades mercantiles (ajenas al contrato de arrendamiento) utilizaran el mencionado piso para desarrollar sus actividades. El arrendador no prestó consentimiento expreso ni tácito a dicha utilización.

Como consecuencia de lo anterior, el arrendador interpuso demanda contra el arrendatario y las sociedades que utilizaron el piso arrendado, suplicando, entre otras cosas, que se dictase sentencia declarando resuelto el contrato de arrendamiento, en virtud del artículo 114.2.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> LAU de 1964.

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

**36. Arrendamiento urbano. Autorización del arrendador para realizar obras. Límites impuestos por la LPH. Resolución por obras no autorizadas.**—El arrendador puede conceder al arrendatario autorización para la realización de toda clase de obras, incluso para aquéllas que modifiquen la configuración de la vivienda o del local de negocio (art. 114.7.<sup>a</sup> LAU de 1964). Dicha autorización debe respetar la regulación de la LPH. Es por ello por lo que el arrendador, en virtud del artículo 7 LPH, no puede autorizar obras que menoscaben o alteren la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores. Para realizar este tipo de obras se requiere cumplir lo establecido en los artículos 11 y 16 LPH. El TS afirma que cuando el arrendatario realiza unas obras que exceden de la autorización del arrendador o incumple los límites impuestos en la LPH para la realización de obras que afectan a elementos comunes, el arrendador está legitimado para instar la resolución del contrato de arren-



damiento, en base a la causa séptima del artículo 114 LAU de 1964. (STS de 20 de noviembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Por medio de un anexo a un contrato de arrendamiento vigente, el arrendador concedió a la arrendataria autorización para realizar toda clase de obras en el local arrendado, aunque implicasen modificación de la configuración del mismo, sin otra limitación que tales obras no perjudicasen a la finca o no fueran incompatibles con las normas sobre obras en las fincas en régimen de propiedad horizontal.

Posteriormente, la arrendataria ejecutó una serie de obras, algunas de las cuales afectaban a elementos comunes del edificio. Como consecuencia de ello, el arrendador interpuso demanda contra la arrendataria, suplicando, en base al artículo 114.7.ª LAU de 1964, la resolución del contrato de arrendamiento.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó. El TS declaró haber lugar al recurso de casación y estimó la demanda. (M. J. P. G.)

**37. Contrato de arrendamiento sometido a la LAU de 1964. Plazo de prescripción de la acción para elevar la renta por el arrendador.**—Jurisprudencia consolidada del TS (SSTS de 7 de julio de 1972 y 26 de junio de 1974) mantiene que la facultad del arrendador para elevar las rentas establecida en la LAU de 1964, está sujeta al plazo de prescripción de las acciones personales de quince años (art. 1964 CC). Afirmar el TS que a la mencionada facultad del arrendador no son aplicables los plazos de tres meses que señalan los artículos 101 y 106 LAU de 1964.

**Arrendamiento urbano. Novación del contrato.**—El artículo 1203 CC menciona las modalidades de novación que existen en nuestro ordenamiento. El TS señala que por el simple hecho de establecer una cláusula en un anexo que complementa otra estipulación del contrato de arrendamiento, no se puede afirmar que estemos ante una novación modificativa, pues ello no implica variar el objeto o las condiciones principales del contrato.

**Interpretación literal de los contratos.**—El artículo 1281 CC establece uno de los principios esenciales en la interpretación de los contratos. El TS señala que el artículo 1281 CC obliga al intérprete a intentar encontrar la verdadera voluntad de las partes contratantes, aunque los términos del contrato parezcan claros. En este sentido, el TS (STS de 24 de junio de 1964) afirma que dicho precepto no excluye la interpretación, sino que la presupone. (STS de 20 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—En marzo de 1982, don F. M. N., en nombre del condominio *El Porvenir* (arrendador), en su calidad de presidente, y don M. D. J. y don M. L. S. (arrendatarios), suscriben contrato de arrendamiento. Posteriormente, en noviembre de 1982, se añade un anexo al contrato de arrendamiento, en virtud del cual se establece una cláusula de estabilización de la renta en relación con el índice del coste de la vida.

En 1992, don F. M. N., en nombre del condominio *El Porvenir*, interpone demanda contra don M. D. J. y don M. L. S., ejercitando las acciones de desahucio y revisión de rentas.

El Juzgado de Primera Instancia estima una excepción de los demandados y no entra a juzgar la cuestión del desahucio, pero estima la pretensión del demandante relativa a la revisión de la renta. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

**38. Arrendamiento rústico. Derecho de acceso a la propiedad de la finca por el arrendatario. No vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE).**—El TS (SSTS de 20 de febrero de 1993 y 21 de marzo de 1996) afirma que el derecho de acceso a la propiedad de los arrendatarios, teniendo en cuenta su connotación de carácter social, está comprendido dentro de una legislación especial (art. 98.1 LAR y en la regla tercera de la DT 1.ª de dicha Ley), respetuosa con los principios rectores de nuestro ordenamiento, y por ello, no se puede considerar que el mencionado derecho vulnere el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE. Asimismo, el TS (STS de 18 de enero de 1991) mantiene que el ejercicio del derecho de acceso a la propiedad de las fincas rústicas, reconocido a los arrendatarios, puede considerarse como una adquisición forzosa, similar a la expropiación fundada en razones de interés social (art. 33.3 CE).

**Arrendamiento rústico. Derecho de acceso a la propiedad de la finca por el arrendatario. Fijación del justiprecio.**—Es reiterada la jurisprudencia (SSTS de 2 de febrero de 1993, 25 de noviembre de 1994 y 11 de julio de 1995) que afirma que para la fijación del precio de acceso a la propiedad de la finca arrendada hay que aplicar el artículo 39 LEF, sin perjuicio de que el órgano judicial utilice otros criterios que ayuden a fijar el valor real de la finca (art. 43 LEF). (STS de 1 de octubre de 1997; ha lugar en parte.)

**HECHOS.**—El arrendatario de unas fincas rústicas interpone demanda, solicitando se declarase su derecho a acceder a la propiedad de las fincas rústicas arrendadas mediante el pago del precio en que se valoren dichas fincas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. Interpuesto recurso de casación, el TS lo estimó parcialmente.

**NOTA.**—Como se afirma en los Fundamentos de Derecho de la presente sentencia, el artículo 2.2 de la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos, ha modificado el régimen para la fijación del justiprecio que debe abonar el arrendatario para acceder a la propiedad de las fincas rústicas. Sin embargo, como atinadamente se afirma en la sentencia que nos ocupa, dicha regulación no es aplicable al caso. Ello es debido a que la mencionada normativa carece de efectos retroactivos, es decir, no puede ser aplicada en un procedimiento de fecha anterior a su entrada en vigor. (*M. J. P. G.*)

**39. Cofianza. Pago de la obligación principal por un cofiador como consecuencia del ejercicio por el acreedor de una acción real hipotecaria. Derecho de reintegro del cofiador frente al resto de cofiadores.**—El TS mantiene que el cofiador que paga la totalidad de la obligación principal, en virtud de reclamación judicial del acreedor, aunque sea por la vía del ejercicio de la acción real hipotecaria, está legitimado para reclamar, por medio de la acción de reembolso, las cuotas proporcionales que corresponda a cada uno de los restantes cofiadores solidarios. El TS basa su postura en el artículo 1145 en relación con el

segundo párrafo del artículo 1822, ambos del CC, y en una interpretación conforme a la realidad social del artículo 1844 CC.

**Fianza. Extinción por causas recogidas en el artículo 1852 CC.**—El TS afirma que la extinción de la fianza, en virtud del artículo 1852 CC, sólo se producirá cuando el fiador hubiera podido obtener resarcimiento sobre el derecho extinguido. Señala el TS (STS de 20 de octubre de 1993) que el ejercicio legítimo por el acreedor de las acciones que le corresponden no libera al fiador de las obligaciones asumidas. Ni puede calificarse como un hecho que obstaculice la subrogación en los derechos del acreedor. (STS de 29 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de préstamo entre el *Banco Internacional Español, S. A. (Bankinter)* y la sociedad *Heredad Balbino Lacosta, S. A.*, en virtud del cual la primera entregó a la segunda la cantidad de 52.500.000 pesetas. Dicho préstamo contaba con la garantía personal de siete fiadores, que respondían solidaria e ilimitadamente y en los mismos términos que el deudor principal. Además se constituyó una garantía específica de carácter hipotecario sobre una finca propiedad de uno de los fiadores (demandante).

Debido al impago del préstamo, el acreedor, *Bankinter*, inició el proceso del artículo 131 LH, adjudicándose la finca gravada con la hipoteca (propiedad de uno de los fiadores). Como consecuencia de lo anterior, el fiador que era propietario de la finca hipotecada, interpuso demanda contra dos cofiadores, reclamando el reembolso proporcional de la cantidad de dinero que cada uno de ellos debe satisfacer por su condición de cofiadores.

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

**40. Cofianza solidaria. Interpretación jurisprudencial del artículo 1844.3 CC.**—La jurisprudencia del TS (SSTS de 2 de diciembre de 1988 y 7 de junio de 1991) afirma que el régimen de las obligaciones solidarias no es compatible con la regulación que el artículo 1844 CC realiza de las acciones de repetición. Es por ello por lo que el TS realiza una interpretación amplia del artículo 1844.3 CC. El TS, en virtud de esta interpretación, asimila los casos de insolvencia conocida, aunque no declarada, y los supuestos de pago beneficioso para todos los casos previstos en el artículo 1844.3 CC de concurso o de quiebra, permitiendo en todos ellos el ejercicio, por el cofiador, de las correspondientes acciones de repetición. (STS de 18 de septiembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Ante la situación de insolvencia notoria, todavía no declarada judicialmente, en que se encontraba el deudor principal, un cofiador solidario (garante) abona la totalidad de la deuda al fiador principal (una entidad de crédito) con la finalidad de que éste pague al acreedor. Como consecuencia de ello, dicho cofiador interpone demanda contra el deudor principal y el resto de cofiadores solidarios (garantes), reclamando a cada uno de los demandados el reintegro proporcional de la cantidad de dinero por él satisfecha.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda respecto del deudor principal pero la desestimó respecto de los cofiadores solidarios.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó. El TS declaró haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

**41. Responsabilidad civil derivada de delito: lesiones causadas por yerno a suegro: acción civil ejercida en proceso penal por Ministerio Fiscal: cosa juzgada.**—El recurrente, perjudicado por hechos que fueron calificados de delito, y que dieron lugar a proceso penal en el que no se mostró parte, no ejerció en consecuencia la acción penal, dadas las relaciones familiares entre agresor y víctima, y consintió en que la penal y la civil fueran ejercitadas sólo por el Ministerio Fiscal; ahora pretende obtener nueva sentencia que modifique la cuantificación de la suma fijada en vía penal como reparadora de todos los daños y perjuicios que se le inflingieron; ahora bien, conocidas todas las secuelas, antes del juicio penal, no reservado el ejercicio de la acción civil por el perjudicado, y no dándose la circunstancia que alguna excepcional sentencia de esta Sala ha tenido en cuenta (como el desconocimiento de las secuelas, la agravación de las mismas tras la sentencia y por causas imprevisibles), no cabe ignorar que se ha producido la consunción de la acción civil, se ha agotado la posibilidad de volver sobre lo mismo y se ha producido cosa juzgada. (STS de 2 de diciembre de 1997; no ha lugar.) (G. G. C.)

**42. Accidente en refinería realizando trabajos de soldadura: responsabilidad de la empresa de mantenimiento: riesgo: negligencia: omisión de medidas de seguridad.**—La empresa llevaba a cabo actuaciones de mantenimiento y manejo de los aparatos, lo que le imponía su adecuado control directo, inmediato y próximo en cuanto a un uso correcto, en evitación de averías y accidentes, sin que sea relevante el hecho de que el obrero accidentado no fuera el encargado de esta inspección, que correspondería a otros empleados cualificados; la propia estructura de los aparatos en los que trabajaba el accidentado acreditan su complejidad mecánica y la necesidad de la máxima atención, no sólo en su uso, sino, con proyección antecedente, en su conservación y condiciones para poder ser utilizados con la mayor seguridad y sin peligro, dada la circunstancia de la suspensión aérea del equipo, poniendo de manifiesto que se está en una *situación de riesgo*, que intensificaba las actuaciones de control constante y sostenido, que en el caso no se dieron; todo ello conduce a la conclusión de darse una acreditada conducta omisiva culposa imputable a la recurrente que facilitó la producción del riesgo creado y preexistente, dada la forma de la instalación de los aparatos, pues no se extremaron las medidas precautorias necesarias, y lo que se presentaba como peligro posible se tradujo en peligro cierto; la recurrente no probó el haber obrado con atención y diligencia suficientes para el mantenimiento adecuado y operativo seguro de los aparatos de referencia; y quien crea un riesgo, aunque en dicho momento se corresponda a un actuar lícito, debe soportar las consecuencias derivadas del actuar peligroso del que se beneficia; no correspondía al accidentado supervisar el sistema de sujeción, ya que sus funciones se limitaban a reparar el equipo; la responsabilidad de la empresa se acrecienta al no haberse precisada e identificada la persona encargada de la vigilancia y control del referido sistema de seguridad, pues ello constituye una omisión trascendental al operar con una maquinaria peligrosa, sin contar con personal especializado que supervisara su seguridad, adoptándose las previsiones técnicas que correspondieran.

**Responsabilidad de la empresa refinería respecto del accidente ocurrido en sus instalaciones: omisión de diligencia.**—La refinería no sólo era beneficiaria de los trabajos que realizaba la empresa de mantenimiento, sino que el acci-

dente ocurrió en sus propias instalaciones y en maquinaria propia; tenía el deber de controlar el estado de la instalación, sobre todo cuando iban a trabajar en la misma operarios ajenos, ya que se trata de actos iniciales y anteriores, que no autorizan ninguna dejación ni conductas omisivas, en cuanto es necesario presentar las máquinas, aparatos y otros instrumentos en las debidas y seguras condiciones de instalación, para que el contratista pueda afrontar sin riesgos sus propios cometidos, lo que significa que sobre la empresa refinera recaía el deber de vigilancia y el de las condiciones de seguridad, siendo su inobservancia encuadrable en el artículo 1902 CC, al tratarse de actos propios que representan la instauración de un riesgo, con la obligada carga de demostrar la adopción de medidas de seguridad; estos deberes se prolongan en forma de supercontrol en cuanto a las actividades que desarrollaba la empresa de mantenimiento por medio de sus propios operarios, a efectos de la aplicación del artículo 1903 CC, hasta el punto de no autorizar las actividades mientras no se superasen las deficiencias, lo que exigió una previa comprobación de las mismas, mediante las adecuadas revisiones, bien por medio de empleados propios u ordenando, comprobando y verificando las que podían llevar a cabo el personal de la empresa que contrató el mantenimiento, pues al tratarse de instalaciones propias, la obligación de vigilancia era permanente y constante.

**Concurrencia de conductas culposas: solidaridad.**—Al producirse la concurrencia de plurales ilícitos culposos suficientemente acreditados, y relación causal única entre los mismos y el resultado dañoso, surge la solidaridad entre los responsables, como medio de protección a los perjudicados, pues el accidente fue provocado por las acciones y omisiones concurrentes, y al no poderse individualizar las distintas responsabilidades, debiendo rechazarse el argumento de la desconexión entre ambas empresas, atendiendo también a que los trabajos en la refinería implicaban la necesaria coordinación de todos los interesados.

**Doctrina general sobre la compatibilidad entre la indemnización civil y la laboral.**—Es reiterada la doctrina jurisprudencial de la Sala 1.<sup>a</sup> sobre la compatibilidad de las indemnizaciones satisfechas por accidentes de trabajo y las que derivan de actos culposos civiles, exigibles ante la jurisdicción de este orden; las prestaciones de carácter laboral surgen de la relación de esta naturaleza, que preexiste a las responsabilidades civiles de índole extracontractual, y así lo declara el artículo 97.3 de la Ley General de Seguridad Social, por lo cual los perjudicados pueden exigir indemnizaciones a los presuntos responsables civiles; la jurisdicción civil actúa como atrayente y definidora de derechos privados y no está vinculada a la laboral, por ser plenamente independiente para enjuiciar conductas al amparo del artículo 1902 CC; y si bien el artículo 1.<sup>o</sup> 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, lo que se reafirma en el texto articulado del Real-Decreto Legislativo de 1990, no aplicable a este caso, sin embargo se preserva la competencia de los órganos judiciales civiles, al entender que la competencia laboral viene determinada para las cuestiones que afectan al propio ámbito del contrato de trabajo, conflictos colectivos, Seguridad Social y Mutualidades; esta doctrina se reitera en SS de 5 de diciembre de 1995, y 6 de febrero, 15 de junio, 3 de septiembre y 19 de diciembre de 1996.

**Motivación de las sentencias.**—Es una garantía para el justiciable, elevado a derecho constitucional por el artículo 120.3 CE, que lo refiere al derecho a acceder y obtener una resolución fundada en Derecho, lo que no implica necesariamente un razonamiento exhaustivo y pormenorizado, pues la motivación sufi-

cientemente expresada se produce cuando las sentencias mantienen argumentos que permitan conocer cuáles han sido los criterios esenciales que justifican la decisión final; es decir, que basta que se produzca explicación, aun lacónica, de la *ratio decidendi* determinante de la solución decisoria.

**Cuantía de la indemnización.**—La argumentación del recurso trata de impugnar la cuantía de la indemnización concedida por la Audiencia que supera los veintidós millones de pesetas, pero la tesis es totalmente desafortunada y el motivo peca, ya que la sentencia recurrida dedica suficientemente su fundamento jurídico octavo a justificar la elevada indemnización económica que otorga, ateniéndose a las consecuencias de las secuelas graves e irreversibles que afectan al actor, y su repercusión en su sistema de vida, no sólo en su ámbito personal, en cuanto se trata de compensar el dolor y daño moral padecido, sino también en su proyección de relación social y laboral, ante las dificultades que lógicamente se le han de presentar para encontrar una ocupación compatible con su estado físico, notoriamente disminuido y, con ello, aminorada su capacidad para el trabajo.

**Plazo de prescripción: *Dies a quo*.**—El plazo de un año no ha transcurrido, ya que, en este caso, no ha de atenderse exclusivamente a la fecha del alta médica, sino a la de la resolución que puso fin a las actuaciones penales previas, e, incluso, cabe ampliarlo a la de su notificación efectiva a las partes, conforme a conocida y reiterada jurisprudencia. (STS de 11 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

NOTA.—Aparte de reiterar la conocida doctrina jurisprudencial sobre la compatibilidad de la indemnización laboral y civil por causa de accidentes de trabajo, así como la referente a señalar el *dies a quo* del plazo prescriptivo, llama la atención el análisis minucioso de los deberes de actuación que, en el caso, incumbían tanto a la empresa encargada del mantenimiento de determinadas instalaciones, como a la empresa que se puede calificar de principal, dueña de las instalaciones en que se realizan los trabajos, sobre la que se hacen recaer —a mi juicio, con acierto—, determinados deberes previos y coetáneos a la realización de los trabajos en cuyo desarrollo se produjo un grave accidente laboral. Se niega la desvinculación entre ambas empresas por causa del contrato, probablemente de servicios, que les vincula —aunque también podría calificarse de obra—, y que, en otras ocasiones, ha servido al TS para exonerar a la empresa principal. Me parece justa la argumentación utilizada por esta sentencia (Pte. Villagómez Rodil). (G. G. C.)

**43. Culpa extracontractual: muerte en obras de excavación: responsabilidad de la empresa constructora: falta de medidas elementales de precaución.**—El hijo de los actores falleció al caer en el interior de la obra que se estaba ejecutando y las características de la obra respondían a una excavación con paramentos laterales de tierra de una altura media de alrededor de cinco metros, presentando en el lateral donde ocurrió el accidente un encofrado de barras verticales de hierro totalmente desnudas; la ubicación de la obra estaba en zona inmediata a la carretera local, y el camino o pista de tierra, abierta al público, por la que transitaban no sólo los empleados y clientes de la empresa cristalera contigua a la obra, sino terceras personas, no existiendo carteles indicadores de peligro ni prohibición del paso, ni muro o vallado protector, habiendo simples montículos de tierra que no abarcaban todo el perímetro de la obra; de todo ello debe concluirse que fueron tan elementales las medidas precautorias que no se

adoptaron, y tan previsible el riesgo dañoso potencial, que la exigibilidad de tales medidas afectaba a cualquier persona o entidad que tuviera alguna clase de participación en orden a la ejecución de la obra, y ello en razón a que la misma era singularmente peligrosa en función de las propias características que ofrecía y del lugar de su emplazamiento.

**Responsabilidad directa del dueño del terreno que encargó la obra.—**

Cuando los juzgadores hablan de los dueños del terreno como contratista o promotor de la obra, se están refiriendo a que fueron ellos quienes encargaron la ejecución de la obra correspondiéndoles la calificación de *propietarios o dueños de la obra*, y sobre ellos recae el deber de adoptar las precauciones que no se adoptaron, dada la normal previsibilidad del riesgo producido por la falta de las mismas, y esto, aun cuando no la vinculase con la empresa ejecutora y con el técnico director de la obra, la específica relación jerárquica o de dependencia que viene a determinar la responsabilidad por vía de la aplicación del artículo 1903 CC, toda vez que la responsabilidad vendría atribuida en virtud del artículo 1902. (STS de 15 de septiembre de 1997; no ha lugar.)

NOTA.—La demanda se había dirigido solicitando la condena solidaria de un grupo amplio de personas y entidades (empresa constructora, técnicos de la misma, propietarios del terreno, entre otros); estimada sustancialmente en ambas instancias (con reducción de veinte a diez millones de pesetas la cuantía de la indemnización), se interpone recurso de casación por la entidad propietaria del terreno en que se realiza la excavación y que es una sociedad limitada. Aparte de reiterar la conocida doctrina jurisprudencial sobre la congruencia, la S de la que ha sido Pte. Barcala y Trillo-Figueroa, argumenta sobre la responsabilidad civil de la empresa propietaria del terreno excavado para mantener la condena a la misma de ambas instancias. Sin poner en duda la evidente responsabilidad de la empresa constructora y de su técnico, se alega que las medidas de precaución eran tan elementales para impedir accidentes (zanja de cinco metros de profundidad, sin valla ni señales) que los dueños del terreno, no obstante haber concertado un contrato de empresa, no pueden desvincularse de cumplirlas. La doctrina merece destacarse, si bien obliga a encontrar apoyo jurídico específico (salvo el genérico del 1902, acaso poco convincente). Pienso por mi parte en el artículo 1908 CC, toscamente redactado pero del que puede extraerse una regla general de responsabilidad del dueño del terreno (obsérvese la doctrina moderna, a propósito de este precepto, habla de responsabilidad por riesgo y hasta objetiva: *vid.* De Ángel Yáñez, *Comentarios Ministerio de Justicia*, II, pp. 2045 ss.) (G. G. C.)

**44. Culpa extracontractual: lesiones causadas por cogida de vaquilla en festejo de pueblo: inexistencia de culpa en el promotor del espectáculo.—** La responsabilidad que se atribuye al promotor del espectáculo de vaquillas por los daños resultantes de una cogida a un espectador, con secuelas de incapacidad permanente, tendría que depender de la concurrencia en dicho señor de una determinada conducta que mereciese el reproche culpabilístico que exige la aplicación del artículo 1902 CC, toda vez que del hecho acreditado de haber sido el promotor y empresario del festejo taurino en que se originó el atropello del espectador por una vaquilla, no se desprende, aisladamente considerado, culpa o negligencia alguna, cuando también está acreditado que la celebración del festejo se desarrolló con toda normalidad, y que las medidas de seguridad correspondían al Ayun-

tamiento de la localidad, según se desprende del Reglamento de Espectáculos Taurinos y de la Ley de Régimen Local, siendo de insistir, a los fines del recurso, que la pura y simple noción de riesgo –inherente, por otro lado, a la celebración de cualquier festejo que suponga una suelta de vaquillas– es insuficiente, de por sí, para generar una responsabilidad por culpa extracontractual.

**Falta de prueba.**—Se da la inexistencia de toda prueba acerca de las circunstancias concurrentes de cómo se produjo la cogida y cuál fuese en concreto la actuación que pudiera haber tenido el promotor del festejo en la circunstancia material de la cogida, y por ello es de llegar a la conclusión de no poder atribuir al promotor ningún reproche culpabilístico. (STS de 17 de octubre de 1997; no ha lugar.)

NOTA.—Se reclaman 6.000.000 de pesetas como indemnización de los daños sufridos por atropello de vaquilla en un espectáculo celebrado en un pueblo de Ávila; el JPI condena al promotor o empresario y a la Compañía aseguradora, a una suma poco superior a 3.600.000 pesetas; la AP absuelve al promotor y reduce a 400.000 pesetas la suma a pagar por la aseguradora. Parece que la demanda adolecía de fundamentación insuficiente, tanto fáctica como argumental, como si se tratase de un caso de responsabilidad objetiva. Sin embargo, las razones que se hacen valer en la S extractada parecen suponer un retroceso. Entre las empresas de espectáculos que generan riesgo, sin duda es la de organización de festejos taurinos en los pueblos la más proclive a originarlos. ¿Cómo se invoca en el 2.º FD la conocida jurisprudencia del TS *evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario* para concluir que la responsabilidad de dicho empresario se basa exclusivamente en la culpa? A mi juicio, es posible que el TS haya tenido en cuenta la *realidad social*, en este punto, de la España rural, aunque sin olvidar el prestigio de la *fiesta nacional*. (G.G.C.)

**45. Culpa extracontractual: responsabilidad de empresa de espectáculos: omisión medidas de seguridad.**—La escalera por la que se precipitó la víctima carecía de pasamanos de seguridad, y la empresa no ha probado que la goma de fijación de la alfombra, que cubría las escaleras, estuviera sujeta antes del accidente, como resulta de la inversión de la carga de la prueba tal como se recoge en la emblemática STS de 12 de noviembre de 1993; con lo cual, además de los indiscutidos requisitos de la producción de un daño, y de un nexo causal del mismo con una determinada acción u omisión, hay que proclamar que la omisión culposa aparece con claridad meridiana desde el instante en que la empresa de espectáculos no realizó las operaciones necesarias y suficientes, o, por lo menos, no lo ha demostrado como le incumbía, para dar seguridad necesaria a unas escaleras por las que transitaban, o podían transitar, toda clase de personas.

**Interrupción del plazo anual prescriptorio. Reclamación extrajudicial del actor.**—Conforme al artículo 1973 CC el plazo anual de prescripción de la acción para exigir responsabilidad extracontractual se interrumpe, entre otras causas, por la reclamación extrajudicial, lo que tiene su origen lógico en criterios de favorabilidad hacia el titular del derecho en cuanto a la enervación de la prescripción, cuando han existido indicios del ejercicio del derecho en cuestión; de la prueba practicada se infiere que ha habido comunicación escrita –correspondencia por carta entre las partes– en cuanto al núcleo de la cuestión a plantear, lo que



supone un medio eficaz interruptivo del plazo de prescripción según doctrina constante de la jurisprudencia. (STS de 21 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

NOTA.—En este caso sí resulta coherente la cita de la STS de 12 noviembre 1993, como antecedente del fallo, especialmente en cuanto a la inversión de la carga de la prueba, a diferencia de la S de 17 de octubre de este año (atropello por vaquilla) en la que, precisamente, se denunciaba falta de actividad probatoria en la parte actora, sin que se utilizara la presunción de culpa que menciona la primeramente citada; si se juzga equitativa y razonable la condena en un accidente banal sufrido por una espectadora, lo ocurrido en un espectáculo taurino no debiera merecer diferente trato jurisprudencial. (G.G.C.)

**46. Culpa extracontractual: daños por productos peligrosos: responsabilidad del importador por falta de información: pérdida grave de visión.**—La determinación de la acción causante del daño es una cuestión de hecho, no susceptible de ser modificada en el recurso de casación, ya que, dada su naturaleza extraordinaria, la revisión fáctica que pudiera llevarse a cabo, convertiría dicho cauce en una tercera instancia; la sentencia recurrida declara probado que la empresa recurrente puso en circulación un producto evidentemente peligroso sin haber cumplido con el deber de información adecuado, originando la pérdida grave de visión de la víctima al manipularla, por lo cual el accidente se produjo por la utilización inadecuada de la máquina, ya sea porque no se dijo, o no se puso en conocimiento de la víctima, o no se informó a la misma de cuáles eran las medidas de seguridad y protección para un uso correcto, que normalmente deben constar en un manual de instrucciones, el cual no se proporcionó al adquirente.

**Inaplicabilidad de la legislación protectora de los consumidores: criterio interpretativo derivado de la Directiva de 1985: aplicación del régimen común: responsabilidad del importador.**—La sentencia recurrida declara que no es de aplicación la normativa tuitiva de consumidores y usuarios, ni la del Estado, según el artículo 1.3 de la Ley de 1984, ni la autonómica, conforme al artículo 2.º del Estatuto de Consumidores del País Vasco de 1981; ello no significa que se excluya la normativa común y su jurisprudencia interpretativa; en el presente caso la máquina causante del daño no iba acompañada de información suficiente, ni siquiera mínima, para su adecuada utilización; y aunque en la cadena de comercialización de la máquina están delimitados el fabricante, el importador y el distribuidor, resulta indiscutible que a la firma importadora le incumbía la información y orientación adecuada del uso del producto, sin perjuicio de que se hubiera podido exigir tal diligencia a la firma fabricante o a la distribuidora, debiendo tenerse en cuenta que la Directiva comunitaria de 1985 incluye entre los sujetos responsables al importador, pues en otro caso la víctima se vería desasistida, debida, a veces, a la imposibilidad práctica de dirigirse contra el fabricante extranjero. (STS de 3 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

NOTA.—Hay aquí un buen ejemplo del dinamismo o *vis atractiva* de la legislación comunitaria sobre el derecho interno no sujeto a aquél. En el presente caso se declara inaplicable la legislación protectora de los consumidores en cuanto a la responsabilidad por el producto, si bien se examina si el supuesto es incluíble en los artículos 1902 ss. CC, que se interpretan a la luz de la Directiva de 1985, para poder incluir al importador entre los responsables. La invocación de la emblemática

STS de 12 noviembre 1993 viene a ser *obiter* dado que resulta aplicable en su pureza aquel precepto. (G.G.C.)

**47. Responsabilidad médica: responsabilidad directa del Servicio Andaluz de la Salud: ingreso por gastroenteritis aguda: alta médica incorrecta: falta de adopción de medidas necesarias.**—Está acreditada en Autos la negligencia del personal médico, si bien no individualizada, del Centro Hospitalario *Reina Sofía*, al no adoptar todos los medios de que disponía el establecimiento para llegar a un diagnóstico adecuado del padecimiento que sufría la interna, no obstante haberse superado ampliamente el tiempo de observación normal de dos días sin que remitiesen los síntomas que presentaba, dándosele el alta hospitalaria al cuarto día de su ingreso; cuando lo procedente era, el ingreso en el Servicio de Medicina interna o digestivo, donde, incluso, podía haberle sido aplicada una laparotomía a la enferma, que hubiera permitido detectar las causas de su estado; no se trata de un error en el diagnóstico sino de una falta de adopción de las medidas necesarias, incluidas las quirúrgicas, ante la persistencia de los síntomas que fundaban el diagnóstico de gastroenteritis aguda inicial y que podían enmascarar otra clase de enfermedades o patologías; de aquí que el alta de la interna se llevase a cabo de una manera incorrecta, lo que entraña una conducta negligente del personal médico y, consecuentemente, la responsabilidad directa del Centro Hospitalario, existiendo un nexo de causalidad entre aquella conducta culposa y el daño producido que se habría evitado de haberse procedido en la forma adecuada para obtener un diagnóstico correcto.

**Destrucción del historial clínico por el Centro Hospitalario.**—La destrucción por el Centro Hospitalario del historial clínico de la paciente ha impedido comprobar si los medios utilizados y las pruebas practicadas a la enferma fueron bastantes para justificar y mantener el período en que la interna estuvo en observación dicho diagnóstico, pero tal destrucción no puede hacer recaer sobre la actora la carga de la prueba de ser erróneo tal diagnóstico. (STS de 20 de septiembre de 1997; no ha lugar.). (G.G.C.)

**48. Negligencia médica: fallecimiento de un menor, con antecedentes cardiológicos, a consecuencia de intervención quirúrgica de comprobación de diagnóstico.**—Se afrontó la intervención del menor para comprobar una hepatitis crónica, sin haber facilitado al cirujano ni al anestesista la historia clínica con los antecedentes cardiológicos, diagnosticados como congénitos que afectaban al enfermo; la operación se llevó a cabo en forma rutinaria ya que se trataba de practicar biopsia hepática, por lo cual no se realizó un preoperatorio completo y adecuado a las dolencias cardíacas del operando, de lo que se prescindió por completo, y ni siquiera se le efectuó un electrocardiograma; la más adecuada, conveniente y eficiente praxis médica imponía haber realizado en tiempo anterior próximo a la operación las comprobaciones técnicas pertinentes para tener actualizado el estado cardiológico del menor, en cuanto a la posibilidad de soportar los gases de la anestesia, causantes de la fibrilación que produjo el paro cardíaco, precauciones que no se presentaban imposibles, se diera carencia de medios o fuesen totalmente descartables; tales omisiones han de reputarse trascendentales y dotadas de la suficiente intensidad causal, que impone ser atendidas para alcanzar la conclusión condenatoria.

**Responsabilidad directa del Insalud.**—Se ha dado concurrencia intensa y determinante del resultado final por causa de actuaciones omisivas de los servicios sanitarios e ingeniería interna del Insalud, por lo que este ente ha de asumir las responsabilidades consecuentes, no personalizadas, y que se encuadran en el

artículo 1902 CC, por referirse a conducta propia que no desvirtúa la posible subsumición de la conducta ilícita civil por las actuaciones de los profesionales dependientes bajo el artículo 1903 CC, la cual sólo es exigible si son llamados a juicio y se declara su responsabilidad, lo que no ocurre en este caso; la responsabilidad del Insalud es directamente imputable a la entidad ya que se presenta como determinante de la carga de resarcir que se le impone.

**Pago de intereses.**—El último párrafo del artículo 921 LEC contiene una excepción legal que afecta al pago de cantidades líquidas a cargo de la Hacienda Pública, consistente en que si la Administración no paga al acreedor dentro del plazo de los tres meses, es cuando habrá de abonar el interés legal en relación a la cantidad judicialmente declarada como debida, y desde que el acreedor reclama por escrito el cumplimiento de la obligación, siendo jurisprudencia consolidada la aplicación de tal normativa al patrimonio de la Seguridad Social, por mandato del artículo 13, apartado siete, de la Ley 33/1987, de 23 diciembre; el motivo ha de acogerse. (STS de 27 de noviembre de 1997; ha lugar en parte.). (G.G.C.)

**49. Responsabilidad médica en la medicina voluntaria: intervención quirúrgica para corregir enanismo y con resultado de equinismo: culpa extracontractual: obligación de resultado.**—El tratamiento que sufrió la demandante no tenía una finalidad curativa sino que se comprende en la llamada medicina voluntaria, que se califica de contrato de obra, por lo cual la obligación asumida por el médico es de resultado y no de actividad; así lo ha entendido el TS desde la S de 21 de marzo de 1950 y las más recientes de 16 de abril de 1991, 25 de abril de 1994 y 11 de febrero de 1997; dice esta última que cuando la medicina tiene un carácter voluntario, en que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético, la relación se aproxima de una manera notoria al contrato de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue; en el presente caso, el resultado no fue obtenido, se produjo un daño y no se ha probado que éste tuviera una causa ajena a la actuación médica; el resultado dañoso en estos casos hace presumir la culpa en el profesional médico que fue causa del mismo, tanto más cuanto que ni la paciente, menor de edad, a la sazón, ni sus padres fueron debidamente informados del grave riesgo y posibles secuelas de la intervención. (STS de 2 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

NOTA.—En el primer FD se recoge una minuciosa e ilustrativa exposición de los hechos médicamente significativos, resultando que después de varias intervenciones correctoras, la paciente (que a los 16 años medía 1,48 metros y quería alcanzar la estatura de su madre que medía 1,55) sufre secuelas funcionales consistentes en dificultades para la marcha por terrenos desiguales, accesos por escaleras, para correr, y, en general para la práctica de ciertos deportes y trabajos. La cuantía solicitada como indemnización de quince millones de pesetas fue reducida a diez millones en apelación, resolución que revocó la de primera instancia que había desestimado la demanda. (G. G. C.)

**50. Responsabilidad médica: culpa del anestesista: fallo en aparato de control.**—El anestesista tiene un amplio campo de responsabilidad exclusiva y especializada, con específica competencia y responsabilidad autónoma; una de sus misiones es mantener las funciones vitales en condiciones óptimas antes, durante y después, de las intervenciones quirúrgicas; en el presente caso, el sistema de alarma no fue probado en el momento previo a la intervención y había deja-

do de controlar el estado del paciente en el monitor electrocardiográfico, pese a una mayor exigencia de atención al ser un tipo de intervención en regiones anatómicas cráneo-faciales configuradas de difícil acceso quirúrgico.

**Doctrina general sobre incumplimiento de las obligaciones de actividad o de medios.**—En las obligaciones de actividad —o de medios— aquélla es el objeto de la obligación, y el deudor cumple con su ejecución adecuada y correcta de ésta, de modo que la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado, siendo precisa la prueba de la falta de diligencia, según S de 29 de julio de 1994, sin perjuicio de que ésta se deduzca de la producción del daño, cuando éste es desproporcionado, en relación de causalidad, con la actividad del profesional médico.

**Responsabilidad del Insalud: directa y en cuanto titular del establecimiento en que se causó el daño.**—En el presente caso se acumulan las acciones contra el médico anestesista, contra el Insalud, y contra la entidad aseguradora; el fundamento del fallo no se basa exclusivamente en el artículo 1902 CC sino también en el 1903 CC, ya que la responsabilidad del Insalud se basa tanto en su actuación directa, como en la indirecta por defecto de vigilancia en la actuación de sus empleados o dependientes; en el presente caso se ha apreciado la responsabilidad extracontractual del anestesista, que pertenecía al cuadro quirúrgico del Hospital, por lo que procede declarar la del empresario, como centro hospitalario, fundada en la responsabilidad por riesgo y en la culpa in *vigilando* o in *eligendo*, que es directa y solidaria con la del propio causante del daño. (STS de 13 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

NOTA.—Caso claro de responsabilidad del anestesista y, por derivación, del centro hospitalario; debe advertirse que se siguió un proceso penal por el procedimiento abreviado en el que el Fiscal formuló escrito de acusación y solicitó la apertura del juicio oral, que no procedió por fallecimiento del acusado, originando archivo de los Autos. Hubo un fallo del sistema de alarma conectado al aparato de control de la anestesia general, cuyo buen funcionamiento no se comprobó al comenzar la intervención; al menos durante tres minutos hubo ausencia de oxigenación en el paciente originándose un estado de coma profundo, del que falleció días más tarde. Ponencia del Magistrado O'Callaghan Muñoz. (G.G.C.)

**51. Responsabilidad médica: secuelas irreversibles por intervención de hernia discal con minusvalía del 66,5 por 100 en persona de 67 años con antecedentes: deber de información: falta de prueba: inexistencia de responsabilidad.**—Es doctrina jurisprudencial que en sede de responsabilidad médica, tanto contractual como extracontractual, la culpa, así como la relación de causalidad entre el daño o mal del paciente y la actuación médica, ha de probarla el paciente; en el presente caso no se ha acreditado por parte de la actora que el facultativo no observase en lo sustancial el deber de información que impone el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad de 1986; en todo caso, falta por completo la indispensable relación de causalidad, o sea que por la falta de esa supuesta o hipotética falta de información, se produjo el daño de la paciente, por lo que procede estimar el recurso. (STS de 16 de diciembre de 1997; ha lugar.)

NOTA.—En paciente de 67 años, con antecedentes de hernia discal anteriormente intervenida con éxito, se presenta un cuadro de dolor agudo, y previa la oportuna exploración y práctica de radiografías, se

aprecia la existencia de una columna vertebral osteoporótica con importantes fenómenos degenerativos, con trastornos de la estática y de la dinámica a este nivel. A la vista de esta complicada situación el doctor opta por llevar a cabo una intervención quirúrgica limitada al espacio L4-L5, para descomprimir dicho espacio y la raíz nerviosa que se hallaba comprimida, con objeto de liberar a la paciente de los dolores más importantes, solución que el cirujano propuso a la paciente, y que ésta aceptó; pero en el período postoperatorio la paciente presentó secuelas irreversibles que la obligan a utilizar un aparato ortopédico y un bastón para facilitar la marcha; la sentencia de la AP constata que no cabe reprochar al médico ninguna violación de la *lex artis*, pudiendo achacarse los malos resultados obtenidos al 5 por 100 de los casos en que las estadísticas acusan falta de éxito; no obstante, deducen que asumió una operación quirúrgica arriesgada sin oportuna información a la paciente. La sentencia absolutoria ofrece algunas dudas. Parece probado que el cirujano propuso a la paciente y ésta aceptó la intervención que llevó a cabo; no parece claro, sin embargo, si la información fue suficiente conforme a las pautas que contiene el FD 2, a saber: 1.º, la exposición de las características de la intervención quirúrgica que se propone; 2.º, las ventajas e inconvenientes de la misma; 3.º, sus riesgos; 4.º, el proceso previsible del postoperatorio, y 5.º, el margen de la intervención; la Ley General de Sanidad específica que se dé información completa y continuada, verbal y escrita sobre el proceso de la intervención, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas. ¿Hubiera aceptado la paciente si se le hubiera informado de la posibilidad de empeorar?; en el protocolo médico suele figurar el contenido de la información con la firma del enfermo o sus familiares, y su aportación al proceso resulta extremadamente fácil para el centro médico; no parece que en este caso se haya traído a los Autos; en pacientes de esta edad el riesgo de secuelas graves es grande, por lo que la información, a mi juicio, debe esmerarse y apurarse al máximo. (G. G. C.)

**52. Responsabilidad médica: extirpación de mama sin existencia de carcinoma: Falta de análisis intraoperatorio: consentimiento de la paciente basado en el diagnóstico erróneo.**—El análisis intraoperatorio, que no comportaba aumento de riesgo, constituía medio necesario para asegurar el diagnóstico antes de proceder a una amputación de mama en una mujer de 44 años que, sin duda, concedió su autorización al informársele de forma errónea de una malignidad que luego se acreditó inexistente; la culpa del facultativo nace de la omisión de un medio adecuado para confirmar el diagnóstico antes de proceder a la extirpación, y así lo valoró la sentencia recurrida después de un estudio pormenorizado de los muchos informes y testimonios obrantes en los Autos; existía el medio, no implicaba aumento de riesgo, y su no uso produjo el resultado de la amputación; el consentimiento se otorgó para una presunta malignidad, y ninguna duda cabe de que a la vista de que «la paciente nunca tuvo un cáncer de mama», se hubiera suprimido o, al menos, pospuesto, la cirugía radical, que hubiera requerido, en todo caso, un nuevo informe y un nuevo consentimiento, a la vista del error; al no actuarse así existe culpa, nexo causal y se han cumplido las exigencias probatorias.

**Acumulación de acciones con carácter alternativo.**—Existiendo una yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual, es doctrina jurisprudencial que, en favor de la víctima, puedan ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una o por otra, o, incluso, proporcionando los hechos al

juzgador para que éste aplique las normas en concurso que más se acomoden a aquéllos; en el presente caso se alegan tanto la culpa extracontractual como la contractual, con carácter simultáneo, refiriéndose tanto al arrendamiento de servicios como al de asistencia en hospital, en referencia a la obligación de utilizar los medios adecuados.

**Plazo de prescripción de la responsabilidad contractual.**—La extirpación innecesaria de mama se produjo en hospital gestionado por el Servicio Andaluz de la Salud, lo que origina su responsabilidad directa estando afectado el ejercicio de la acción por el plazo prescriptivo de quince años, que es el asignado para las acciones personales que no tengan señalado término especial a tal fin.

**Dies a quo: carácter restrictivo de la prescripción extintiva: secuelas psicológicas por intervención innecesaria.**—Es doctrina jurisprudencial que el instituto de la prescripción debe ser interpretado con carácter restrictivo, al no basarse en razones de justicia intrínseca, sino en la seguridad del tráfico, y en los supuestos de lesiones el inicio del término prescriptivo ha de situarse en el momento en que se conozcan de modo cierto las secuelas o efectos totales, lo que suele situarse en el momento del alta médica, ocurriendo en el caso que tanto el Juzgado como la Audiencia aprecian depresiones y secuelas de índole psicológica producidas, no sólo por el tipo de patología luego inexistente, sino por la innecesaria amputación, como hecho que se tarda en asimilar; así la Audiencia detecta un estado psíquico que requiere tratamiento, aunque sea revisorio de lo somático, para llegar a asumir plenamente el error médico padecido y acostumbrarse a vivir con la mutilación que ello supuso, dejando de pensar en el mal realmente inexistente, y a tal momento hay que atenerse. (STS de 31 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

NOTA.—Hay una circunstancia que parece de agravación en este caso, pues la paciente no se enteró del resultado final, por ocultación del centro médico, hasta dos años más tarde cuando solicitó un cambio de hospital con el consiguiente traslado de su historia clínica. La S extractada es ponencia de Fernández-Cid de Temes, y merece plena aprobación por haberse producido —según se comprueba a *posteriori*— palmaria violación de la *lex artis*, siendo especialmente de subrayar también que la sentencia establece en el momento de la cesación de las secuelas psicológicas el *dies a quo* de la acción de responsabilidad contractual ejercitada. Acaso cabría plantear la posible responsabilidad del Servicio de citología, el resultado de cuyo análisis sirvió de base al cirujano para intervenir; pero la acción no se dirigió contra aquél. (G. G. C.)

**53. Responsabilidad en accidente de circulación: doctrina general.**—En cuestión de accidentes automovilísticos la doctrina de esta Sala ha evolucionado en los últimos tiempos hacia una responsabilidad cuasi-objetiva, impuesta por el creciente riesgo que los vehículos de motor aportan al convivir social armónico de los seres humanos; en este sentido se impone al causante del daño la demostración suficiente y cumplida de su actuar diligente para exonerarle de toda responsabilidad y por tanto que su conducta no cabe ser tachada de negligente o activa imprudencial, al entrar en juego la inversión de la carga de la prueba o mantenerse con rigor la concurrencia de la diligencia debida y la necesidad de agotar todos los medios disponibles para evitar el accidente y que son requeridos según las circunstancias, conforme jurisprudencia civil reiterada desde la S de 10 de julio de 1943.

**Culpa exclusiva del conductor: graves secuelas de la víctima.**—En el presente caso no se prueba que el daño se produjo por culpa exclusiva de la víctima, ni tampoco hubo colisión de vehículos con sólo resultado de daños materiales, sino que se atribuye al conductor la total responsabilidad del accidente.

**Inexistencia de concurrencia de culpas: improcedencia de la compensación de daños.**—La compensación de daños se produce al efectuar la determinación y liquidación de las consecuencias económicas del evento, y ello exige la coincidencia de actuaciones culposas plurales, sin que ninguno de los intervinientes en el accidente se presente ni llegue a erigirse en el único factor desencadenante del hecho, acaparando su causación; pero en el presente caso no se establece la culpa concurrente sino la exclusiva del conductor. (STS de 20 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

NOTA.—La multiplicación de accidentes de circulación ocasiona una cierta simplificación, y hasta cierta *banalización* de la argumentación jurídica, a fuerza de reiterada en las sentencias que los resuelven. A mi juicio, tal circuntancia en modo alguno justifica que se dicten resoluciones *críticas*, como la presente, en la que lo sobrentendido supera a lo expresado; ninguno de los antecedentes de hecho, ni el habitual relato de hechos que incluye el primer FD, nos explican cómo ocurrió el accidente, si fue colisión de vehículos (que parece excluida) o atropello (¿de peatón, de ciclista...?). La *ratio decidendi* hay que entresacarla de otras afirmaciones contenidas en el recurso, que se reproducen sin una clara separación. Por otro lado, parecería oportuno *actualizar* la evolución —reiterada *ad nauseam*— de la jurisprudencia sobre accidentes automovilísticos, pues siendo cierto que la famosa S de 1943 fue el punto de partida de una nueva doctrina jurisprudencial sobre el artículo 1903 CC, ahora hay que tener en cuenta que hay una legislación, reiteradamente actualizada, que rige este sector social pródiga en daños. Fue modélica la actuación de la Sala 1.<sup>a</sup> en este punto, pero ahora los fallos han de basarse, no sólo en la vieja jurisprudencia, sino en la legislación en vigor (que, por cierto, raramente se invoca). Por otra parte, el *quantum* de la indemnización a que se condena (64 millones de pesetas, más los gastos que se acrediten en ejecución de sentencia) hubiera merecido una más cuidada redacción del contenido de esta sentencia, para mejor valorarla. (G. G. C.)

**54. Accidente laboral: daños por explosión de extintor caducado: acción basada en incumplimiento contractual. Incompetencia de jurisdicción.**—En la demanda se invoca que la empresa no adoptó las medidas de seguridad adecuadas para evitar el suceso, por lo que incumplió la relación laboral dado que no observó las normas de seguridad frente al trabajador; el motivo plantea la naturaleza del incumplimiento de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo, concretamente la de los gases licuados o a presión (art. 110 de la OM de 9 de marzo de 1971), que origina daños al trabajador en el desarrollo de su actividad laboral; según SS de esta Sala de 19 de julio de 1989 y 2 de octubre de 1994, y a lo declarado por la Sala Especial de Conflictos de Competencia de este TS, ello implica incumplimiento de la relación laboral por la empresa infractora: lo cual lleva consigo, no sólo la estimación del motivo, sino a que esta Sala tenga que aplicar de oficio, por ser de orden público, los

artículos 9.º 5 LOPJ, y 1 y 2 de la de Procedimiento Laboral, anulando por ello todas las actuaciones practicadas en este litigio, reenviando a las partes a la jurisdicción de lo social para que ante ella planteen, si les interesa, sus pretensiones.

**Prohibición de la *mutatio libelli*** .—El recurrente, en su demanda y en la apelación, mantuvo siempre que ejercitaba una acción de responsabilidad contractual, y, con criterio erróneo, tanto el JPI como la AP, fallaron con arreglo a las normas de la responsabilidad extracontractual; según STS de 14 de febrero de 1994: «El juzgador ha de atenerse a la clase de acción ejercitada en la demanda sin que pueda variarla, de manera que si se ejercita la acción extracontractual invocando los artículos 1902 y 1903 citados, no puede alterarla para resolver como si se hubiera ejercitado la acción derivada de contrato o de su incumplimiento y, a la inversa, como entendió repetidamente esta Sala en sus SS de 26 de abril y 3 de noviembre de 1966, y 24 de junio de 1969; habiendo esta última declarado que aun existente una relación contractual, el Tribunal ha de respetar la relación jurídica procesal establecida por las partes, y habiendo alegado el actor y aceptado el demandado la *litis* a base del artículo 1902 CC, casó esta Sala la sentencia impugnada por haber estimado el Tribunal de instancia que debió ejercitarse la acción contractual, doctrina mantenida incluso cuando *ad majorem* se invoquen artículos sobre responsabilidad contractual (SS de 21 de febrero de 1964 y 3 de noviembre de 1966) y es que, como declaró esta Sala en S de 10 de febrero de 1966, en modo alguno puede el Tribunal sustituir los términos fundamentales de la acción por otra que no haya sido ejercitada, resolviéndose un caso distinto del que fue sometido a su decisión». (STS de 24 de diciembre de 1997; ha lugar.)

NOTA.—Nada que oponer a la argumentación impecable de esta S (Pte. Gullón Ballesteros), que pone en evidencia un patente defecto de dirección letrada, rayano en la negligencia grave; ¿cómo se explica esa pertinaz insistencia, en ambas instancias, en invocar el incumplimiento del contrato *laboral*, precisamente ante la jurisdicción *civil*? El usual argumento utilizado otras veces para justificar la *vis atractiva* de la jurisdicción civil, a saber, la de evitar el *peregrinaje de jurisdicciones* no parece aquí invocable cuando lo provoca con sus propios actos el recurrente. Con todo, hay algunas dudas en relación con la aplicación de la doctrina sentada en la S de 11 de diciembre de 1997, aquí anotada, a la vista de la jurisprudencia invocada en la presente. En efecto: en todo accidente de trabajo se da habitualmente la existencia de un contrato de trabajo, y casi siempre aquél se produce por infracción de medidas de seguridad; ¿no conduciría ello a eliminar *a radice* la competencia de la jurisdicción civil? En todo caso el accidente aquí contemplado debe calificarse de leve en base a las indemnizaciones en juego (se reclaman siete millones, y en apelación se conceden sólo millón y medio). (G. G. C.)

**55. Accidente de trabajo: prohibición de la *mutatio libelli***.—Basada la demanda en la concurrencia de una culpa extracontractual sin alusión alguna al incumplimiento de las obligaciones propias del contrato laboral, con la finalidad de evitar el transcurso del plazo prescriptivo anual, no procede en el acto de la vista del recurso de apelación, ni en casación, alegar como fundamento la responsabilidad contractual, pues ello constituye una variación de la causa de pedir que origina una *mutatio libelli*, no admisible en nuestro proceso por cuanto gene-



ra una indefensión para la otra parte que se opone y se defiende en base a una determinada *causa petendi*, y después se ve sorprendido con la alegación de otra que hubiera generado una distinta reacción defensiva.

**Doctrina general sobre acumulación de responsabilidades.**—1.º Si bien esta Sala tiene declarado que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, o, incluso, proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso que más se acomoden a aquéllos, todo ello en favor del perjudicado; pero esta doctrina jurisprudencial carece de aplicación al supuesto en que la propia parte, de manera expresa y categórica, opta por ejercitar única y exclusivamente la acción correspondiente a una de esas dos clases de responsabilidad, estando vedado al juzgador aplicar normas de la otra (por ej., las del plazo de prescripción) pues, de hacerlo, alteraría sustancialmente la *causa petendi* y dejaría a la otra parte en una situación de evidente y recusable indefensión. 2.º Si se entendiese que la única acción ejercitada es la de responsabilidad contractual con base exclusiva en el contrato de trabajo, habría que declarar la incompetencia de esta jurisdicción civil, siendo inaplicable el régimen de la responsabilidad contractual del CC. 3.º En cuanto a la supuesta infracción que, con tanta ligereza, como falta de fundamento, se denuncia con base en el artículo 24 CE, hay que declarar que en ningún supuesto puede producirse denegación de justicia, obteniéndose dicha tutela también en los casos en que se rechaza lo interesado por la parte en el proceso, siempre que concurra y se expresa la causa legal correspondiente.

**Formalización del recurso fuera de plazo: designación de Procurador de oficio.**—Habiéndose reservado esta Sala, en el Auto de admisión, resolver por medio de esta sentencia, la oposición aducida por el Ministerio Fiscal a la admisión de este recurso, por considerarlo formalizado fuera de plazo, a la que se adhirió la parte recurrida, procede declarar que el recurso de casación fue formalizado dentro del plazo de veinte días hábiles que esta Sala había señalado para ello después de que se designó a la parte Procuradora de oficio, por lo que procede rechazar definitivamente tanto la alegación del Fiscal como la cuestión previa de la parte recurrida. (STS de 26 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

NOTA.—Pese a la diversidad de los fallos respectivos, se observa plena coherencia entre la doctrina mantenida en SS de 11 y 24 de diciembre de 1997, con la ahora extractada; si en la primera se estima la demanda de responsabilidad civil por accidente de trabajo, con invocación de la culpa extracontractual, en las otras dos se desestima la reclamación por haberse basado en infracción del contrato laboral, en la primera con notoria defectuosa dirección letrada, mientras que en la segunda se intenta remediar el fallo de haber prescrito la acción del 1902 CC, invocada en primera instancia, acogiéndose en apelación al plazo de 15 años. (G. G. C.)

## DERECHO DE FAMILIA

**56. Sociedad de gananciales. La mera apertura de una cuenta corriente en forma conjunta e indistinta no conlleva la atribución a los titulares por partes iguales de los depósitos efectuados.**—Como ha declarado esta Sala reite-

radamente (SS de 6 de febrero de 1991, 15 de julio de 1993, 19 de diciembre de 1995 y 7 de junio de 1996), las cuentas corrientes bancarias expresan siempre una disponibilidad de fondos a favor de quienes figuren titulares de las mismas contra el Banco que los retiene, y el mero hecho de su apertura con titulares plurales, no determina por sí un necesario condominio sobre los saldos, que viene precisado por las relaciones internas que medien entre los titulares bancarios conjuntos y más concretamente por la originaria pertenencia de los fondos; por todo lo cual el solo hecho de abrir una cuenta en forma conjunta e indistinta no produce el efecto de atribuir los depósitos por partes igualitarias a los figurantes titulares.

**El artículo 1364 CC establece el derecho del cónyuge que hubiera aportado bienes privativos para cubrir los gastos o cargos de la sociedad ganancial a reintegrarse de su valor a costa del patrimonio común.**—El precepto establece un régimen general de reintegros que opera proyectado a la responsabilidad definitiva de la masa ganancial, que ha de cubrir este tipo de anticipos, en las operaciones liquidatorias del haber patrimonial común.

**La presunción de ganancialidad de los bienes adquiridos por los cónyuges, constante matrimonio, es una presunción *iuris tantum* cuya destrucción requiere una prueba en contrario expresa y cumplida, sin que baste para ello la meramente indiciaria.**—La presunción de ganancialidad de los bienes que adquieran los cónyuges, constante su matrimonio, cabe ser destruida por prueba en contrario y para que dicha presunción *iuris tantum* tenga aplicación [SS de 20 de noviembre de 199 (sic), 23 de diciembre de 1992, 18 de julio de 1994, 20 de junio de 1995 y 2 de julio de 1996] —ya prevista en la Ley 203 de Estilo y en la Novísima Recopilación— y proceda ser desplazada por la privatividad, requiere prueba expresa y cumplida, no bastando la indiciaria.

**La valoración de la prueba no puede revisarse en vía casacional.**—Es doctrina constante y reiterada de esta Sala de Casación Civil que no es procedente hacer supuesto de la cuestión en este recurso extraordinario, pues su propia naturaleza y el mandato de la Ley impide efectuar una revisión valorativa de las pruebas que acceden firmes y no han sido combatidas en debida forma, que es lo que se lleva a cabo en el motivo.

**No procede aplicar la doctrina de los actos propios a la declaración de que se adquiere un bien para la sociedad conyugal, contenida en su escritura de adquisición. La presunción de ganancialidad opera entre cónyuges y no sólo frente a terceros.**—No vincula, con la categoría de actos propios, el hecho que actúa como fórmula, o confesión extrajudicial, de que los esposos en la escritura de adquisición hubieran declarado que «compran para su sociedad conyugal» (S de 8 de marzo de 1996). La presunción referida se aplica no sólo en las relaciones con terceros, sino también entre ambos cónyuges (SE 24 de julio de 1996), como es el caso de autos.

**El artículo 1355 CC es reflejo de la autonomía privada de los cónyuges para atribuir singularmente o no a cada uno de los bienes adquiridos la condición de gananciales. Su segundo párrafo sólo establece una presunción *iuris tantum* de ganancialidad que admite prueba en contrario.**—El referido precepto 1355 no se presenta como una excepción y menos imperativa, sino que es reflejo de la autonomía privada, ya que la voluntad negocial que contiene se refiere a que proceda de la común de los esposos, como manifestación bien patente de reglas de libertad, que producen eficacia en cada acto concreto y no cabe extrapolarlas a otros en las que los cónyuges se expresan de forma distinta.

La presunción que el último párrafo del precepto establece, al reputar gananciales los bienes que se adquieren en forma conjunta y sin atribución de cuotas, es de naturaleza *iuris tantum*, y por ello puede enervarse mediante prueba acreditativa de la voluntad contraria de los cónyuges otorgantes. (STS de 29 de septiembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia de casación resuelve las discrepancias existentes entre dos cónyuges acerca de la condición ganancial o privativa de ciertos bienes para cuya adquisición invirtió la esposa dinero privativo. El fallo, en el que se estima el recurso de casación interpuesto, casa la sentencia de apelación, y otorga a la esposa un derecho de reembolso de la cantidad invertida para dicha adquisición. (M. C. B.)

**57. Acción de cumplimiento. El precontrato de opción de compra no puede cumplirse cuando ha sido celebrado unilateralmente por una persona sin pleno poder de disposición sobre el objeto de la opción.**—Cuando se pretende —primero extrajudicialmente y en este proceso por el ejercicio de la acción— poner en vigor dicho contrato, el codemandado don Ramón P. carece de poder de disposición sobre la totalidad de la finca, pues la mitad *pro indiviso* no es de su propiedad, sino de su esposa, casados en régimen de separación de bienes, doña M.<sup>a</sup> Magdalena R. Ciertamente, aquel precontrato se celebró días antes de la adquisición de la finca por los demandados, pero la titularidad anterior no consta; como productor de obligaciones —acto inicial del *iter contractus* de compraventa— es válido, pero el acto final o puesta en vigor del precontrato, la disposición de la finca, no puede hacerla el sujeto que carece de poder de disposición sobre la misma.

**El artículo 1322 CC no es aplicable al matrimonio celebrado en régimen de separación de bienes.**—El primero de los capítulos del Título III del Libro IV del código civil dedicado al régimen económico matrimonial, con la expresión «disposiciones generales» agrupa un conjunto de normas inconexas, que se ha dado en llamar, por alguna parte de la doctrina, «régimen matrimonial primario», pero no hay duda que no todas las normas se aplican a todo matrimonio. El artículo 1322 es un claro supuesto: este artículo es aplicable exclusivamente al régimen de gananciales y además, es reiterativo de lo dispuesto con carácter general en el artículo 1375 y reitera, para los actos de disposición a título oneroso, lo que dispone el artículo 1377 y para los actos de disposición a título gratuito, lo que dispone el artículo 1378. No es aplicable al matrimonio en régimen de separación de bienes, en el que la ley no requiere nunca que, para un acto de administración o disposición de bienes, uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro.

**No cabe entender producida la ratificación de un negocio por quien no otorgó la representación ni se aprovechó de efecto alguno del negocio celebrado.**—El codemandado don Ramón P. celebró contrato de arrendamiento en su nombre propio, sin representación y sin *contemplatio domini* y su esposa, codemandada, doña M.<sup>a</sup> Magdalena R. se aprovechó, ciertamente, de los efectos del arrendamiento, pero igualmente aquél concertó el derecho de opción y la esposa no aprovechó efectos, ni había dado poder de representación expreso o tácito, ni ratificó expresa o tácitamente. Por lo cual, no hubo ratificación ni había habido poder de representación, ni puede pensarse en ratificación tácita, pues no aprovechó para sí efecto alguno del derecho de opción. (STS de 19 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Un empresario demanda a ambos cónyuges de un matrimonio celebrado en régimen de separación de bienes el cumplimiento de un precontrato de opción de compra de una nave indus-

trial celebrado por el marido únicamente, antes incluso de la adquisición *pro indiviso* del inmueble por el matrimonio. La sentencia de instancia estima la demanda, pero es parcialmente revocada por la de apelación, al desestimar todos los pedimentos que se hacían en la demanda contra la esposa. El citado empresario interpone el recurso de casación contra esta sentencia, que se desestima.

NOTA.—Dos consideraciones nos merece la sentencia analizada. La primera, la del incumplimiento del precontrato por parte del marido demandado, por el que se comprometía a adquirir una nave industrial y posteriormente a arrendarla con un pacto de opción de compra a favor del actor. Parece claro que cuando el marido adquiere la nave sin hacerlo en solitario, sino con la concurrencia de su esposa, con la que mantenía un régimen de separación de bienes, está incumpliendo en ese mismo momento el precontrato, pues ya no puede garantizar que se pueda ejercitar la opción de compra por el demandante, al carecer de la plena disponibilidad de la cosa.

Por otra parte, la sentencia hace un pronunciamiento con el que manifestamos nuestra discrepancia. Se expresa por el TS que el artículo 1322 CC, que establece la posibilidad de que un cónyuge inste la acción de anulación de los actos de administración o disposición llevados a cabo por su consorte, no es un precepto aplicable al caso en que no rija la sociedad de gananciales. Sin embargo, es posible que en régimen de separación de bienes juegue el caso previsto por el artículo 1320 CC (disposición de los derechos sobre la vivienda habitual de la familia), precepto que se limita a establecer un mandato imperativo, pero que no se ocupa de establecer la sanción correspondiente, porque dicha consecuencia está establecida precisamente por el artículo 1322 CC, que, al menos en este caso, se podría aplicar a este supuesto acaecido durante la vigencia de un régimen de separación de bienes. No es cierto, por lo tanto, que en dicho régimen «la ley no requiere nunca que, para un acto de administración o disposición de bienes, uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro». (M. C. B.)

**58. Tercería de dominio. Improcedencia del embargo de un bien privativo de uno de los cónyuges, adquirido tras la separación de bienes en capitulaciones matrimoniales, por deudas contraídas por el otro, en parte durante la vigencia de la sociedad de gananciales y en parte tras la disolución sin liquidación de la misma.**—La remisión contenida en el artículo 1410 CC permite mantener que nos encontramos durante el período transitorio ante una comunidad de naturaleza especial equiparable a la comunidad hereditaria antes de la partición, de la que serán titulares ambos cónyuges; esos bienes comunes se verán incrementados si producen frutos, pero no con los bienes privativos ni sus productos o el trabajo de cada cónyuge, precisamente por el cambio de régimen económico matrimonial y el acogimiento al de separación de bienes. Para que subsistiese el embargo trabado en un bien privativo, adquirido con posterioridad a la disolución del régimen de gananciales, tenía que haberse acreditado una subrogación real de los bienes, es decir, que el adquirido lo fuese con otros procedentes de la comunidad, lo que no se ha probado; en definitiva, nadie niega la posibilidad de los acreedores para pedir e intervenir en la liquidación, ni que pudiesen embargar la cuota abstracta; lo que se niega es que se puedan embargar bienes privativos, pues el patrimonio de la comunidad indivisa sigue respondiendo de

las obligaciones que pesaban sobre la sociedad de gananciales, pero no de las que contraiga con posterioridad cualquier titular, que han de recaer sobre su propio patrimonio; y aquí se ha embargado un bien privativo, adquirido más de cuatro años después de disuelta la sociedad de gananciales. Es cierto que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1318 CC); también que la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1317), sin que para la subsistencia y efectividad de dicha garantía sea necesario acudir a la rescisión o nulidad de las capitulaciones matrimoniales en que tal modificación se instrumente, ya que del sentido general de los artículos 1399, 1403 y 1404 CC se desprende que la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y, además, su consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados si se hubiese formulado debidamente inventario, pues, en otro caso, y por aplicación de las normas de las sucesiones (arts. 1401 y 1402 en relación con el 1084 CC), tal responsabilidad será *ultra vires* (SS de 20 de marzo, 27 de octubre y 22 de diciembre de 1989), por lo que ha podido decirse que, con independencia de lo que alcanza al esposo deudor, existe una responsabilidad real de la masa de los bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados, todo lo cual determina que aun después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción del acreedor contra los bienes consorciales (S de 13 de junio de 1986), pero para que el cónyuge no deudor responda con los bienes propios se precisa que no se haya hecho inventario y que, no obstante, se le adjudiquen bienes gananciales, pues entonces se confunden éstos con los suyos propios, supuesto de hecho diferente al que nos ocupa, en el que se parte de que no hubo liquidación ni adjudicación de bienes, por lo que falta la base fáctica para el acogimiento del motivo, al no constar tampoco, como se ha dicho, una subrogación real. En definitiva, la acreedora conserva su acción contra los bienes gananciales, pero no contra los privativos del cónyuge, pues no se acreditó que hubiese confusión de patrimonios.

**La separación de bienes no se hizo con intención fraudulenta, como lo demuestra que entre ella y la adquisición del inmueble embargado transcurrieron más de cuatro años.**—La sentencia recurrida excluye la posibilidad del fraude al haberse adquirido la vivienda pasados más de cuatro años desde las capitulaciones matrimoniales (agosto de 1983-octubre de 1987) y ser la traba muy posterior (1990), aparte de cuanto se ha dicho respecto al artículo 1317 CC y la comunidad postmatrimonial sobre la masa de bienes gananciales, «sin que la ordenante del embargo haya demostrado la carencia de otros bienes para hacer efectivo su crédito». (STS de 7 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—La Tesorería General de la Seguridad Social procede a embargar una vivienda inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de una señora casada, por deudas contraídas con dicho organismo por su marido. La propietaria interpone tercera de dominio, alegando que el bien embargado es de su patrimonio privativo, al haber sido adquirido por ella en régimen de separación de bienes, adoptado en capitulaciones matrimoniales tras la disolución sin liquidación de la comunidad ganancial. La Sentencia de instancia desestimó la demanda de tercera de dominio, que fue acogida en la apelación. La Tesorería

General de la Seguridad Social interpone el recurso de casación que es desestimado.

NOTA.—Aunque con cierta confusión, la sentencia acierta en su decisión, al establecer que los bienes privativos de un cónyuge, adquiridos con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales, no quedan afectos a la responsabilidad dimanante de deudas contraídas por el otro cónyuge, ni siquiera aunque tuviesen la calificación de conсорciales o gananciales. Cabría esa posibilidad cuando la deuda tiene carácter doméstico (art. 1319.II CC), lo que no ocurre en el caso de Autos, en que la deuda provenía del ejercicio del comercio, regida por los artículos 6 ss. CCO. También sería posible afectar a los bienes privativos adquiridos por el cónyuge no deudor cuando se probase que tales bienes sustituyen a los bienes gananciales adjudicados en la liquidación de la sociedad de gananciales, en virtud del principio de subrogación real, pero tal supuesto no acontece en el caso resuelto, pues no se había producido la liquidación de la sociedad de gananciales y, por ende, no se había producido adjudicación de bienes concretos a favor del cónyuge no deudor. (M. C. B.)

**59. Contratación entre cónyuges; acción declarativa de dominio e interpretación del contrato. El pacto celebrado entre los cónyuges, mediante el cual se comprometen a realizar capitulaciones matrimoniales y acuerdan una determinada adjudicación de bienes, tiene carácter constitutivo y para su interpretación no es preciso acudir a otros criterios cuando su literalidad es clara.**—Es acertada la interpretación que hace la Sala *a quo*, del citado apartado 4.º del contrato o acuerdo de fecha de 6 de marzo de 1985, en el que se hace constar literalmente («los cónyuges se comprometen a otorgar escritura de capitulaciones matrimoniales, en las que cesará el régimen de gananciales y se establecerá régimen de separación de bienes, procediéndose a las operaciones de liquidación a que haya lugar, *adjudicándose la esposa* el vehículo Citroën y la vivienda sita en La Navata, provincia de Madrid, y el esposo la finca sita en La Tejera»); es claro, pues, que en dicho pacto existen compromisos con todos los requisitos propios para obligarse por parte de los interesados, puesto que no sólo se refieren al acuerdo de otorgar en el futuro escritura de capitulaciones matrimoniales, en donde se establecerá el régimen de separación de bienes, y se procederá a las operaciones liquidadoras, sino que, se hace constar expresamente con *carácter constitutivo*, que se adjudica ya a la esposa el vehículo Citroën y la vivienda sita en La Navata, provincia de Madrid (y así luego viene como a ratificarse en la simultánea cesión de derechos sobre ese inmueble de igual fecha —folio 26—, y como indiscutible contraprestación —presuposición causal habilitante— al esposo se le adjudica la finca sita en Tejera) y de consiguiente, por parte de la Sala *a quo* se interpretó dicho pacto 4.º, respetando las reglas de la hermenéutica fundamentalmente contenidas en el artículo 1281 párrafo 1.º, cuya versión ha de entenderse prevalente en los términos especificados, entre otras muchas sentencias, en la de 7 de julio de 1995, que decía: «Las normas o reglas interpretativas contenidas en los artículos 1281 a 1289, ambas inclusive del código civil, constituyen un conjunto a cuerpo subordinado y complementario entre sí de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al primer párrafo del artículo 1281, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes que

vienen a funcionar con el carácter de subsidiarias respecto de la que preconiza la interpretación literal, y todo ello resulta coincidente con la reiterada doctrina jurisprudencial (SS de 2 de noviembre de 1983, 3 de mayo y 22 de junio de 1984, 10 enero, 5 de febrero, 2 de julio y 18 de septiembre de 1985, 4 de marzo, 9 de junio y de 15 julio 1986, 1 de abril y 16 de diciembre de 1988 y 19 de enero de 1990). Atendiendo a la cual hay que concluir que la sentencia impugnada no incurrió en inaplicación de los artículos 1282, 1286, 1288 y 1289...»; y, en la de 19 de febrero de 1996, «Es cierto que la S de 3 de febrero de 1988, estableció respecto a la hermenéutica contractual el llamado “canon de totalidad”, pero ello, para el supuesto de no ser posible atenerse al sentido estrictamente literal de las cláusulas del contrato, reconociendo así la preferencia al criterio gramatical, es decir, al recogido en el artículo 1281 CC, lo cual está en la línea de consolidada doctrina de la Sala respecto a que las normas de interpretación consignadas en dicho texto tienen carácter de subsidiariedad en su aplicación, de forma que cuando la literalidad de las cláusulas sean claras, no son de aplicar otros diferentes a las correspondientes al sentido gramatical, y entre las SS más recientes que preconizan tal carácter subsidiario para los artículos 1281 ss. CC a modo de relación jerarquizada entre sí, caben citar las de 23 de marzo y 6 de julio de 1993 y 25 de abril y 9 de julio de 1994».

**Es doctrina constante y reiterada del TS que la interpretación contractual es facultad privativa de los Tribunales de instancia.**—«Es criterio constante que la interpretación es tarea que corresponde a los Tribunales de instancia, cuyo criterio debe prevalecer en casación, salvo que sean sus conclusiones absurdas, ilógicas, erróneas, arbitrarias o contrarias a algún precepto legal (SSTS 17 y 21 de abril, y 7 de octubre de 1993 y 29 de marzo de 1994)».

**El reconocimiento en favor de la esposa del derecho sobre el inmueble que se le adjudica en el documento que recoge el pacto de separación de hecho, constituye un título nominativo de la propiedad de ella.**—En ese apartado D) de la cláusula 2.ª, se hace constar literalmente ...«Se consideraran propios de cada cónyuge, los bienes que figuren a su nombre en títulos, registros, depósitos o documentos, y si no pudiera determinarse la propiedad de algunos bienes, se entenderá que pertenecen por mitad a ambos cónyuges»; pues si se quiere deducir de esta cláusula que serán propiedad del marido, los bienes, entre otros, el relativo al piso objeto de la controversia, porque, en el sentir del recurrente, *están a su nombre*, ya que con este carácter lo adquirió en la escritura de compraventa de 9 de noviembre de 1976, sin embargo frente a ello, se subraya, que si ha de entenderse en ese sentido parcial la expresión de «a su nombre» esto es, porque su titularidad aparece en dicha escritura, no obstante, también se puede oponer al respecto —siguiendo idéntico método deductivo— que con el reconocimiento del derecho a favor de la esposa, merced a que se le hizo la adjudicación en el pacto 4.º de ese acuerdo de separación de fecha 16 de marzo de 1985, implicaba asimismo, la integración de un título nominativo a favor de la esposa, pues, en otra visión del problema, no porque constase en aquella escritura pública en nombre del esposo —como adquirente, tenía que ser el titular—, porque, en puridad técnica, habiéndose adquirido el piso en régimen legal de gananciales, la titularidad auténtica, en su caso, devendría a favor de la comunidad de gananciales, y no con respecto al marido cuya propiedad pretende en este litigio.

**Que el bien controvertido no aparezca en la escritura de capitulaciones hace suponer que se mantiene la adjudicación realizada en el pacto privado realizado entre las partes.**—Es bien significativo que, ni en la escritura de

capitulaciones matrimoniales, ni en la de la liquidación de la sociedad de gananciales, aparece para nada la inclusión del piso controvertido, y ello en una lógica explicación, proviene de que el mismo ya se adjudicó por pacto privado entre las partes vinculante para ambos, en el susodicho apartado cuarto del documento privado de 9 de noviembre de 1976, exclusión, pues, determinante de que se mantenía aquella adjudicación, lo que no ocurrió con los otros bienes (vehículo y finca) que sí aparece en dicha liquidación (ff. 57 ss. Autos) prueba de que sobre los mismos no persistía aquella decisión adjudicativa en favor de la esposa.

**Es posible que un bien pase de tener la condición de ganancial a ser privativo de uno de los cónyuges, sin que para ello sea necesario hacer uso de la compraventa o la donación.**—Con base, precisamente al voluntarismo inserto tanto en el artículo 1323 como 1324 CC, es hoy viable acceder a cuanto ha acontecido, es decir, que los propios interesados podrán transmitirse cualquier tipo de bienes, celebrando toda clase de contratos y esta transmisión no sólo operará sobre bienes de la exclusiva pertenencia de uno de ellos, sino también podrá referirse a posibles derechos inherentes en favor de cada cónyuge sobre su cuota ganancial, expectante, de tal forma que, con total libertad, se le permite realizar los contratos que estimen conveniente, sin que, obvio es, quepa entender que ello sólo se permitiera a través de la compraventa o a la donación, ya que tanto, el reconocimiento o la cesión de derechos, son modalidades, dentro de la tipicidad contractual, que las partes, en uso de esa libertad negocial, podrán utilizar, pues, en virtud de la permisibilidad de dicho artículo 1323 prevalente pues, frente a cualquier normativa que se pretenda sobreponer con carácter imperativo, carácter que, a todas luces no es predicable, sobre el particular, a la que así se contiene en el Título 3.º del Libro IV, en torno al régimen económico matrimonial del código civil.

**No puede entenderse que la cesión de derechos del marido a la mujer implica una auténtica donación.**—En caso alguno puede entenderse —como hizo el Juzgado de Primera Instancia— que la cesión o reconocimiento de derechos del marido en favor de su esposa, implica una auténtica donación y que, por tanto, la inobservancia de la forma hace decaer la misma, pues la adjudicación controvertida ha de contemplarse, en su evolución al socaire de la jurisprudencia de intereses, dentro de la complejidad de operaciones inherentes a la separación de hecho que en origen se consumó en el documento privado de 6 de marzo de 1985, pues, bien consecuente es, explicarse aquél reconocimiento/cesión en un conjunto de adjudicaciones duales de carácter sinalagmático, explicativo de ese reconocimiento y cesión de derechos entre ambos consortes. (STS de 19 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Un matrimonio decide regular los términos de su separación de hecho en un documento privado en el que, además de comprometerse a otorgar en el futuro capitulaciones matrimoniales, se adjudica a la esposa una vivienda que figuraba inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre del marido. En la posterior escritura de capitulaciones no se menciona la vivienda en cuestión, aunque sí se inserta una cláusula general por la que los bienes inscritos a nombre de uno de los cónyuges, pasarán a ser de su propiedad. La esposa interpone acción declarativa de dominio, que es desestimada por la sentencia de instancia, y admitida por la de apelación. El marido interpone el recurso de casación, que es desestimado.



NOTA.—La sentencia acierta en su decisión, pero no aclara suficientemente la argumentación jurídica que le lleva a adoptar el fallo. Frente a terceros, no parece posible que un pacto como el estudiado pudiera tener efectos, pues se trata de una suerte de «disolución parcial» de la sociedad de gananciales, que carece de los mínimos requisitos de publicidad. Ahora bien, entre cónyuges nada cabe oponer a la validez del pacto, pues se hace al amparo del artículo 1323 CC, que permite a los cónyuges realizar entre sí toda clase de contratos. En el caso analizado, el pacto tiene una estructura mixta, pues en parte es contrato, al establecer adjudicaciones presentes de determinados bienes, pero en parte es precontrato, pues establece la obligación de celebrar futuro contrato, el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales. (*M. C. B.*)

**60. Liquidación y adjudicación de bienes gananciales. Los fallos judiciales no pueden supeditarse a la realización de pruebas en fase de ejecución de sentencia, durante la cual no pueden modificarse ni variarse.**—No es fácil encontrar una sentencia tan opuesta a los mandatos que para su confección contiene el artículo 359 LEC. Si la misma ha ordenado que se incluya en el inventario el contravalor de la parcela en virtud de lo dispuesto en el artículo 1397.2.º CC es porque estaba segura de que la enajenación de la misma se había realizado ilegal o fraudulentamente. Pero esto es contradictorio a continuación por la propia sentencia, con la salvedad que constituye el sustento de este motivo. Tal salvedad indica claramente que la Audiencia no está segura de aquella ilegalidad o fraudulentencia, por lo que no debió, en consecuencia, hacer ninguna declaración sobre el particular, si en Autos no se probó por quien lo afirmaba (la actora) que la venta de la parcela se ejecutó por el recurrente sin contar con su consentimiento expreso o tácito (art. 1214 CC). Por otra parte, la declaración de la Audiencia pugna con el principio general que presume siempre la buena fe en el obrar humano salvo prueba en contrario, porque presume que el recurrente obró ilegal o fraudulentamente, salvo que pruebe (precisamente él y no la parte contraria) que obró legalmente. En fin, es completamente erróneo que se haga un pronunciamiento condenatorio en el fallo, admitiendo en ejecución de sentencia su posible revocación mediante la realización de pruebas que inexcusablemente han de practicarse dentro del período que al efecto establece la ley. Los fallos se ejecutan, pero no pueden variarse ni modificarse en esa fase procesal, hasta el punto de que si así sucediese se casaría la resolución judicial (art. 1687.3.º LEC).

**En el recurso de casación no pueden introducirse nuevas pretensiones para evitar el quebrantamiento de los principios de contradicción y preclusión y para no producir indefensión a la contraparte.**—Negar gananciales a la ex-esposa porque, según el recurrente, hubiese abandonado el hogar conyugal diez años antes de la sentencia de divorcio (instado a solicitud suya), es una petición que se formula extemporáneamente en este recurso, pues no se hizo en los escritos expositivos del pleito, y es harto reiterada la doctrina de esta Sala de que en el recurso de casación no pueden introducirse para que se resuelvan pretensiones que no lo fueron en aquella fase procedimental, para no quebrantar los principios procesales de contradicción y preclusión ni producir indefensión a la parte contraria. (**STS de 2 de diciembre de 1997**; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Cuatro años después de recaída la sentencia de divorcio, la ex-esposa demanda al ex-marido para que se proceda a inventariar, liquidar y adjudicar los bienes que integraban la sociedad de gananciales. La demanda es desestimada en primera instancia y par-

cialmente admitida en apelación, en cuya instancia se declara el carácter ganancial de una parcela, si bien se condiciona el fallo a que el demandado aporte posteriormente pruebas de que la vendió con el consentimiento de la esposa. El ex-marido interpone el recurso de casación, que es estimado en parte. (L. F. R. S.)

**61. Acción de reclamación de paternidad. Interpretación del artículo 135 CC y alcance de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica.**—En orden a la interpretación del artículo 135 CC, es doctrina reiterada y uniforme de esta Sala que se admiten dos clases de pruebas acreditativas de la filiación: las directas, entre las que figura la heredobiológica o antropomórfica, y las indirectas o presuntivas, como indiciarias de la cohabitación sexual necesaria y suficiente para la procreación, de la que el citado precepto hace una enumeración abierta o *ad exemplum*, para conceder en su último inciso la facultad de poner en juego lo dispuesto en el artículo 4.1 CC, en orden a permitir que se tomen en consideración «otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo» (SS de 8 de julio de 1986; 10 y 27 de junio y 14 de noviembre de 1987; 26 de mayo y 7 de diciembre de 1988; 5 de abril y 20 de julio de 1990; 5 de octubre de 1992; 29 de marzo y 20 de octubre de 1993; 16 de julio de 1994). Y también es jurisprudencia reiterada, pacífica y consolidada, respecto al modo cómo debe interpretarse y valorarse la negativa injustificada de los litigantes a someterse a la prueba directa del análisis de los grupos sanguíneos (ver S de 4 de julio de 1996), la recogida por ambas sentencias de instancia, pues, partiendo del hecho científicamente comprobado, de que tal prueba biológica determina con absoluta seguridad una delimitación negativa de la paternidad, o una probabilidad positiva de hasta del 99,8 por 100, la posición obstruccionista o, como aquí ocurre, la negativa a someterse a ella en el último momento, cuando hasta entonces (después de practicadas el resto de las pruebas) se admitía, si no es equiparable a una *facta confessio*, dado que la Ley así no lo declara, constituye un indicio cualificado que, en unión de otros medios probatorios (véanse los consignados en el primer fundamento de esta sentencia), debe conducir a declarar la existencia de la paternidad cuestionada, máxime si se tienen en cuenta los intereses constitucionales en juego, ocurriendo que cuando unas y otras pruebas, cuya apreciación y valoración corresponde al Tribunal de instancia, se presentan con plena lógica, no les alcanza la censura casacional (SS de 18 de febrero, 17 de marzo y 17 de junio de 1992; 18 de mayo de 1993; 16 de julio de 1994; y 8 de mayo de 1995). (STS de 12 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Tanto la sentencia de instancia como la de apelación son conformes de toda conformidad, declarando que el demandado es el padre de la actora, que ejercita acción de reclamación de paternidad. El demandado-condenado recurre en casación, recurso que es desestimado. (L. F. R. S.)

**62. Acción de reclamación de paternidad. La negativa del demandado a someterse a la prueba biológica no es suficiente por sí sola para determinar la filiación, sino que debe ir unida a la existencia de otras pruebas que convenzan de ésta al juzgador.**—La negativa a la prueba biológica no es una *facta confessio* de quien rehúsa someterse a la misma, sino una importante presunción de la maternidad o paternidad, que solamente se atribuirán judicialmente cuando, junto a ella, haya una prueba bastante que, apoyando la presunción, demuestre la existencia de relaciones, en el momento de la concepción, de las

partes en el litigio, y es lo cierto que, como anteriormente se ha dicho, la resolución recurrida, valorando la prueba, llega a la conclusión de la inexistencia de las mismas, extremo este fáctico que ni siquiera se ha intentado combatir, por lo que debe reputarse válida en esta vía de la casación. (STS de 19 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—La recurrente en casación había demandado a un señor, reclamando la determinación de la filiación paterna extramatrimonial de su hijo. El demandado se negó a someterse a la realización de la prueba biológica, pese a lo cual, al no verificarse otras pruebas de la relación existente entre ambos adultos, se desestimaron tanto la demanda que originó el proceso como el posterior recurso de apelación interpuesto por la actora. El TS confirma la sentencia de apelación. (M. C. B.)

**63. Acción de reclamación de paternidad. Alcance del principio de presunción de inocencia.**—En relación con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, proclamado en el apartado 2 del artículo 24 CE, es de decir, siguiendo la doctrina jurisprudencial emanada de esta Sala, de la que son exponentes, entre otras las SS de 30 de octubre de 1991 y 20 de diciembre de 1994, que semejante principio tiene como exclusivo alcance y efecto la no posibilidad de condenar sin darse pruebas eficientes para hacerlo, pero en manera impide que la condena se produzca en el caso que se aprecien aspectos probatorios, puesto que la mentada presunción implica que el acusado —en cualquier ámbito jurídico en que lo sea— no está obligado a probar su inocencia, pero deja de desplegar su presuntiva cobertura protectora a partir del momento en que, en cuanto presunción *iuris tantum* que es, aparece probada la culpabilidad del acusado en cuestión.

**Interpretación del artículo 135 CC. Se establecen criterios amplios para que el Tribunal llegue al convencimiento de la paternidad del demandado.**—Por lo que respecta a la infracción del artículo 135 CC, la interpretación del mismo a la luz de la más reciente jurisprudencia de la Sala, vino a quedar compendiada en la doctrina recogida en la sentencia de 5 de abril de 1990, que declaró cuanto sigue: «Tras la reforma de los preceptos del código civil relativos a la filiación por la Ley de 13 de mayo de 1981 y en fiel concordancia con los principios sentados al efecto por la vigente Constitución española, se ha consolidado ya una conocida línea jurisprudencial, claramente superadora de anteriores actitudes restrictivas y formalistas, que proclama con acentuada unanimidad que los actuales artículos 127 y 135 CC establecen y propician una amplia gama de procedimientos para llegar a conocer la realidad genética, permitiendo que los Tribunales utilicen al efecto cualquier sistema de los previstos por la razón humana, en consonancia con la realidad sociológica y la época en que aquellas relaciones se produjeron, así como con la realidad social en que han de ser aplicadas esas normas de tan amplio espectro inquisitivo, atendiendo, fundamentalmente, al espíritu y finalidad de éstas, que no es otra que la defensa de los intereses prioritarios de los hijos. Tal principio de libertad en la práctica de las pruebas y de razonable apreciación y valoración de las mismas por el juzgador tiende, en definitiva, a buscar el principio de verdad material en el proceso, para lo cual, resulta decisivo el último inciso del citado artículo 135, que alude a «otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo», frase que, sin duda, remita a pruebas indirectas que son de especial significación cuando no se dan los hechos base que específicamente menciona aquel precepto (reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado y convivencia con la madre en la época de la concepción)».

**Significación de la prohibición de la *reformatio in peius*.**—El principio de *reformatio in peius* significa, en definitiva, la prohibición de dictar contra el apelante, siendo único, un pronunciamiento que le sea más perjudicial que el contenido en la sentencia apelada, por ello, resulta ineludible la certeza y seguridad de que de la comparación entre los respectivos fallos de las sentencias se desprenda de manera inequívoca una situación agravada en la condena primeramente impuesta, lo cual, no acontece aquí, toda vez que no existe prueba alguna practicada acerca de los ingresos correspondientes al demandado-actual recurrente, y en este aspecto, la cuantía mensual de los mismos resultaría determinante para poder comprobar, automáticamente, si con arreglo al porcentaje del 15 por 100, la pensión a satisfacer sería inferior, igual o superior a la señalada en 30.000 pesetas. (STS de 17 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Tanto la sentencia de instancia como la de apelación, declaran probado que el demandado en un juicio declarativo sobre determinación de filiación no matrimonial de un menor de edad, es el padre del niño. La sentencia de instancia condena al demandado a pagar un porcentaje de sus ingresos en concepto de alimentos, porcentaje que es sustituido en apelación por una cantidad fija que el demandado-condenado estima más gravosa que la anterior. A continuación impone el recurso de casación, que es desestimado. (L. F. R. S.)

**64. Acción de reclamación de paternidad. Realización y valoración de la prueba biológica para determinarla. La prueba pericial ha de apreciarse y valorarse por el juzgador de instancia, a cuyo criterio debe estarse en vía casacional.**—Respecto de la denunciada vulneración del artículo 632 LEC, ha de tenerse en cuenta la reiterada doctrina de esta Sala de que la apreciación y valoración de la prueba pericial es función privativa de los juzgadores de instancia, a cuyo criterio debe estarse, ya que sujeto su proceso de valoración a las reglas de la sana crítica y no constatadas éstas en normas legales preestablecidas, tal criterio valorativo no puede ser sometido a revisión casacional, salvo que el mismo llegue a un resultado totalmente ilógico e irracional.

**La prueba biológica de paternidad constituye una prueba directa, si bien no plena y absoluta, a la que debe atribuírsele valor de casi total aproximación a la verdad.**—Dice la sentencia de 20 de mayo de 1991 que «la probanza biológica de la paternidad, que autoriza el artículo 39.2 CE y 127 CC, en relación con el 135, constituye una prueba directa, pero no plena y absoluta, no obstante ha de atribuírsele valor de casi total aproximación a la verdad, sobre todo, cuando sucede, como en la presente controversia, que dicho informe pericial ha sido emitido por un órgano técnico oficial, dotado de medio y eficacia, para su elaboración más exacta, cual es el Instituto Nacional de Toxicología, dependiente del Ministerio de Justicia —artículo 5.4 del Real Decreto de 11 de enero de 1991, por el que se determina la estructura orgánica del Ministerio de Justicia, y artículo 505 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—». (STS de 26 de septiembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante en el proceso de instancia ejercita una acción de reclamación de paternidad de un niño, que ofrece como resultado la declaración de su paternidad, pese a no haber podido practicarse por causas no imputables al demandante ni al órgano la prueba biológica por aquél solicitada. Recurrida la sentencia del Juzgado competente por la demandada, se practica la prueba biológica en cuestión

para determinar la filiación del hijo, prueba que resulta positiva, por lo que la sentencia de apelación confirma la de instancia. La demandada recurre en casación denunciando una infracción formal del dictamen pericial, recurso que resulta ser desestimado. (*L. F. R. S.*)

**65. Acción de impugnación de paternidad. La ostentación de hecho de la guarda y custodia de un menor, sin constituir su tutela, no atribuye a quien la ostenta la condición de representante legal del mismo.**—En el aspecto de la legitimación que propugna el recurrente en punto a su necesaria intervención en el expediente, no tiene fundamento alguno la argumentación concerniente a que la tramitación de aquél, con el consecuente reconocimiento de la paternidad del menor, le privó de la posibilidad de ejercer el cargo de tutor para el que fue designado, y ello, porque tal «privación», en su caso, sólo al recurrente cabría imputar, pues si su hermana, en la cláusula segunda de su testamento, le designó como tutor de su hijo «para el caso de que se viese sometido a tutela», es claro que, a tenor del artículo 229 CC, se encontraba facultado para haber promovido la constitución de la tutela correspondiente a su sobrino, lo que no efectuó, ya que es hecho acreditado en las sentencias de instancia la no constancia de haberse constituido la tutela, y de aquí, la imposibilidad de atribuirle la calidad de «representante legal» del menor, con lo cual, en la relación existente entre tío-sobrino, la única condición que puede reconocerse al primero es la de ostentar de hecho la guarda y custodia del segundo, haciéndose cargo del cuidado, atención y educación del mismo, pero sólo en un sentido eminente y puramente fáctico.

**La ostentación de hecho de la guarda y custodia de un menor, al no suponer su representación legal, no legitima a quien la ostenta para invocar un «interés legítimo» ni la condición de interesado en el expediente de reclamación de la paternidad del menor por un tercero.**—Aun cuando la condición fáctica atribuida al Sr. F. de M., se interpretase en un sentido amplio en sus efectos y consecuencias, es indudable que, en ningún caso, permitiría configurarla o equipararla a un supuesto de representación legal, de manera, que la intervención del tan repetido señor en cualquier actuación judicial e, incluso, extrajudicial, que afectase al menor, debiese ser considerada como esencial y necesaria y presupuesto ineludible de su validez y eficacia, pero al no ser esto así, resulta evidente la imposibilidad de conferirle la posesión del «interés legítimo» que preconizan los artículos 346 y 349 del Reglamento del Registro Civil en punto a intervención en el expediente cuestionado y ser parte y oído en el mismo, ya que la atribución de la condición fáctica referida, está bien lejos de la posibilidad de considerarle afectado directamente en su «estado, bienes o derechos» por la incoación y tramitación del expediente tendente al reconocimiento de la paternidad del Sr. Durán Segorb en relación con su sobrino menor de edad. (**STS de 9 de octubre de 1997**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Tras la muerte de su hermana, el recurrente había venido ejerciendo de hecho la guarda y custodia de su sobrino, aunque no había constituido su tutela legalmente. Sus pretensiones se basan en que se le reconozca portador de un interés legítimo para oponerse a un expediente de reclamación de paternidad del sobrino en el que se determinó la filiación paterna de éste. Tanto la sentencia dictada por el Juzgado en Primera Instancia, como la posterior recaída en el recurso de apelación desestiman las pretensiones del demandante, que recurre en casación, instancia en la que el TS desestima el recurso interpuesto y confirma la sentencia recurrida. (*L. F. R. S.*)

## DERECHO DE SUCESIONES

**66. Sustituciones fideicomisarias en cadena. Interpretación del testamento. La voluntad real del testador es la del momento en que emitió su declaración.**—Siendo el testamento un negocio jurídico *mortis causa*, que se perfecciona con la emisión de voluntad del testador y despliega su eficacia en el momento de la muerte, la voluntad real del testador es la del momento en que emitió su declaración, es decir, de cuando otorgó el testamento; tras este momento, pudo haber cambio de circunstancias, pero el testador siempre puede revocarlo y otorgar nuevo testamento hasta el instante mismo de su muerte. El testamento no puede recoger una voluntad del testador que sea posterior a su otorgamiento; y pensar en su voluntad real, por unos hechos posteriores a la muerte del testador, es ya caer en el absurdo.

**La función de interpretar el testamento es del Tribunal de instancia, no revisable en casación a no ser que sea ilógica, absurda o contraria a Ley.**—Ha dicho con abrumadora reiteración la jurisprudencia de esta Sala que la función de interpretar el testamento es del Tribunal de instancia, no revisable en casación a no ser que sea ilógica, absurda o contraria a Ley: así, SS, entre otras muchísimas, de 26 de julio, 20 de septiembre y 6 de octubre de 1994, 31 de diciembre de 1996 y 30 de enero de 1997; esta última dice (fundamento 2.º, párrafo 2.º): *es abrumadora la jurisprudencia acerca de que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al juzgador de instancia; así es (SS de 5 de junio de 1978; 8 de febrero de 1980; 8 de junio de 1982; 29 de febrero y 9 de marzo de 1984; 29 de enero de 1985) y esa facultad soberana del Tribunal de instancia sólo tiene acceso a la casación de modo excepcional (S de 25 de abril de 1963), contiene un «muy manifiesto error» (SS de 11 de julio de 1964 y 18 de diciembre de 1965) es «desorbitada» (S de 19 de noviembre de 1964) o patentiza ese manifiesto error (SS de 10 de junio de 1964; 31 de marzo y 18 de diciembre de 1965) ya que en otro caso prevalece la interpretación de la instancia (SS de 30 de abril de 1981 y 17 de mayo de 1988).*

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

**La interpretación de la voluntad del testador no puede depender de hechos intrascendentes para formar aquella voluntad.**—La calificación que hace esta Sala de absurda, ilógica y contraria al artículo 675 CC la interpretación que hacen las sentencias de instancia se debe a que pretende averiguar la voluntad real del testador, en la fecha del testamento y de su muerte, por hechos que habrían sucedido antes del testamento (separación de hecho) que conoció el testador o después (divorcio) que son intrascendentes para formar aquella voluntad. (STS de 29 de diciembre de 1997; ha lugar.)

**HECHOS.**—El testador establece una serie de sustituciones fideicomisarias, en las que se concede el usufructo vitalicio de su patrimo-

nio hasta el último fideicomisario, con el siguiente orden: en primer lugar, su esposa; en segundo lugar, un señor al que había acogido como su propio hijo; en tercer lugar, a la esposa de éste, a la que designa con nombre y apellidos; en cuarto lugar, a la descendencia legítima de este último patrimonio y, en su ausencia, a su propia alma. Sin embargo, estos últimos cónyuges se separan de hecho en vida del testador que no cambia su testamento, y llegan a divorciarse años después de su muerte. El ex-marido contrae nuevo matrimonio del que nacen dos hijos. Llegado el momento en que la primera esposa accede a la herencia por muerte de su ex-marido, uno de los hijos de éste la demanda para que restituya los bienes de que ha entrado en posesión, alegando que el fideicomitente no la habría instituido de haber conocido el divorcio que se produjo y la existencia de descendencia con su segunda esposa. Tanto la sentencia de instancia, como la de apelación, admiten la demanda, pero son recurridas en casación por la primera esposa, instancia en la que se estima el recurso. (M. C. B.)

**67. Acción de petición de herencia. El consentimiento en el reconocimiento del hijo según la DT 5.<sup>a</sup> de la Ley de 13 de mayo de 1981 y el artículo 123 CC. Este consentimiento no se entiende producido por el ejercicio de la acción de petición de herencia.**—Es esta DT 5.<sup>a</sup>, de la Ley la que encauza la materia al permitir ese reconocimiento sobre quien en la precedente legislación no podía reconocerse por la sanción discriminatoria superada por la supranorma comunitaria; mas habrá de respetarse lo en aquella preceptuado, y así se establece que ese reconocimiento de un hijo, ilegítimo no natural según la legislación anterior surtirá todos sus efectos «siempre que resulten ya cumplidos los requisitos que esta ley —la de 13 de mayo de 1981— exige» y que, en el caso de Autos se contienen en lo dispuesto en el artículo 123 CC, es decir, que el reconocimiento del hijo mayor de edad, no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito.

e) Que ese reconocimiento en escritura pública de 21 de enero de 1958, está disociado del citado consentimiento es evidente, por cuanto si bien la Transitoria habilita la aptitud de todo hijo «ilegítimo no natural» para recibir los efectos del acto de aceptación de paternidad de su progenitor al abolirse la normativa discriminatoria, se repite, para que se integre formalmente ese reconocimiento y surta la plenitud de efectos, se precisa ese consentimiento o acto voluntario que, en caso alguno, como entiende la Sala *a quo* se embebe en el mismo planteamiento de la acción, porque, según el *petitum* transcrito, esa voluntad del actor se encamina no a *consentir* su reconocimiento sino a que se le reconozcan los derechos sucesorios derivados.

f) Se refuerza lo anterior, porque si el estado civil que, en el sentir del actor, causa su *ratio petendi*, no puede olvidarse que el mismo proviene de aquel «reconocimiento en escritura pública», y que además no está inscrito en el Registro civil, por lo que la sanción del artículo 120 CC, es ineludible, es decir, dicha filiación no matrimonial, sólo quedará determinada legalmente, o por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público, por resolución recaída en expediente ante el Registro civil o por sentencia firme; vías todas que requieren una petición expresa del interesado con la observancia de citado artículo 123, bien a través de inscripción fuera de plazo en el Registro civil con la observancia del apartado III de la Circular de 2 de junio de 1981, o bien mediante sentencia judicial tras la acción correspondiente como

paso previo para su posterior inscripción registral; y así conforme al artículo 49 de la Ley de Registro Civil, el 187 de su Reglamento prescribe terminantemente: «No se puede inscribir el reconocimiento de un hijo mayor de edad sin su consentimiento expreso o tácito. La existencia de este último podrá comprobarse en expediente gubernativo. En conclusión, como no se ha formulado expresamente, esta petición de estado civil, ni ha precedido, en su caso, el cauce registral, no es posible acceder a lo solicitado». (STS de 15 de octubre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—El hijo no matrimonial de un señor que lo había reconocido en escritura pública no inscrita en el Registro civil, con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, reclama su parte en el haber hereditario de su padre, demandando a la nuera y nieta del mismo, al haber fallecido ya el hijo matrimonial del causante. El TS acoge el recurso de casación interpuesto por ambas mujeres contra la sentencia de apelación, dado que el peticionario de la herencia no había consentido en el reconocimiento que se efectuó en escritura pública, y el recurso es estimado. (M. C. B.)

## DERECHO MERCANTIL

**68. Propiedad industrial e intelectual. La ley aplicable es la vigente al constituirse el proceso, y no las que puedan haber entrado en vigor durante la tramitación del mismo.**—La Ley de Marcas de 1988 entró en vigor, en virtud de su DF 1.ª, el 12 de mayo de 1989, por lo que no es aplicable a ninguna de las situaciones y relaciones jurídicas que constituyen el objeto del proceso al que se contrae este recurso, porque, como ha declarado esta Sala en S de 16 de junio de 1993, refiriéndose a esta Ley de Marcas, «la demanda da lugar al nacimiento del proceso delimitando su objeto, sin que éste haya de verse afectado (*lite pende nihil innovetur*) por modificaciones legislativas que se produzcan durante su tramitación, pues el transcurso del tiempo necesario para que éste concluya y se dicte sentencia no debe alterar la situación inicial, salvo casos de retroactividad de grado máximo, hoy de muy dudosa constitucionalidad», agregando a continuación que la DT 2.ª de la Ley de Marcas «sólo establece una retroactividad de grado mínimo al referirse a los efectos que se produzcan posteriormente a su entrada en vigor, pero no a los derechos ya consumados». En sentido coincidente se pronuncia también la S de 12 de noviembre de 1993. No es, por tanto, al momento de dictar sentencia al que hay que estar para determinar la ley aplicable, como pretende el recurrente. El artículo 2.3 CC proclama el principio de irretroactividad de las leyes, por lo que si la ley nueva no dispone lo contrario, no tendrá efecto retroactivo, lo que significa que no es de aplicación a los hechos o actos producidos durante la vigencia de la norma antigua, como acontece en este caso.

**Una sola sentencia no constituye jurisprudencia.**—El artículo 1.6 CC, al disponer que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico, considera tal a la doctrina que, de modo reiterado, establezca el TS al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, por lo que, para poder fundar el motivo de casación en la infracción de la jurisprudencia, es indispensable, como con insistencia viene declarando esta Sala (SS de 7 de mayo, 14 de junio, 15 de octubre y 31 de diciembre, todas de 1996, por citar algunas de las



más recientes), la cita de dos o más sentencias que resuelvan cuestiones análogas y siempre que la tesis sustentada constituya fundamento del fallo o *ratio decidendi*, y no un mero *obiter dictum*.

**Efectos frente a terceros del contrato de transmisión de derechos.**—Cuando, como en este caso, se transmiten ciertos derechos que, como consecuencia de un negocio anterior celebrado por el mismo transmitente con otros sujetos de derecho, se encuentran ya limitados, la segunda transmisión opera con las limitaciones derivadas del primer contrato por aplicación del principio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, de tal manera que el contratante posterior sólo podrá adquirir lo que se le pudo transmitir, proyectándose de este modo los efectos del contrato con anterioridad. El primer contrato de transmisión de determinados derechos repercute en el segundo, pero no en el sentido de crear obligaciones para las partes que intervienen en este último, sino sólo respecto al contenido de los derechos recibidos y al momento en que el adquirente podrá ejercitar los derechos, efecto éste que, conforme a la doctrina jurisprudencial citada, no contraviene lo dispuesto en el artículo 1257, y menos en el supuesto litigioso, cuando la limitación de los derechos transmitidos era conocida por la entidad adquirente en virtud de contrato posterior.

**Los brocardos o aforismos no son fuente del Derecho.**—Un aforismo jurídico no constituye fuente del derecho, ni el invocado en particular puede entenderse comprendido entre los principios generales del derecho (art. 1.4 CC), puesto que si bien tales principios a veces se formulan como aforismos jurídicos o reglas jurídicas, unos y otras, en la mayoría de los casos, no son la expresión de principios generales del derecho entendidos como los principios básicos del derecho legislado o consuetudinario o de la ciencia jurídica. (STS de 29 de septiembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Un empresario societario que había sucedido a otro, demanda a otras dos sociedades que habían suscrito un contrato para la explotación de una serie de elementos y ordenadores cuya titularidad ostentaba la sociedad sustituida por la primera. Esta última, que era conocedora del contrato mencionado, demanda a las dos sociedades titulares de los derechos de explotación, por violación del derecho de marcas. Tanto la sentencia de instancia, como la de apelación desestiman la demanda en todos sus pedimentos salvo en uno, que queda firme. La sociedad sucesora interpone recurso de casación, que es desestimado. (M. C. B.)

**69. Seguro de daños. Principio de congruencia de la sentencia.**—Esta decisión es, ciertamente, congruente con las pretensiones deducidas por las partes porque para ello, como ha declarado esta Sala en numerosas ocasiones, los fallos no es necesario que se ajusten estrictamente a los términos literales en que las partes hayan fundado su pedimentos; basta con resolver en lo sustancial la cuestión litigiosa dentro de los límites del debate de acuerdo con las pretensiones de las partes siempre que se observe absoluto respeto para los hechos que son los únicos elementos que pertenecen a la exclusiva disposición de las partes, si bien con la facultad del juzgador de fijar los alegados de modo definitivo, según el resultado de las pruebas (SS de 30 de junio de 1983, 13 de diciembre de 1985, 10 de junio de 1988, 8 de octubre de 1992, 15 de marzo y 24 de junio de 1993, entre otras).

**La doctrina de los actos propios no puede oponerse a los hechos declarados probados por la sentencia impugnada en casación.**—Lo manifestado en contra de esta declaración de hecho, no puede considerarse comprendido dentro de la doctrina de los actos propios, que exige que éstos han de vincular a su autor y para ello han de ser inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor (SS de 27 de julio y 5 de noviembre de 1987, 15 de junio de 1989, 18 de enero de 1990, 4 de junio de 1992, 12 de abril de 1993, 31 de enero y 30 de octubre de 1995 y 16 de febrero de 1996, entre otras). Estas circunstancias no concurren en este caso, dado que la doctrina de los llamados actos propios no puede oponerse a los hechos declarados probados por la sentencia impugnada después de apreciar conjuntamente las pruebas practicadas y establecer sus propias conclusiones fácticas.

**La declaración de caducidad de la acción de impugnación ejercitada por la parte actora no impide al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la determinación y fijación del dictamen del perito dirimente.**—La declaración de caducidad de la acción de impugnación ejercitada por la parte actora, no impide al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la determinación y fijación del dictamen del perito dirimente, que es lo que hace la sentencia de la Audiencia, por no ser del todo correcto dicho dictamen, emitido en el expediente de jurisdicción voluntaria, todo ello a fin de dar respuesta a la pretensión deducida por el demandado, ahora recurrente, en su demanda reconvenzional, en la que pidió se condene a la demandante al pago de la valoración efectuada por el perito dirimente.

**Imprudencia del abono del recargo del 20 por 100 anual de la indemnización por retraso en el pago de la misma, cuando la demora no es injustificada.**—Según también doctrina jurisprudencial, el recargo o incremento del 20 por 100 anual que establece el artículo 20 LCS, es una especie de multa penitencial que sólo puede exigirse cuando el impago de la indemnización correspondiente dentro del plazo de tres meses de la producción del siniestro, obedezca a causa no justificada o que fuera imputable al asegurador, habiéndose considerado también como una cláusula penal con tratamiento específico, o como un medio legal para evitar la morosidad injustificada en la liquidación y pago de un siniestro previamente asegurado (SS de 27 de septiembre, 10 de octubre, 4 y 15 de noviembre y 5 de diciembre, todas del año 1996, por citar sólo las más recientes).

**El plazo de treinta días para la impugnación por el asegurador del dictamen pericial establecido en el artículo 38.7 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, es un plazo de caducidad y no de prescripción.**—El plazo de 30 días establecido en el artículo 38, párrafo séptimo, de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, para que el asegurador pueda impugnar judicialmente el dictamen pericial emitido en acto de jurisdicción voluntaria, es desde luego un plazo de caducidad y no de prescripción, que no admite interrupción, de tal manera que el tiempo transcurre inexorablemente, y el poder o facultad que se atribuye al asegurador para impugnarlo, si no se ejercita dentro de plazo, queda extinguido *ipso iure*. (STS de 26 de septiembre de 1997; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Producido el incendio de una discoteca que estaba asegurada contra estos acontecimientos, asegurador y asegurado acuerdan designar un perito para que tase los daños producidos. Al no estar conforme la compañía aseguradora con el dictamen pericial, lo recurre en primera instancia, obteniendo un fallo parcialmente favorable. Ambas partes

apelaron la sentencia y ambas partes también interponen contra la sentencia de apelación el recurso de casación, que se desestima. (L. F. R. S.)

**70. Contrato de seguro. Pago de póliza. Pago de recargo por demora.**—El pago efectuado por la asegurada a su corredor de seguros es un pago liberatorio a tenor del artículo 21 LCS. La aseguradora viene obligada al pago del interés del 20 por 100 anual de recargo, por impago indebido de la indemnización al asegurado, a partir de la fecha de la sentencia del TS, momento en el cual la sentencia recurrida deviene firme. Esto se deduce del artículo 20 LCS, con independencia de que el clausulado de la póliza reproduzca tal exigencia legal. (STS de 10 de noviembre de 1997; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Una compañía mercantil suscribió con una entidad aseguradora una póliza flotante de seguro. La compañía mercantil, que resulta siniestrada, procede al pago de las primas pendientes a través de una transferencia a su corredor de seguros, si bien esta cantidad no llega a poder de la aseguradora. La compañía mercantil demanda a la aseguradora para el pago de la correspondiente indemnización. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia de instancia. El TS casa parcialmente la sentencia de la Audiencia. (P. C. A.)

**71. Compraventa con tarjeta de crédito. El artículo 1967.4 CC no resulta aplicable al supuesto litigioso.**—Según el precepto invocado como infringido por el transcurso de tres años, prescriben las acciones para el cumplimiento de las acciones... 4.º La de abonar... a los mercaderes el precio de los géneros vendidos a otros que no lo sean, o que, siéndolo, se dediquen a distinto tráfico.

Aun entendiendo que la palabra mercader equivalga a comerciante y que éste pueda ser individual o social y que la sociedad dedicada a transportes es de distinto tráfico, es lo cierto que en el presente caso estamos, no ante una reclamación derivada propiamente de una venta de géneros, sino ante una reclamación que tiene su origen en un contrato de crédito; el que concede *Caesser a Transportes Portugal*, anticipando el gasoil o gasolina, que se paga por cuenta corriente y a tal figura contractual no le es aplicable el artículo 1967.4 CC, que tiene un ámbito distinto.

Además, la alegación de prescripción comporta para quien la opone demostrar cuál es el día inicial del cómputo del plazo (cualquiera que sea el aplicable) y se da la circunstancia que tras la presentación de la demanda, el actor reduce en un millón la cuantía de su reclamación, hecho que la propia demandada pone de relieve en su contestación y siendo esto así, es evidente que el plazo fue interrumpido y no ha acreditado la demandada el día del pago a cuenta, por lo que su alegada prescripción no puede prosperar.

La prescripción, por lo demás, instituto jurídico cuya finalidad es dar seguridad a las relaciones jurídicas, debe aplicarse muy restrictivamente, tras la demostración cumplida de concurrir todos sus requisitos. (STS de 6 de octubre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Una empresa de transportes contrata con una empresa de combustibles una serie de tarjetas de crédito para la compra del mismo. Presentados al pago los cargos correspondientes en la cuenta abierta al efecto, éstos no son atendidos, por lo que la empresa del car-

burante demanda a la transportista. Tanto la S de instancia, como la de apelación, aprecian una excepción de prescripción, que combate la actora en el recurso de casación. (L. F. R. S.)

**72. Comisión mercantil. Requisitos. Culpa extracontractual.**—El contrato por el cual *Ferrovial, S. A.*, recibe instrucciones por parte de *Euzko, S. A.*, de pagar al *Banco Popular*, es un contrato de comisión mercantil. Habida cuenta la amplitud con que el Código de Comercio configura este contrato, cabe incluir en él el presente supuesto, referido a la realización de una actividad que opera al realizarse el encargo de pago asumido. Como quiera que *Ferrovial* no remite las letras que se había comprometido a enviar al *Banco Popular*, incurre en responsabilidad extracontractual frente a éste. (STS de 31 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco Popular* concedió dos préstamos a la mercantil *Euzko, S. A.* Para garantizar el pago, y sin perjuicio de la responsabilidad personal e ilimitada de *Euzko*, ésta se comprometió a entregar al *Banco* cualquier cantidad, letra de cambio o instrumento de pago que recibiera de *Ferrovial*, que era a su vez deudora de *Euzko*. *Euzko* se dirigió a *Ferrovial*, adjuntándole varias letras de cambio a fin de que *Ferrovial* «las endosara al *Banco Popular*, y remitiera a la citada entidad, una vez se encuentren debidamente aceptadas». En cambio, *Ferrovial* entrega las letras a otras entidades bancarias, e incluso a la propia libradora, que las utilizó como medio de pago. El *Banco Popular* interpone demanda contra *Euzko* y *Ferrovial*. El Juzgado de Primera Instancia condena al pago a *Euzko* y absuelve a *Ferrovial*. La Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia de instancia y condena solidariamente al pago a *Ferrovial*. El TS desestima el recurso de casación. (P. C. A.)

**73. Contrato de distribución. Derecho de resarcimiento por la clientela.**—Como tiene establecido esta Sala (SSTS de 22 de marzo de 1988, 27 de mayo de 1993), el distribuidor en exclusiva tiene derecho a indemnización por daños y perjuicios causados, entre los cuales hay que incluir los relativos a la clientela, si la otra parte desiste unilateralmente del contrato sin justa causa. (STS de 15 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Aplicaciones Fitosanitarias, S. A.*, era distribuidora en exclusiva de la empresa *Ici-Zeltia, S. A.* Esta última desiste unilateralmente del contrato de distribución. La distribuidora interpone demanda frente a la referida entidad. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial confirma el fallo de instancia. El TS desestima el recurso interpuesto por la demandada. (P. C. A.)

**74. Responsabilidad civil del Corredor de Comercio por la falsedad de una de las firmas estampadas en una póliza por él intervenida. La dispensa de la necesidad de la presencia física del Corredor en la intervención no le exonera de su obligación de cerciorarse de la autenticidad de las firmas.**—Si bien es cierto que el artículo 33 del Reglamento de Colegios Oficiales de Corredores de Comercio (en la redacción nueva que le dio el Decreto de 5 de diciembre de 1968, al suprimir la expresión «siempre en presencia del corredor», que utilizaba ese mismo precepto en su anterior redacción de 27 de mayo de 1959) no exige expresamente la presencia de los Corredores de Comercio en

el acto de la firma de las pólizas que ellos «intervienen», también lo es que el número 1.º del artículo 95 CCO, con carácter imperativo, impone a los Agentes colegiados la obligación de «asegurarse de la identidad y capacidad legal para contratar de las personas en cuyos negocios intervengan, y, en su caso, de la legitimidad de las firmas de los contratantes». Aunque no se les exija, por el antes referido precepto reglamentario, su presencia en el acto de la firma por los suscribientes de la póliza, ello no exime a los Corredores de Comercio del cumplimiento de la obligación legal e imperativa anteriormente dicha («asegurarse... de la legitimidad de las firmas de los contratantes»), lo cual implica que dicho «aseguramiento» (como sinónimo de convicción) –cuya forma prácticamente única, dicho sea de paso, de inequívoca adquisición es la de presencia física (*de visis et auditis suis sensibus*)– podrá adquirirlo por otros medios (a través de algún dependiente suyo legalmente habilitado, por la confianza que le inspire la entidad bancaria que gestiona la suscripción de la póliza, etc.), pero no le dispensa, ni le libera, en modo alguno del cumplimiento de dicha obligación, máxime cuando la consecuencia esencial de esa legitimidad de las firmas de la póliza que la intervención acredita es la consecución de efectos ejecutivos a la póliza intervenida (número 6.º del artículo 1429 LEC), sin que sea necesario que los firmantes de la póliza reconozcan su firma a la presencia judicial, como ocurre con los documentos privados (número 2.º del citado precepto), ya que la legitimidad de las firmas está cubierta por la fe pública de la «intervención». Por tanto, si alguna de las firmas de la póliza intervenida luego resulta ser falsa (como es el caso que nos ocupa), ello patentiza que el Agente mediador, que realizó la intervención de la misma, actuó con negligencia profesional, al no cumplir adecuadamente (por los medios que él creyera oportunos, sin su presencia física) la ya tantas veces repetida e ineludible obligación legal de «asegurarse... de la legitimidad de las firmas de los contratantes», por lo que, obviamente, ha de responder civilmente de los daños y perjuicios causados con dicha negligencia profesional (art. 1902 CC), ello sin perjuicio de las acciones que le puedan corresponder contra aquéllos (su propio dependiente habilitado, el Banco que gestionó la suscripción de la póliza, etc.) que, ante él y sólo ante él (no frente a terceros), estarían obligados, por la confianza en ellos depositada, a cerciorarse de la legitimidad de las firmas, para que luego él pudiera cumplir su obligación legal de «asegurarse» de ello. De todo lo anteriormente razonado se desprende que la sentencia recurrida, al declarar la responsabilidad civil, compartida con otros, del demandado Agente de Cambio y Bolsa, en funciones de Corredor de Comercio, Sr. O. C., al resultar falsa una de las firmas de la póliza por él intervenida, no ha incurrido (la referida sentencia) en ninguna de las supuestas infracciones legales que se le imputan en este motivo, el cual, por lo tanto, ha de ser desestimado. (STS de 11 de octubre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Un señor, junto con su hermano, falsifica la firma de su esposa en una póliza de préstamo bancario, en virtud de la cual, tras el impago de los correspondientes vencimientos, sale a pública subasta un piso de la propiedad de la esposa. Ésta demanda tanto a los falsificadores, como al Banco, a los adjudicatarios de la finca y al Corredor de Comercio que intervino la póliza. Siendo disconformes las sentencias de instancia y apelación, tanto la actora como el Corredor de Comercio interponen sendos recursos de casación, acumulados en esta sentencia y ambos desestimados. (M. C. B.)

**75. Contrato de remolque marítimo. Responsabilidad por daños.**—Nos encontramos ante el llamado contrato de remolque directo o transporte, en virtud del cual, el remolcador se obliga a desplazar por mar al remolcado, hasta el lugar convenido. Se trata de un contrato atípico. La principal norma existente en la materia es la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, sobre Auxilios y Salvamentos. Se trata de una norma de carácter administrativo, que no resulta aplicable al caso, pues el objeto de la *litis* se centra en dirimir la responsabilidad del remolcado por daños causados al remolcador. Para ello, y a falta de régimen convencional, hay que acudir a las normas generales de responsabilidad contractual. (STS de 15 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Un buque remolcador sufrió diversos daños al remolcar a otro buque. Los daños fueron causados al introducirse en la hélice del primero unas estacas que colgaban del segundo. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda de responsabilidad por daños interpuesta por la entidad propietaria del buque remolcador. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso, revocando la sentencia de instancia. El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad propietaria del buque remolcado. (P. C. A.)

**76. Sociedad Anónima. Acción de impugnación de Junta y acuerdos sociales.**—El requisito establecido en el artículo 99 LSA, de aceptación por unanimidad de los asistentes a celebrar la Junta con carácter de Universal, ha de entenderse también referido a los asuntos sometidos a deliberación de la Junta, como tiene declarado esta Sala (STS de 29 de octubre de 1985), lo que no concurre en el caso de Autos. La Junta tiene el carácter de Junta General Extraordinaria, a la que resultan de aplicación las normas previstas para la Junta Ordinaria, como tiene establecido esta Sala (STS de 21 de octubre de 1994). Procede declarar la nulidad de la Junta y de los acuerdos adoptados, al incumplirse los plazos de preaviso exigidos en el artículo 97.1 de la Ley, y la exigencia de anunciar los asuntos que se van a tratar en la Junta (art. 97.2). En consecuencia, procede declarar la nulidad tanto de la Junta como de los acuerdos adoptados en ella. (STS de 23 de diciembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Don Isidro, y otros accionistas de la mercantil *Almacenes Jurado, S. A.*, interponen demanda a fin de que se declare nula la Junta celebrada por esta entidad, así como los acuerdos de separación y nueva designación de los miembros del Consejo de Administración adoptados en ella. El Juez de Primera Instancia desestima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial confirma parcialmente el fallo de instancia. El TS admite el recurso de casación interpuesto por los demandantes. (P. C. A.)

**77. Sociedad de Responsabilidad Limitada. Acción social de responsabilidad contra socio-administrador.**—La remisión que efectuaba el artículo 11 de la anterior LSRL a lo dispuesto para los Administradores en LSA, implica que para el ejercicio de la acción social de responsabilidad hay que estar a lo prevenido en el artículo 134 LSA. En virtud de este precepto, para el ejercicio de tal acción hace falta el acuerdo de la mayoría. No resulta de aplicación el artículo 13.2 LSRL en relación con el artículo 17 del mismo cuerpo legal, que impediría en este caso la acción de responsabilidad contra el Administrador, por no concurrir en la mayoría la condición cualificada de representar las dos terceras partes

del capital. De entenderse de otro modo, no podría exigírsele responsabilidad al Administrador. (STS de 30 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Los hermanos don José, don Francisco y don Miguel constituyen una sociedad limitada. Don José, socio mayoritario con el 44 por 100 del capital suscrito, figura en los Estatutos sociales como Administrador-Gerente. Ante las desavenencias surgidas entre los socios minoritarios (con el 29 y 27 por 100 del capital suscrito, respectivamente) y don José por el funcionamiento de la sociedad, aquéllos acuerdan su destitución en el cargo en Junta celebrada al efecto, nombrándose a sí mismos Administradores mancomunados. El Juzgado de Primera Instancia admite la demanda interpuesta por don José. La Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia. El TS desestima el recurso de casación interpuesto por don José. (P. C. A.)

**78. Donación de acciones de una sociedad anónima con cláusula de reversión a favor de terceros. El derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE exige la fundamentación de la sentencia.**—El derecho a la tutela judicial efectiva que encarna en el artículo de la Constitución se satisface, según constante doctrina del TC y jurisprudencia de esta Sala, con una resolución fundada en Derecho, lo que se traduce en que las resoluciones judiciales se apoyen en razones que permitan conocer a las partes cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que las han determinado. Ello hace inaceptable la argumentación recurrente, habida cuenta de la extensa fundamentación jurídica de la sentencia, propiciada por la complejidad de las cuestiones suscitadas, en la que se examinan cada una de las razones jurídicas en que se funda el recurso de apelación interpuesto, con profusión de citas legales y jurisprudenciales así como referencias a distintas posiciones doctrinales sobre estas materias.

**La reversión no se extiende a las acciones suscritas por el donatario por derecho de suscripción preferente y con cargo a su propio patrimonio.**—Tal pacto reversional, atendidos, se repite, los términos de la referida escritura pública, ha de limitarse a las repetidas mil novecientas cincuenta y tres acciones y las adquiridas por derecho de suscripción en ampliaciones de capital en que no haya sido necesario hacer desembolso alguno, pero no a aquéllas otras que el donatario gravado de reversión haya adquirido, ejercitando el derecho de suscripción preferente que le asista aun siendo, como en este caso era, nudo propietario y con cargo a su patrimonio privativo; a falta de precepto expreso y de pacto que a ello le obligue, el donatario sujeto a reversión no viene compelido a destinar sus bienes a la adquisición, mediante el ejercicio del derecho de suscripción preferente, de nuevas acciones resultantes de posteriores ampliaciones de capital con destino a incrementar lo donado que ha de ser objeto de la reversión. (STS de 20 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Una señora dona a uno de sus hijos la nuda propiedad de unas acciones y a otro el usufructo vitalicio de las mismas, disponiendo que a la muerte del nudo propietario la nuda propiedad de las acciones pasaría a los hijos del usufructuario. Muerto este último, y consolidado el dominio en el antes nudo propietario, se invierten las acciones en la compra de otras distintas de otras entidades bancarias, en ocasiones, en operaciones sucesivas. Los hijos del antiguo usufructuario reclaman su derecho de reversión, tanto sobre las primitivas

acciones, como sobre las adquiridas a su costa. Su demanda se desestima en primera instancia y en apelación, por lo que interponen el recurso de casación, que también es desestimado. (L. F. R. S.)

**79. Pignoración de imposiciones bancarias a plazo. Ejecución separada en la quiebra.**—Como tiene establecido la Sala (SSTS de 28 de noviembre de 1896, 20 de enero de 1915, 1 de octubre de 1925, de 19 de septiembre de 1987), en las imposiciones bancarias de dinero a plazo fijo no existe un depósito propiamente dicho, sino que el banco deviene propietario de la cantidad, obligándose a restituir el *tantundem* al vencer el plazo. El impositor ostenta un derecho de crédito contra el banco, que puede pignorar. A pesar de la quiebra o suspensión de pagos del impositor, subsiste la pignoración (STS de 26 de junio de 1945). Los créditos pignorados no integran la masa de la quiebra y pueden ser ejecutados separadamente de acuerdo con el artículo 918 CCO. (STS de 7 de octubre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—En 1988, un banco concede a una sociedad mercantil un préstamo de 100 millones de pesetas. Dos meses más tarde, mediante póliza intervenida por Corredor de Comercio, la prestataria pignora en favor del banco dos imposiciones a plazo que había constituido en dicha entidad por valor de 100 millones de pesetas. En julio de 1989, el Juzgado de Primera Instancia de Palma declaró en estado de quiebra voluntaria a la prestataria. Con posterioridad, la Sindicatura de la Quiebra se dirige al banco para que reintegre en la masa activa de la quiebra los 100 millones depositados en las imposiciones a plazo. El Juzgado de Primera Instancia admite la demanda. La Audiencia Provincial confirma la sentencia de instancia. El TS declara haber lugar al recurso interpuesto por el banco.

NOTA.—La presente sentencia marca, junto con la dictada el 19 de abril de 1997, una nueva línea de interpretación en el TS. Hasta la fecha, nuestro Alto Tribunal no reconocía la posibilidad de pignorar el crédito reparatorio del impositor bancario (SSTS de 27 de diciembre de 1985, 18 de julio y 28 de noviembre de 1989). Admitida la pignoración, la doctrina ahora sentada permite la ejecución separada de la prenda. A tales efectos opera compensación, pero el TS matiza que no se trata de una compensación en la quiebra (lo que sigue manteniendo inadmisibles), sino que la compensación tiene lugar por ser la vía de ejecución de la garantía prendaria. (Para un estudio del alcance de la nueva doctrina *vid* Pantaleón, «Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador español», *La Ley*, noviembre 1997, núm. 4421; Fínez, «Comentario a la STS de 19 de abril de 1997», *CCJC*, abril-junio 1997, pp. 933 ss.). (P. C. A.)

**80. Juicio de quiebra. Acumulación de Autos.**—En el caso presente, el problema de acumular los Autos de un juicio declarativo de menor cuantía al juicio universal de quiebra, se resuelve en que en aquél también se sigue acción de reclamación de responsabilidad del Administrador de la empresa quebrada. El impedimento para la acumulación se basa en la exclusión del procedimiento de quiebra de todos aquellos que no hayan sido declarados en tal situación, evitando que su patrimonio se confunda con el del quebrado. No obstante, el ejercicio conjunto de la acción contra el quebrado y la de responsabilidad contra el Adminis-



trador puede llegar a producir fraudes procesales. Para evitar tales efectos, procede la acumulación de Autos. (STS de 4 de diciembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia de Elche, ante el que se siguen los Autos del juicio universal de quiebra voluntaria promovidos por la mercantil *F. A., S. L.*, decretó la acumulación a dicho juicio, entre otros, de los Autos del juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad seguidos contra la empresa quebrada ante el Juzgado de Primera Instancia de Lorca. Este Juzgado denegó la acumulación de Autos solicitada. Ante el TS se plantea cuestión de competencia para dirimir si procede o no la acumulación. (P. C. A.)

## DERECHO PROCESAL

**81. La determinación de costas procesales es susceptible de casación.**—Una obsoleta y ya superada jurisprudencia del TS afirmaba que no era posible el control casacional de la condena en costas efectuada en las instancias. Sin embargo, el TS afirma que la modificación introducida en el artículo 523 LEC por las reformas de las Leyes 34/1984 y 10/1992 ha decantado la situación, dando un giro copernicano hacia el extremo contrario, hasta el punto de permitir, a través del cauce procesal establecido en el artículo 1692.4 de dicha Ley procedimental, el amparo casacional de una posible infracción de las normas relativas a la imposición de las costas procesales, sobre todo teniendo en cuenta la gran utilidad que se puede derivar de una jurisprudencia que afecta a una materia de tanta significación práctica.

**Inicio del devengo de intereses en las resoluciones de condena al pago de cantidades líquidas.**—Cuando la resolución condena al pago de una cantidad líquida, ésta devengará en favor del acreedor desde que aquella fuere dictada en primera instancia hasta que sea totalmente ejecutada. Así, STS de 17 de marzo de 1987. (STS de 16 de octubre de 1997; ha lugar en parte.)

HECHOS.— El día 3 de agosto de 1990 una revista publicó una noticia según la cual el demandante había cerrado sus hoteles en la costa catalana y estaba abriendo otros en Túnez. Interpuesta demanda solicitando que se condenara a los demandados a reparar el daño causado por intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante, el Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el demandante, en el sentido de modificar la cuantía de la indemnización, y de condenar a los demandados al pago de las costas de la primera instancia. Además, parece ser que la sentencia de la Audiencia consideró que el devengo de intereses de esta cuantía empezaba desde que la sentencia de primera instancia fijó su cantidad de condena. El TS estimó un solo motivo del recurso de casación interpuesto por los demandados: casó la imposición de las costas procesales. (J. M. B. S.)

**82. Error judicial.**—La regulación legal de esta figura en los artículos 292 a 297 LOPJ, se centra únicamente en los presupuestos procesales y en la forma que debe observarse a fin de obtener de los Tribunales, en este caso del TS, una declaración de error judicial, base posterior de una demanda de responsabilidad

civil patrimonial contra el Estado, no así en la determinación sustantiva de qué deba entenderse por tal error; laguna ésta que ha venido colmada por la doctrina elaborada por el TS, según la cual: *a)* «incluye equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos, o en la interpretación y aplicación de la Ley, así, cuando el Tribunal parte de unos hechos distintos de aquellos que hubieren sido materia del debate, cuando se aplican unas normas inexistentes o interpretadas y aplicadas fuera de su sentido o alcance, generando una resolución esperpéntica y absurda, que rompe la armonía del orden jurídico»; *b)* que «no comprende, por tanto, el supuesto de un análisis de los hechos y de sus pruebas, ni interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico y que, por ello, sirvan de base a la formación de la convicción psicológica en la que consiste la resolución, cuyo total acierto no entra en el terreno de lo exigible» (SSTS de 31 de enero y 6 de diciembre de 1995, 11 de enero y 6 y 12 de marzo de 1997, entre otras muchas), y *c)* la ruptura de la armonía del orden jurídico y el desorden que ello introduce «origina, en su caso, el deber del Estado de indemnizar sin necesidad de que sea declarada la responsabilidad del juzgador». (STS de 11 de septiembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante, doña María Teresa R. R., había obtenido el derecho a litigar con el beneficio de justicia gratuita en el proceso de separación matrimonial que inició con su esposo. En dicho proceso recayó sentencia de primera instancia, que fue recurrida, decretándose finalmente la separación judicial. Solicitada su ejecución, se acordó citar a las partes para hacer inventario de los bienes, y al no ponerse de acuerdo, se inició un proceso declarativo en el que se dictó sentencia en primera instancia, que fue recurrida por la ahora demandante en casación y confirmada por la Audiencia Provincial de La Coruña, condenándose a ésta al pago de las costas causadas. Aprobada, a pesar de la impugnación de la demandante la tasación de costas del proceso declarativo, se declaró la obligación de ésta de pago de las mismas. Instada su ejecución, se promovió la cuestión incidental de previo y especial pronunciamiento solicitando que se declarara que el derecho de la demandante a litigar gratuitamente contra su esposo se extiende y alcanza al recurso de apelación interpuesto en el proceso declarativo. Contestada la demanda, la Audiencia Provincial de La Coruña la desestimó en sentencia de fecha 9 de octubre de 1995. Contra esta sentencia se presentó escrito ante el TS conforme al artículo 293 LOPJ en el que se solicitaba la declaración de error judicial, declarando este Tribunal no haber lugar al mismo.

NOTA.—En la presente sentencia se reitera la doctrina jurisprudencial sobre el error judicial; doctrina que viene representada por afirmaciones que se repiten casi literalmente, ejemplos de ello son resoluciones citadas al principio, en las sentencias dictadas por el TS en relación a este tema, en las que se pone de manifiesto, como elementos de este error, la existencia de datos indiscutibles (fácticos o jurídicos) y fundamentales para la resolución de la cuestión litigiosa que son desatendidos absolutamente por el juzgador, dando lugar a una resolución injustificada y absurda que rompe la armonía del orden jurídico, con la consiguiente obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los daños y perjuicios causados con independencia de la culpa del juzgador.

En nuestro caso, la alegación de error judicial se pretende fundamentar en el hecho de que la Audiencia Provincial de La Coruña, cuya resolución es la que agota los recursos previstos en el ordenamiento tal como exige el artículo 293.1.f) LOPJ, no ha extendido el beneficio de justicia gratuita obtenido en un pleito de separación conyugal al proceso declarativo en el que derivó aquél. Sin embargo, y en ello estamos de acuerdo con la resolución dictada, en este caso no procede aplicar la doctrina antes señalada puesto que el Tribunal tuvo en cuenta para dictar su resolución tanto los hechos alegados y probados como la normativa legal aplicable al caso (antiguo art. 32 LEC), llegando al convencimiento, y ése fue el sentido de su resolución, de que el beneficio de justicia gratuita obtenido en el primer proceso, el de separación, no puede ser utilizado en otro distinto como es el ordinario de menor cuantía, por tanto, como se afirma, la decisión judicial tiene un indiscutible fundamento legal, aunque quepan otras interpretaciones de los hechos y de las normas distintas de la acogida por el Tribunal, lo que debe combatirse por medio de los recursos que el ordenamiento jurídico pone a disposición de las partes, pero no por medio del error judicial, pues ello confundiría a este procedimiento con una nueva instancia para traer de nuevo a debate una cuestión ya decidida y resuelta por el órgano jurisdiccional de instancia. (A. G. C.)

**83. Lugar de cumplimiento de las obligaciones.**—Ante la inexistencia de lugar prefijado para el cumplimiento de las obligaciones, el código civil es claro (arts. 1170 y 1500), al igual que la jurisprudencia (SSTS de 22 de febrero de 1980, 19 de enero de 1981, 2 de noviembre de 1984, 16 de abril de 1985, 26 de abril de 1986...), al establecerlo en el lugar de la entrega de la mercancía. La realización del transporte de las mismas «a portes pagados» lleva a asumir el riesgo el vendedor hasta la entrega en el domicilio del comprador.

**Competencia.**—El fuero principal será el del domicilio del comprador, y por tanto éste conocerá como Juzgado competente. La existencia de sentencia por parte de diferente Juzgado no debe implicar incompetencia por parte de aquél que lo es (siempre que la cuestión de competencia se plantee en tiempo oportuno). (STS de 5 de septiembre de 1997; ha lugar.)

**HECHOS.**—La entidad mercantil *Tequisa* mantiene relaciones comerciales con la entidad *Frigoríficos Almanzora*, consistentes en el suministro por vía terrestre de mercancías que son transportadas hasta los almacenes de la misma en Castellón, donde son recibidas por un empleado que firma la conformidad. Se incumple el pago del precio y la entidad *Tequisa* presenta demanda en el Juzgado de Primera Instancia de Vigo, declarándose en rebeldía la demandada y dictándose sentencia condenando a la misma. Antes del pronunciamiento de dicha sentencia, la demandada se persona en el Juzgado de Primera Instancia de Castellón, planteando cuestión de competencia por inhibitoria, y considerándose como competentes, debido a que la mercancía viaja a «portes pagados». Tras notificarlo al Juzgado de Vigo, reciben telegrama del mismo informando de que ya recayó sentencia condenatoria para surtir los efectos oportunos. Tras estimar el recurso de reposición

interpuesto por *Frigoríficos Almanzora*, se declara competente y se remiten las actuaciones a la Sala de lo Civil del TS. (P. S. S.)

**84. Competencia territorial.**—La asignación de la competencia derivada de la DT 9.<sup>a</sup> de la Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad de 20 de marzo de 1986, unido a la aparición de los Tribunales Superiores de Justicia (en funcionamiento desde mayo de 1989) da lugar a la aparición del conflicto en materia de competencia. El TS es definidor al afirmar con rotundidad que la aplicación de dicha DT, así como la del artículo 125.2 de la misma Ley de Patentes, serían vigentes en supuestos acaecidos con anterioridad a la constitución de los Tribunales Superiores de Justicia.

Asimismo, los principios que rigen la competencia territorial se inspiran, más que por el orden público, por razones de oportunidad legal, en el sentido de que «el órgano designado pueda ejercer jurisdicción del grado conveniente». Con ello se deberá evitar la iniciación de un nuevo proceso, el «peregrinaje procesal». (STS de 4 de diciembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Se solicita por parte de la compañía *Warsteiner*, en el Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas de Gran Canaria, la nulidad del registro de la marca de la demandada, con expresa imposición de costas, contestando la respectiva a la demanda fundamentándose en excepción de falta de competencia funcional, y subsidiariamente con falta de legitimación activa de la actora, recayendo sentencia en primera instancia a favor de la actora, desestimando las excepciones interpuestas y declarando la nulidad del registro de la referida marca.

Se interpone recurso de apelación, y la Audiencia Provincial de Las Palmas lo estima parcialmente, revocando la resolución recurrida y aplicando el Real Decreto 1236/1927 que reconoce la competencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz en iguales términos que la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de las Palmas. Se recurre la sentencia por parte de la entidad *Warsteiner* por infracción de la DT de la Ley de Patentes y su artículo 125.2, relegando el mencionado Real Decreto a dato de interés meramente histórico, aplicando la DT de la Ley de Patentes al supuesto concreto, designando a la Audiencia Territorial de Las Palmas. (P. S. S.)

**85. Ausencia de firma en una obligación contraída por escrito. Fotocopias no averadas ni cotejadas con sus originales.**—Para la validez de una obligación que ha sido contraída por escrito es esencial la firma de la persona o personas que hayan de resultar obligadas, o de otras en su nombre, pues dicha firma supone la gráfica exteriorización del consentimiento dado por los contratantes a un contenido documental (SSTS de 2 de octubre de 1980 y 17 de febrero de 1992). En este sentido, cuando se reconoce una firma, dicho reconocimiento «lo es de un hecho pretérito y acredita no sólo la intervención y admisión de lo que el documento refiere, sino que también es la prueba endógena de lo que contiene, porque al integrarse en el documento, lo autentifica en cuanto lo finaliza, cierra y ratifica en lo que expresa». A mayor abundamiento, y siendo el documento no firmado que se aporta como prueba una fotocopia, hay que señalar que «las fotocopias no averadas, ni cotejadas con sus originales, carecen de fuerza probatoria

respecto de su contenido» (SSTS de 23 de mayo de 1985, 13 de octubre de 1987 y 20 de abril de 1993). (STS de 23 de septiembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Don Francisco C. M. interpuso contra *Lloyd Adriático España, S. A., Compañía de Seguros y Reaseguros*, demanda sobre reclamación de cumplimiento de contrato en juicio declarativo de menor cuantía. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y condenó a la demandada al pago de la cantidad solicitada, más los intereses legales correspondientes y las costas causadas.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Granada la revocó, absolviendo a la parte demandada de todos los pedimentos formulados contra la misma. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró haber lugar al mismo, casó la sentencia recurrida y confirmó íntegramente la de primera instancia.

NOTA.—En la presente sentencia, la controversia fundamental, y casi única, se centra en la admisión como prueba por parte de la Audiencia Provincial de Granada de una fotocopia de una solicitud de seguro de todo riesgo aportada en Autos por la sociedad demandada, en la que no aparecía la firma del demandante; documento en el que aquel Tribunal basó el fallo de la sentencia que dictó en apelación, cambiando el sentido de la recaída en primera instancia.

En realidad, y aunque del texto de la sentencia parece desprenderse otra cosa, la declaración que decide el fallo es la de que «para la eficacia de una obligación contraída por escrito es esencial la firma de la persona obligada o de otra en su nombre», reiterando con ello la doctrina jurisprudencial sentada en las sentencias que cita. El problema no es que la firma no haya sido reconocida o que «las fotocopias no verdaderas, ni cotejadas con sus originales, carecen de fuerza probatoria respecto de su contenido», pues, desde el momento en que no hay firma, ni es posible su reconocimiento ni tiene interés alguno que el documento sea original o una fotocopia, haya sido o no verdadera o cotejada. Por ello, estas últimas afirmaciones deben entenderse como *obiter dicta*, siendo la *ratio decidendi* del caso la ausencia de firma, pues tal como señaló la STS de 2 de octubre de 1980, citada en la sentencia que anotamos, ante la ausencia de firma en una obligación contraída por escrito «mal puede tenerse por acaecida la conjunción o concordancia de voluntades a los efectos del núm. 1.º del artículo 1261 del referido código y por lo tanto para que surja el consentimiento como requisito o elemento básico del negocio bilateral». (A. G. C.)

**86. Arbitraje. Diferencias entre la excepción de cosa juzgada y de falta de jurisdicción.**—Cuando entre dos partes existe un convenio arbitral para la resolución de una cuestión litigiosa, si una de ellas plantea esa misma cuestión ante un órgano jurisdiccional, existe incompetencia de jurisdicción a la que se refiere el artículo 11.1 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988. Sin embargo, cuando la cuestión ha sido ya resuelta por el oportuno laudo arbitral firme (cuyos efectos se recogen en el art. 37 de la Ley de Arbitraje), sometida la resolución a un órgano jurisdiccional, éste ha de apreciar la excepción de cosa juzgada.

**Comparecencia de los artículos 691 a 693 LEC.**—Una de las finalidades institucionales de la comparecencia regulada en los artículos 691 a 693 LEC «es la de subsanar, en dicho momento, los defectos procesales subsanables, en evitación de que, por falta de subsanación, después de haberse tramitado todo el proceso, haya de dictarse una sentencia absolutoria de la instancia, dejando imprejuzgada la acción, con la consiguiente necesidad de volver a ejercitar la misma en un nuevo proceso».

Las tres identidades que condicionan inexcusablemente la viabilidad de la excepción de cosa juzgada (*eadem personae, eadem res, eadem causa petendi*), no pueden apreciarse en el momento de la comparecencia previa en menor cuantía, sino que es necesario que se tramite todo el proceso para poder valorar si concurren o no las referidas identidades, y por ello su resolución ha de ser en la sentencia.

La negativa del Juez de Primera Instancia a tramitar la reconvencción formulada por la parte demandada, al estimar la excepción de falta de jurisdicción alegada por el demandado reconvenicional (cuando la que correspondía, en cualquier caso, era la de cosa juzgada por los argumentos anteriormente expuestos), además de constituir una infracción de las normas procesales, causa en la parte demandada una evidente indefensión, así como lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva. Por todo ello, es necesario reponer las actuaciones al momento de la comparecencia celebrada por el Juzgado de Primera Instancia conforme a los artículos 691 a 693 LEC y, a partir de ella, sustanciar por todos los trámites la reconvencción formulada por el demandado.

**Ejecución del laudo arbitral.**—El laudo arbitral no es ejecutable mientras el mismo no sea firme (al igual que ocurre con toda sentencia), «no siendo susceptible de ejecución provisional, según se deduce claramente de lo preceptuado en el artículo 50 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988». Una interpretación lógica y racional de la cláusula penal contenida en el convenio arbitral hubiera conducido a la conclusión de que la misma no puede desenvolver su eficacia sancionadora hasta que el laudo no hubiese adquirido firmeza, esto es, hasta la fecha en la cual la Audiencia Provincial resolvió el recurso de anulación interpuesto contra el mismo, y no desde que éste se dictó. (STS de 17 de septiembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Edificaciones Z., S. A.*, y don Juan U. O., decidieron someter a arbitraje la resolución de las diferencias surgidas entre ellos como consecuencia de la realización de ciertas obras de mejora sobre un bien propiedad de don Juan. Dicho convenio arbitral, de fecha 22 de octubre de 1990, contenía además una cláusula en virtud de la cual se preveía que, si en el plazo de quince días a contar desde que se dictase el laudo no se realizaba el correspondiente pago por la parte que resultase deudora, debería ésta abonar además un interés de demora del 18 por 100 anual, así como otra cantidad en concepto de daños y perjuicios. El laudo de fecha 7 de diciembre de 1990 y protocolizado por escritura pública el 10 de diciembre de 1990, determinó ser don Juan U. O. el obligado al pago de la cantidad de 9.366.750 pesetas. Contra el referido laudo, interpuso don Juan recurso de anulación que, por sentencia de 5 de febrero de 1992, fue desestimado por la Audiencia. Por conducto notarial el día 20 de febrero de 1992 procedió don Juan al pago a *E. Z., S. A.*

La representación de *Edificaciones Z., S. A.*, demandó a don Juan U. O., solicitando que se le condenase al pago de la suma prevista en la cláusula anteriormente referida. La parte demandada formuló demanda reconvenional, entre cuyos pedimentos se encontraba una reclamación de cantidad en concepto de daños y perjuicios. Desestimadas ambas en primera instancia, la Audiencia Provincial, estimó la demanda principal y desestimó la reconvenición por entender que la misma versaba sobre extremos resueltos ya por el laudo arbitral. Interpuesto recurso de casación por la representación de don Juan, el TS estimó el recurso y mandó reponer las actuaciones a la comparecencia celebrada por el Juzgado de Primera Instancia, y a partir de ella sustanciar por sus trámites legales la demanda reconvenional formulada por don Juan, así como dictar la sentencia que fuera procedente en Derecho solamente con respecto a la reconvenición. (*R. D. O.*)

**87. Incongruencia de sentencia.**—El artículo 359 LEC exige que las sentencias sean «claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito», lo que, conforme a la doctrina del TS, «viene representado por la necesaria concordancia entre las peticiones contenidas en las súplicas de los escritos rectores del litigio y los fallos decisivos, no siendo lícito a los juzgadores modificar, alterar y menos sustituir ni la causa de pedir ni las cuestiones debatidas por otras que no se plantearon en el marco de un concreto juicio» (STS de 3 de marzo de 1992, que sigue el criterio de las de 8 de julio de 1993 y 2 de diciembre de 1994). Sin embargo, esta concordancia ha de estar presidida por un criterio de flexibilidad y adecuación sustancial. Así, el juzgador puede aplicar normas distintas de las invocadas por las partes conforme a los principios *iura novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius*, aunque esta facultad «estará condicionada al componente fáctico esencial de la acción ejercitada», estimándose por tal los hechos alegados por las partes y que resulten probados, así como a la inalterabilidad de la *causa petendi*, pues en otro caso se quebraría el principio de contradicción y, por consiguiente, el derecho de defensa». (STS de 6 de octubre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—La compañía mercantil *Sedes, S. A.*, interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de declaración de derechos contra la «Comunidad de Propietarios de la finca sita en la calle Monasterio de Usún, núm. 1, de Pamplona». Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia la desestimó, imponiendo las costas a la parte actora.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Navarra estimó parcialmente el recurso interpuesto y con estimación parcial de la demanda declaró el derecho de la actora a la reparación de la chimenea con que cuenta el local sito en la calle Monasterio de Usún, núm. 1, y ordenando a la Comunidad a consentir dichas obras. Interpuesto recurso de casación por parte de dicha Comunidad, el TS declaró haber lugar al mismo, confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

NOTA.—En la presente sentencia se reitera la doctrina jurisprudencia sobre el deber que recae sobre el juzgador, límite al ejercicio de su función jurisdiccional, de que el fallo de la sentencia sea congruente con las demandas y demás pretensiones que deduzcan las partes durante el proceso. Este deber encuentra su fundamento en dos

principios esenciales del proceso civil: el principio dispositivo y el principio de contradicción. El primero, poco referido por el TS en esta sede, viene a exigir que el ejercicio judicial de los derechos sea iniciado o instado por quien tenga legitimidad para ello, sin que pueda concederse por el órgano judicial aquello que no se ha pedido o algo distinto de lo pedido; el segundo de los principios pretende evitar, en esta sede, que una parte del proceso pueda ser perjudicada por una decisión judicial sin haber tenido la oportunidad de defenderse, vulnerando con ello su derecho de defensa (art. 24 CE; *vid.* SSTC de 23 de abril de 1990 y 25 de febrero de 1991, entre otras).

La sentencia que anotamos declaró conculcado el deber de congruencia por la resolución dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Navarra, pues se había ejercitado una acción confesoria de signo aparente de servidumbre y, con su apoyo, se pidió la declaración del derecho de la actora a reparar una chimenea o, subsidiariamente, a colocar una nueva en su lugar, y el fallo declaró el derecho de la actora a dicho arreglo, pero sin la procedencia de manifestar la existencia de gravamen alguno, basándose en los artículos 396 CC y concordantes de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, lo que supuso la vulneración del deber de congruencia, pues se modificó lo que la sentencia dictada en casación denomina «*componente fáctico esencial de la acción ejercitada*», constituido por los hechos alegados y probados por las partes y por la *causa petendi*, quebrantando con ello, como dice la sentencia, el principio de contradicción y el derecho de defensa, pero también, aunque no lo diga, el principio dispositivo que rige el proceso civil. (A. G. C.)

**88. Ámbito de la cuestión de inconstitucionalidad. Normas con rango de Ley.**—Los límites objetivos de la cuestión como procedimiento de declaración de inconstitucionalidad se encuentran contenidos en el propio artículo 103 CE, refiriéndola a «normas con rango de Ley», como correlativamente repite el artículo 55 LOTC y el artículo 5.2 LOPJ. Así, pues, aquellas disposiciones de rango inferior serán desaplicadas por los Tribunales si son contrarias a la CE o a la ley, según determina expresamente el artículo 6 LOPJ: «Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contraria a la Constitución, a la ley, o al principio de jerarquía normativa».

El hecho de que la cuantía de las indemnizaciones se haya fijado conforme a lo dispuesto por la Orden Ministerial de 14 de enero de 1964, no permite afirmar que sea viable la cuestión de inconstitucionalidad ni que nos encontremos ante el supuesto del artículo 6 LOPJ anteriormente transcrito, ya que la remisión a la Orden forma parte del contenido del contrato, y los criterios y baremos en ella contenidos fueron asumidos contractualmente por las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, como clausulado del contrato. Su aplicación no deriva de su naturaleza de derecho objetivo, sino de su carácter contractual y, por tanto, ser «ley» entre las partes (art. 1257 CC).

**Reforma de los artículos 460 ss. LEC. Carácter facultativo de la conciliación previa.**—Tras la reforma introducida por la Novela 34/1984, de 6 de agosto, la conciliación, como cuestión preprocesal —pero jurisdiccional— ha pasado de ser de carácter obligatorio, sin cuyo intento previo la demanda era inadmisibile, a convertirse en un acto potestativo del actor. En este supuesto, la obligación de



acudir en conciliación previa tiene su origen no en la ley sino en los contratos suscritos entre los demandantes y la entidad demandada, en los que además se definía la Comisión mixta que conocería de las conciliaciones.

**Imprecisión en la alegación del artículo 1281 CC.**—El TS tiene declarado en reiterada jurisprudencia (SS de 1 de marzo de 1993, 4 de julio y 30 de diciembre de 1997), que los recurrentes en casación, cuando alegan la infracción del artículo 1281, como en el caso que nos ocupa, «han de fijar el párrafo del artículo que se dice vulnerado» siendo inapropiadas apreciaciones subjetivas sobre «la aplicación de la equidad y la equivalencia de prestaciones» (FJ 4.º). (**STS de 1 de diciembre de 1997**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Un colectivo de médicos demanda a la entidad *A. U. L., S. A., de Seguros y Reaseguros*, con la que individualmente tenían suscritos contratos de arrendamientos de servicios. Se reclamaba el pago de distintas cantidades, en concepto de indemnización por finalización de los servicios ante una progresiva disminución del número de asegurados-prestatarios de los servicios médicos, cantidades que habían sido fijadas conforme a los criterios establecidos en la Orden Ministerial de 14 de enero de 1964, por remisión que a la misma hacía la cláusula octava de los respectivos contratos. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, fallo que es confirmado por la Audiencia Provincial en la resolución del recurso de apelación que contra la misma se interpuso. La representación de la entidad *A. U. L., S. A., de Seguros y Reaseguros*, interpuso recurso de casación y, como cuestión previa al mismo, solicitó del TS la formulación ante el TC de «cuestión de inconstitucionalidad» en relación con la Orden de 14 de enero de 1964. (*R. D. O.*)