

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

II. SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Colaboran: Esther ALGARRA PRATS
Gabriel GARCÍA CANTERO
Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA
Carmen JEREZ DELGADO
Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ
Jaime MORO AGUILAR
Encarna SERNA MEROÑO

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Persona Jurídica. «Levantamiento del velo jurídico».—La circunstancia fiscal de ser operaciones sujetas a la desgravación por tráfico de perfeccionamiento activo e importación temporal ha obligado a la sala de instancia a la técnica del «levantamiento del velo», en uso de sus facultades soberanas al servicio de la justicia, porque, como bien dicen las SS de 24 de septiembre y 4 de marzo de 1988, en el conflicto entre Seguridad Jurídica y Justicia, valores consagrados hoy en la Constitución (arts. 1.1 y 9.3), se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias por aplicar la vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7.1. CC), penetrando en el substrato personal de las entidades y sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que el socaire de la ficción de forma legal se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4. CC), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar («levantamiento del velo jurídico») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2. CC), en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10. CE), es decir del mal uso de la personalidad, o lo que es lo mismo de un ejercicio antisocial de su derecho, como aquí acontece, en que se ha patentizado por la vía de hecho esa ubicuidad, ambi-

güedad y suplantación recíproca de las dos entidades mercantiles independientes que denotan, al menos en el negocio que nos ocupa, una identidad de intereses fruto de un entramado subjetivo e interno común a ambas. (**Sentencia de 12 de noviembre de 1991**; no ha lugar).

HECHOS.—La parte actora formula a la demandada una reclamación de cantidad en relación a los envases que le fueron vendidos y remitidos por aquélla para rellenado con berberechos elaborados en Holanda —país de origen de la compradora—, y su reenvío a España a las casas importadoras en nuestro país de este molusco ya preparado, a lo que se opuso la entidad foránea demandada bajo la única base de que la compradora es «S.A. LENGER» y no ella, por lo que carece de legitimación pasiva. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia. No prospera el recurso de casación. (*J.A.M.M.*).

2. **Asociación: Expulsión de socio.**—Siendo el derecho de asociación uno de los que el texto constitucional reconoce con el carácter de derecho fundamental, es posible acudir para su defensa en juicio a la vía especial prevista por la Ley 62/78 de 26 de diciembre de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (art. 13, Trámite de los incidentes). No es preciso, por tanto, seguir en este punto las pautas marcadas por la Ley de Asociaciones 191/1964, cuya vigencia es compatible con la Constitución y leyes que la desarrollan siempre y cuando no obstruya su normal aplicación. (**Sentencia de 16 de diciembre de 1991**; ha lugar).

HECHOS.—Tras ser expulsados de una asociación, los actores solicitan por el trámite de los incidentes se declare la nulidad del acuerdo de expulsión y el reconocimiento de los socios como tales, pues no se aprobó por la mayoría prevista para ello en los estatutos. En Primera Instancia se falló en favor de la reposición a los demandantes como socios de la asociación. En apelación, la Audiencia declaró nula la sentencia anterior por considerar inadecuada la vía procesal especial a la que se accedió para dar lugar a la misma. En casación hubo lugar. (*C.J.D.*).

2. DERECHO DE LA PERSONA

3. **Protección del Derecho al Honor. Libertad de Expresión:** No opera en su ejercicio el límite interno de veracidad. **Personas públicas (Concejales):** deben soportar un cierto riesgo en sus derechos de la personalidad por opiniones de interés general. **Publicación de la información sin alusión a los afectados:** no existe litisconsorcio pasivo necesario respecto a los responsables del periódico.—La Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, en sus arts. 2.2 y

8.1 no estima existente intromisión ilegítima cuando estuviere expresamente autorizada por las leyes y usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona, ni tampoco las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente; normas que, aunque no dictadas para el supuesto debatido, revelan un criterio a seguir cuando el que actúa no lo hace como particular, sino investido de una representación pública. Las ideas o juicios de valor no se prestan por su naturaleza abstracta a una demostración de su exactitud (STC. 8-6-88), y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, por ser siempre más amplia la libertad de expresión que la de información, y por no operar en el ejercicio de aquélla el límite interno de veracidad de que es aplicable a ésta, lo cual conduce a que aparezcan justificadas frases formalmente injuriosas o que tengan un interés público. Cuando la libertad de expresión se ejercita en conexión con asuntos de interés general, alcanza entonces (STS 13-12-89) su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones de interés general, pues así lo requiere el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática, siempre que las opiniones o frases no revelen zafiedad, tosquedad o grosería.

Como ya observó la STS 18-7-89, sin divulgación, no hay imputabilidad, ya que la esencia de la infracción es precisamente esa divulgación. Además, según la STC 21-1-88, la actuación incriminada ha de alcanzar, para ser anti-constitucional, a supuestos que inquieten o perturben. Dada la forma en que se publica una información, sin alusión alguna a los afectados directamente, no puede considerarse que por lo escueto y anónimo de la publicación haya sido divulgado nada difamatorio, ni puede tampoco considerarse que del tenor literal de la información haya que imputar nada a los responsables que dirigen o confeccionan el periódico en cuestión (...). No cabe hablar en estos supuestos de litisconsorcio pasivo necesario respecto de los periodistas y responsables del periódico ni hay motivo para exigir que sean demandados en su caso (STS 30 de diciembre de 1991, ha lugar).

HECHOS.—Debido a las manifestaciones de un concejal en el Pleno del Ayuntamiento, publicadas posteriormente en un periódico, pero sin alusión a los afectados, el actor, también concejal de la misma Corporación, formuló demanda sobre resarcimiento de daños morales y defensa del honor, solicitando la condena del demandado a publicar a su costa la sentencia y el abono de una cantidad en concepto de indemnización de los daños.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda; la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación. Prospera el recurso de casación (E.A.P.).

4. Protección del Derecho al Honor. Responsabilidad extracontractual: necesidad de probar el nexo de causalidad. Libertad de Información: concepto y límites. Medidas para cesar la intromisión ilegítima: retirada de fondos públicos de Bibliotecas y Hemerotecas: no procede. Error en la apreciación de la prueba: documentos: no lo son las diligencias policiales.—El recurso interpuesto por el actor es desestimado, partiendo del hecho probado de que no está demostrado que el daño cuya indemnización reclamaba (la angina de pecho sufrida) tuviera su causa en la noticia. Sobre esta base fáctica, declara el Tribunal Supremo que la doctrina de la responsabilidad extracontractual «obliga a reparar todo daño que exista y guarde relación de causalidad con la acción u omisión culposa o negligente, pero (en el caso concreto) para entender que debió satisfacerse el daño inherente a la enfermedad habría de probarse que tuvo su causa en el ataque al honor». Tampoco admite el Tribunal la alegada inaplicación del art. 1253 Cc «porque sobre el hecho base (reportaje periodístico) y la consecuencia (enfermedad) se han practicado pruebas periciales que han sido valoradas por el Tribunal según regla de la sana crítica, sin obtener de su apreciación las conclusiones del recurrente (...)».

Como ha dicho reiteradamente esta Sala (STS 22-2-91; 2-3-91), la libertad de expresión consiste en formular opiniones, juicios o creencias personales que no aspiren a sentar hechos o a afirmar objetivos y tiene como límite la ausencia de expresiones vejatorias o injuriosas que resulten innecesarias, y el derecho a la información tiene la protección constitucional en cuanto versa sobre informaciones veraces, pero no cuando faltando a la verdad provocan el deshonor de las personas y no tiene carácter de derecho absoluto frente al derecho al honor.

El art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo dice que la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como a prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Añadiendo que entre dichas medidas podrán incluirse las cautelas encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados, pero en el reproducido texto legal nada se dice de los fondos periodísticos que se guardan en Bibliotecas públicas y Hemerotecas. Estos fondos periodísticos son formados en virtud de disposiciones legales que ya desde antiguo imponen a los editores la presentación de ejemplares, constituyen un servicio público estatal y no pueden verse afectados por esta sentencia sin que la Administración del Estado haya sido oída. La reiterada de los ejemplares comportaría la privación al fondo de noticias e informaciones que ninguna relación guarda con el artículo periodístico y, además, el propio fondo recibirá ejemplares del periódico donde se divulgue la presente sentencia.

Es reiteradísima la jurisprudencia que niega el carácter de documento a las diligencias policiales que forman parte de actuaciones judiciales, porque de dicho informe no se desprende el error del juzgador por carecer de literosuficiencia (STS 26 de diciembre de 1991, ha lugar parcialmente).

HECHOS.—A consecuencia de un artículo periodístico atentatorio contra el derecho al honor del demandante, éste interpuso demanda de protección de los derechos fundamentales de la persona contra la Editorial y contra J.R.C.V. y E.A.V., solicitando, entre otros pedimentos, la condena solidaria de los demandados al pago de 50 millones de ptas., la inmediata retirada de los fondos públicos existentes en Bibliotecas Nacionales y Hemerotecas de los ejemplares en que apareció el artículo y la indemnización de los perjuicios materiales y morales causados al demandante (alegaba éste que a causa del reportaje periodístico padeció una angina de pecho, que exigió intervención quirúrgica).

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando solidariamente al J.R.C.V. y E.A.V. al pago de 2 millones de ptas., y a la retirada del ejemplar del diario de las Bibliotecas y Hemerotecas, pero absolviendo a la Editorial, por considerar que no estaba legitimada pasivamente; la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso del actor, condenado a los demandados y a la Editorial solidariamente y manteniendo el resto de los pronunciamientos. Prospera en parte el recurso de casación interpuesto por los demandados (*E.A.P.*).

5. Protección del derecho al honor. Ambito de actuación de los parlamentarios (diputados autonómicos). Organo jurisdiccional competente en los procesos civiles contra parlamentarios. Inviolabilidad e inmunidad: finalidad y diferencias. Actuaciones que exceden del ámbito parlamentario: competencia del Juez natural.—Cuando los hechos imputados se producen externamente fuera del ámbito de actuaciones correspondientes a la Asamblea Legislativa (...), no cabe atribuirles naturaleza de propios actos parlamentarios ni asimilados a aquéllos, en cuanto que el concepto de los mismos, configurándolos más bien como funciones que como actos, viene determinado por la realización de todas aquellas actuaciones inherentes a las actividades parlamentarias y en el seno de cualquiera de las articulaciones orgánicas de las Cámaras o, como excepción, aquellos actos exteriores que sean reproducción de un acto parlamentario o en estrecha relación con el mismo, pues entonces no pierden su naturaleza específica (SSTC 10-4-85; 19-12-88 y 18-1-90). En consecuencia, las actuaciones externas a los Parlamentos, salvo la conexión prolongada por literalidad o acreditada conexión, no caben ser reputadas como tales. Se trata de conductas o situaciones que si bien tienen como protagonistas, creadores o sujetos activos a Parlamentarios, se gestaron al margen de la funcionalidad de las Asambleas, no estando protegidas por las prerrogativas establecidas, ya que entonces se actúa en calidad de ciudadano, incluso de ciudadano-político, pero fuera de las funciones, competencias y atribuciones que les pueden asistir en razón a la condición de Parlamentarios de libre designación popular. Incluso el art. 67.3 CE dispone que sus reuniones celebradas sin convocatoria parlamentaria no vincularán a las Cámaras, no pudiendo en estos casos ejercer sus funciones ni ostentar sus privilegios. El art. 71.3 CE, en relación al 57.2 LOPJ, se refiere a las causas, entendiéndose por tales las penales, pero no expresamente a los procesos civiles. El art. 73.2 a) LOPJ, sal-

vo situaciones de inviolabilidad, atribuye a la Sala de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento en única instancia de las demandas de responsabilidad civil que se promueven contra los miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, siempre que se trate de hechos cometidos en el ejercicio de sus respectivos cargos, lo que supone una prerrogativa de fuero con carácter objetivo, ya que no basta ostentar la condición de Parlamentario, sino que es del todo preciso que los actos imputados integradores del contenido fáctico de las demandas que se interpongan contra aquéllos, tengan su origen, producción y manifestación en actividades propias del ejercicio de la función pública electiva que les corresponde, es decir, que sean propios de actos parlamentarios o susceptibles de ser incluidos en las propias funciones parlamentarias, conforme a las directrices que ha indicado el TC (en el caso concreto, el Estatuto de Andalucía no preve expresamente la cuestión del fuero especial en materia civil).

Tanto las instituciones de inviolabilidad como de inmunidad vienen a ser prerrogativas cuya finalidad primordial es amparar lo mejor posible las funciones parlamentarias, por eso cabe darles naturaleza de exigencias impuestas para el desenvolvimiento normal de las instituciones democráticas tan importantes como son las Asambleas Legislativas de elección popular. La STS 18-1-90 contiene una doctrina muy precisa sobre las instituciones mencionadas, al destacar en la inviolabilidad su naturaleza sustantiva que garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones. La inmunidad en cambio, dado su aspecto formal e incidencia en los procesos penales, protege la libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales que pueden afectar a su libertad. Al no darse situaciones precisas en la controversia de inviolabilidad o inmunidad (...) ha de mantenerse la competencia del Juez natural y así lo establece el art. 11 de la Ley de 26 de diciembre de 1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, a la que se remite expresamente la Dt 2.^a de la Ley Orgánica 1/82 sobre Protección Civil al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen (STS 20 de enero de 1992, no ha lugar).

HECHOS.—Debido a las reiteradas acusaciones de tráfico de influencias, uso de información privilegiada, corrupción y realización de negocios altamente lucrativos como consecuencia de operaciones urbanísticas de recalificación de terrenos, manifestaciones que tuvieron una enorme difusión a nivel nacional, el actor formuló demanda contra tres demandados, Diputados de la Asamblea de Andalucía, por intromisión ilegítima y difamatoria contra su derecho al honor, solicitando su condena a la difusión de la sentencia que se dicte y al pago solidario de la cuantía reclamada.

El Ministerio Fiscal formuló recurso de reposición contra la providencia de admisión a trámite de la demanda, alegando falta de jurisdicción por concurrir en los demandados la condición de Diputados Autonómicos y tener la naturaleza de actos parlamentarios las acciones

que se les atribuyen, encuadradas, por tanto, bajo la garantía de la inviolabilidad parlamentaria; solicitó la nulidad de la providencia y el archivo de las actuaciones y, subsidiariamente, la atribución de competencia al Tribunal competente. Los demandados plantearon una cuestión de competencia y solicitaron se suspendiera el procedimiento principal y se declinase la competencia en favor del correspondiente Tribunal. Por su parte, el demandante se opuso al recurso presentado por el Ministerio Fiscal, solicitando la continuación del procedimiento.

El Juzgado de Primera Instancia declaró la falta de competencia del mismo para continuar conociendo de los hechos, declinando dicha competencia al correspondiente Tribunal. Interpuesto recurso de apelación por el Ministerio Fiscal y el demandante, la Audiencia Provincial, desestimando el primero y estimando el segundo, ordenó la continuación del procedimiento. No prospera el recurso de casación (*E.A.P.*).

6. Derecho al Honor y Libertad de Información: información de hechos y valoración de conductas. Límites. Graduación de jerarquía de los derechos según su importancia.—En la interpretación de los arts. 18.1 y 20.1 a) y d) CE y del art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, tiene declarado el TC que «la libertad de información, al menos la que incide en el honor de personas privadas, debe enjuiciarse sobre la base de distinguir radicalmente, a pesar de la dificultad que comporta en algunos supuestos, entre información de hechos y valoración de conductas personales y, sobre esta base, excluir del ámbito justificador de dicha libertad las afirmaciones vejatorias para el honor ajeno, en todo caso innecesarias para el fin de la información pública en atención al cual se garantiza constitucionalmente su ejercicio» (STC 27-10-87), y que «el honor no es sólo un límite a la libertad de expresión, sino un derecho fundamental en sí mismo» (STC 21-1-88), habiendo reiterado, por otra parte, este TS (STS 2-3-91) que la libertad de información no tiene carácter absoluto «que haya de prevalecer siempre frente al derecho al honor, sino que en cada caso concreto hay que establecer una graduación jerárquica del bien protegible según su importancia, evitando la divulgación de hechos que difamen o hagan desmerecer gravemente a otras personas» (STS 22 de enero de 1992, no ha lugar).

HECHOS.—Debido a la publicación en un periódico de una información en la que se realizaban graves acusaciones contra el actor, calificándolo de presunto autor de hechos delictivos, pero añadiéndose datos referentes a su vida privada y a su trabajo y emitiéndose por el diario juicios de valor, el afectado interpuso demanda sobre protección del derecho al honor, contra la Compañía editora y los autores de la noticia, solicitando la condena conjunta y solidaria de los demandados a indemnizar al actor.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron en parte la demanda. No prospera el recurso de casación (*E.A.P.*).

7. Incapacitación de la persona: intervención del Juez en los procesos de incapacitación: examen personal del presunto incapaz.—Los procesos sobre incapacitación imponen un especial tratamiento y exigen una concentrada y directa atención de los juzgadores, ya que el objeto de los mismos no son las cosas ni las controversias derivadas de las relaciones jurídicas, sino la persona misma, y mediante dichos trámites procesales se declara si se le reconoce o priva de la capacidad jurídica de obrar, que es aptitud innata para ser sujeto de derechos y obligaciones, determinada por el nacimiento e inherente a la condición de ciudadanos que desarrollan su actividad vital en una comunidad organizada, por ser consustancial a su dignidad y proyectar el ejercicio y libre desarrollo de cada personalidad conforme al art. 10 CE; la incapacitación supone la decisión judicial de carecer de aptitud para autogobernarse el afectado, si bien con los límites y extensiones que autoriza el art. 210 Cc, dándose equivalencia a muerte jurídico-civil, de ahí que la normativa que la regula prevé las máximas garantías a fin de lograr la mayor aproximación a la verdad material para cerciorar la convicción de los juzgadores; en este sentido, la función judicial les adentra en el proceso, no sólo como árbitros y directores del mismo, sino también como activos integrantes, que, sin ser propias partes procesales, si son interesados en la aportación de todo el material preciso probatorio, desde los exámenes directos del presunto incapaz (art. 208 Cc), tanto por el Juez de la instancia como por el Tribunal, si éste es el que declara la incapacidad, en una actuación que ni puede calificarse de reconocimiento judicial (art. 633 Lec) ni de inspección personal (arts. 1240 y 1241 Cc), y menos de mezcla de ambos, sino que se trata de una prueba directa, legal, autónoma y obligada, que junto con las que refiere el citado art. 208 y las que suministren las partes, componen el material probatorio suficiente para dictar la decisión judicial que, en el ámbito civil, se presenta como una de las más trascendentales, ya que afecta a la libertad propia de los seres humanos, por lo que estas cuestiones no deben permanecer lejanas a la sensibilidad y carga humana de los juzgadores.

Causas de incapacitación del art. 200 CC.—En términos generales hay que referir las deficiencias a aquellos estados en los que se de un impedimento físico, mental, psíquico, permanencial y a veces progresivo, que merma la personalidad, la deteriora y amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes.

Valoración de la prueba.—Son pruebas que por sí carecen de la suficiente contundencia para producir una declaración tan trascendental como la incapacitación el informe emitido por la Dirección Provincial del INSERSO que aprecia un desequilibrio emocional fuerte, carencia afectiva y labilidad relativa a la declaración social de minusválida a efectos del percibo de una pensión, lo mismo que el emitido por la Dirección General de la Salud del Consejo General de Castilla y León, que le atribuye un coeficiente intelectual de 53, correspondiente a una edad mental de ocho años, o el testimonio del informe del Médico Forense relativo a *mantener un estado de semi-imputabilidad, la cual opera desde la óptica penal en forma distinta que en el campo civil*; en cambio, se han llevado a cabo auténticas pruebas periciales, regidas por el principio de contradicción e intervención de par-

te, que por su tecnicismo y especialidad resultan las más adecuadas para determinar anomalías y su apreciación de persistentes, conforme al art. 200 Cc, y así el informe pericial del Médico Forense, coincidente con el de los tres especialistas designados por el Juzgado, sostiene que la interesada padece retraso mental discreto (debilidad mental), o leve y permanente —coeficiente intelectual 60, dígito 317.0 de DSM III— que si bien no la impide gobernarse por sí misma y administrar sus bienes, si son acreditativos de que le afectan disfunciones y estados de anormalidad atenuados, acreditando trastorno mental medio con incidencia suficiente para que sus comportamientos no encajen en las pautas de la normalidad corriente, tanto en su escasa vida laboral, como en la social de relación, en la familiar y en la más sensible de cuidado y atención de sus dos hijos; el dictamen pericial de los tres especialistas en psiquiatría precisa que esta clase de pacientes, en momentos de crisis, necesitan asistencia sanitaria y social, y si bien D.^a Ana María P. E. dispone de capacidad para el manejo de su persona y reúne condiciones para ejercitar sus funciones maternas, al estar presentes en la misma trastornos del comportamiento, éstos actúan en la línea de la impredecibilidad de actuaciones y conductas, que por impulsividad y escasa ponderación determinan el desajuste social que presenta y dificultan el funcionamiento como progenitora responsable.

Medida adecuada de guardia: No procede la tutela graduada, sino la curatela.—La tutela graduada sólo ha de operar cuando sea preciso que el tutelado sea representado por tutor, conforme al art. 267 Cc; la incapacitación que afecta a D.^a Ana-María P.E. no ha de ser reputada con plenitud de efectos, sino más bien como de tipo medio o atenuada, que impone la necesidad de que la defectuosa personabilidad de dicha recurrente, en razón al retraso mental discreto que padece y consiguiente graduación de discernimiento, se complemente, integre y asista sin necesidad de recurrir a la tutela, mediante la institución intermedia de la curatela que la reforma de 1983 vino, en cierto modo, a resucitar y rescatar, solución que se reputa más adecuada y conveniente a la cuestión, teniendo en cuenta que el verdadero protagonista-objeto de esta clase de procesos es el presunto incapaz, que debe estar ayudada tuitivamente en la forma más conveniente y útil para que, como persona, bien representada (tutela), bien asistida (curatela), pueda desenvolverse en sociedad y desarrollar su propia personalidad, y así el cauce casacional no ha de entenderse petrificado y rígido, sino que debe abrirse con la flexibilidad necesaria a estas situaciones, siendo éste el sentido del art. 287 según s. de 24 mayo 1991.

Funciones del curador: Doctrina general.—El curador no suplente la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial, o, en otro caso, ha de entenderse que se extiende a los mismos actos en que los tutores precisen previa autorización judicial, conforme dispone el art. 290, en relación al art. 271 y 272 Cc.

No procede la privación del Derecho de Sufragio.—Si bien el art. 3.1.b de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General de 19 de junio 1985, priva del de-

recho de sufragio a los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial, es preciso que así se declare expresamente, exigencia que concuerda con el art. 210 Cc que consagra el arbitrio judicial para graduar los efectos y extensión de las declaraciones judiciales de incapacidad; en el presente caso, en atención a la deficiencia y anomalía no graves ni anulantes de la personalidad de la interesada, no parece conveniente hacer extensivo el pronunciamiento de su incapacidad a la privación del derecho cívico de sufragio que la Constitución reconoce como fundamental en su art. 23. (**Sentencia de 31 de diciembre de 1991**: Ha lugar en parte).

HECHOS.—La demanda de incapacitación se solicita por Don Restituto respecto de su hija Ana M.^a, de 28 años de edad la cual había sido declarada beneficiaria de una pensión de subnormalidad por tener un coeficiente intelectual entre 49 y 53, con una edad mental de ocho años.; además la presunta incapaz era madre soltera de una menor dada en acogimiento y cuya adopción se negaba terminantemente a autorizar. La demandada desestimada en primera instancia fue aceptada en apelación, fallo recurrido en casación por el Fiscal y la presunta incapaz.

NOTA.—La presente sentencia (Pte. Villagómez Rodil) se inserta en una persistente y laudable línea jurisprudencial dirigida a precisar con energía las notas diferenciadoras del proceso de incapacitación respecto al ordinario civil. Pueden así citarse la s. de 20 de marzo de 1991 (Pte. Fernández Cid de Temes) que anula sentencia de apelación estimatoria de la demanda de incapacitación por no haber procedido el Tribunal a examinar al presunto incapaz, ni a oír a los parientes, ordenando reponer los autos al momento en que debieron practicarse tales pruebas; y también la s. de 24 de mayo de 1991 (Pte. Almagro Nosete) recaída en un curioso proceso en el que el Ayuntamiento insta la incapacitación, defecto de legitimación ulteriormente corregido, pero en el que tampoco se practicó el examen del presunto incapaz. Tales exigencias rigoristas aparecen plenamente justificadas cuando acaso las últimas reformas procesales han difuminado de alguna manera la naturaleza de los procesos que afectan a la persona y a la familia.

Resulta demasiado evidente, que se trata de un proceso instrumental: incapacitación *versus* adopción, pues los datos de la demanda recogidos en la s. indican que se solicita la incapacitación para eludir el requisito de su consentimiento en la adopción, habiendo manifestado reiteradamente la interesada, antes y después de ser intervenida para colocarle un marca-pasos, que deseaba tener consigo a su hija menor. El supuesto desmiente la extendida opinión de que sólo se acude a la incapacitación por razones patrimoniales, y resulta enérgicamente rechazado por la s. que proclama en su FD 2: «El verdadero protagonista-objeto de esta clase de procesos es el presunto incapaz, que debe estar ayudado tuitivamente en la forma más conveniente y útil para que, como persona, bien representada, bien asistida, pueda desenvolverse en sociedad y desarrollar su propia personalidad». No cabe duda de que Ana María ocasionaba, a su padre viudo con

quien convivía, serios quebraderos de cabeza, agravados por su maternidad extramatrimonial y la presencia de otro hermano deficiente, por lo cual la solución de dar en adopción la nieta aparecía como muy conveniente, y hasta deseable. Pero en el proceso no se juzga sobre la conveniencia de la adopción sino sobre el futuro de la madre como persona, y a ello atiende el TS, sin perjuicio de cuidarse de precisar en la parte dispositiva que el curador intenvendrá también en el procedimiento de adopción de los hijos de la incapacitada.

Aunque reiteradamente el TS ha exigido el requisito establecido por el art. 208 Cc de examinar por sí mismo al presunto incapaz, conviene destacar aquí su caracterización como medio autónomo de prueba, acaso no debidamente destacado por la doctrina (*cf.* las opiniones recogidas por Reverte Navarro, *Com. Min. Justicia*, I, p. 653).

Probablemente lo más llamativo de esta s. sea la nueva valoración de la prueba practicada que conduce al TS a estimar existente una incapacidad merecedora de curatela conforme al art. 287 Cc. Hay que reconocer que una de las cuestiones menos claras en la reforma de 1983 es la diferenciación entre la tutela menos plena de los incapacitados y la curatela de los mismos. M.^a Carmen Gete Alonso, *Com. Min. Justicia*, I, p. 838 sostiene que «dados el arbitrio judicial y la existencia de un amplio campo intermedio entre el mínimo de capacidad y el más cercano a ésta, ello autoriza a pensar que no siempre la existencia de capacidad natural lleva inexorablemente a la constitución de una curatela y que, en todo caso, este tipo de curatela, en cuanto a su contenido, es distinto de la de los menores y los pródigos». En el presente caso el resultado probatorio se expresa con una terminología poco convincente: la presunta incapacitada padece debilidad mental consistente en un retraso mental discreto, leve y permanente, originando estados de anormalidad atenuados; parece que, en último la diferenciación entre aquellos estados de la persona se establece en razón de sus efectos (hay tutela cuando se sustituye la personalidad del afectado y curatela si sólo se complementa), pero lo importante era precisar las causas. También me parece impropio aludir a la incapacitación como «muerte civil», terminología no sólo caída en desuso sino inadecuada para describir tal situación dado que, aun en el caso de incapacitación total de la persona ésta conserva el derecho a que se reconozca, en su caso, la recuperación mediante sentencia que declare aquélla sin efecto (art. 212). También cabe interrogarse sobre los destinatarios de la admonición de que «estas cuestiones no deben permanecer lejanas a la sensibilidad y carga humana de los juzgadores» (FD 1.^o); en el presente caso el Juez de 1.^a Instancia desestimó la demanda mientras que la Audiencia estableció una tutela graduada; ¿qué juzgador fue más insensible a los aspectos humanos del problema? ¿Quién la consideró plenamente capaz o quienes la sometieron a tutela menos plena?; la postura equidistante del TS puede facilitar la respuesta aunque parece, más bien, que este tipo de recomendaciones sobran en una sentencia no basada en la equidad.

Creo, en resumen, que se trata de una sentencia importante, bien razonada y argumentada, no exenta de crítica, que contribuye a ir formando, no sin titubeos, doctrina jurisprudencial sobre la curatela de incapaces, siguiendo la línea iniciada —tampoco exenta de vacilaciones— por s. de 10 febrero 1986 (vide comentario de Martínez de Aguirre, ADC, 1987, p. 715 ss., con valoración final positiva) (G.G.C.)

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

8. Compraventa: Nulidad por simulación absoluta.—Se declara por la inexistencia de precio y falta de causa onerosa, con apoyo fáctico que no ha sido desvirtuado.

Simulación relativa.—Donación disimulada bajo forma de compraventa: Doctrina rigorista sobre la validez del negocio disimulado.—Tampoco es válido el negocio disimulado subyacente, por deficiencias trascendentes en orden, no a la forma *stricto sensu*, que por ser escrituras públicas se acomoda al mandato del art. 633 Cc, sino a la aceptación por la donataria (arts. 630 y 633 Cc), expresada inequívocamente, ya que ha de referirse tal manifestación al negocio disimulado, es decir, a la donación misma, porque lo que puede pretenderse es que valga para el caso la aceptación de la compra que figura en la escritura (s. de 3 marzo 1932), es decir que la escritura ha de incorporar la aceptación de la donación o, por lo menos, que haya constancia de tal aceptación en otro instrumento público similar a tenor del art. 633 párr. 2.º Cc; así lo vienen determinando actualmente en forma consolidada ss. como la de 16 noviembre 1956, 7 octubre 1958 y 9 diciembre 1960, en las que se insiste en la observancia de esta doctrina rigurosa, porque, de lo contrario, habría posibilidad de burlar aquellos requisitos formales con las graves consecuencias que puede determinar el *fraudem legis* (s. de 10 octubre 1961 y tangencialmente la de 24 junio 1988).

Negocio otorgado por apoderado: Nulidad por carencia de facultades.—El contrato fue otorgado por una hermana del propietario, la cual gozaba de apoderamiento notarial que le facultaba «para comprar, vender y permutar», por lo que es palmario que en forma alguna podría interpretarse como negocio válido el disimulado de donación desde el punto de vista subjetivo, ante la carencia de facultades para ello de la persona que representaba al propietario, y que otorgó en su nombre las dos escrituras impugnadas.

Presunciones.—No habiéndose previamente atacado los hechos-base de la prueba de presunciones, contrastados y firmes, por la vía del ordinal 4.º del art. 1692 Lec, y no precisando en qué se quiebra el enlace directo establecido por el juzgador de instancia, es evidente que no se tiene perspectiva por esta Sala para la apreciación de la inverosimilitud o ilogicidad con que hipotéticamente haya actuado el Tribunal de instancia, según las elementales normas de hermenéutica.

Incongruencia.—El requisito de la congruencia tiene un propósito finalista consistente en evitar la indefensión de las partes cuando no se haya podido cono-

cer y discutir por cualquiera de ellas algún tema concerniente al objeto litigioso; por lo que es factible estimar esa congruencia cuando esos temas, habiendo sido debatidos, supongan un elemento previo, pero embebido en el *petitum* de los escritos iniciales, o sean consecuencia y complemento del mismo (ss. de 23 enero y 21 abril 1987, 14 febrero y 15 junio 1989).

Previa impugnación de la inscripción: Art. 38 párrafo 2.º LH.— No hay constancia declarada en las sentencias de instancia de la situación registral de las fincas afectadas, por lo que es inconcuso que, si por hallarse integradas en acervos patrimoniales cuyo esté protegido por la fe pública registral, la ejecución material de la sentencia en tal caso no padecería más que cuanto a la posibilidad de cumplimiento en forma específica, pero no a su cumplimiento por vía de equivalente. (Sentencia de 1.º octubre 1991: No ha lugar).

NOTA: La perjudicada por las donaciones fraudulentas es una hija natural reconocida en testamento que solicita la reintegración al caudal relicto de su difunto padre de las fincas supuestamente enajenadas por una hermana de éste con poder «para comprar, vender y permutar». La nulidad de las dos escrituras de venta se acuerda por tres títulos diversos, cualquiera de los cuales hubiera sido suficiente por sí sólo para producir el efecto impugnatorio; en primer lugar, por falta de causa al no haberse probado el pago del precio; en segundo lugar, por no reunir la donación de inmuebles disimulada los requisitos formales que exige el Cc; y en tercer lugar, por carecer el representante de facultades para la donación de inmuebles, que no está incluida en el poder de comprar, vender y permutar. La s. sigue la doctrina más rigorista en el tema de las donaciones encubiertas bajo formas de compraventa, que se califica de *consolidada* y que parece predominar últimamente. Con todo, también está consolidada la contraria, por lo cual nos encontramos en un supuesto en que la predicción de lo que ante otro caso igual pueda hacer el TS viene a ser un cálculo de probabilidades. Las circunstancias concurrentes en el caso convencen de lo acertado de la decisión adoptada. Un análisis jurisprudencial bastante reciente puede verse en: Sylvia Díaz Alabart, *La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo compraventa de los mismos en escritura pública*, «RDP», 1980, p. 1101 ss. En la doctrina, últimamente Albaladejo García, *Com. Min. Justicia*, I, p. 1606. (G.G.C.).

9. Simulación. Compraventa: pago del precio en «dinero negro».— No hay simulación por falta de causa por el hecho de que el precio de la compraventa se pague con dinero negro y en cantidad superior a la consignada en el documento de compraventa. Será preciso demostrar que es otra la causa de dicho ingreso en el patrimonio del vendedor para que quede probada la pretendida simulación de compraventa por falta de causa cierta (falta de pago del precio). Según el lógico razonar humano, al no haberse demostrado la causa de tal ingreso en el patrimonio del vendedor, se deduce que en dicha cantidad se encontraba la procedente de la venta.

Compraventa: Fijación de precio notablemente inferior al valor de la cosa. No invalida el contrato de compraventa la consignación de un precio que no se adecúe al normal valor de la cosa. (Sentencia de 16 de septiembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.— Don Patricio vendió un piso amueblado, figurando como precio el de 700.000 pesetas. Al poco tiempo falleció don Patricio, comprobándose la existencia en su patrimonio de una masa de dinero negro de once millones de pesetas que se distribuyó entre sus herederos de modo directo, sin que conste el movimiento del dinero en cuenta bancaria alguna. Algunos de los herederos solicitan se declare la nulidad de la compraventa, alegando para ello que hubo simulación por falta de precio. En Primera Instancia se dictó sentencia estimando en parte la demanda. La Audiencia, revocando la anterior, declaró la validez del contrato de compraventa. En casación no ha lugar. (C.J.D.).

10. Cumplimiento de las obligaciones.— La posesión de los efectos en poder de la entidad librada después de sus respectivos vencimientos está protegida por la presunción legal de pago, que señala el último inciso del párrafo primero del art. 45 de la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985; presunción *iuris tantum* que opera en favor del pago parcial del precio por parte del comprador mientras no se pruebe lo contrario, por lo que la carga de la obligación probatoria del artículo 1214 del CC pesaba sobre el vendedor, el cual tenía la obligación de destruir la presunción legal, demostrando que realmente no se había efectuado el pago representado por el importe de las cambiales. (Sentencia de 4 de noviembre de 1991; ha lugar).

HECHOS.— Se interpone demanda sobre resolución de contrato de arrendamiento de maquinaria y otros extremos, fundada en la falta de pago del precio estipulado. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial confirmó el fallo. Prospera parcialmente el recurso de casación. (J.A.M.M.).

11. Obligaciones y contratos, requisitos de aplicabilidad del llamado «plazo tácito» (art. 1.128 CC). Requisito fundamental para la resolución de obligaciones recíprocas (art. 1.124 CC). Interpretación de los contratos.— La aplicabilidad del art. 1.128 Cc, que contempla el llamado plazo «tácito» o «implícito», requiere ineludiblemente la existencia de una obligación en la que, aun sin señalar expresamente un plazo, «de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor», lo que evidentemente presupone una labor hermenéutica del contrato del que nazca la obligación, ya que dicho precepto en ningún caso es aplicable a las obligaciones puras, en las que no aparezca la intención de conceder plazo al deudor para el cumplimiento de la prestación (SSTS 2-6-53 y 15-12-82, entre otras) y, por otro lado, deviene supérflua e improcedente la apli-

cación del citado precepto cuando el plazo que hubiera querido o debido concederse ha transcurrido con exceso antes de la iniciación del litigioso (SSTS 3-2-65 y 15-12-84).

Es reiterada doctrina de esta Sala (SSTS 21-3-86; 29-2-88; 21-10-89; 13-3-90; 21-2-91 y 20-11-91, entre otras) la de que uno de los requisitos que inexcusablemente condicionan la virtualidad del mecanismo resolutorio de las obligaciones recíprocas, arbitrado por el art. 1.124 Cc es el de quien ejercite la expresada acción resolutoria no haya incumplido, por su parte, las obligaciones que le concernían.

Es doctrina reiterada y uniforme de esta Sala la de que la interpretación de los contratos es función propia del Tribunal de instancia, cuyo resultado hermenéutico ha de ser mantenido y respetado en casación, a no ser que el mismo llegue a conclusiones ilógicas, desorbitadas erróneas o conculcadoras de algún precepto legal (STS 31 de enero de 1992, no ha lugar).

HECHOS.— Para el pago de unas deudas consecuencia de relaciones comerciales entre un particular (Sr. X) y una entidad mercantil, fueron creadas diversas letras de cambio que aceptó el deudor; impagadas las cambiales a sus vencimientos respectivos, la mercantil promovió contra el deudor-aceptante tres juicios ejecutivos. El Sr. X dirigió a la mercantil una carta en la que reconocía su deuda y la asumía junto con su esposa, personal y solidariamente, comprometiéndose a cancelarla en 6 meses mediante la entrega de seis cambiales debidamente aceptadas; posteriormente, el Sr. X dirige otra carta en la que vuelve a reconocer la deuda pendiente con la entidad, le señala su imposibilidad de hacer frente a las dos últimas letras, le entrega dinero y tres nuevas cambiales, solicitándole que ponga en circulación los nuevos efectos, lo que se hizo, haciendo constar en ellas, que fueron pagadas a la orden del Sr. Z.

La entidad mercantil tenía concertada una póliza de seguro de créditos comerciales contra el riesgo de pérdida por insolvencia de los clientes con una Compañía de seguros (en adelante, aseguradora), en cumplimiento de la cual, la aseguradora abonó a la mercantil una indemnización parcial por el impago de su deuda del Sr. X, subrogándose en la posición jurídica de la asegurada por esa parte. La aseguradora, el Sr. X y su esposa suscribieron un documento privado en el que se adjudicaba en pago parcial de la deuda (reconocida en su totalidad) un local del Sr. X, registralmente a nombre de su esposa, acordándose el derecho de recompra del mismo, con un plazo máximo para su ejercicio de 18 meses y con la condición de que el Sr. X hubiera cancelado su deuda con la aseguradora. El mismo día, pero antes de la firma del documento privado, la esposa y la aseguradora otorgaron escritura de compraventa por la que aquella vende a ésta el local.

Desistida la entidad mercantil de los tres ejecutivos mencionados, el Sr. Z, tenedor legítimo de las letras, promovió juicio ejecutivo contra el Sr. X y su esposa, que se opusieron, alegando que tenían concedida espera de 18 meses; por sentencia firme se declaró la nulidad del mencionado

juicio ejecutivo y la entidad reembolsó al Sr. Z el importe de las cambiales. Al propio tiempo, la aseguradora promovió contra los esposos juicio de desahucio por precario con relación al local (la sentencia declaró haber lugar al mismo).

Transcurridos 4 años y no habiendo pagado los esposos la cantidad adeudada, la entidad mercantil y la aseguradora interpusieron demanda en reclamación de cantidad, así como inscripción del local de referencia. Los esposos formularon demanda reconvenzional, alegando incumplimiento de contrato y solicitando su resolución y la nulidad de la compraventa.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción; la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación (*E.A.P.*).

12. Novación extintiva y modificativa.— En el contrato de aparcería, el cambio del objeto, es decir de la finca de cuya explotación se trata, conduce a la extinción del vínculo primitivo, creándose uno posterior. Esta doctrina no vulnera los artículos 1203, 1204 y 1156 del Código Civil. Entendiéndose pues que es un nuevo contrato, al ser su duración no superior a un año, no es exigible el preaviso del 109.2 de la Ley de arrendamientos Rústicos.

Incumplimiento de las obligaciones del aparcerero como causa de resolución del contrato (117.2 LAR) en relación con el 1124 del Código Civil.— El que el propietario deje de cumplir alguna obligación de carácter accesorio, no obsta a la extinción del contrato de aparcería por el incumplimiento grave de las obligaciones del aparcerero, y mucho menos le legitima para mantenerse en la posesión indefinida de la finca sin cultivarla. Esta última actitud del aparcerero es la que fundamenta la indemnización concedida al dueño, no siendo aplicable el 455 CC ni la prueba de la mala fe.

Congruencia.— Se había pedido una indemnización y eso es lo que se ha concedido, careciendo de importancia el que la base jurídica que la fundamenta en la sentencia no coincida con los argumentos jurídicos expuestos en la demanda. (**TS 10 de enero de 1992**, no ha lugar).

HECHOS.— Realizado un contrato de aparcería por una temporada agrícola y transcurrida ésta, el aparcerero se niega a abandonar la finca por considerar que se había pactado para varias campañas sucesivas, reteniéndola sin cultivarla.

El Juez de Primera Instancia estima la demanda del propietario. La Audiencia estima parcialmente la apelación rebajando la indemnización. El aparcerero interpone recurso de casación que no prospera. (*JMA*).

13. Diferencia entre arras penitenciales y arras confirmatorias.— Las arras llamadas penitenciales, cuyo efecto principal es que ambas partes pueden desistir del contrato, en este supuesto el comprador perdiendo la suma entregada, y el vendedor devolviéndolas duplicadas. Mas es de entender, dado que el docu-

mento en que consta aquella entrega no explica que se trata de tal caso de arras penitenciales, y dado que según los hechos probados el contrato se perfeccionó y reunió sus elementos esenciales a tenor del artículo 1261 del Código civil (consentimiento, objeto y causa), que en realidad se trató de entrega de suma en concepto de arras confirmatorias; es decir, entregadas en confirmación de la celebración del contrato y como parte del precio ya convenido.

Interpretación jurisprudencial del artículo 1454 del Código civil.— Según tiene declarado repetidamente la jurisprudencia de esta Sala, el contenido del artículo 1454 del Código civil no tiene carácter imperativo, sino que por su condición de penitencial, para que tenga aplicación es preciso que por voluntad de la parte, claramente constatada, se establezca tales arras, ya que en otro caso, cualquier entrega o abono habrá de valorarse y conceptuarse como parte del precio o pago anticipado del mismo, tal precepto legal tiene pues un carácter excepcional, que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales, de las que resulte la voluntad indubitada de las partes en el sentido de que se trate de arras penitenciales, ya que en otro caso la suma recibida sirve precisamente para confirmar el contrato celebrado.

Perfección del contrato.— La perfección del contrato se realiza mediante la concurrencia de los requisitos esenciales ya mencionados (consentimiento, objeto y causa), conclusión corroborada por el sistema espiritualista de nuestra contratación civil, reflejado en sus artículos 1255, 1258, 1278 y 1279, entre otros, del Código civil.

Interpretación de la expresión «COMO SEÑAL» en el contrato.— No puede estimarse que la entrega de cantidad «*como señal*» por sí sólo signifique que cada parte pueda desistir del contrato a su arbitrio en contra del criterio del artículo 1256 del Código civil y cumpliendo el artículo 1454; toda vez que tal frase, en sí equívoca, puede entenderse como entrega de cantidad en concepto de parte del precio, sobre todo en supuestos como el discutido en que por una mera operación aritmética puede determinarse el precio total a pagar, y estando definido el consentimiento (que se manifiesta por un concurso de voluntades) a través de palabras y hechos que con toda evidencia lo significan; a lo que no obsta que después, ya en aplicación del artículo 1279, el comprador gestionase los datos precisos para el otorgamiento de la correspondiente escritura pública; hecho significativo de que la forma no integra elemento esencial para la validez del contrato que es eficaz aunque no conste por escrito.

No existencia del supuesto de doble venta recogido en el artículo 1473.— La aportación del inmueble al patrimonio social se hizo sabiendo perfectamente que una parte considerable de la finca «aportada» había sido ya vendida en un contrato anterior y que la resolución del contrato mediante devolución de la señal se hizo dos meses después de haber efectuado la aportación a la sociedad, pero esto no elude de sostener que en el fuero interno del recurrente había una relación de causa a efecto evidente entre la aportación y la resolución, que impide, por un lado, hablar de «venta» a la sociedad, sino simplemente de «aportación» a «su» sociedad, siendo así difícil sostener la aplicación debida de artículo 1473 del Có-

digo civil que se refiere al contrato de «compraventa» netamente configurado (STS. de 12 de diciembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.— El demandado-recurrente había vendido al demandante-recurrido una parcela, pactándose la entrega de una señal por la compra de la misma. Asimismo se acordó que el contrato definitivo se formalizaría dentro de un plazo indicado cuando el comprador tuviera decidido la superficie que deseaba adquirir. Dos días antes de que venciera el plazo estipulado el actor puso en conocimiento del vendedor la cantidad que definitivamente compraba precisando que realizaría el pago al contado. El demandado comunicó al actor que por razones fiscales había constituido una sociedad anónima y que dicha sociedad sería en realidad la que vendiera la finca. Una vez constituida se procedió a formalizar el contrato, pero introduciendo algunas estipulaciones que no habían sido tratados anteriormente, ante la negativa del actor a aceptar estas modificaciones, el demandado devolvió el doble de la suma recibida por el actor con el fin de dar por resuelto el contrato inicialmente pactado. Tanto en primera como en segunda instancia se condena a los demandados a la subsistencia del contrato de compraventa y a otorgar escritura pública. (E.S.M.)

14. Títulos de los que se derivan la prelación de créditos.— La preferencia no se deriva obligada y necesariamente de las sentencias de remate recaídas en los juicios ejecutivos, toda vez que debe concederse prioridad a los títulos que fundamentaron la acción ejecutiva, pues cuando la certeza del crédito consta en los títulos, aún cuando posteriormente se haya acudido a un procedimiento para lograr su efectividad, sin que la sentencia desvirtúe aquella certeza, habrá de atenderse a la fecha de la escritura y no, a la de sentencia, para resolver el conflicto preferencial.

Equiparación de las pólizas intervenidas a las escrituras públicas.— Es decir respecto al apartado A) del artículo 1924.3 del Código civil, que las escrituras públicas de que habla, deben equipararse a las pólizas intervenidas por Corredor de Comercio, o Agente de Cambio y Bolsa, en armonía con lo dispuesto en los artículos 1218 del Código civil, artículo 93 del de Comercio y 596 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ahora bien, la preferencia es absoluta e incondicional para aquellas pólizas que, por razón de su propio contenido, reflejan una indiscutible realidad crediticia que comporta una deuda exigible, pero no ocurre igual con los casos en que la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisa de una posterior actividad complementaria que es la que permite conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, viniendo, en tales casos, referida la preferencia a la fecha de esa operación de liquidación y determinación del saldo deudor.

Obligaciones del fiador solidario.— A tenor de lo dispuesto en el artículo 1822 del Código civil, párrafo segundo, el fiador solidario asume la deuda como propia y queda obligado de idéntica manera que el deudor principal, pudiendo

ser compelido por el acreedor en primer término y con independencia del afianzamiento, habida cuenta que la solidaridad pactada viene a eliminar el carácter de accesoriedad propio de la fianza normal, es decir, cuando media la solidaridad, la acción contra el fiador es autónoma y puede ejercitarse sin necesidad de actuar contra el patrimonio del deudor, al haber desaparecido el beneficio de excusión, sin perjuicio, claro está, de que el fiador pueda reclamar contra el deudor por la totalidad de lo satisfecho por él, pasando el fiador, en definitiva, a ser considerado como si de un deudor principal se tratara, con la cualidad de «*in solidum*».

Prelación de créditos sin privilegio especial.— Que los grupos de créditos comprendidos en los apartados A) y B) no se excluyen entre sí de manera absoluta e incondicional, pudiendo predicarse, a lo sumo, que de esos dos órdenes preferenciales, ostenta mejor clase o jerarquía el del apartado A) frente al del B), puesto que, como se decía, «la preferencia no se deriva obligada y necesariamente de las sentencias de remate recaídas en los juicios ejecutivos, toda vez que debe concederse prioridad a los títulos que fundamentaron la acción ejecutiva». (STS. de 5 de diciembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.— Los demandados habían solicitado un préstamo mercantil a una entidad de crédito, asimismo y con fecha posterior se le otorgó a las mismas personas otros créditos por otra entidad de crédito. Incumplidas las obligaciones de pago pactadas para la amortización de ambos préstamos, las entidades prestamistas interpusieron las correspondientes demandas de juicio ejecutivo. Aunque las diligencias de embargo del juicio ejecutivo del segundo préstamo se dictaron con fecha anterior a las del primero, interpuesta demanda de tercería por la entidad de crédito que concedió el primer préstamo, fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia que declaró su mejor derecho para cobrar sus deudas con el producto de los bienes embargados en ambos juicios ejecutivos. Confirmada esta sentencia por la Audiencia, la entidad que otorgó el segundo crédito entabló recurso de casación. (E.S.M.).

15. Opción de compra: Doctrina general.— Es doctrina de esta Sala la de que la opción de compra supone una compraventa concluida que no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio, bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto y en estado de ejecución, obligatorio para el cedente sin necesidad de más actos, pues es con la aceptación cuando quedan definitivamente fijadas las recíprocas obligaciones que han de exigirse después con el nacimiento y perfección de la compraventa por obra del doble consentimiento, que en el optante es simplemente retardado o pospuesto al término previsto (ss. de 9 febrero 1985 y 17 noviembre 1986), dependiendo la consumación del contrato de modo exclusivo de la decisión del optante que, realizada dentro del plazo establecido, constriñe al titular del derecho al cumplimiento, bastando que se opere esa manifestación de voluntad y que le sea notificada al optatario para que, sin necesidad de ninguna otra actividad, se tenga por consumada la opción (s.

de 6 de abril 1987), y resultando extemporáneo el ejercicio del derecho de opción fuera del plazo establecido (s. de 9 de octubre 1989).

Arrendamiento con opción de compra: Calificación del contrato.— No constituye verdadero contrato de opción la cláusula inserta en un arrendamiento que remite a un nuevo convenio la determinación de las condiciones de ejercicio de la opción, en especial el plazo, a pesar de que sí se fijó el precio de compra (Sentencia de 23 de diciembre 1991: No ha lugar).

NOTA.— Fallo que es de aprobar, aunque la doctrina general que le sirve de fundamento no deja de adolecer de imprecisiones. Aunque el recurso interpuesto por el arrendatario invoca el art. 1451 Cc junto a otros preceptos supuestamente infringidos por la sentencia de apelación, la sentencia extractada no aclara si se trata de promesa unilateral de venta aceptada o de promesa bilateral; también aparecen confundidos y no suficientemente deslindados los contratos de opción y de compraventa; una referencia meramente *obiter* al *pactum de contrahendo*, no parece oportuna. Se trata de una materia muy fluida que ni la doctrina, ni la jurisprudencia han conseguido aclarar del todo (*cfr.* García Cantero, *Comentarios Albaladejo*, XIX 2.^a ed., Madrid 1991, p. 70 ss.) (*G.G.C.*).

16. Acción declarativa de propiedad frente a acción reivindicatoria: Requisitos relativos al objeto: Error en la apreciación de la prueba: Omisión de un lindero.— En la descripción de la finca reivindicada, tal como aparece en la escritura de compraventa, se omitió, bien voluntariamente, o por simple error, el lindero por la derecha, pero tal circunstancia no patentiza el error denunciado, sin que pueda aislarse del resto de las pruebas que se tuvieron en cuenta, ya que por sí no exterioriza el error denunciado dado que las escrituras notariales no reflejan ni precisan las realidades extradocumentales que aportan los otorgantes: por otra parte, la situación material de las fincas colindantes ha provocado una posesión extralimitada que pretende cobertura jurídica a través de la reivindicatoria ejercitada en vía reconventional con apoyo en aquella omisión.

Compraventa de cuerpos ciertos: Art. 1471 CC: Doctrina general.—El art. 1471 ha producido una interpretación contradictoria dadas las dificultades que su texto plantea, por las diversidades de declaraciones que contiene, ya que prevé por un lado las ventas denominadas de «cuerpos ciertos» y «a precio alzado», y simultáneamente las situaciones de transmisión conjunta de dos o más fincas por un solo precio (precio general y común); la compraventa de cuerpos ciertos, presenta cierto aspecto de aleatoriedad (ss. de 18 mayo 1982 y 19 junio 1984), en cuanto que el precio se determina no a razón de un tanto por unidad de medida o número; se ha vendido sosteniendo que no pierden este carácter las transmisiones en las que se han expresado los linderos del bien enajenado, lo que es indispensable para la necesaria identificación del mismo, en cuanto constituyen, como soportes materiales y geográficos, elementos individualizadores y determinativos precisos, pero no se han indicado sus dimensiones, estando ausente la enumeración del precio singular por unidad de medida, y al entrar en juego la doctrina de

la causa, ésta es entonces la cosa que se enajena, con independencia de su cabida, número y extensión.

Venta de local en régimen de propiedad horizontal: No es venta a cuerpo cierto sino de cosa individualizada.— La contienda versa sobre la propiedad de parte de un local integrado en un edificio que ha sido objeto de división y constitución de propiedad horizontal, respecto del cual se ejercita una acción declarativa de propiedad y otra reivindicatoria por vía de reconvencción, debiendo llegarse a la conclusión de no haberse producido una venta a «cuerpo cierto», sino individualizada y concreta, al operar sobre una finca sometida al régimen de propiedad horizontal, en el que predominan y es elemento esencial las distintas divisiones del inmueble; y aunque en la venta no se especificó el precio del metro cuadrado, ello no es suficiente para que la venta sea reputada «a precio alzado», pues fijada la cabida de todo lo vendido y su precio total, por una simple operación matemática se puede establecer el precio por unidad, y así lo han declarado las ss. de 2 de marzo 1982 y 23 septiembre 1985.

Posesión extralimitada: Interpretación de compraventa: Determinación del objeto comprado.— El recurrente accionante en reivindicatoria compró conscientemente el local n.º 37 que había sido objeto de división horizontal e inscripción tabular, como finca independiente y autónoma dedicada a la explotación de cafetería, pero no la zona superficial contigua por su derecha, en la extensión controvertida; en consecuencia, su adquisición no se extiende a esta parte construida ya que ninguna actividad probatoria desplegó al respecto, sino por el contrario mantiene una posesión extralimitada, a la que atribuye titularidad dominical, aprovechando una disposición material de las cosas hecha por el anterior propietario y la omisión de un lindero en la descripción notarial de la finca comprada; anomalía posesoria también denunciada por el propietario anterior de la parcela discutida que, con anterioridad a la venta, efectuó un requerimiento notarial al recurrente para que restituyera la zona en conflicto (**Sentencia de 12 de diciembre 1991**: No ha lugar).

NOTA.— Sentencia plenamente de aprobar (Pte. Villagómez Rodil). En cuanto a la doctrina general sobre venta de cuerpos ciertos o a precio alzado, véase lo que decimos en *Comentarios Albaladejo*, tomo XIX, 2.ª ed. (Madrid 1991) p. 252 ss. La aplicación al supuesto de venta de locales segregados de un conjunto sujeto al régimen de propiedad horizontal parece plenamente adecuada pues resulta muy difícil de imaginar que tal venta pueda alguna vez configurarse a precio alzado según el modo normal de proceder en la vida económica. La exigencia de que en toda venta de inmuebles se expresen los linderos (art. 1471 párr. 2.º) es consecuencia de la necesidad de que las unidades inmobiliarias actúen en el tráfico previamente individualizadas para ser susceptibles de constituir objeto de relaciones jurídico-reales. En el presente caso, la omisión de aquel requisito en la compraventa del recurrente no implicaba ausencia de individualización que la s. deduce de otros documentos (inscripción registral escrituras anteriores) y también de la realidad fáctica. Por otra par-

te, el recurrente no ha hecho valer en ninguna instancia del pleito una *possessio ad usucapionem* que pudiera suplir su carencia de título. La mera omisión de un lindero unida a una posesión inconstituida parecen soportes insuficientes para una acción reivindicatoria, habilidosamente ejercitada por vía reconventional, aunque triunfó plenamente en primera instancia, siendo revocada plenamente la sentencia en apelación y rechazado el recurso de casación (G.G.C.).

17. Interpretación de los contratos. Compraventa de inmuebles: Falta de pago del precio en el tiempo convenido: Art. 1.504 CC.— Con independencia de la denominación empleada en el contrato y de su contenido más o menos normado (en el caso litigioso se trataba de un «contrato de opción para acceso diferido a la propiedad de la vivienda mencionada en el mismo», cuya terminología administrativa responde a la utilizada en el Reglamento aprobado por Decreto de 24 de julio de 1968, sobre Viviendas de Protección Oficial), es lo cierto que la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio ha de prevalecer a no ser que se demuestre carente de lógica, como así se viene declarando en reiterada doctrina de la Sala.

(En el caso concreto, el Tribunal de instancia consideró que la operación concertada en el contrato respondía a la propia de la compraventa, si bien de índole especial, caracterizada la convenida por la inclusión implícita de un pacto de dominio y un aplazamiento expreso de parte del precio estipulado). De la calificación del contrato como de compraventa deviene la aplicabilidad al mismo del art. 1.504 Cc; el cual no resulta incompatible con la concurrencia del pacto de reserva de dominio, el que, por otro lado, no admite equiparación con el supuesto de una venta condicional, ni incompatible, tampoco, con el art. 1.124, al tener proclamado la Sala en doctrina consolidada, que los mentados artículos no se eluden entre sí, sino que se complementan (STS. 21 de enero de 1992, no ha lugar).

HECHOS.— Habiéndose concertado entre los demandados y la demandante un contrato para adquirir una vivienda y habiendo incumplido los demandados sus deberes de pago, la parte actora (la Cooperativa de viviendas) interpuso demanda solicitando que se declarase resuelto el contrato concertado, que el piso quedase libre y a su disposición y que se condenase a los demandados al pago de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda; la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación (E.A.P.).

18. Contratos: Interpretación y calificación: Arrendamiento de obra con suministro de materiales celebrado por dos entidades mercantiles: Aplicabilidad de las normas del CC. Contenido del contrato de obra: Derechos y obligaciones de las partes: Interpretación del art. 1.091 CC.— Es cuestión de hecho y de la apreciación del Tribunal de instancia determinar si tienen o no el

concepto de mercantiles ciertos actos; y es reiterada y uniforme la doctrina de esta Sala de que tanto la función interpretadora como la de calificación de los contratos vienen atribuidas a los juzgadores de instancia, cuyas conclusiones han de ser respetadas en casación, a no ser que resulten ilógicas o contrarias a la ley, y siendo calificado el contrato como de obra con suministro de materiales, figura no contemplada en el C.com., carente de normas singulares reguladoras de su cumplimiento defectuoso o parcial (...), todo lo cual lleva a la conclusión de que ha de estarse a las normas del Código civil, singularmente a las generales de las obligaciones y contratos, y en modo alguno a las de la compraventa mercantil (arts. 336 y 342 C.com.) (STS 1-12-88), de lo que se deduce que no pueden ser aplicables las acciones edilicias propias de la compraventa y su prescripción, por ser aplicable a los contratos de obra el plazo general de los 15 años contemplado en el art. 1964 Cc.

Aunque el Cc español (art. 1.588) no determina cuáles sean los derechos que asisten al dueño de la obra cuando la entregada no reúna las condiciones pactadas o las adecuadas a su finalidad, claramente se deduce de las normas generales sobre obligaciones y contratos, incluido el de compraventa, que tienen derecho a que se subsanen por el contratista los vicios y defectos sin abono de cantidad suplementaria alguna, o a la reducción del precio en proporción a dichos defectos, o a pedir la nueva realización o la resolución del contrato cuando hay una absoluta imposibilidad de reparar o esencial inadecuación al fin. La naturaleza del contrato obliga no sólo a suministrar el material, sino también a verificar el resultado de la obra, comprometiéndose a su satisfactoria solución, a tenor de los arts. 1.544 y 1.588 C.c., siendo responsable de las obras de reparación el contratista, ya que ha de garantizar el resultado de la obra contratada (SSTS 6-11-82; 24-12-82; 7-3-87); hay que recordar, a virtud de lo dispuesto en el art. 1.258 Cc, que los contratos obligan a su cumplimiento, al de todas las obligaciones adquiridas mediante el contrato (...) y «no sería justo ni acomodado a la buena fe excluir unas consecuencias económicas (necesarias para el cumplimiento íntegro), cuya mayor onerosidad se debe al propio incumplimiento culpable por omisión del deber exigido por el tenor de las reglas —*lex artis*— de toda buena construcción» (STS 17-1-86).

Según tiene declarado esta Sala (STS 10-6-87), el art. 1.091 Cc, por la generalidad de lo que establece, sólo es hábil para acusar su infracción y determinar, en su caso, la casación de una sentencia cuando el contrato a que se refiere no se preste, dado lo que aparezca de su contenido, a interpretación de clase alguna ante la claridad de sus cláusulas (STS. 27 de enero de 1992, no ha lugar).

HECHOS.— Dos entidades mercantiles, (A) y (B), celebraron dos contratos de arrendamiento de obra con suministro de materiales, en los que se comprendía la sincronización de la maquinaria y utillajes suministrados por (A) con las ya existentes en poder de (B), hasta conseguir un perfecto funcionamiento, que no se logró. Ante la falta de pago de (B), (A) presentó demanda en reclamación de cantidad, a lo que la demandada se opuso formulando demanda reconvenzional, solicitando que la actora

cumpliera íntegramente las obligaciones adquiridas por los contratos y le indemnizase de los daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó en todas sus partes la reconvencción; la Audiencia Provincial estimó en parte la demanda y en parte la reconvencción. No prospera el recurso de casación (E.A.P.).

19. Contrato de obra: Doctrina jurisprudencial sobre promotor-constructor y promotor-mediador.— Tanto la doctrina científica como la jurisprudencial han venido poniendo de relieve la inadecuación a la realidad y la insuficiencia del art. 1591 Cc, para regular el fenómeno moderno de la construcción, su evolución y desarrollo, así como el conjunto de personas y medios que en el mismo concurren, bien sea acudiendo a la aplicación analógica del art. 4.1. Cc, o haciendo uso de la libertad interpretativa que autoriza el art. 3.1.; así ocurre con la figura del promotor que surge principalmente con la aplicación de la política estatal de ayuda a la construcción de Viviendas de Protección Oficial, asumiendo la función de intermediario entre esa ayuda del Estado y la necesidad de vivienda del particular. La jurisprudencia reconoce la inexistencia, en la fecha de publicación del Cc, del actualmente denominado promotor-constructor, que reúne generalmente en una persona el carácter de propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquél, enajenante de los diversos locales o pisos en régimen de propiedad horizontal, beneficiario económico de todo el complejo negocio jurídico constructivo, etc., lo que no impide que para la realización del proyecto utilice personal especializado al que ha de contratar, incluido el constructor o ejecutor material de los distintos elementos que integran el conjunto del edificio; a esta compleja figura se la ha contrapuesto el simple promotor-mediador, cuya intervención no viene guiada por la intención de destinar las viviendas al tráfico, transmitiéndolas a futuros compradores para obtener beneficios económicos, supuesto en el que podrían estar incluidas ciertas Cooperativas dedicadas exclusivamente a procurar viviendas a sus socios, constituyendo la aportación de cantidades por sus componentes, una derrama del costo de la construcción. Estos criterios aparecen reforzados por ss. de 11 de octubre 1974, 4 octubre 1981, 23 febrero 1983, 1.º marzo 1984, 11 febrero 1985, 20 febrero 1989 y 6 marzo 1990, entre otras muchas.

Responsabilidad del promotor-constructor por vicios ruinosos: Doctrina general.— La realidad fáctica hizo necesario concretar la responsabilidad del promotor-constructor frente a supuestos de insolvencia o desaparición de las entidades contratadas por él, que colocaban a los compradores de pisos en difíciles situaciones cuando los defectos ruinosos se manifestaban transcurrido buena parte del plazo de garantía; la doctrina de esta Sala fue desde el principio unánime y pacífica, equiparando la figura del promotor con la del contratista a efectos del art. 1591 Cc, y las razones fueron las siguientes: 1) que la obra se realiza en su beneficio, 2) que se encamina al tráfico de la venta a terceros; 3) que los terceros adquirentes han confiado en su prestigio comercial; 4) que fue el promotor quien eligió y contrató al contratista y a los técnicos; y 5) que adoptar cri-

terio contrario supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción; este criterio equitativo aparece reflejado en numerosas sentencias, arrancando de las de 16 de marzo 1956 y 28 febrero 1957, y pasando por las de 20 noviembre 1970, 17 octubre 1974 y 22 diciembre 1977, terminan en las más recientes de 28 marzo 1985, 27 octubre 1987, 9 marzo 1988, 19 diciembre 1989, 9 octubre 1990 etc., sentencias que han creado un cuerpo de doctrina uniforme y constante, perfectamente incardinable en los arts. 1.6 Cc y 1692.5 Lec; absoluta equiparación entre promotor y constructor que sólo quiebra en los supuestos de promotor-mediador, en la que la ausencia de intención lucrativa en su mediación, lo aparta del concepto general de la figura sustrayéndolo del ámbito de aplicación del art. 1591.

Responsabilidad decenal de la Caja de Ahorros promotora-constructora.— En el presente caso la Caja de Ahorros de N, contrató a los arquitectos y demás técnicos de la obra, así como al constructor de la misma, destinando la realización de las viviendas construidas sobre solares de su propiedad, a ser vendidas a sus clientes y beneficiarios, mediante el otorgamiento de préstamos, actividades que coinciden con el concepto de promotor-constructor, por lo cual resulta clara su responsabilidad por vicios ruinógenos, y ello sin perjuicio de las consecuencias que dicha responsabilidad puede originar en el marco de las relaciones internas entre promotor, constructor, arquitecto y aparejadores (**Sentencia de 1.º octubre 1991:** Ha lugar).

NOTA.— La responsabilidad extracontractual y el contrato de obra son, probablemente, los exponentes máximos de actuación de la *jurisprudencia creadora* que ahora avalan los arts. 1.6 Cc y 1692-5.º Lec. La presente sentencia (Pte. Burgos Pérez de Andrade) recapitula pedagógicamente la doctrina relativa al promotor de viviendas, diferenciando con acierto los supuestos del promotor-constructor del promotor-mediador. Nada nuevo aunque merece subrayarse el esfuerzo por clarificar una figura que la realidad social muestra variopinta y rebelde al encasillamiento. Quizá convenga destacar lo que tal labor jurisprudencial ha supuesto de anticipadora protección al consumidor adquirente de vivienda para uso personal y familiar, tan tímidamente esbozada en la Ley de 1984. En el FJ 2 como *obiter dictum* se recoge la declaración de la s. de 13 de julio 1987 relativa a que la responsabilidad de la entidad promotora «viene derivada de los contratos de compraventa por los que transmitió las viviendas y locales radicantes en el edificio, por lo que, al margen de la responsabilidad decenal que el art. 1591 Cc sanciona, corresponde a la demandada aquella otra que por el incumplimiento de sus obligaciones como vendedora le corresponde». Doble vía, por tanto, de protección al adquirente, aunque la primera resulta, con mucho, la más utilizada. Una sugerencia: para evitar equívocos ¿por qué no emplear otra denominación para el promotor-mediador, que no obligue a reiteradas aclaraciones semánticas? (G.G.C.).

20. Contrato de obra: Modificaciones aceptadas «Ex post facto»: exigencias de la buena fe.— La normativa contenida en el art. 1258 Cc es una llamada a la exigible lógica en el comportamiento humano, que obliga a estar a las consecuencias del pacto libre, aunque con extensión de la responsabilidad contractual no sólo al texto literal, sino también a sus derivaciones que en todo caso han de tener como referencias la buena fe, el uso y la ley; por ello, realizada una obra convenida en forma que pueda discrepar de lo inicialmente pactado, pero que ha sido admitido con la consiguiente conformidad *post facto* por los obligados a realizarla y a aceptarla, claro es que los que la llevaron a cabo, o en ella han tenido precisa intervención, han de responder de sus deficiencias constructivas, porque toda obra realizada, en virtud de las normas de la buena fe, ha de ser apta para el fin a que se la destina según su naturaleza.

Responsabilidad por ruina.— El art. 1591 Cc tiene como base fundamentadora, no el genérico incumplimiento contractual, sino, con base específica, vicios de la construcción, expresión mucho más amplia que la de simple incumplimiento contractual, y puesto en relación el aspecto de ruina que tal precepto considera, no con lo inicialmente contratado a fines constructivos, sí que con lo realmente construido *ex facto*, por aceptación del constructor y técnicos intervinientes en la obra, como del receptor de la misma, cual ha sucedido en el supuesto ahora examinado. (Sentencia de 1 de octubre 1991: Ha lugar).

NOTA.— Siendo conformes ambas sentencias de instancia en la condena solidaria a constructora y técnicos a eliminar las filtraciones y grietas en las viviendas construidas, la única cuestión a resolver en el recurso de casación era la de si tal condena había de tomar en cuenta sólo el contrato de obra inicial (tesis de los demandados y de las sentencias recurridas) o también las modificaciones ulteriormente intervenidas y aceptadas *ex post facto* (tesis de los recurrentes) que se patrocina en la s. extractada. Nada que oponer a ésta por tratarse de una verdadera novación modificativa del contrato inicial que completa o adiciona sus cláusulas. Únicamente manifestar cierta sorpresa ante la manifestación-evidentemente *obiter dictum* de que la responsabilidad por vicios de la construcción es «mucho más amplia que la de simple incumplimiento contractual»; parece más bien lo contrario: en toda responsabilidad por ruina se da un incumplimiento contractual, pero no a la inversa (G.G.C.).

21. Contrato de obra: Responsabilidad por ruina: Plazo de garantía y plazo de prescripción de la acción.— En esta clase de acciones existen dos plazos diferentes que pueden sumarse, el de producción de los daños ruinosos, que deben manifestarse en el plazo de diez años, ampliable a quince cuando la causa de los daños fuese la falta del contratista a las condiciones del contrato, y que debe comenzarse a contar desde la terminación de la construcción, y el plazo de ejercicio de la acción para la exacción de la responsabilidad decenal, que como tiene declarado esta Sala es el de quince años propio de las acciones personales que no tienen señalado término especial de prescripción (art. 1964), plazo este úl-

timo que comenzará a contar desde que la acción pudo ejercitarse, es decir, desde que se tuvo conocimiento de la aparición de los vicios ruinógenos.

Falta de legitimación: Constructores que piden en casación la condena del Arquitecto y Aparejador.— Si la postura procesal de los demandados recurrentes a lo largo de la *litis* no fue otra que la de solicitar su absolución de los pedimentos de la demanda, no pueden en trámite de casación formular un motivo que en realidad integra una petición de condena contra quienes, como sus codeemandados —Arquitecto y Aparejador— no habían sido objeto pasivo de una pretensión por su parte, aun cuando no deja de reconocerse la posibilidad de que esta extensión de responsabilidad redunde en un beneficio económico para los recurrentes, que podrían ver disminuido el montante de su condena.

Responsabilidad del Aparejador. Mala calidad de la mezcla del hormigón.— Demostrado pericialmente que los defectos ruinógenos se concretan en la mala calidad del hormigón en algunos elementos estructurales, que atribuye poca fiabilidad a la estructura del edificio, siendo ello consecuencia de la falta de vigilancia permanente y pormenorizada sobre las amasadas del hormigón, resulta clara la responsabilidad exclusiva del Aparejador—, a la vista del art. 2.º del D. de 16 de julio 1935, vigente a la sazón, que ha sido reproducido en el art. 1.º del D. de 19 febrero 1971, que encomienda a los Aparejadores la función de inspeccionar los materiales a emplear, dosificación y mezclas, exigiendo las comprobaciones, análisis necesarios y documentos de idoneidad precisos para su aceptación (S. 15 octubre 1991: Ha lugar en parte).

NOTA.— Supuesto bastante extremo en cuanto a plazos pues la reclamación se presenta casi a los veinte años de construida. ¿No pueden haber interferido otras causas en la ruina? Pero la Sala 1.ª ha consolidado la duración quincenal de la acción *ex* 1591, abandonando otra posible exégesis, (G.G.C.).

22. Actualización de renta.— Es cierto el cambio operado en la doctrina del Tribunal Supremo en materia de criterios para la actualización de la renta. Se mantenía antes que la renta base para el incremento era la inicial del contrato, mientras que hoy se considera que es la ya actualizada, interpretando en este último sentido el principio de la equivalencia de las prestaciones. (Sentencia de 9 de septiembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.— Se discute entre las partes en un contrato de arrendamiento la cuestión relativa de la renta contractual y liquidación de las rentas debidas. Anteriormente tuvieron ya otro pleito en el que la Audiencia apelada había fijado que la renta base para la aplicación de los incrementos era la inicial del contrato. En el nuevo proceso, el Juez de Primera Instancia estima la demanda y, en apelación, la Audiencia la revoca parcialmente, interpretando de modo distinto la cláusula contractual de

actualización de la renta. En casación no ha lugar (cuestión nueva). (C.J.D.).

23. Arrendamiento rústico sujeto a legislación especial: Cláusula adicional de subrogación de nuevo arrendatario y elevación de renta: Novación modificativa y no extintiva.— Si durante el plazo contractual se inserta en el contrato originario una cláusula adicional por la que un nuevo arrendatario se subroga en lugar del primitivo, con elevación de la renta, ello constituye novación modificativa porque la extintiva no se presume, exige declaración expresa y que la nueva obligación sea incompatible con la anterior; según reiterada doctrina jurisprudencial, la novación modificativa o impropia no tiene efectos extintivos sino de simple cambio o alteración de alguno de los aspectos no fundamentales, en cuanto a su carácter o naturaleza, del negocio por ella afectado, razón por la cual el contrato en cuestión se mantiene aunque modificado; es cuestión de hecho que corresponde a los Tribunales de instancia, y, en caso de duda, ha de optarse en pro del efecto de la más débil, o sea de la modificativa; en consecuencia, en cuanto a la duración y prórrogas, sigue en vigor el contrato primitivo (**Sentencia de 9 de enero 1992**: No ha lugar). (G.G.C.).

24. Compatibilidad entre la condición de cultivador personal y pensionista de la Seguridad Social.— Superada ya por lo reiterada la doctrina de esta Sala —Sentencias de 23 de enero y 3 de junio de 1988, 20 febrero, 17 de marzo, 28 de abril y 6 de julio de 1989— la polémica acerca de la compatibilidad entre la condición de pensionista de la Seguridad Social y la de cultivador personal, la cuestión se centra, como dice la sentencia de 28 de abril de 1989, en determinar si tiene o no tiene el demandante, a cuyo nombre figura la titularidad del contrato, aptitud legal para hacer uso del derecho reconocido en la regla 3.^a de la Disposición Transitoria 1.^a de la LAR, habida cuenta de que el actor está, desde años atrás, en situación legal de pensionista de la Seguridad Social y que la operatividad de la norma invocada, exige el acreditamiento por el interesado —sentencias de 30 diciembre 1985 y 10 de marzo de 1986— de su condición de cultivador personal, expresión ésta que aunque con significado no asimilable al de profesional de la agricultura que contempla el art. 15 de la Ley, para calificar la dedicación preferente a la actividad agraria, si ha de conectarse con el concepto que figura en el art. 16 de la propia Ley, en que, bajo la denominación de cultivador personal, se exige llevar la explotación por sí o con ayuda de familiares que con él convivan, sin utilizar asalariados más que circunstancialmente.

Noción de cultivador personal.— La intervención en la explotación de las fincas limitada a las labores «de menor esfuerzo», no puede llevar a calificar al actor de cultivador personal dada la escasa entidad de las tareas por él realizadas frente a las que llevan a cabo su hijo y nietos para la explotación de las fincas, de forma tal que son esas labores realizadas por el actor recurrido las que han de calificarse como de «ayuda» a la explotación por el hijo y nietos de las fincas arrendadas. (STS 23 diciembre 1991. Ha lugar).

HECHOS.— El arrendatario de finca rústica pretende el acceso a la propiedad de la finca al amparo de la Disp. Tr. 1.^a, regla 3.^a y el art. 98 de la LAR. Se considera probada la celebración de un contrato de arrendamiento en fecha anterior a la Ley de 15 de marzo de 1935, pero el Tribunal Supremo estima que el actor no reúne la condición de cultivador personal, por lo que prospera el recurso de casación interpuesto por los herederos del arrendador. (*I.G.P.*).

25. Mejoras útiles y mejoras sociales según la LAR.— La citada Ley especial prevé y regula las mejoras que se pueden efectuar en los predios arrendados, con la distinción de las que se reputan útiles y las que tienen consideración de sociales (art. 57) reconociendo al arrendatario el derecho a realizarlas por sí sólo, con las limitaciones que refiere el artículo 60, de no menoscabar el valor de la finca. Las referidas mejoras tienen como fin primordial incrementar la productividad de las fincas rústicas, en la dinámica de cumplir la función social que a la propiedad privada le reconoce al artículo 33 de la Constitución.

Necesidad del consentimiento del propietario para que las mejoras sean indemnizables.— Para que las mismas, partiendo de unas actuaciones materiales constatadas, alcancen la categoría jurídica de mejoras indemnizables, la Ley establece unos requisitos a observar y cumplir, de manera precisa y detallada, en el caso de verificarlas el arrendatario, que en todo caso proceden si medió consentimiento del propietario.

La exigencia de la extinción del arrendamiento como requisito para la indemnización de la mejora.— El nacimiento de dicho derecho resarcitorio por mejoras efectivas y autorizadas en el predio arrendado, se halla sometido a la inexcusable «*conditio iuris*» de la extinción del pacto locativo, y mientras el contrato esté en vigor las mejoras redundan de manera inmediata en beneficio del arrendatario que obtiene el fruto de su esfuerzo, integrando una mera expectativa indemnizatoria, ya que pasando del momento presente al futuro, cuando la finca se reintegra al arrendador, dichas obras de mejoría si no se retiran, indudablemente favorecen y revalorizan el predio que ha sido receptor de las mismas. (**STS de 12 de diciembre de 1991**; no ha lugar).

HECHOS.— Celebrado un arrendamiento rústico de acuerdo con la legislación especial, el recurrente-arrendatario había realizado una serie de mejoras en la finca objeto de arriendo, en atención a esta circunstancia solicitó que el arrendador le abonara los gastos que había llevado a cabo en la mencionada finca en cumplimiento de lo establecido en las normas de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Tanto en la primera como en la segunda instancia fueron desestimadas las pretensiones del arrendatario. (*E.S.M.*).

26. Sociedad civil irregular.— Una sociedad sin pactos escritos, absolutamente irregular, se rige también por las normas de la comunidad de bienes, de la que se puede salir, salvo pacto temporal, a través de la división.

Principio de congruencia.— Las reservas «sin perjuicio» y otras análogos ni atribuyen derechos ni significan reconocimiento de la eficacia del contenido de tal declaración —máxime cuando, además, se recogen como argumento a mayor abundamiento de un fundamento jurídico y no en la parte dispositiva de la resolución—, por lo que no existe clase alguna de incongruencia (**Sentencia de 13 de noviembre de 1991**; no ha lugar).

HECHOS.— La parte actora interpuso demanda sobre disolución de comunidad de bienes y otros extremos fundada en el incumplimiento por el demandado de las obligaciones de rendición de cuentas y de participación en sus ganancias. El Juez de Primera Instancia estima la excepción de *litis*-consorcio pasivo necesario. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de Primera Instancia, apreciando en lo principal la demanda. No prospera el recurso de casación. (*J.A.M.M.*).

27. División de Sociedad Civil Irregular.— Las normas aplicables a la división de la sociedad civil irregular son, en principio, las mismas por las que se rige la comunidad de bienes (art. 1669, 2.º). Sin embargo, no se aplican tales normas sino las de la partición cuando el patrimonio de la sociedad es de una composición tan heterogénea que resulta totalmente indispensable realizar su liquidación si desea conocerse el haber partible (a ello se remiten los arts. 1708 y 406 Cc). (**Sentencia de 3 de enero de 1992**, no ha lugar).

HECHOS.— Los padres del demandante y de los demandados cedieron a sus hijos un negocio para que éstos continuasen con el mismo, adjudicándoles el patrimonio por parte iguales y distintas tareas en la actividad comercial. No se discute que se trata de una sociedad civil irregular, lo cual no se discute. El demandante solicitó la división de la cosa común, suplicando se declare la venta del negocio en pública subasta (por ser éste indivisible) y se reparta su precio entre los socios. En Primera Instancia se dictó sentencia favorable a la demanda, posteriormente revocada por la Audiencia Provincial de Albacete. En casación no hubo lugar. (*C.J.D.*).

28. Fianza solidaria sometida a condición.— Las obligaciones que, como consecuencia de la suscripción de un contrato de fianza, asumen los fiadores; son, de acuerdo con las reglas generales que disciplinan la contratación, susceptibles de ser subordinadas, en cuanto a su existencia y efectividad, al cumplimiento de una condición, puesto que, habiéndose pactado en el contrato, que los codeemandados «se obligan conjunta y solidariamente al cumplimiento de este contrato garantizando dicha operación con sus bienes personales, siempre que se hayan obtenido las licencias municipales, calificaciones provisionales y definitivas y los créditos oficiales» y declarado por la resolución recurrida como hechos probados y no combatido en casación que «no aparece acreditado, la obtención de las licencias municipales, calificación provisional y definitiva y créditos sociales», obvio

es que no cabe concluir la obligatoriedad para quienes suscribieron tal convenio, de responder de una fianza que, por no cumplirse la condición pactada, no llegó a obligarles (STS de 31 de octubre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.— Los demandantes-recurrentes interpusieron demanda por incumplimiento de contrato de ejecución de obra que tenía por objeto la realización de la construcción de viviendas u locales de negocios en un terreno cedido por los actores. La acción iba dirigida contra la deudora principal, la entidad urbanizadora, así como contra los fiadores solidarios de la mencionada obligación. En primera instancia se admitió la demanda y se condenó a la constructora y solidariamente a los fiadores; apelada la sentencia por parte de los fiadores, la Audiencia la revocó en parte, en concreto en lo que hacía referencia a la condena de los fiadores. (E.S.M.).

29. Culpa extracontractual. Responsabilidad de los padres por los daños causados por los hijos «in potestate»: Art. 1903.— La responsabilidad declarada en el art. 1903, aunque sigue a un precepto que se basa en la culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabilidad, y por ello se ha sostenido que contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi-objetiva, sentido que siguen numerosas sentencias de esta Sala, justificándose por la transgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos *in potestate*, con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido oponer la falta de imputabilidad en el autor material del hecho (menor), pues la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión de aquel deber de vigilancia (ss. de 14 marzo 1978, 24 marzo 1979, 1 junio 1980 y 10 marzo 1983), sin que exonere de responsabilidad el dato de no hallarse presentes el padre o la madre cuando se comete el hecho ilícito, o que aquéllos tengan que trabajar o no puedan, por razón de las circunstancias familiares o sociales, estar siempre junto a sus hijos menores de edad, ya que de seguirse otro criterio, como dice la s. de 29 de diciembre 1962, se llegaría a la total irresponsabilidad civil de los hechos realizados por los menores de edad, quebrantándose criterios de equidad al dejar sin resarcimiento alguno a quien ha sufrido en su cuerpo y salud importantes daños (ss. de 28 enero y 7 febrero 1991), de manera que cuanto queda expuesto es de aplicación después de la reforma de 13 de mayo 1981.

Inaplicabilidad de la presunción de inocencia: Cuanto antecede es, de por sí, suficiente para que no pueda entenderse conculcado el principio de presunción de inocencia, aparte de que el art. 24.2 CE no es aplicable a la culpa extracontractual, habiendo de referirse a normas represivas, punitivas o sancionadoras, cuyo carácter no tienen los arts. 1902 y 1903 Cc, pues la indemnización que contemplan es de significación reparadora o de compensación, para conseguir que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización y a costa de los responsables del daño, en situación equivalente (nunca puede existir igualdad en

la reparación de daños corporales o morales) a la que tenía antes de haberlo sufrido (ss. de 20 febrero 1989 y 25 marzo 1991).

Responsabilidad del vendedor de la carabina: Venta a menor incumpliendo normas administrativas: Concurrencia de conductas omisivas.— La responsabilidad del vendedor del arma causante del daño se basa en el art. 1902, pues la venta incumpliendo las cautelas que impone el Reglamento de Armas, es un hecho que, sin perjuicio de la sanción administrativa que pudiera merecer, es origen de responsabilidad civil por daño producido a consecuencia de actos que revelan la negligencia del demandado al vender la carabina al hijo de los demandados sin cumplir ninguno de los requisitos administrativamente exigibles, sin que le exonere el hecho de que un mes antes la madre del menor le hubiese preguntado el precio de una escopeta de la clase después vendida; así en la producción del daño —lesiones en el ojo de otro menor, con pérdida total de la visión del mismo— se da una concurrencia de conductas omisivas, la del comerciante y la de los padres, que han de considerarse relevantes desde un punto de vista social, sin que el precepto exija que la causación sea directa e inmediata, ni impide valorar los factores que inciden en el hecho por ser más próximos o más remotos.

Nexo causal: Teoría de la causalidad adecuada o eficiente.— La s. de 22 octubre 1948 advirtió que la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido, para que pueda ser apreciada la culpa extracontractual, ha de inspirarse en la valoración de las condiciones y circunstancias que el buen sentido señale al examinar cada caso como índice de responsabilidad dentro del innúmero y multiforme encadenamiento de causas y efectos; y como la doctrina de la equivalencia de las condiciones, llevada a sus últimos extremos, puede conducir al absurdo, por eso se matiza con la de la causalidad adecuada o eficiente, admitiéndose la concurrencia de causas, culpas y responsabilidades siempre que una de ellas no tenga virtualidad suficiente para anular las otras, que es lo que se da en el caso que nos ocupa en el que el propio legislador se encarga de advertir a los comerciantes las precauciones a adoptar para prevenir un daño posible y evitable.

Solidaridad.— Surge entre los culpables al no poderse individualizar la responsabilidad en la pluralidad de agentes, ni determinar la proporción en que las conductas de cada uno contribuyeron a la comisión del hecho dañoso (**Sentencia de 7 enero 1991**: No ha lugar).

NOTA.— En la, por lo demás encomiable, elaboración jurisprudencial de un cuerpo de doctrina que actualice los escuetos preceptos legales de nuestro Cc, acaso sea la responsabilidad de los padres por los hijos *in potestate*, la que mayores reservas doctrinales está suscitando. Véase últimamente la excelente Tesis Doctoral de Esther Gómez Calle, *La responsabilidad civil de los padres* (Madrid 1992) p. 435, que concluye con afirmaciones de este tenor: No se puede llevar a cabo una interpretación objetivadora como la realizada por el TS que impide, de hecho, la posibilidad de exoneración por prueba de ausencia de culpa; hay que atender a

una conciencia social reconocedora de un mayor ámbito de autonomía al menor y aceptar que, hoy en día, los padres tienen muchas menos posibilidades de controlar efectivamente a sus hijos, que en otros tiempos, sobre todo a partir de cierta edad.

En el presente caso, las afirmaciones de principio de la s. extractada se limitan a reiterar una doctrina particularmente copiosa en los últimos años (pasan de 110 las ss. que se citan desde 1980 en la precitada Tesis Doctoral, p. 463-467).

El supuesto de hecho ofrece algunas particularidades pues se trataba de las lesiones causadas por un menor de 14 años, con una carabina de aire comprimido, a otro menor, con resultado de pérdida de visión en un ojo; el arma había sido adquirida por el citado menor sólo, sin que el comerciante cumpliera ninguno de los requisitos que establece el Reglamento de Armas de 24 julio 1981; aunque este último había sido absuelto en primera instancia, la Audiencia le consideró solidariamente responsable con los padres y el TS desestima el recurso de casación.

La s. es extremadamente escueta con los datos de hecho, pues no se detallan las circunstancias en que ocurrió el daño, ni la edad de la víctima, ni la conducta de unos y otros padres en relación con los hijos; únicamente se hace constar que la madre del autor había pasado unos días antes por el establecimiento preguntando por el precio de un arma de similares características, circunstancia que se reputa irrelevante para exonerar de culpa al vendedor.

Acertada resulta la exclusión del principio constitucional de la presunción de inocencia pues, en otro caso, habría que revisar buena parte de nuestro actual Derecho de daños; si bien no es posible eliminar toda idea de sanción por conducta ilícita en los supuestos de responsabilidad extracontractual —como eco lejano de la *actio legis Aquiliae*— parece claro que hoy predomina la idea de reparación e indemnización, con lo que nos alejamos del campo de aplicación del art. 24.2 CE.

En términos generales, la teoría de la causalidad adecuada o eficiente, predominante en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, autoriza a los Tribunales un amplio margen de discrecionalidad, no exento, por ello, de críticas. En el presente caso, la omisión de prueba de la propia diligencia hace pensar que los padres eran sabedores y consentidores de la compra por su hijo de una carabina de aire comprimido; cualquiera que sea el grado de liberalidad de su educación parece evidente que recae sobre aquéllos un especial deber de diligencia para que el hijo usara correctamente el arma, que hubiera debido llegar a su retirada si el menor no ofrecía debidas garantías de buen uso. Su condena parece obligada ante la imprueba de diligencia. Tratándose del vendedor, aparece clara una negligencia administrativa que mal puede paliarse con la visita de la madre (¿cuáles eran las relaciones con los padres? ¿eran habituales o frecuentes hasta el punto de poder presumir una autorización presunta de la compra?). Cier-

tamente, de no haber vendido la carabina no se hubiera causado el daño; pero el cumplimiento de los requisitos administrativos de la venta hubieran sido insuficientes contando con la negligencia de los padres; siendo su responsabilidad del art. 1902 ¿hubiera quedado exonerado de haberlos satisfecho? parece que sí porque su responsabilidad no es cuasi-objetiva. ¿Cabía analizar otras concausas? Parece que sí: la posible *culpa in vigilando* de los padres de la víctima; si los hechos ocurrieron en lugar público, la posible culpa también *in vigilando* del responsable, y, en último término, de la autoridad municipal etc. etc. Demasiados interrogantes, algunos inevitables ante el principio *da mihi factum*, pero que obligan a repensar un sector importante del Derecho de daños, o, en su caso, a imponer un seguro obligatorio de responsabilidad civil por paternidad, como ha sugerido J. M. Miquel (*G.G.C.*).

30. Culpa extracontractual: Responsabilidad por riesgo: Doctrina general.— La evolución de la jurisprudencia sobre responsabilidad extracontractual muestra que, a mayor engrendo de peligro, mayor responsabilidad, llegándose en algunos casos a la conocida como responsabilidad objetiva, de la que no sólo se hace eco la doctrina científica, sino el propio legislador en el ámbito nacional unas veces, y asumiendo e injertando en el dispositivo legal ordinario la fuente que proporciona el Derecho internacional a través de los Tratados y Acuerdos de esa índole, de donde resulta que, o bien por el enorme riesgo que supone su uso o explotación, o la simple tenencia de los enseres, artefactos o industrias, unas veces por su carácter lucrativo, otras por su simple disfrute u ostentación, han de llevar inherente la responsabilidad de los eventuales daños que produzcan, salvo caso de fuerza mayor o por culpa de la víctima, y tal responsabilidad sube de punto en su objetivación cuando se trata de la prestación de servicios de carácter monopolístico o similar; por ello no puede alegarse infracción de una doctrina legal que se pronuncia con mayor o menor énfasis en sentido culpabilístico o de objetivación por riesgo, no sólo según las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, como dice el art. 1104 Cc, sino las que por su modo de empleo y en la dinámica de su proyección social, requieran, en aras de la justicia distributiva, una mayor apreciación de la objetividad responsable que tal actividad humana comporte.

Lesiones producidas por Líneas Aéreas de Alta Tensión: Irrelevancia del cumplimiento de disposiciones reglamentarias: Responsabilidad por riesgo.— El estricto cumplimiento del Reglamento de Líneas Aéreas de Alta Tensión de 18 noviembre 1968 no es bastante para eximir de responsabilidad a la empresa eléctrica, habida cuenta de las circunstancias físicas del lugar en que está situada la línea de alta tensión, como son núcleo urbano y extrema actividad industrial, porque el acaecimiento que realmente se ha producido dentro de una actividad industrial absolutamente normal, muestran la insuficiencia de tales medidas para evitar el riesgo o peligro que entraña un tendido eléctrico de esa naturaleza; la actividad desarrollada por el lesionado —sujetar la carga del camión que le estaba confiado mediante cuerdas con el extremo metalizado que rozaron con el cable—

ha sido la que le correspondía dentro del buen hacer profesional (*lex artis*), y por ello, la vinculación causal entre esta actividad y la consecuencia dañosa hay que desecharla; por lo que el evento producido tienen su raíz causal en la existencia indebida en la zona de esa instalación de alta tensión, de gran peligro, sin aviso público *in situ* de tal peligrosidad y sin las medidas de protección de la línea de fluido eléctrico que eviten el riesgo de accidente a los viandantes y a los que ejerzan cualquier actividad industrial en plena calle, como la carga de un camión, lo que no está prohibido. (**Sentencia de 20 enero 1992**: No ha lugar).

NOTA.—Se trataba de dilucidar la responsabilidad extracontractual de una empresa eléctrica propietaria de una línea de alta tensión que atravesara un núcleo industrial, por los daños causados al conductor de un camión que recibió una descarga cuando se disponía a acomodar debidamente la carga de su camión.

Es muy verosímil que un Reglamento de 1968 se encuentra desfasado en relación con las necesidades técnico-económicas de nuestros días, por lo cual es de aprobar la aplicación que el TS hace de la conocida doctrina según la cual el cumplimiento de las normas reglamentarias no elimina la responsabilidad por riesgo. Sería deseable arbitrar algún procedimiento legal para que este hecho llegara a conocimiento del Ministerio competente para iniciar la reforma del mencionado Reglamento.

La indemnización por las lesiones sufridas (incapacidad permanente por amputación del antebrazo izquierdo y formación de cicatrices retráctiles en las plantas de los pies) fue fijada concordantemente en ambas instancias en la suma de 15 millones de pts.

La argumentación para fundamentar la doctrina de la responsabilidad por riesgo contiene la novedad de mencionar la explotación en régimen de monopolio como circunstancia relevante (*G.G.C.*).

31. Culpa extracontractual: Lesiones a viajero por arranque súbito de autobús de servicio público: Doctrina general sobre inversión de la carga de la prueba.—La jurisprudencia, aun sin abandonar el sistema subjetivo a que obligan los términos del art. 1902 Cc, con el fin de favorecer una estimación objetivista de la culpa aquiliana, de forma reiterada ha venido a configurar un sistema de inversión de la carga probatoria claramente favorecedor de la situación procesal del perjudicado, de suerte que éste queda excluido de la prueba relativa a la culpa del demandado —de cuya actividad deriva el evento dañoso—orientándose todo el *onus probandi* hacia dicho causante del daño, sobre quien pesa la obligación de probar que su conducta está amparada por la prudencia, que no hubo, por su parte, negligencia alguna y que el evento dañoso se produce fuera de su ámbito culpabilístico, con toda ajenidad a cualquier reproche posible a su quehacer, por fuerza mayor o bien por culpa exclusiva de la persona que sufrió el daño; tal inversión de los deberes de prueba tiene su inmediata traducción en la producción de una presunción *iusis tantum* en favor de la víctima, en el sentido que, mientras no se destruya por prueba concluyente en contrario, se presume que el daño trae causa de la culpa del demandado; en aplicación de esta doctrina al caso concreto,

sobrevenida la caída de la demandante al bajar del autobús en que bajaba, e imputándose por la misma que aquélla fue debida a la circunstancia de haber reanudado la marcha el conductor cuando aun no había terminado de descender, los demandados, en aras de la doctrina antes expuesta, deben dejar cumplidamente acreditado que el accidente sobrevino en plena quietud del vehículo, y es lo cierto que la prueba propuesta por ellos y a su instancia practicada no produce el resultado liberatorio de la presunción de culpa.

«*Quantum*» indemnizatorio.—La sentencia lo fija sobre la base de la naturaleza y características de la lesión sufrida y circunstancias personales de la actora, mujer de 41 años de edad, de la que no consta actividad laboral alguna fuera del hogar, ni el número y de edad de los hijos, lo que obliga a valorar su situación exclusivamente con relación a la edad conocida; las lesiones consisten en la pérdida del sentido del olfato —anosmia postraumática— de carácter irreversible, y de otra, como consecuencia directa del traumatismo sufrido, padece vértigo postural paroxístico benigno neurocervical, que determina una invalidez total, haciendo aconsejable que la paciente vaya acompañada siempre por el riesgo de la aparición de crisis vertiginosas que le hacen perder la estabilidad; a causa de dicho padecimiento tampoco puede realizar determinadas actividades, como las domésticas que conllevan actividad visual, expresando el perito la probabilidad de agravamiento con el transcurso del tiempo; en primera instancia se fijó la suma de 5.500.000 pts. cifra que en apelación se elevó a ocho millones, teniendo en cuenta que en la acción civil ejercitada en juicio de faltas solicitó nueve millones, cuantía que le vincula según s. de 16 de febrero de 1988, de lo que ha de descontarse lo reclamado en vía ejecutiva.

Intereses del art. 921 LEC.—Finalidad de la condena al pago de estos intereses es tanto la de mantener para el acreedor el valor de lo que ha de recibir como la de evitar recursos con exclusiva finalidad dilatoria; son consecuencia necesaria de estas condenas al pago de indemnizaciones, ni siquiera tienen que pedirse o declararse, y siempre deben computarse e incrementarse al principal al ejecutar la sentencia; la s. de 10 abril 1990 ha declarado son de aplicación preceptiva en todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional que contengan condena al pago de cantidad líquida, nacen por imperativo de la ley, y no comete incongruencia el juez que silencia un *petitum* de tal naturaleza; mucho menos cabe hablar de incongruencia cuando la sentencia los declara expresamente, aunque no haya sido pedido, según la doctrina consolidada de que no incurrir en incongruencia las sentencias que incluyen aspectos complementarios de la pretensión o desenvuelven peticiones implícitas (**Sentencia de 7 octubre 1991**: No ha lugar).

NOTA.—Nada que oponer al fondo de esta sentencia, sí acaso la duración excesiva del recurso de casación (más de cinco años desde que se pronuncia sentencia en primera instancia), que puede reducir considerablemente la cuantía de la indemnización por unas lesiones que producen invalidez total y precisan de la compañía de otra persona para desplazarse; perjuicios que sólo en parte resultan compensados por los intereses ex

art. 921 Lec. Sabido es que el TS soberanamente aplica en determinados sectores de la vida social la doctrina de la inversión de la carga de la prueba y en otros la del riesgo o de la responsabilidad cuasi-objetiva. Obsérvese que en el caso aquí contemplado el resultado hubiera sido el mismo si la víctima invoca la existencia de una responsabilidad contractual derivada del contrato de transporte, que obliga al transportista a trasladar indemne al viajero hasta el lugar de destino, con desplazamiento a aquél de la carga de la prueba de la diligencia, y con la extensión a quince años del plazo de prescripción de la acción. Los prácticos prefieren la vía más conocida del art. 1902 y a ello ha contribuido la propia jurisprudencia del TS que, a diferencia de la francesa por ejemplo, permite la acumulación de acciones (*G.G.C.*).

32. Responsabilidad extracontractual.—Constituye doctrina de esta Sala que quien por su cuenta y riesgo y en su beneficio encarga la realización de la obra a un tercero, adquiere una legitimación pasiva a título derivativo, pero de carácter directo, frente al dueño de la obra.

Litisconsorcio pasivo necesario.—Este no existe en los supuestos de responsabilidad solidaria ni se puede invocar el art. 533.4 de la LEC para denunciarlo, ya que no puede encajarse esta excepción en el catálogo de las excepciones dilatorias. (**Sentencia de 26 de julio de 1991**: no ha lugar).

HECHOS.—La parte actora ejerció acción por culpa extracontractual a consecuencia del derrumbamiento de una casa de su propiedad fruto de las excavaciones que para la ejecución de un sótano se venían realizando en el solar limítrofe, siendo demandados el propietario, arquitecto y contratista. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, al apreciar la existencia de responsabilidad solidaria sobre el propietario y el contratista. La Audiencia Provincial aceptó parte de los fundamentos jurídicos del Juzgado de Primera Instancia, considerando como único responsable al contratista. No prospera el recurso de casación. (*J.A.M.M.*).

4. DERECHOS REALES

33. Montes. Consorcio para repoblación forestal.—El objeto y contenido de estos contratos o consorcios voluntarios se hallan delimitados en el art. 287.1 del Reglamento de Montes de 22 de febrero de 1962, al disponer que «mediante el consorcio el propietario de un monte constituye un derecho real de vuelo a favor del Patrimonio Forestal del Estado, que faculta a éste mientras dure el contrato para poseer el monte, repoblarlo y aprovechar su arbolado, reservando al propietario el derecho a una participación en el valor neto de los productos que se obtengan»; en consecuencia el propietario del monte conserva sus derechos dominicales sobre el mismo, si bien con la limitación que supone el derecho real de

vuelo constituido y la posesión que se reconoce a favor de la Administración Forestal con la finalidad indicada. Dado este contenido del contrato, ha de afirmarse que todas aquellas actuaciones materiales de la Administración sobre el monte consorciado que excedan del contenido propio de ese derecho real de vuelo y de la finalidad perseguida con la celebración del contrato, no pueden acogerse a éste para ser calificadas como actos administrativos cuya impugnación por la vía judicial haya de realizarse ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, de acuerdo con el art. 1.1 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, según la cual esta jurisdicción «conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo», no conociendo la misma de «las cuestiones de índole civil... atribuidas a la jurisdicción ordinaria».

Acción negatoria de servidumbre.—La acción negatoria de servidumbre tendente a la declaración de libertad de cargas de su dominio y a la desaparición de los signos reveladores de esa negada servidumbre —en virtud del derecho dominical que sobre el monte gravado ostenta el actor recurrente cuyas facultades conserva el mismo no obstante las limitaciones derivadas del referido consorcio— constituye una cuestión puramente civil cuyo conocimiento corresponde a los órganos del orden jurisdiccional civil, debiendo aplicarse a este supuesto la reiterada doctrina jurisprudencial según la cual la determinación de si se han cumplido o no los preceptos relativos a los modos de adquirir la propiedad y posesión incumbe, exclusivamente a la jurisdicción ordinaria y, en general, que las declaraciones sobre propiedad son ajenas a la competencia de dicha jurisdicción contencioso-administrativa dada la íntima razón de analogía que existe entre esas cuestiones y las concernientes la existencia o inexistencia de servidumbres, gravámenes, que sólo pueden ser constituidos por el propietario del inmueble gravado. (Sentencia de 24 de diciembre de 1991; ha lugar).

HECHOS.—El demandante solicita que se declare la inexistencia de servidumbre de paso sobre su propiedad a favor de ICONA. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó parcialmente el fallo, al apreciar la excepción de incompetencia alegada por la parte recurrente —ICONA—. Prospera el recurso de casación interpuesto, confirmándose en los términos declarados por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. (J.A.M.M.).

34. Ejecución hipotecaria al amparo del art. 131 LH. Cancelación de cargas posteriores (Regla 17.^a).—La atribución dominical que del inmueble hipotecado se hace al adjudicatario, según la subasta a tenor del art. 131, regla 17 LH, afecta solamente, según dicha norma, a las «inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca que se ha realizado»; pero de ahí no deriva que haya de afectar a derechos personales que no han tenido acceso al Registro de la propiedad, como el derecho arrendaticio litigioso que no reúne al respecto los requisitos que señala el art. 2, n.º 5 de la LH para su acceso al Registro.

Subsistencia de arrendamiento concertado con posterioridad a la hipoteca.—En los términos que aparece planteado el debate de este recurso de casación, resulta la licitud y existencia de un arrendamiento, que no es perjudicado por la realización de la hipoteca recayente con anterioridad sobre el inmueble arrendado y en que no se acreditó fraude o confabulación, en perjuicio, antes del acreedor hipotecario, y después del adjudicatario en subasta del inmueble. Sin que tal solución de la litis sea contrapuesta a la que esta Sala adoptó en supuesto de cierta similitud con el presente, pero con diferencias sustanciales. Así, en sentencias de 23 de diciembre de 1988 y 17 de noviembre de 1989, casos en que no se acreditó la existencia del arriendo que fue, en el caso de la primera totalmente simulado y, en la segunda, celebrado con ausencia de buena fe por parte del arrendador y arrendatario.

Causas de extinción del arrendamiento.—De seguirse el criterio de extinción del arrendamiento por ejecución de la hipoteca se daría lugar a una causa de extinción de arrendamiento urbano no catalogada en la relación imperativa de esas causas que hace el art. 114 de la LAU. Además, en el supuesto debatido, anterior a la vigencia del RD-ley de 30 abril 1985, es aplicable la prórroga legal que establece el art. 57 de la misma Ley, el que se infringiría en virtud de una causa resolutoria no señalada en la Ley. (STS 6 mayo 1991. No ha lugar).

HECHOS.—En esta sentencia se mantiene la doctrina de la subsistencia de arrendamiento concertado con posterioridad a la constitución de hipoteca, que persiste tras la ejecución hipotecaria, como ya se hiciera en las sentencias de 9 de junio 1990 y 23 febrero 1991. En el presente caso, el arrendatario de local de negocio ejerce el retracto al amparo del artículo 48 LAU. La demanda se dirige contra el adjudicatario de la finca a resultas de la ejecución de hipoteca constituida en fecha anterior a la celebración del contrato de arrendamiento. En Primera Instancia y Apelación se estima el retracto. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—La subsistencia del arrendamiento (en el caso con prórroga forzosa) *posterior* a la constitución de la garantía hipotecaria se ha criticado y con razón en nuestra doctrina. (V. el detallado comentario de Díez García, H. a la STS 23 febrero 1991, en CCJC, enero-marzo 1991, p. 297 y ss. y el comentario de Lasarte Alvarez, a la STC de 16 de enero de 1992, publicado en «Tapia», enero-febrero 1992, p. 7 y s.), y en efecto, no parece encajar con el sistema jurídico (sin entrar aquí en el posible conflicto de valores que late en el fondo) la idea de que el acreedor hipotecario se encuentre desamparado ante una disminución de valor de la finca hipotecada a consecuencia de contratos concluidos por el dueño de la finca hipotecada, lo que sin duda ocurre si persiste la doctrina de mantener tras la ejecución aquellos arrendamientos posteriores a la constitución de la garantía hipotecaria. Pudiera pensarse que el perjuicio se limitara a arrendamientos con prórroga forzosa (como es nuestro caso), más (como se destaca por los autores antes citados), el problema se plantea igualmente

con arrendamientos que si bien carecen de la prórroga legal, son de larga duración. No obstante, el Tribunal Constitucional, en la sentencia de 16 de enero de 1992, «sin terciar en la cuestión que corresponde dirimir a la jurisdicción ordinaria, de saber si la ejecución hipotecaria extingue el arrendamiento que se concertó con posterioridad a la constitución del derecho real de hipoteca o si, por el contrario, la relación arrendaticia es compatible y mantiene su eficacia frente al adjudicatario de la finca en razón a la protección que le otorga la legislación especial que regula tales contratos o, en otras palabras, si el arrendamiento no es perjudicado por la realización de la hipoteca recayente sobre el piso arrendado», recuerda, sin embargo, que «la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina por realzar la fuerza del vínculo arrendaticio (SSTS 9 junio 1990, 23 febrero 1991 y 6 mayo 1991)». En el caso se resuelve el recurso de amparo a favor de arrendataria que alega indefensión ante el desalojo ordenado en procedimiento de ejecución hipotecaria (*I.G.P.*).

5. DERECHO DE FAMILIA

35. Aval otorgado por mujer casada: Evolución del Derecho Español.—Hasta 1958 la mujer casada tenía serias limitaciones de capacidad que le impedían obligarse de modo muy riguroso; en dicho año se modificó el *status* de la mujer casada, de manera tibia, o como decía la E de M de la Ley de 24 de abril 1958, «para liberar a la mujer de ciertas limitaciones en su capacidad»; pero desde 1975 siguió la apertura y reconocimiento de los derechos de la mujer, desapareció el contenido del primitivo art. 61 y se proclamó en el art. 62 que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges; no podía disponer de bienes gananciales y, caso de hacerlo, el acto sólo sería anulable a instancia del marido (art. 65), pero, en principio un aval prestado por mujer casada, ni estaba prohibido por la ley, ni entrañaba en sí mismo acto de disposición de bienes gananciales; sólo cuando la obligación avalada vence, es exigida y se persiguen bienes para hacerla efectiva, puede plantearse si la afección de bienes para su pago es, o no, permitida por el régimen matrimonial, sin consentimiento del marido, o de la mujer, porque ambos cónyuges son iguales a dichos efectos según el art. 65 (hoy, a todos, como proclama el art. 66 en su redacción de 1981).

Derechos del marido: Embargo del Derecho de la mujer a participar en una Cooperativa de Viviendas.—Se reconoce el derecho del marido a sostener en juicio declarativo la impugnación del aval concertado por su esposa, pero partiendo de la validez de tal aval, con anterioridad a la reforma de 1981, no es posible en aquel proceso decretar la nulidad del aval y del juicio ejecutivo con base en la falta de capacidad de la mujer para contraerlo; por otra parte no ha supuesto ningún detrimento en los derechos del esposo, pues el embargo del piso se sustituyó por el embargo de los derechos que a la mujer correspondían como cooperativista, así como por el embargo del derecho a pedir el otorgamiento de escritura pública a la Cooperativa, aunque finalmente la sentencia, que calificó de consor-

cial el piso, declaró «indemnes los derechos dominicales del marido»; ha de tenerse presente, además, que la vigente normativa permite el embargo de bienes gananciales por deudas privativas, llegándose incluso a la disolución de la sociedad con base en el art. 1373 Cc.

Naturaleza del aval cambiario: Derecho derogado.—Según el art. 37 de la vigente Ley Cambiaria, el aval se concibe hoy como obligación autónoma, tanto que quien garantiza o avala una letra, nada de su causa puede discutir, siendo válido el aval aunque la obligación sea nula; en consecuencia, según la tesis de la autonomía no se permite al avalista discutir la provisión de fondos. Pero conforme al derecho vigente al avalarse las letras de autos, a pesar del art. 486 C com que habla de «obligación escrita e independiente», la doctrina se repartía en dos grupos; para los partidarios de la autonomía de la declaración cambiaria cuyo objeto era un aval, ni en juicio ejecutivo, ni fuera de él, podrían los avalistas oponer la inexistencia de provisión de fondos; para quienes opinaban que el aval estaba subordinado a la existencia de una obligación principal, al modo de las garantías accesorias, podrían los avalistas oponer las excepciones fundadas en la inexistencia de la obligación cambiaria; de seguirse esta doctrina, debió ser alegada la nulidad de la obligación en el juicio ejecutivo y, al no hacerlo, están bien rechazadas las peticiones que en el declarativo la pretenden.

Cosa juzgada: Falta identidad de partes.—Si las partes en el declarativo no son las mismas que en el ejecutivo, no se puede extender a todos la declaración de que resuelta una cuestión en el juicio ejecutivo lo está también en cuanto afecta a quien no litigó.

Embargo del sueldo de mujer casada en juicio ejecutivo: Improcedencia de la oposición de la mujer en juicio declarativo.—Si se embargaron sueldos y se entregaron al ejecutante, por no requerir el dinero de ninguna otra actuación procesal o apremio, nada permite hoy la devolución en juicio declarativo, pues fue la esposa embargada quien disfrutó en aquel proceso del beneficio de orden; se ignora si fue ella quien designó su sueldo para el embargo, no constando nada de su oposición a la traba, por lo cual carece de todo fundamento que hoy, de la mano de su esposo, pretenda apoyar su pretensión y pedir la nulidad del embargo; todo ello sin perjuicio de la repercusión que ello pueda tener en la contabilidad ganancial.

Embargo de pensión de Seguridad Social.—El embargo de un bien inembargable no es, por sí mismo, constitutivo de indefensión, debiendo ser el propio embargado quien hiciera valer en su momento los derechos que estimara que pudieran pertenecerle; además, fallecido el titular de la pensión embargada, no puede ejercitar tal pretensión su hija a título de heredera, porque para ella el dinero ya no constituye una pensión de seguridad social sino un incremento del patrimonio con el que ha de hacer frente a todas sus obligaciones, propias o heredadas (S. de 30 septiembre 1991: No ha lugar).

NOTA.—Complejo supuesto que ha obligado al Ponente (Marina Martínez Pardo) a una encomiable labor de clarificación y sistematización en el FD 1.º. Tal como ha llegado al TS el proceso es resultado de

acumular varios juicios declarativos consecuencia de un inicial ejecutivo, motivado por la aceptación de letras de cambio avaladas por mujer casada. El ejecutivo tuvo alternativas pues al principio se embargó un piso de la avalista, lo que luego se substituyó por los derechos que a la mujer correspondían en la Cooperativa, la cual no otorgó escritura pública a favor del ejecutante, por no haber sido parte en el pleito.

El tema de la fianza unilateralmente otorgada por uno de los cónyuges, y su incidencia en los bienes consorciales, ha atraído el interés de la doctrina. Como ha denunciado Guilarte Guitiérrez, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales* (Valladolid 1991) p. 505, es fenómeno frecuente «que todo el patrimonio familiar, incluido el alojamiento, se ve trabado y vendido como consecuencia de una fianza desconsideradamente prestada por el esposo». Pero en el presente caso la cuestión se contempla sólo tangencialmente y, además, se complica, por cuestiones de derecho transitorio. La óptica que parece ser la del TS no es la de una razonable defensa del patrimonio ganancial sino la también razonable tutela de un acreedor que lleva más de doce años sin hacer efectivo su crédito, que tuvo la «mala suerte» de ser avalado por una hija casada del deudor; ante la insuficiente solvencia de éste se embarga un piso de la avalista, embargo substituído luego por la traba en los derechos en una Cooperativa de Viviendas del Magisterio, que el acreedor no ha podido hacer efectivo todavía. Siendo anterior el aval a la reforma de 1981, aunque posterior a la de 1975, se plantea el tema de la capacidad para afianzar por sí sola la mujer casada y el de la responsabilidad de los bienes comunes por deudas privativas. A lo primero se responde, con razón, afirmativamente; a lo segundo, con la salvaguarda de «dejar indemnes los derechos dominicales del marido». Se interfiere el tema de la naturaleza del afianzamiento como acto dispositivo indirecto, tal como parece deducirse de la s. de 2 de julio de 1990, de idéntico Ponente. De plantearse el caso bajo la normativa vigente, el art. 1373 hubiera podido ofrecer solución más diáfana. Globalmente parece justa la solución adoptada por el TS aunque queda la duda de la probable ineffectividad para que el acreedor cobre (G.G.C.).

36. Patria potestad: Carácteres de Derecho-Deber: Irrenunciabilidad. Causas de Extinción.—El derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores, y dentro del mismo el específico a la guarda y tutela (sic) de los mismos viene incluido entre los que la doctrina dominante denomina derechos-función, en los que, la especial naturaleza que les otorga su carácter social, que trasciende del ámbito meramente privado, hace que su ejercicio se constituya, no en meramente facultativo para su titular, sino en obligatorio para quien lo ostenta, toda vez que su adecuado cumplimiento tiene unas finalidades sociales — en este caso, de interés familiar— que le hacen especialmente preciado para el ordenamiento jurídico; corolario forzoso es el carácter de irrenunciable que impide al titular abandonar las finalidades que su cumplimiento persigue, así como su

imprescriptibilidad, hasta el punto de que su no ejercicio, voluntario o forzoso, durante un cierto tiempo carece de virtualidad extintiva del mismo, subsistiendo la posibilidad de su ejercicio, a no ser que por alguna razón legal, y previa resolución judicial, se haya producido su extinción.

Carácter restrictivo de las limitaciones legales a la patria potestad.—La doctrina jurisprudencial tiene reiteradamente sentado el carácter restrictivo con que deben ser interpretadas las limitaciones legales a la patria potestad; así, si bien la s. de 7 julio 1975 proclama que cabe privar a los padres de la patria potestad cuando su conducta ponga o pueda poner en peligro la formación o educación moral del hijo, la s. de 19 octubre 1983 llegó a declarar que no se reputa ejemplo corruptor la convivencia de la madre de un menor, en estado de soltería, con un hombre casado y separado de su esposa; por otro lado también se ha proclamado que el ejercicio de las atribuciones potestativas, no preceptivas, que el art. 170 Cc otorga a los Tribunales, implica la facultad discrecional de apreciar en cada caso si existe una dureza excesiva de trato a los hijos, o si hay motivos para estimar que se le dan órdenes, consejos o ejemplos corruptores, y esto sentado, no cabe impugnar en casación el uso de aquellas facultades discrecionales, según s. de 25 junio 1923, y sin que contra lo resuelto en el ejercicio de esta facultad proceda el recurso de casación, a menos que se patentice error de hecho o de derecho (s. de 17 marzo 1928).

Guarda de los abuelos. Progenitores separados de hecho. Madre conviviente con otro hombre de quien tiene descendencia: No es causa extintiva de la guarda.—Se ha producido una interrupción temporal en el ejercicio por parte de los padres actores del derecho a la guarda de su hija, que fue ejercitada por los abuelos maternos, pero tal interrupción pasajera no alcanza virtualidad suficiente para operar la extinción del derecho a la guarda, derecho que ha de permanecer íntegro, si bien y como medida acordada a iniciativa del Ministerio Fiscal, debe la hija menor continuar, por ahora, confiada a la guarda y custodia de los abuelos maternos, estableciéndose un régimen de visitas en favor de los padres por un período, pasado el cual se otorgará la guarda al padre (**Sentencia de 11 octubre 1991**: No ha lugar).

NOTA.—A los pocos meses del nacimiento de la hija, y debido a las malas relaciones de los cónyuges, la madre se traslada desde Venezuela a Santa Cruz de Tenerife, fijando su residencia en casa de los abuelos maternos; el padre de la niña regresa de Venezuela a los tres años y pasa a vivir con los abuelos paternos en las proximidades del domicilio de sus suegros; por aquellas fechas la madre abandona el domicilio de sus padres pasando a convivir con un señor con el que ha procreado dos hijos más; la menor, hija del matrimonio, permanece desde entonces con sus abuelos maternos a quienes profesa gran afecto, mientras manifiesta cierta animadversión hacia su padre con quien ha mantenido relaciones esporádicas. La demanda se interpone por los progenitores contra los abuelos maternos, reclamando la guarda de su hija. La demanda se desestima en primera instancia, siendo estimada parcialmente en casación, declarando

de momento la guarda a favor de los abuelos, estableciendo un derecho de visita, conjunta o separadamente, en favor de los padres, otorgándose la custodia al padre al cabo de seis meses, previa audiencia de la menor, del Ministerio Fiscal e informe del Psicólogo sobre la conveniencia del cambio. Al desestimarse el recurso de casación queda en pie el matizado fallo de la Audiencia.

Como observa Castán Vázquez, *Com. Min. Justicia*, I, p. 574, la *suspensión* de la patria potestad, que estaba aludida en el Cc antes de la reforma de 1981, no es ahora mencionada, ni en el art. 170, ni en todo el cap. IV, y ello, acaso, es la explicación de lo reticentes que son los Tribunales a aplicar la drástica medida de privar al progenitor de la patria potestad. En el presente caso obsérvese que no se produce una situación legal de abandono por la intervención desde el primer momento de los abuelos maternos. Por otra parte, la sentencia de apelación aparece inspirada en el art. 158, cuya flexibilidad permite una adecuación a las circunstancias. Así, ante el dilema de recuperar o privar de la patria potestad, se opta por matizar el derecho de guarda, que se atribuye al progenitor que parece en mejores condiciones de ejercerlo, pero ello condicionado a un preceptivo informe de un Psicólogo. Solución que parece acertada. Por otra parte, ¿no parece oportuno revalorizar el papel de los abuelos en el Derecho de Familia, dado que socialmente están cumpliendo importantes funciones? (G.G.C.).

II. DERECHO MERCANTIL

37. La prueba del contrato de mediación y el art. 1214 CC.—Al quedar demostrado que se realizó el encargo de mediación y que posteriormente se celebró el contrato de compra y venta perseguido, se presume que este último fue consecuencia del corretaje solicitado, al tener el demandado el control de la prueba, el contrato de compra y venta donde consta o no la mediación y no querer aportarlo.

Doctrina jurisprudencial sobre el contrato de mediación.—Es irrelevante que el contrato sea de promesa de venta o de compra y venta. Lo importante es que llegue a celebrarse el contrato perseguido y que se deba a la mediación. Entonces es cuando se devenga la retribución por tratarse de una obligación de resultado. (TS 23 de septiembre de 1991; No ha lugar).

HECHOS.—El mediador en un contrato de compra y venta no recibe el precio pactado tras la celebración del mismo. Demanda a la parte en el contrato que había solicitado su mediación, la cual niega que ésta se haya producido, sosteniendo que al demandante le corresponde probar el corretaje, y no aportando el contrato de compra y venta, que aclararía definitivamente la cuestión.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda de reclamación de cantidad. La Audiencia confirma la sentencia. No prospera el recurso de casación. (J.M.A.).

38. Renuncia de derechos.—Ante el recurso de casación formulado por el Abogado del Estado en nombre del Consorcio de Compensación de Seguros, por infracción del art. 6.2 CC, la Jurisprudencia considera que la renuncia de derechos ha de ser personal, clara e inequívoca, sin condicionamiento alguno, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, mediante actos concluyentes. Por tanto un acuerdo que puede ser recurrido, no puede ser significativo de renuncia de derechos, ya que falta la claridad terminante e inequívoca de expresión de voluntad indiscutible. Al no considerarse producida la renuncia, no tiene ninguna trascendencia hablar de error sobre la misma.

Intereses moratorios previstos en los arts. 20 y 38.9 de la Ley de Contrato de Seguro.—El TS considera que el interés previsto en estos preceptos, se aplica a la cantidad debida y no satisfecha por el asegurador, cuando se encuentre previamente determinada, ya sea por causa contractual o por otra vía eficiente, y no, como en este caso, cuando la determinación de la exacta cantidad que ha de ser pagada ha de efectuarse por el órgano jurisdiccional. Se aplica aquí la doctrina «*in illiquidis non fit mora*». (TS 28 de octubre de 1991. No ha lugar).

HECHOS.—El demandante había resultado perjudicado por las inundaciones de Bilbao de 1983. Tras la notificación de la resolución del expediente por el Consorcio de Compensación de Seguros, había interpuesto sin éxito recurso de reposición.

Se estima parcialmente su demanda de reclamación de cantidad contra el citado Consorcio. La Audiencia estima parcialmente la apelación del demandado, rebajando la indemnización. Ambos interponen recurso de casación que no prosperan. (J.M.A.).

39. Subrogación del asegurador en los derechos de asegurado frente a los responsables del siniestro.—La Compañía recurrida aseguró un cargamento que transportaba con destino a Vigo, la recurrente mediante el oportuno contrato de seguro marítimo, al que se le aplica lo dispuesto en el art. 780 del Código de comercio, a cuyo tenor «pagada por el asegurador la cantidad asegurada, se subrogará en el lugar del asegurado para todos los derechos y acciones que correspondan contra los que por malicia o culpa causaron la pérdida de los objetos asegurados». También en la Ley de 8 de octubre de 1980, de Contrato de Seguro, se sigue esta técnica de la subrogación, pues su artículo 43 dispone que el asegurador, una vez pagada la indemnización «podrá ejercitar los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización».

Prescripción de la acción en caso de subrogación.—No se trata de que el asegurado accione de reembolso a modo de tercero que paga una deuda ajena, en cuyo caso el plazo de prescripción de su acción sería el de las acciones personales (art. 1964 Cc), ni que tenga que accionar contra su asegurado, hipótesis en que aquel plazo sería el de tres años, sino de un ejercicio por el asegurador de la misma acción que le corresponde al asegurado que ha indemnizado frente al responsable del daño. En consecuencia, la acción del asegurador con el tercero responsable no tiene que tener un plazo legal de prescripción «ad hoc», sino la acción en que se ha subrogado, en el caso el plazo establecido en el art. 952.2.º del Código de Comercio. (STS 11 noviembre 1991. Ha lugar).

HECHOS.—La actora, una Compañía de Seguros, se subroga en las acciones de su asegurada por el mal cumplimiento de un contrato de transporte de mercancías. La sociedad demandada alega prescripción de la acción. El Juzgado de primera Instancia acogió la excepción de prescripción, pero la Audiencia revocó y acoge la demanda. La sociedad transportista recurre por infracción del art. 952.2.º del Código de Comercio, en relación con los artículos 1089, 1091, 1203 y 1212 Cc (I.G.P.)

40. Corresponsabilidad del librador en el pago de la letra.—El librador queda obligado por su firma al pago de la letra, aunque fueren letras de favor. A la regla general se excepciona el caso en que de modo expreso y claro se acuerde con el tomador lo contrario. En este sentido, la interpretación que hace el Supremo de las expresiones «firma indeterminada» (del librador) y «recursos propios» (en cuanto al pago) se opone a la de la Audiencia, entendiendo que por su carácter ambiguo dan lugar a confusión y no cabe alegarlas como excepción a la norma general.

Cosa Juzgada.—Según doctrina del Tribunal Supremo, la sentencia recaída en el proceso ejecutivo no hace surgir el efecto de la cosa juzgada por el cual se cierra la posibilidad de someter de nuevo el mismo asunto a un proceso ordinario posterior (Ss. TS 03-10-1983; 16-09-1988; 26-05-1988). (Sentencia 15 de octubre de 1991; ha lugar).

HECHOS.—Don José Luis F. L. entregó voluntariamente a una entidad bancaria 250.000 pesetas, pago parcial de una deuda vencida a cargo de una empresa de la que él era gerente y accionista mayoritario. Posteriormente se vió obligado por sentencia emanada de proceso ejecutivo al pago de una letra de la que era librador y de las costas procesales. Don José Luis demanda en juicio le sean devueltas por la entidad bancaria las cantidades pagadas y otros. En Primera Instancia se desestimó la demanda. Interpuso recurso de apelación, la Audiencia revocó parcialmente la sentencia y estimó parcialmente la demanda, considerando que el actor no estaba obligado al pago de la letra por lo

que debía devolverse la cantidad y gastos de las costas procesales. **En casación ha lugar (C.J.D.).**

41. Quiebra.—Cabe presumir fraudulenta la quiebra de una empresa cuando figuran en su «balance, memorias, libros u otros documentos relativos a su giro o negociación ...» (Art. 890.2 C com) operaciones ficticias. No se produce indefensión ni lesión de derechos garantizados por la CE por el hecho de aplicar las presunciones de fraude previstas por la ley, pues en esta materia se aplican determinados criterios objetivos en el orden civil y se dejan al orden penal las conexiones con conductas subjetivas. (**Sentencia de 19 de octubre de 1991; no ha lugar.**)

HECHOS.—En primera instancia se califica de fraudulenta la quiebra de una sociedad, entre otras razones porque ésta había girado letras por elevado valor en virtud de operaciones inexistentes. La sociedad quebrada recurrió la sentencia en apelación solicitando se declare su quiebra como fortuita. La Audiencia confirmó la sentencia anterior. **En casación no hubo lugar. (C.J.D.).**

III. DERECHO PROCESAL

42. Tercería de dominio. Objeto de la Tercería y diferencias con la acción reivindicatoria.—La posible y primitiva equiparación conceptual de la tercería de dominio con la acción reivindicatoria, cada día cuenta con menos partidarios, evolución que se traduce en el ámbito jurisprudencial en la existencia de un conjunto de sentencias donde nítidamente se concretan los fines y el ámbito de aplicación de esta clase de acciones. Constituye ya cuerpo de doctrina, el concepto de que el objeto del juicio de tercería de dominio es liberar del embargo bienes indebidamente trabados, excluyéndolos de la vía de apremio, teniendo escasas analogías con el ejercicio de la acción reivindicatoria, por lo que no siempre puede identificarse con la misma, señalándose entre las principales diferencias, justamente, la de *constituir su objeto propio, no tanto la obtención del bien*, cuando el levantamiento del embargo; siendo consecuencia de esa especialidad el que antes que el problema de la propiedad de los bienes, importe examinar si el demandante de tercería es propiamente tercero, es decir, no es el deudor (SSTS 29-10-84; 15-2-85; 8-5-86; etc.). La delimitación nítida de la figura del tercero que como parte de la legitimación activa «ad causam» del demandante de tercería, es el primero de los requisitos a tener en cuenta como esencial en esta clase de acciones (SSTS 12-6-56; 24-1-77; 2-2-84; 20-2-87). (**STS 30 de enero de 1992, no ha lugar.**)

HECHOS.—Una entidad mercantil formuló demanda sobre tercería de dominio contra otra entidad y 11 personas más, solicitando que se declarara que los bienes embargados eran propiedad de la actora, y se comunicara a la Magistratura de Trabajo que levantara el embargo trabado sobre los mismos.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda; la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación (E.A.P.).

43. Recurso de revisión. Plazo para la interposición del recurso: Cómputo.—Establece el art. 1798 LEC un plazo de tres meses para la interposición del recurso, plazo que debe contarse desde que se descubrió el fraude y que una reiterada doctrina de esta Sala viene calificando como plazo de caducidad, procediendo su cómputo, dado que no se trata de un plazo procesal, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5.1 Cc, sin que tal plazo sea susceptible de interrupción. Como declaró la STC 20-10-87, el plazo de la acción revisoria es legítimo y conforme a la Ley Fundamental, en cuanto preserva o tiende a preservar un valor o principio constitucional, como es el de la seguridad jurídica, plasmado en la invariabilidad de la cosa juzgada. No puede entenderse que el plazo de caducidad no comenzará a transcurrir sino hasta la entrega del testimonio de las actuaciones judiciales que dieron lugar a la sentencia que pretende revisarse (STS 21 de enero de 1992, es improcedente el recurso de revisión).

HECHOS.—En juicio de cognición seguido en un Juzgado de Distrito sobre resolución de contrato de arrendamiento de vivienda por no uso, el demandante no indicó en la demanda el domicilio del demandado, esposo de la recurrente en revisión, estando ambos separados, y solicitando del Juzgado la citación por edictos. Considerando la actora que había con ello una finalidad de ocultar la sentencia del pleito tanto al esposo demandado como a la esposa, y por tanto una maquinación fraudulenta, planteó demanda de recurso de revisión contra la sentencia dictada por el Juzgado.

El Tribunal Supremo declaró improcedente el recurso de revisión.

NOTA.—A mayor abundamiento y en cuanto al fondo del asunto, declara la sentencia que sería igualmente desestimable la demanda, ya que la vivienda no tuvo en ningún momento el carácter de vivienda familiar del matrimonio, pues al constituirse el arrendamiento, se había producido ya la separación de los cónyuges. Por ello, dispone el TS que «al no tratarse de vivienda conyugal o familiar, a la que pudiera aplicarse el art. 96 Cc, es claro que no nos encontramos ante una situación de litisconsorcio pasivo necesario». (E.A.P.).

44. Procesos en los que es parte el Estado: No cabe el arbitraje ni el allanamiento estatal. Condena en costas.—No le cabe al Estado transigir sus derechos y someter a arbitraje sus diferencias con particulares, sin que sea posible tampoco aceptar en Derecho, en general, un allanamiento estatal y que, por ende, los individuos componentes del Cuerpo de Abogados del Estado, asimismo, tienen vedado allanarse a las demandas y recursos de los que sea parte el Estado, salvo cumpliendo los términos previstos en el art. 10 «in fine» de su Estatuto.

El art. 710.2 LEC establece que la sentencia confirmatoria o agravatoria de la de primera instancia deberá contener condena en costas al apelante, salvo que la Sala estime motivadamente que concurren circunstancias excepcionales que justifiquen otro pronunciamiento. Está justificada la imposición de costas causadas en la Primera Instancia al amparo del art. 523.2 LEC, al incorporar explícitamente la temeridad en la conducta procesal de la apelante (STS 15 de enero de 1992, no ha lugar).

HECHOS.—Una entidad mercantil formuló demanda de tercería de mejor derecho contra otra entidad y contra el Ministerio de Economía y Hacienda, solicitando que se declarase el mejor derecho a la actora a que con el producto de la subasta que se celebre a consecuencia del expediente administrativo del Recaudador de Hacienda sobre bienes de la conde mandada, se le haga pago de la suma solicitada por los conceptos indicados. Celebrada la subasta, la cantidad adjudicada a la actora es inferior a la reclamada. Posteriormente, el Ministerio dicta una Orden reconociendo el derecho preferente de la demandante por la cuantía obtenida en la subasta. La actora, desistiendo del exceso reclamado, solicitó el allanamiento de la contraparte y su condena en costas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la reclamación de tercería de mejor derecho, al haberse reconocido por el Ministerio el mejor derecho de la entidad demandante; la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, imponiendo las costas procesales a la parte demandada. No prospera el recurso de casación (E.A.P.).

45. Indemnización de daños y perjuicios.—No puede estimarse como actuación dolosa determinante de la exigencia de daños y perjuicios el hecho de haberse promovido por el Banco demandado los dos juicios ejecutivos a que se refiere la demandada, aun cuando uno de ellos fuese declarado nulo por haberse tenido como vencido un mes antes de la fecha señalada en la póliza.

Prueba pericial.—Su apreciación es libre para el Juez en tanto que las reglas de la sana crítica no están codificadas.

Principio de congruencia.—Aunque no signifique acatamiento literal y riguroso a lo pedido, no es lícito que el juzgador, sea la instancia que fuere, pueda establecer un pronunciamiento fuera de los concretos términos de lo solicitado, pues ello conculcaría el principio «*sententia debe esse conformis libello*». Pretendiéndose en la demanda la declaración de un actuar doloso, no procede estimar en casación la culpa o contravención en el contenido obligacional, pues ello implicaría indefensión para la parte contraria, al privársele de oportunidades de alegación y prueba, con transgresión de los principios de igualdad, preclusión y oportunidad procesal de defensa. (Sentencia de 20 de diciembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—La parte demandante solicita una indemnización de daños y perjuicios en base a una actuación dolosa del Banco demandado,

que al promover sobre aquélla dos juicios ejecutivos éstos motivaron que se viera forzada a presentar suspensión de pagos. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda. La Audiencia Provincial confirmó el fallo. No prospera el recurso de casación (*J.A.M.M.*).

46. Congruencia. Prohibición de la reformatio in peius.—Siendo el objeto del proceso el ejercicio de una acción de reclamación de legítima y discutiéndose en la apelación su importe por el demandado, la Sala de Instancia incurre en incongruencia al estimar que se había ejercitado una acción de complemento de legítima. Es además doctrina de esta sala la que veda la agravación del fallo en perjuicio del apelante, cuando su oponente no recurre ni se adhiere a la apelación.

Conculcación de los plazos establecidos por los arts. 363 LEC y 267 LOPJ para el recurso de aclaración.—La violación de normas procesales se ha de hacer valer por la vía del apartado tercero del art. 1692, y no por la del primero o del quinto como pretende el recurrente.

En cualquier caso entraña un manifiesto abuso de derecho o fraude de Ley procesal aprovecharse de que la aclaración, consistente en añadir al Fallo la obligación de pagar intereses desde determinada fecha, se hizo fuera de plazo, ya que dicha obligación se deducía del fundamento tercero de la sentencia y además se establecía por la sentencia de Primera Instancia sin que el apelante lo hubiese impugnado en su recurso. (**TS 9 de enero de 1992**. Si ha lugar).

HECHOS.—La actora rechaza los bienes que la habían sido adjudicados en pago de su legítima y reclama ésta. Se estima la demanda. El demandado apela, entendiendo la Audiencia que se había ejercitado una acción de complemento de legítima. Posteriormente se produce una aclaración fuera de plazo. El apelante interpone recurso de casación que prospera. (*J.M.A.*).

47. Cosa juzgada.—Exige para ser apreciada identidad de personas, cosas y causa o razón de pedir. Entre ambos procesos ha de existir una semejanza real que produzca una contradicción evidente. Dándose esa semejanza, carece de transcendencia que la acción ejercitada en cada caso sea diferente: Reivindicatoria en el inicial, de nulidad en el presente.

Las causas de pedir se refieren a un mismo contrato de compra y venta. Su validez y eficacia en el primer proceso. Su nulidad en el segundo. Si en el primero se ha declarado la validez y eficacia del contrato a todos los efectos, es antagónico pedir posteriormente su nulidad, aunque las acciones ejercitadas sean diferentes. (**TS 1 de octubre de 1991**. No ha lugar).

HECHOS.—En virtud de un poder que se impugna por su nulidad otorgado por la actora a su marido, éste había realizado actos de disposición en favor de las demandadas.

Estos actos de disposición son impugnados por la demandante. No obstante, sobre uno de los bienes en litigio, hay recaída sentencia firme en favor de la hoy demandada, reconociendo la validez del contrato de compra y venta, proceso en el que la hoy actora fue tenida en rebeldía.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia estima parcialmente la apelación. Se interpone recurso de casación que no prospera. (*J.M.A.*).

48. Reconvencción (proceso a raíz de un contrato de ejecución de obra).—El demandado que formula reconvencción, puede dirigir su acción contra el demandante, siendo sin embargo improcedente hacerlo frente a un tercero que no sea actor en la litis. Por tanto, el contratista ante cuya demanda reconvino el comitente no puede pretender que la acción de éste se ejercite en ese mismo proceso frente al arquitecto, cuando este último no era parte litigante. (**Sentencia 29 de julio de 1991**; no ha lugar).

HECHOS.—Finalizadas las obras, la empresa constructora demanda al comitente el pago de la cantidad que éste retuvo para subsanar los posibles defectos de construcción. La parte demandada formula reconvencción pidiendo se descuenta del total cierta cantidad para efectuar la reparación de diversos desperfectos. En ambas instancias hubo estimación parcial de las demandas inicial y reconvenccional. En casación, alega la empresa constructora infracción del art. 1591 Cc por «inaplicación indebida» y que el demandado que reconvino debió dirigir su acción frente al arquitecto. (*C.J.D.*).