

# Sentencias

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ  
Colaboran: Silvia ALGABA ROS  
Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ  
Ignacio DÍAZ DE LEZCANO  
Gabriel GARCÍA CANTERO  
Regina GAYA SICILIA  
Virginia MÚRTULA LAFUENTE  
José Manuel DE TORRES PEREA

## I. DERECHO CIVIL

### 1. PARTE GENERAL

**1. Doctrina de los propios actos: la utilización en la vía ejecutiva de la fuerza de la letra de cambio no implica renuncia al valor del título que dió lugar a su libramiento por lo que la posterior utilización del rango y validez del título causal no comporta infracción del principio de respeto a los propios actos.**— Menos aún puede entenderse que la utilización en la vía ejecutiva de la fuerza de tales letras de cambio, implique una renuncia al valor del título que dió lugar al libramiento de las mismas, con eficacia tal que la utilización posterior del rango y validez del título causal puede comportar una infracción del principio de respeto a los propios actos, que solamente obliga cuando los contrariados son de tal naturaleza que pueden estimarse dirigidos a crear, modificar o extinguir algún derecho subjetivo de quien los realiza, supuesto éste en el que no nos encontramos.

**La escritura pública no pierde su eficacia para el caso de la tercería aunque se haya instando previamente el crédito que en ella consta en juicio ejecutivo.**— El motivo tercero acusa infracción por interpretación errónea del artículo 1924, párrafo 3 del Código civil, así como de una serie de resoluciones de esta Sala que se citan, sin tener en cuenta que, junto a las citadas, hay otras que, como la de 21 de septiembre de 1984, representan la

orientación actual de la Sala de lo Civil, y de acuerdo con la cual la escritura pública no pierde su eficacia para el caso de la tercería, aunque se haya instado previamente el crédito que en ella consta en juicio ejecutivo. (STS de 18 de marzo de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— CASE, S.A. interpone tercería de mejor derecho contra BLANCO, S.A., entidad que había instado la ejecución de su crédito con el consiguiente embargo de bienes de los deudores. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara la preferencia de CASE, S.A. para hacer efectivo su crédito sobre los bienes embargados. La Audiencia estima la apelación de BLANCO, S.A. declarando no haber lugar al mejor derecho al cobro de la tercerista y la consiguiente preferencia de la ejecutante. El recurso de casación interpuesto por CASE, S.A. no prosperó. (R.G.S.).

## 2. DERECHO DE LA PERSONA

**2. Para que una imputación difamatoria sea considerada intromisión ilegítima en el honor de una persona basta que ésta pueda ser identificada a partir de los datos o detalles difundidos.**— La intromisión ilegítima prevenida en el apartado 7 del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo requiere la «divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer a la consideración ajena», pero no es menos cierto que las imputaciones no precisan de manera inexcusable, que vayan concretadas a persona plenamente identificada con nombres y apellidos, pues es bastante que sea susceptible de identificación por los datos o detalles difundidos, ya que entender lo contrario, supondría reducir a límites inaceptables la aplicación de la figura comprendida en el precitado apartado, y en esa línea de identificación a través de datos o detalles, se encuentra la doctrina mantenida por la Sala, establecida, entre otras, en las sentencias de 5 de diciembre de 1989, 4 de octubre de 1990 y 29 de noviembre de 1991. En este orden de cosas, no cabe negar que el facilitar el número de un abonado telefónico, lleva consigo la posibilidad de su posterior determinación personal con nombre y apellidos.

**La divulgación en clave de imputaciones difamatorias no obsta al cumplimiento de este requisito (el de divulgación) a efectos de la aplicación del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.**— La exigencia de la «divulgación» que preconiza el artículo 7.7 vino a concurrir en el caso que nos ocupa sin que el particular de la «divulgación» pueda quedar invalidado por el hecho de que la publicación verse sobre anuncios «en clave» o «cifrados». Como de su texto se desprende una dedicación a la prostitución y ello representa un inequívoco ataque al honor, integrado en los dos aspectos que señala reiteradamente la jurisprudencia de la Sala: a) el de inmanencia o mismidad, constituido por la estimación que cada persona hace de sí misma, y b) el de la trascendencia o exterioridad, formado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad, es de concluir que con la publicación de los meritados anuncios se produjo la intromisión ilegítima descrita en el meritado artículo 7.7. (STS de 23 de marzo de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— El diario «Ultima Hora» de Palma de Mallorca insertó dos anuncios consecutivos en la sección «Personales» en los que junto a sendos mensajes de significación inequívoca —«Josmina, negrita antillana muy sexy, piso privado» y «Jenny, mulata modelo, habla inglés, sólo tardes»— facilitaba un determinado número de teléfono. La titular del teléfono resultó ser una mujer separada, con dos hijos que se ganaba la vida ejerciendo su oficio de modista y cuya existencia se vió alterada por continuas y desagradables llamadas telefónicas. Esta circunstancia le mueve a interponer una demanda de protección de sus derechos fundamentales al honor intimidad y propia imagen que el Juzgado de Primera Instancia desestima. Acoge la Audiencia en parte el recurso de apelación. No ha lugar al recurso de casación promovido por la editora del periódico y su directo. (R.G.S.).

**3. El cese del titular de un cargo de confianza no supone intromisión ilegítima en el honor de éste.**— El cese del director general de una sociedad, aún afectando a su actividad profesional, carece de entidad, en principio, para ser considerado sin más intromisión ilegítima en el honor porque, tratándose estatutariamente de un «cargo de confianza», sólo denota que el interesado ha perdido ésta, lo cual no es en absoluto denigrante ni debe necesariamente ir acompañado de particulares explicaciones. Quien desempeña un cargo de esta clase asume el riesgo de ser relevado del mismo a criterio del órgano facultado para ello y, si tal acontecimiento se produce, no puede considerarse que afecte a su honor ni aún comprendiendo en el mismo, como es lo procedente, el prestigio profesional. (STS de 25 de marzo de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— Don E.M.J. ex-director general de la Sociedad General de Autores de España demanda a ésta entidad ante el Juzgado de Primera Instancia por estimar que su cese ha comportado una intromisión ilegítima en su derecho al honor, intimidad y propia imagen. El Juzgado desestima la demanda. Se desestima igualmente el recurso de apelación. No ha lugar al recurso de casación. (R.G.S.).

**4. Derecho al honor y a comunicar o recibir libremente información veraz.**— La colisión entre el derecho al honor y a la información, supone la existencia de un conflicto entre derechos fundamentales.

Si en una primera fase el Tribunal Constitucional consideró que dicho conflicto no podía ser objeto de un tratamiento apriorístico dando prevalencia a un derecho sobre otro pues era preciso ponderar cada caso concreto, sin embargo esta posición ha sido objeto de una evolución.

La más reciente doctrina del Tribunal Constitucional (STC 24/92, 178/93) y de esta Sala (STS 18-abril-89) mantiene que existe «una posición prevalente, que no jerárquica» del derecho de información sobre los derechos de la personalidad del art. 18 de la C.E., fundamentada en que la información entraña «el reconocimiento y garantía de una institución política fundamental que es la opinión pública indisolublemente ligada al pluralismo político».

Por tanto, en contraste con el carácter eminentemente personalista del derecho al honor, el derecho a la información se configura no sólo como un derecho fundamental de cada ciudadano, sino que igualmente garantiza la

legitimidad democrática permitiendo el mantenimiento de una opinión pública libre sin la cual quedarían vaciados de contenido otros derechos que la Constitución española consagra.

**Derecho a la información. Límites.**— El derecho a la información al igual que el resto de los derechos fundamentales, no, puede considerarse absoluto, pues sólo ostenta un carácter prevalente si recae sobre una información veraz y que afecte a un asunto de interés general tanto por la materia como por la persona.

Cualquier divulgación de hechos concernientes a la intimidad de una persona que puedan motivar su descrédito frente a la sociedad, aun siendo hechos veraces si no contribuyen en nada a la formación de una recta opinión pública, traspasará los límites admitidos del derecho a la información y por tanto supondrá un claro quebranto del derecho al honor de las personas. (STS de 13 de abril de 1993; ha lugar).

**HECHOS.**— El actor dedujo demanda sobre protección al honor contra R.P.H., el director del diario «La Nueva España», un periodista del mismo, y la empresa «Editorial Prensa Asturiana», a consecuencia de la reproducción exacta que se había efectuado en el diario de ciertas manifestaciones de R.P.H. acerca de hechos a juicio del demandante afectantes a su honor.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Oviedo estimó la demanda en su totalidad.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Oviedo revocó en parte la Sentencia considerando que el ilícito sancionable sólo recaía sobre R.P.H.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación presentado por los demandantes, y así confirmó la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (S.A.R.).

### 3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

**5. Calificación de contrato. Los contratos atípicos exigen con mayor contundencia si cabe, la existencia de los elementos previstos por el artículo 1.261 C.C.**— «El contrato cualquiera que sea su forma en que se hubiera podido perfeccionar, la verbal inclusive, carece de todos los elementos exigidos por el artículo 1.261 del Código Civil... elementos, consentimiento, objeto y causa, que en los negocios jurídicos como el debatido son exigibles con harta perfección y contundencia, por su especial y compleja naturaleza que como dice la doctrina de esta Sala su calificación no encaja exactamente en las figuras contractuales legalmente instruidas ni en las modeladas por la doctrina». «Habiéndose definido estos contratos como atípicos o innominados *«do ut des»* con grandes analogías con la permuta pero que en el presente caso falla la demostración de los tres requisitos imprescindibles».

**Carencia de la voluntad de todos los comuneros.**— «El motivo se refiere al error que se atribuye a la Sala de Apelación en cuanto afirma que las contraprestaciones del supuesto acuerdo verbal no eran equilibradas. Pues bien, aparte de que el supuesto error no es sino uno de los múltiples argumentos o consideraciones *«obiter dicta»* de la sentencia impugnada, ninguna rele-

vancia tiene el hecho de que fuera mejor la oferta de la actora hoy recurrente del que en definitiva fue cesionario del solar, ...ya que aquí lo trascendente es que no se obtuvo el consentimiento de la totalidad de los copropietarios ahora demandados». (STS 12 de abril de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— La mercantil «PROMOTORA INMOBILIARIA ADV S.A.» interpuso demanda contra los Srs. Ochaita en cuyo Suplico solicitaba se condenase a los demandados a «formalizar en escritura pública el contrato de permuta verbal celebrado entre las partes» por el que se permutaban terrenos existentes con locales futuros. En primera instancia la Audiencia falló entendiendo no haber lugar al recurso de apelación. Recurrida en casación y admitidos dos motivos, el Tribunal Supremo se pronunció en el sentido de no dar amparo al primero basado en pretendido error de la Sala, ni al segundo que denunciaba violación del artículo 1.278 C.C. en relación con el artículo 1.261 de igual cuerpo legal.

**NOTA.**— La sentencia se basa en el factor verdaderamente decisivo para establecer la calificación de los contratos innominados tal es la voluntad de las partes que se manifiesta en el interés que les ha motivado a contratar; dándose la circunstancia de que se demostró que sólo dieron su consentimiento parte de los comuneros por lo que no se había llegado a formar una verdadera voluntad con eficacia contractual. Supuesto distinto es el de la carencia de causa por falta de verdadera reciprocidad de las prestaciones, supuesto que entendió la Sala no concurriría aunque se calificasen las contraprestaciones desequilibradas dado la naturaleza especial del contrato atípico enjuiciado. (*J.M.T.P.*).

**6. Calificación del contrato: cesión de cafetería en estación de RENFE.**— La cuestión central debatida en el caso de autos es el sometimiento o no a la Ley de Arrendamientos Urbanos de un contrato por el cual RENFE cedía un local, instalado en una Estación de Ferrocarril, a unos particulares para la prestación de un servicio de cafetería. Las peculiaridades propias del contrato (en el que se establecían estipulaciones relativas al personal empleado por el denominado Prestador del servicio, a los elementos utilizados por éste, a las consumiciones servidas y al servicio en general, concretamente a su horario, reservándose RENFE facultades inspectoras) motivaron que tanto el Juzgado de Primera Instancia como el Tribunal de apelación, sin clasificarlo propiamente como típico arrendamiento de industria, hicieran referencia a las semejanzas entre ambos contratos. A este respecto, el TS puntualiza el alcance de esta calificación, pues «aún si se reconoce la afinidad existente entre este atípico contrato de prestación de servicios en una Estación de Ferrocarril y el arrendamiento, nunca podría aceptarse que se reconduzca a un arrendamiento de local de negocio, pues, en cualquier caso, nos hallaríamos ante un arrendamiento complejo excluido de la Ley de Arrendamientos Urbanos por cuanto el arrendatario se obliga a realizar prestaciones que no son propias y específicas de la relación arrendaticia, supuesto éste de exclusión reconocido jurisprudencialmente (Ss. 29 de mayo de 1950, 26 de marzo de 1979 y 29 de diciembre de 1986, entre otras)».

**Acreditación de los daños y perjuicios en la fase declarativa.**— «El art. 1.101 del C.c. presupone la prueba de los perjuicios, que ha de practicarse en el pleito, y cuya apreciación real y no dubitativa debe ser estimada por el Tribunal sentenciador, aún cuando una vez probados quede para ejecución de sentencia la determinación de su cuantía, sin que a tal trámite procesal pueda quedar relegada la prueba de la existencia de los perjuicios (Ss. de 2 de febrero de 1969, 5 y 23 de marzo y 13 de abril de 1992)». (STS de 31 de marzo de 1993; ha lugar).

**HECHOS.**— La demanda presentada por la compañía de ferrocarriles RENFE para la resolución de un contrato de prestación de servicios de cafetería, que esta entidad tiene en la estación de San Vicente de Calders-Comarruga, es tramitada en un primer momento a través del procedimiento incidental previsto en el art. 126 de L.A.U.. Por auto de fecha 21 de julio de 1987 el Juzgado de Primera Instancia declara la nulidad de lo actuado y la continuación del juicio por el trámite del menor cuantía.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Madrid, en sentencia de 27 de febrero de 1989, resolviendo los autos de juicio de menor cuantía, declaró resuelto el contrato entre la compañía RENFE y los demandados, asimismo condenó a éstos a que desalojaran las instalaciones que ocupaban y «al pago de la indemnización de daños y perjuicios que pudiera resultada (sic) acreditada en ejecución de sentencia con las bases anteriormente establecidas». La Audiencia Provincial de Madrid, desestimó el recurso de apelación interpuesto por los demandados contra el auto de fecha 21 de julio de 1987 y la sentencia de 27 de febrero de 1989. El Tribunal Supremo, estimando en parte el recurso de casación, procede a casar la sentencia de apelación dejando sin efecto el pronunciamiento relativo a la indemnización de daños y perjuicios, absolviendo a los demandados de lo solicitado a este respecto. (V.M.L.).

**7. Abstracción procesal de la causa: sentido del artículo 1.277 del Código civil.**— La causa es requisito esencial para la validez del contrato, debiendo existir ser lícita y veraz, según se desprende de lo dispuesto en los arts. 1.261.3, 1.262, 1.275 y 1.276 del Cc, de manera que la presunción contenida en el art. 1.277 sólo dispensa al acreedor, en caso de contienda judicial, de probar la existencia de la causa, extremo que puede destruirse por prueba en contrario, lo que implica una inversión de la carga de la prueba en beneficio del acreedor, pero no impide al deudor demostrar lo contrario, ni oponer excepciones fundadas en el negocio de que el reconocimiento de deuda forma parte y excusar su cumplimiento, cual ocurre en el caso con la «*exceptio non rite adimpleti contractus*» que acoge la Audencia; y es que la presunción «*iuris tantum*» admite siempre prueba en contrario y eso ocurre con el art. 1.277 del Cc. Porque la inexpressión de la causa permite presumir su existencia y licitud, pero en modo alguno que el negocio funcione como abstracto, pues la jurisprudencia posterior aclara la necesidad en todo caso de la causa, significando su presunción la necesidad de su existencia, ya que de no ser así carecería de sentido la presunción como medio de prueba de la causa. En aclaración de cuanto se ha expuesto la cita jurisprudencial sería interminable, pero sirva como muestra que si la sentencia de 3 de noviembre de 1981 dijo

que, aún dada la falta de expresión de la causa en el contrato, el art. 1.277 compele a que se la presuma existente y lícita mientras el deudor no demuestre lo contrario, lo cual si bien no es tanto como admitir indiscriminadamente el negocio abstracto, si una consideración de la causa, silenciada, pero no inexistente, lo que repite la S. de 29 de enero de 1983; la de 28 de marzo del propio año aclara que no es defendible en nuestro Derecho la tesis que atribuye valor constitutivo al puro reconocimiento de deuda, sino la de considerar la ausencia explícita de causa como una abstracción procesal —no material— de la misma, con el efecto de invertir la carga de la prueba; y las de 3 de febrero de 1973, 30 de diciembre de 1978 y 28 de marzo de 1983 afirman tajantemente que no está permitido el negocio abstracto, puntualizando la de 30 de junio de 1983 que no cabe prescindir de lo imperativamente ordenado en los arts. 1.261 y 1.275, que proclaman la necesidad de la causa para la existencia del negocio, aún no aparente; y para terminar con la muestra, las de 22 de febrero de 1973 y 20 de diciembre de 1983 concretan que la presunción de la existencia de la causa admite la prueba en contrario. (STS de 11 de marzo de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Aluximetal, S.A. reclama de «Fishguard Shipping and Investment, CO.S.A.», armadora de un buque, el importe de unas obras realizadas en el mismo. El representante de la armadora en España reconoce en documento privado la realización de las obras, el precio estipulado y la forma de pago. Consta en sucesivas actas notariales la existencia de diversas irregularidades en la realización de los trabajos estipulados pese a lo cual el Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia entiende por el contrario, que la obra no se ha terminado en su totalidad condenando a la armadora a satisfacer sólo el importe de los trabajos realmente ejecutados. Recurre en casación Aluximetal, S.A. alegando la inaplicación por parte de la Audiencia del artículo 1.277 del Código civil, precepto que, a su juicio, admite la existencia de negocios jurídicos abstractos cual el reconocimiento de deuda. El recurso no prospera. (R.G.S.).

**8. Prelación de créditos y anotación preventiva de embargo: alcance del artículo 71 de Ley General Tributaria.**— El privilegio general que consagra el artículo 71 de la Ley General Tributaria sufre la importante restricción que impone el artículo 132 de la misma Ley al puntualizar que el Estado, las Provincias y los Municipios, tendrán derecho a que se practique anotación preventiva de embargo de bienes en el Registro correspondiente, conforme a mandamiento expedido por el ejecutor competente, con el mismo valor que si se tratara de mandamiento judicial de embargo y el alcance previsto en artículo 44 de la Ley Hipotecaria, precepto que remite al artículo 1.923 del Código Civil, a efectos de preferencia para el cobro del crédito, por lo que ha de concluirse que, fuera de los casos de los artículos 73 y 74 de la Ley General Tributaria, ajenos al presente, la anotación preventiva por débitos, queda sometida a la normativa del número 4.<sup>o</sup> de éste precepto del Código, y no a la preferencia general que parece derivarse del artículo 71 de la Ley General Tributaria, por fuerza de la anteposición que merece la normativa que contiene el principio restrictivo inherente a los privilegios y a la doctrina de esta Sala. (STS de 30 de marzo de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— EYMO S.A., acreedora de don M.G.G. promueve juicio ejecutivo que culmina con el embargo de inmuebles del deudor anotado preventivamente en febrero de 1983. Interpone demanda de tercería de mejor derecho la Abogacía del Estado con base en el artículo 71 de la Ley General Tributaria que consagra la preferencia de la Hacienda Pública frente a los restantes acreedores sin consideración alguna de la fecha del crédito de aquella ni de éstos. La anotación preventiva de embargo correspondiente al crédito tributario se practicó en diciembre de 1983. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda de tercería. Se desestima igualmente la apelación de la Abogacía del Estado. No prospera el recurso de casación. (R.G.S.).

**9. Venta de inmuebles: Simulación absoluta instada por abogado del Estado: Prueba.**— Se declara probado que la finca a que se refiere este pleito fue vendida por la empresa Hijos de P.M. S.A. a los tres demandados, con antelación de varios meses antes de que Hacienda acordase el embargo de la misma, casi un año antes de que la entidad vendedora solicitase la declaración de suspensión de pagos, y varios años antes de que el Estado se adjudicase tal finca en subasta pública, de donde se desprende que cuando se realizó el contrato cuya nulidad por simulación se pretende, la entidad vendedora no tenía embargada la finca en cuestión, y que el título de adquisición del Estado es muy posterior al de los demandados personados, no existiendo prueba alguna de la simulación pretendida por el Abogado del Estado, pues el hecho de que los compradores fueran parientes del representante legal de la vendedora, no excluye en absoluto que quieran adquirir para sí, siendo el único punto dudoso el precio de la enajenación, inferior desde luego al valor de la finca, como se deduce de su extensión y del valor dado por Hacienda al liquidar el impuesto, valor aceptado a efectos tributarios por los demandados; pero ello no justifica la simulación pretendida pues *obiter dicta* se alega que pocos meses antes la vendedora había adquirido la finca en cuestión por un precio ligeramente inferior (STS de 29 marzo de 1993; no ha lugar). (G.G.C.).

**10. Compraventa de inmuebles: Resolución por incumplimiento: Doctrina general.**— Según la más reciente doctrina jurisprudencial —como recoge la sentencia de 4 de marzo de 1992— para la resolución del contrato es suficiente que se frustre el fin del contrato para la otra parte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar las legítimas aspiraciones de la contraparte; así como no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar el incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria —no sanada por una justa causa que la origine— obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó, siendo, en definitiva, aplicable el art. 1504 C.c. a los casos en que se da el hecho objetivo del impago, la quiebra de la finalidad económica del contrato, el impago prolongado, duradero e injustificado.

**Relación entre los arts. 1.124 y 1.504.**— Según reitera la sentencia de 7 de julio de 1992, los arts. 1.124 y 1.504 no constituyen compartimentos estancos, de manera que sus contenidos normativos deben armonizarse en cuanto sea posible, sin merma de la especificidad que respecto a los inmuebles compete al segundo de los citados; esta coordinación aplicativa determina que sea necesario, a los efectos de admitir la vinculación automática que produce el requerimiento resolutorio, que el vendedor no haya incurrido en un incum-



plimiento anterior de sus obligaciones, si tal incumplimiento ha condicionado o condiciona, a su vez, la realización oportuna del pago, pues así resulta justificada la resistencia del comprador al pago, ya que siendo el art. 1.504 una manifestación específica del art. 1.124, o sea una especie concreta de la facultad genérica que para toda clase de obligaciones bilaterales con prestaciones recíprocas, previene el último de tales artículos, claro es que no puede generarse causa resolutoria por incumplimiento contractual, cuando éste sea precisamente debido al comportamiento de quien pretende la resolución o venga justificada la resistencia del pretendido incumplidor; la apreciación del incumplimiento es cuestión de hecho, pero cuando la base para sentar ese incumplimiento estriba, más que en los actos ejecutados, en la trascendencia jurídica de los mismos, constituye una *quaestio iuris*, que cae en el ámbito de la revisión casacional, a fin de establecer si su naturaleza afecta a tracto del cumplimiento contractual, o, en cambio, ha de ponderarse como enervatorio de la legitimidad del requerimiento de resolución.

**Inscripción por el vendedor de la finca vendida en el Registro de la Propiedad: Carácter accesorio y no fundamental: Su incumplimiento no es resolutorio.**— Aun en el caso de que se estimase que el vendedor tenía obligación de inscribir su título de propiedad para posibilitar el acceso al Registro de la transmisión del dominio por los compradores la demora en la inscripción no puede estimarse como incumplimiento de una obligación fundamental sino accesorio, y tal incumplimiento no es suficiente para justificar a su vez el incumplimiento por la otra parte de las obligaciones fundamentales, conforme establecen las ss. de 22 de octubre de 1985 y 10 de mayo de 1989; de ahí que, al faltar ese carácter de reciprocidad entre esa supuesta obligación accesorio de inscripción del título en el Registro de la Propiedad, recaente sobre el vendedor, y la de pagar el precio que pesa sobre el comprador, tal pretendido incumplimiento no es bastante para justificar el del comprador de su principal obligación, no estando acreditado, por otra parte, que éste hubiera requerido en momento alguno al vendedor para que procediera a la tan reiterada inscripción registral.

**Inexistencia de la obligación de inscribir.**— En el presente caso las partes no establecieron ninguna obligación accesorio o complementaria, de cuyo cumplimiento se hiciera depender las obligaciones fundamentales de este contrato de compraventa, por lo que entregada la cosa vendida por el vendedor al comprador, que ha venido disfrutando pacíficamente de su posesión, éste venía obligado al pago del precio en la forma pactada, y al no hacerlo así, está justificada la resolución del contrato por el comprador, no sólo por aplicación de la cláusula resolutoria expresa, sino por aplicación del art. 1.504.

**Consecuencias de la resolución: Moderación de los daños y perjuicios.**— La estimación del recurso, al ser conformes ambas sentencias, obliga a esta Sala a pronunciarse sobre el fondo, procediendo en consecuencia, con revocación de la sentencia de primera instancia, estimar la acción resolutoria interpuesta por la parte vendedora, condenando al desalojo de la finca vendida con la indemnización de los daños y perjuicios que se determinarán en ejecución de sentencia con arreglo a las siguientes bases: a) el 50% de las cantidades entregadaa por los vendedores en concepto de precio hasta el requerimiento resolutorio, moderándose así la cláusula penal establecida en el contrato que implicaba la pérdida total de los pagos efectuados; y b) la renta que se pague por el arrendamiento de una finca de similares características durante el tiempo comprendido entre el requerimiento y la entrega efectiva de

la finca por los compradores, sin que pueda exceder de 125.000 pts. mensuales, devolviendo la actora a las compradora las letras de cambio que obren en su poder impagadas. (STS de 22 de marzo de 1993; ha lugar).

NOTA.— Se vende un solar por precio totalmente aplazado de cinco millones de pts, entrando la entidad compradora inmediatamente en posesión de aquél; faltando el abono de un millón y medio de pts. se produce el impago de varias letras, requiriendo la vendedora por acto de conciliación la resolución de la venta, alegándose que la vendedora no había cumplido la obligación de inscribir la finca a su nombre en el Registro, cosa que realiza con posterioridad; la compradora consigna judicialmente un millón de pts. y deposita ante Notario el resto. En ambas instancias se desestima la acción resolutoria, y el TS acoge el recurso de casación por las razones que se extractan.

Abandonada la tesis de la «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento del contrato», no cabe duda de que se ha entrado en una vía de objetivación del incumplimiento, y aunque —como ocurre en este caso— la entidad compradora había abonado la mayor parte del precio, se dejan impagadas varias letras de cambio lo que determina la inmediata aplicación de la cláusula resolutoria expresa. También parece correcta la doctrina que se sustenta a propósito de la obligación accesorio del vendedor a inscribir la finca en el Registro; la sentencia se manifiesta en un doble plano: 1.<sup>o</sup>) caso de haberse pactado, sólo sería eficaz de haberse pactado como resolutoria, cosa que evidentemente no ocurre; 2.<sup>o</sup>) estableciéndose dicha obligación de inscripción sin aquel carácter, se trataría de una obligación accesorio cuyo incumplimiento no puede enervar el ejercicio de la facultad resolutoria expresa; 3.<sup>o</sup>) en el presente caso, tal obligación no se estipuló, ni el contrato contiene referencia alguna a la misma. Queda invalidada la causa justificativa alegada por la parte compradora. Con todo, cabe preguntarse si, en el tráfico inmobiliario entre sociedades mercantiles, no puede ya considerarse implícita dentro del contenido legal del contrato la obligación del vendedor de facilitar la ulterior inscripción del comprador.

Otra circunstancia destacable es la moderación de las consecuencias resolutorias que el TS, actuando como Tribunal de instancia, realiza al amparo del art. 1.154, reduciendo a la mitad la pérdida de los abonos realizados por la entidad compradora; solución equitativa que debe aprobarse. (G.G.C.).

**11. Compraventa. Incumplimiento resolutorio: los artículos 1.504 y 1.124 del Código Civil no se excluyen sino que se complementan.**— Los artículos 1.504 y 1.124 del Código Civil no se eluden entre sí, sino que se complementan, en el sentido de que la regla que con carácter general para toda clase de obligaciones contiene el primero, hace aplicación de modo específico y concreto el segundo cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, lo que a su vez hace que para el éxito de la acción resolutoria regulada en el artículo 1.504 hayan de concurrir los requisitos que para el ejercicio de la del 1.124 considera indispensables la jurisprudencia (S.T.S. de 14 de febrero de 1985).

**Diferencia entre el artículo 1.124 y el 1.504 del Código Civil: el primero es una norma genérica, mientras que el segundo actúa como norma específica en el caso de incumplimiento por impago del precio en la venta de inmuebles.**— El artículo 1.124 como precepto genérico se refiere a toda clase de contratos bilaterales, cuando se incumpla por uno de los obligados, en cuyo caso, automáticamente el perjudicado podrá pedir la resolución, aunque este remedio no esté previsto en el contrato, porque se trata de una «facultad implícita en las recíprocas»; en tanto el artículo 1.504, como norma específica, sólo juega en la venta de inmuebles y únicamente ante el incumplimiento por impago del precio, total o parcial, sancionándose entonces que «aún cuando se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aún después de expirado el término, interin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial». (SSTS de 22 de enero de 1991 y 1 de junio de 1992) (STS de 16 de mayo de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Doña M.G.H. y su esposo vendieron con fecha 14 de mayo de 1965 un piso a Don J.A.R.P. y Doña J.M.L. Posteriormente, los vendedores demandarían a los compradores instando la resolución del contrato de compraventa por impago del precio aplazado, sin acreditar el previo requerimiento judicial o notarial.

El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia confirmó este fallo. No prosperó el recurso de casación. (I.D.-L.).

**12. Compraventa de solar para edificar: Condición resolutoria expresa.**— Pactada en el contrato la cláusula resolutoria según la cual la compraventa se condiciona resolutoriamente a la obtención de la preceptiva licencia de edificación de los 3443 metros cuadrados de superficie edificable, de modo que si por cualquier causa ajena a las partes la Administración no la otorgase en el plazo de diez meses a contar desde la fecha del documento privado, ambas partes podrán optar por resolver el presente contrato, tal hecho constitutivo de la condición resolutoria ha de estimarse cumplido, al ser incontrovertible la falta de obtención de la licencia en el plazo previsto por las partes, con el efecto de desligar a los vendedores de la obligación de recibir el precio restante y de otorgar la correspondiente escritura, siendo de advertir que la circunstancia de que tal hecho sea imputable a los compradores sólo tiene influencia en el derecho de éstos a solicitar, o no, la restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio, cuestión no planteada en este litigio.

**El incumplimiento contractual como «*quaestio iuris*»:** La falta de aprobación del estudio de detalle no impide la solicitud de licencia condicionada de edificación.— Según reiterada jurisprudencia, la declaración de incumplimiento de los contratos, si bien es cuestión fáctica cuando depende de si se han omitido o realizado determinados actos, puede revestir cuestión de derecho en los casos en que la base para la apreciación del incumplimiento consiste, más que en los actos realizados, en su transcendencia jurídica, como ocurre en el presente caso; así la pretensión del recurso de reposición contra la aprobación del Estudio de Detalle del Ayuntamiento, no impedía la solicitud de la licencia de edificación, admitida como está por la jurisprudencia la posibilidad de otorgar licencias introduciendo en ellas *condiciones juris*,

es decir, cláusulas que eviten la denegación de la licencia mediante la incorporación en ésta de exigencias del ordenamiento vigente (así sentencia de la antigua Sala 4.<sup>a</sup> del T.S. de 2 de febrero de 1889).

**Novación: Requisitos: Interpretación.**— Es doctrina reiterada de esta Sala que la novación nunca se presume, ni puede inferirse de meras deducciones o conjeturas, debiendo constar de modo inequívoco la voluntad de novar; igualmente es doctrina legal que la facultad de establecer si se dan, o no, los presupuestos de la novación tanto extintiva como modificativa, reside en los Tribunales de instancia a cuyo criterio ha de estarse en tanto no sea atacada por la vía del n.º 4.º del art. 1.692 L.E.C.; en el presente caso se declara que el pacto adicional celebrado por los contratantes no tuvo otra finalidad sino la de aplazar el pago del precio ante las dificultades surgidas en la aprobación del Estudio de Detalle, pero sin hacer mención expresa alguna a la condición resolutoria establecida en el pacto primero o inicial, y sin que la subsistencia de esa cláusula resolutoria se muestre incompatible con el contenido de la cláusula adicional; además, la falta de una voluntad novatoria respecto de la indicada cláusula resolutoria surge del propio tenor literal de la cláusula adicional en la que las partes ratifican expresamente el contenido del contrato originario, al que se remiten en todo lo que no quede modificado por los acuerdos que en ella adoptan, de los cuales no puede deducirse la existencia de ese pretendido *animus novandi* respecto a la cláusula resolutoria inicialmente pactada. (STS de 29 de marzo de 1993; no ha lugar).

NOTA.— Frente al ejercicio extrajudicial por los vendedores de la cláusula resolutoria expresa pactada en la escritura inicial, los compradores solicitan la elevación a escritura pública del documento privado inicialmente convenido. La demanda se desestima en ambas instancias, si bien el Juez de 1.<sup>a</sup> Instancia utiliza una fórmula poco corriente en la parte dispositiva de su sentencia («estimando en una mínima parte la demanda...»). Aunque la validez de la cláusula resolutoria no ofrece dudas, parece que las relaciones entre las partes son muy complejas y sólo parcialmente han aflorado en el pleito, ¿Es exigible a los compradores que soliciten una licencia de edificación «condicionada» para no incurrir en la resolución? (G.G.C.).

**13. Doble venta: Unicidad de persona.**— El artículo 1.473 C.C. parte de un presupuesto personal ineludible tanto si se trata de compraventa de muebles como inmuebles: El de la unicidad de la persona del vendedor, lo que motiva que cuando dicho requisito no concorra no pueda hablarse de «doble venta».

No obstante dicha «unicidad de persona» se produce aun cuando fallecido el transmitente, deviene una subasta judicial del bien y ello debido a una «consideración jurídico-sustantiva y procesal; la derivada de la naturaleza jurídica de esa figura que suele constituir la culminación de los procedimientos de apremio y es la pública subasta, ya que tratándose como se trata de enajenación forzosa operada a través del mecanismo arbitrado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en dichos procedimientos lo que se produce es más que una subrogación o una sustitución *ex lege* de la persona del deudor embargado, titular del bien subastado, por el órgano judicial competente que actúa por tanto en estos casos a título meramente instrumental».

Además la Resolución de la D.G.R.N. de 2 de diciembre de 1892 referida a un supuesto de enajenación por el procedimiento sumario, estima que la venta resultante puede hacerse en nombre del deudor aunque hubiere fallecido. Consecuencia ineludible de este planteamiento es la consideración de tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria de que goza quien adquiera en pública subasta judicial debido a que se considera que adquiere de quien figura inscrito. Y por tanto no se trata de un tercero protegido por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria que debiera esperar dos años para alcanzar la plena protección registral.

**Posesión real y ficta.**— Dicho artículo entiende que la propiedad pertenecerá al adquirente que antes haya inscrito en el Registro de la Propiedad; si bien es lo cierto que «ni la doctrina científica ni la de esta Sala están muy acordes en ello escindiéndose en dos sectores, el de otorgar prevalencia a la posesión real sobre la ficta; y el de considerar ésta por encima de aquélla, situación por otra parte lógica cuando de cuestiones de derecho se trata habida cuenta las proyecciones sociales, económicas, familiares y personales en cada uno de los casos contemplados por los tribunales pueden presentarse». (STS de 13 de abril de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— Don Antonio Mathen Palau, vendió una finca mediante contrato privado de compra-venta a don Rafael Millares Gali, el día 3 de marzo de 1977, quedando la finca inscrita a nombre del vendedor quien falleció en 1986. Posteriormente se produjo enajenación forzosa de la finca por el procedimiento de apremio, y tras la pública subasta se operó inscripción registral de la finca a favor del Banco de Santander, el día 3 de diciembre de 1988, quien la transmitió a la entidad «Ariel Promociones Catalanas».

Don Rafael Millares Gali, interpuesto demanda contra los herederos, en herencia yacente, de don Arturo Matheu Palau, contra Ariel Promociones Catalanas y contra el Banco de Santander S.A., solicitando la cancelación de la inscripción registral y la elevación a público del contrato de compra-venta realizado en 1977. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda; interpuesto recurso de Apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona lo desestimó. El Tribunal Supremo desestimó totalmente el recurso interpuesto.

**NOTA.**— Sería necesario la observancia de dos cuestiones sobre las cuales no se pronuncia la Sala, para poder alcanzar una comprensión plena de los pronunciamientos esgrimidos: La primera es la concurrencia o no de la buena fe en quien inscribió primero, pues aunque el artículo 1.473 no haga expresa referencia a la buena fe, entiende doctrina y jurisprudencia como exigencia ineludible para que se dé el supuesto de hecho contemplado por la norma su concurrencia. Además la sentencia no hace referencia a la doctrina resultante de la sentencia TS de 11 de abril de 1992 que entendió como presupuestos de existencia de doble venta el que cuando se perfeccionará la segunda venta, la primera no hubiera sido consumada todavía pues de otra forma se trataría de venta de cosa ajena o inexistencia de una segunda venta por falta de objeto. (J.M.T.P.).

**14. Nulidad de compraventa.**— La parte vendedora solicita la declaración de nulidad del contrato de compraventa dado que el cónyuge copropietario no dió su consentimiento. Sin embargo, dicha finca urbana era de carácter privativo y únicamente al dividirse horizontalmente el edificio, a dicha finca resultante se le otorgó el carácter de ganancial. El Tribunal Supremo se manifestó sobre dicha pretendida nulidad entendiendo que: «No ha sido discutido por nadie, y si documentalmente acreditado el carácter inicialmente privativo del departamento objeto de la venta, ... a partir de tal reconocimiento, holgarían más averiguaciones acerca de si en la venta medió o no el consentimiento de la esposa, y ha de insistirse con el efecto de rechazar la pretensión anulatoria formulada por ésta, so color de una condición de ganancialidad, surgida tiempo después de haber ostentado el inmueble aquella naturaleza privativa, siendo titular exclusivo del mismo el esposo aún después del matrimonio y concretamente cuando encomendó su venta al agente de la Propiedad, y se llevó a cabo ésta ... con fijación de precio y entrega de cantidad a cuenta».

**Exigencia de buena fe.**— «A idéntica conclusión se llega desde la importante perspectiva de protección a terceros de buena fe, que, como principio general del ejercicio de los derechos, establece el apartado 1 del artículo 7 del Código Civil, a cuya luz es inaceptable que, celebrado el contrato en nombre del esposo siendo titular privativo del inmueble y entregado el precio convenido... éste resista la venta después de haber recibido el precio, argumentando con la falta de consentimiento Uxoris dada la ganancialidad del piso vendido, siendo así que a esta situación de pretendida ganancialidad —que no tuvo acceso al Registro hasta bastante después del contrato— y desde luego desconocida por los compradores».

**Inoponibilidad de la declaración de ganancialidad.**— «Esta presente la dudosa eficacia que resulta de haber alterado la naturaleza privativa del bien mediante una actuación de carácter instrumental que permite la Ley de Propiedad horizontal». (STS de 5 de abril de 1993; ha lugar).

**HECHOS.**— Los señores don Emilio Muñoz López y doña Be-goña Prado González formularon demanda contra el Agente de la Propiedad Inmobiliaria don Miguel Angel Sotillos Roldal y contra los esposos don Javier Gómez Morata y doña Elena Gómez-Martinho Fernández suplicando se dictare sentencia por la que se declarase la existencia de un contrato de compraventa por el que el matrimonio demandado vendieron un departamento a los actores. En la contestación a la demanda se reconvino alegando la nulidad del contrato. El Juzgado de Primera Instancia estimó totalmente la reconvección. La Audiencia confirmó la sentencia. El Tribunal Supremo casó la sentencia, entendiendo no oponible a los adquirentes el pretendido carácter de ganancial del bien que se transmitió, y en su consecuencia el contrato válido y eficaz por no haber hecho falta en él la declaración de voluntad del cónyuge no interviniente.

**NOTA.**— La sentencia entiende no haber lugar a la causa de anulación solicitada y recogida por el artículo 1.322 C.C., dado la inoponibilidad del acto fundamento de la pretendida anulación, el cual aún

de haber sido anterior a la fecha de la venta hubiera necesitado de una publicidad de la que no gozó hasta fecha muy posterior, tratándose pues de un problema de publicidad y seguridad. (*J.M.T.P.*).

**15. La interpretación de los contratos es facultad privativa del órgano jurisdiccional.**— Atendiendo a doctrina consolidada de esta Sala, declarada en función del artículo 1.282 del Código civil, la interpretación de los contratos es facultad privativa del órgano jurisdiccional a menos que se demuestre que sea ilógica o absurda (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1992, entre otras muchas), sin que, por tanto, sea método idóneo de razonamiento el de comparar las interpretaciones que ofrece cada una de las sentencias (1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> instancia) para establecer cuál sea la más razonable, en opinión, claro está, del interesado criterio de parte.

**Jerarquización de las reglas del Código civil que disciplinan la interpretación de los contratos.**— La interpretación de los contratos viene regulada en un plano de jerarquización, de manera que la observancia de la regla contenida en el artículo 1.281.1 del Código civil, impide la aplicación subsidiaria de las previstas en su segundo apartado y en el posterior artículo 1.285 (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1991).

**Facultad de suspender el pago del precio atribuido al comprador: requisitos para la aplicación del artículo 1.502 del Código civil.**— El derecho reconocido por el artículo 1.502 exige para su válido ejercicio no sólo las circunstancias de acreditar en debida forma y por cualquiera de los medios admitidos en derecho los hechos en que se fundan los temores o inquietudes del comprador de ser perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o que tuviera fundado temor de serlo, sino además que provenga del ejercicio de una acción reivindicatoria o hipotecaria que conduzcan a semejante resultado, porque el artículo 1.502 no puede aplicarse a causas distintas de las que comprende (sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1986), teniendo declarado la jurisprudencia reiteradamente que el repetido artículo ha de interpretarse restrictivamente (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1989), requisitos o exigencias que no se infieren, como resalta la sentencia recurrida, de las causas que detalló la parte en el acta notarial, razones por las que ha de desestimarse el motivo a tenor de la línea jurisprudencial que interpreta el precepto según se ha dicho, con criterio continuado que confirma entre otras, la sentencia de 16 de julio de 1992.

**Para la resolución de un contrato basta con la pasividad morosa a cumplir con la obligación de pago.**— Para la resolución del contrato no se requiere una voluntad dolosa del incumplidor que es a lo que apunta la frase «voluntad rebelde al cumplimiento», sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato, por lo que, consecuentemente, no se precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento sino que basta con la pasividad morosa a cumplir con la obligación de pago (sentencias de 5 de junio de 1989 y 11 de febrero de 1991, entre otras). (*STS de 23 de marzo de 1993*; no ha lugar).

**HECHOS.**— D.<sup>a</sup> C.A.G. entabla juicio declarativo contra Promociones y Fabricaciones, S.A. solicitando esencialmente se declare la vigencia del contrato de compraventa de inmueble suscrito entre ambas. La demandada se opone y reconviene pidiendo la resolución

del contrato. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y desestima la reconvencción. La Audiencia, que admite la apelación de la demandada, desestima la demanda y estimando la reconvencción decreta la resolución del contrato. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (R.G.S.).

**16 . Contrato de entrega de solar a cambio de piso a edificar en él. Naturaleza: atípico «do ut des», con analogías con la permuta de solar por cosa futura.**— El contrato de entrega de solar a cambio de piso a edificar en él es atípico «do ut des», con analogías con la permuta de solar por cosa futura, pero en el que puede incluirse cualquier modalidad lícita, a virtud de los principios «pacta sunt servanda» (art. 1.091), dentro de los límites de la autonomía de la voluntad marcados por los artículos 1.255 y 1.258 del C.c.

**Incumplimiento contractual. Valoración de la conducta del deudor: Alcance de la expresión «voluntad deliberadamente rebelde».**— La jurisprudencia ha dulcificado la exigencia inicial de una «voluntad deliberadamente rebelde» en el sentido de que no puede pedirse una aplicación literal de la frase, que sería tanto como exigir dolo, siendo más razonable apreciar incumplimiento cuando se frustra, por la conducta de la parte, el fin contractual, o cuando se obligue, por ejemplo, al acreedor a acudir a la vía judicial para obtener el cumplimiento (SSTS de 18 de noviembre de 1983, 21 de enero y 4 de marzo de 1986).

**Prohibición de plantear una cuestión nueva en casación: indefensión.**— Plantear una cuestión nueva en casación implica indefensión para la parte contraria, privándola de oportunidades de alegación y prueba, con transgresión de los principios de igualdad, preclusión y oportunidad procesal de defensa, al verse sorprendida la contraparte por unas alegaciones que no fueron objeto del debate (S.S.T.S. de 18 de abril de 1992; 5, 10 y 20 de diciembre de 1991; 18 de junio y 20 de noviembre de 1990). (STS de 7 de mayo de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— Don Luis G. G., constructor, y su hermano Don Teodoro G. G., empleado, celebraron un contrato el 15 de mayo de 1977 mediante el cual este último, propietario de una parcela en un pueblo de Toledo, aportaba la misma a fin de que sobre ella construyese el primero dos viviendas y dos garajes, de las cuales se adjudicaría Don Luis la de la planta superior, una terraza y uno de los garajes.

*En las cláusulas del contrato se establecía:* 1.º) Que Don Luis adquiriría mediante la firma del contrato la plena disposición en todos los órdenes y, en especial, en lo referente a llevar a cabo la construcción proyectada y la venta de lo que le correspondiera, y 2.º) Que si por cualquier causa Don Teodoro no otorgaba a Don Luis escritura de la mencionada vivienda, debería abonarle el total del presupuesto de la construcción de dichas viviendas, esto es, 3.217.054.- pesetas.

En 1978, cuando se había ejecutado el setenta por ciento de la obra, ésta fue interrumpida de común acuerdo entre las partes por falta de liquidez. Posteriormente, en el año 1982, Don Luis requirió notarialmente a su hermano para que le otorgase escritura de su vivienda



y garaje; sin embargo, Don Teodoro, que se encontraba realizando obras en la vivienda superior y garajes, no le contestó. Ya en 1986 Don Luis volvió a requerir a su hermano para que paralizase las obras, desalojase una parte del inmueble y otorgase la correspondiente escritura pública. Ante la falta de respuesta a este nuevo requerimiento, Don Luis demandó a Don Teodoro para que le entregase la vivienda de la parte superior, uno de los garajes, otorgarse la escritura y, subsidiariamente, que se le condenase a abonarle la suma de 3.217.054.- pesetas. Don Teodoro reconvino solicitando la resolución del contrato de 15 de mayo de 1977 por incumplimiento y la restitución de la cantidad de 397.268.- pesetas (diferencia entre la cantidad que él había abonado a su hermano para la obra y el dinero gastado efectivamente por éste).

El Juzgado estimó el pedimento principal de la demanda. La Audiencia confirmó esta sentencia. No prosperó el recurso de casación interpuesto por el demandado. (*I.D.-L.*).

**17. Contrato de obra: Defectos en la construcción: Régimen del art. 1.591 C.C. y no de saneamiento por vicios.**— Es criterio predominante en la doctrina y en la jurisprudencia que a la norma del art. 1.490 C.c. se antepone la relativa a la responsabilidad por obras realizadas, que declara el art. 1.591 C.c., que es de carácter especial y de aplicación preferente, lo que se fundamenta —como declara la sentencia de 17 de octubre de 1974— en que si el comprador no tuviese más que la acción de saneamiento por vicios ocultos, resultaría que se habrían extinguido las responsabilidades cuando la ruina de la obra se manifestase después de los seis meses siguientes a la compra-venta, aunque no hubiesen transcurrido diez años desde la conclusión de la obra; también se ha declarado que los vicios que acarrear la ruina están sujetos al régimen especial del art. 1.591 y al general del incumplimiento obligatorio, en vez de al establecido por los arts. 1.484 y ss.

**Vicios ruínógenos.**— Los vicios ruínógenos consisten en diversas grietas en fachadas y en interiores de las viviendas, así como en la piscina, lo que la hace inservible para su fin; plantas de uralita rotas, que provocan filtraciones; mal funcionamiento de las farolas, por defectuosa instalación; aljibes sin la debida impermeabilización, lo que provoca humedades; cimentación poco cuidada, empleándose en la misma hormigón de baja resistencia, siendo de mala calidad el mortero de agarre; de todo lo cual deriva una responsabilidad sin posibilidad de delimitación fáctica entre los distintos intervinientes en la obra, con claros defectos constructivos que ponen en peligro la integridad de los edificios.

**Responsabilidad del promotor: Solidaridad: Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario.**— Consta probado que no fue posible delimitar la responsabilidad de los intervinientes en la obra, y que para evitar el desamparo de los compradores de los pisos, hubo de declararse una responsabilidad solidaria de todos los intervinientes en la obra; lo que da lugar a que cada deudor solidario responda por el total de la deuda frente al acreedor, y que el deudor que pague pueda reclamar frente a los demás por su cuota correspondiente; esta solución jurisprudencial impide estimar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, por ser suficiente con demandar a alguno de los implicados; habiendo declarado la jurisprudencia la equiparación del promotor con el constructor, así como la acción que contra aquél tienen los adquirentes de pisos y locales.

**Documentos en apelación después del señalamiento de vista.**— No es documento posterior, a efectos del art. 507 de la LEC un informe realizado por el Instituto Técnico de Materiales y Construcciones, pues aun siendo de fecha posterior a la demanda y contestación, se refiere a hechos anteriores, cuales son los relativos a la realización de las obras discutidas y sus defectos, no produciendo indefensión su no aceptación en cuanto que nada impidió a la parte interesada haberlo presentado antes en autos; además aunque se hubiera admitido el discutido documento ninguna conclusión probatoria hubiera producido al ser contradicho por el resto de las pruebas apreciadas por la Sala *a quo*. (STS de 22 de marzo de 1993; no ha lugar).

NOTA.— Jurisprudencia ya consolidada, a propósito de las responsabilidades por vicios ruinosos, cuando se declara la solidaridad; también en cuanto a la aplicación preferente del art. 1.591 respecto a las normas sobre vicios en la compraventa. Doctrina plenamente de aprobar. (G.G.C.).

**18. Arrendamiento de finca con opción de compra previo pago de prima: Doctrina general sobre el contrato de opción.**— El llamado contrato de opción, al carecer de adecuada regulación, a excepción del art. 14 R.H., presenta estructura atípica, siendo conveniente distinguir el contrato de opción en sí mismo del derecho al ejercicio de la opción que en aquél se inserta; el convenio opcional se presenta en su origen de naturaleza bilateral, configurándolo la jurisprudencia como relación obligacional en virtud de la cual una persona —cedente— se compromete a vender a otra —optante—, bien para sí o para un tercero, una determinada cosa, y de esta manera el oferente queda unilateralmente vinculado hasta que decide el optante.

**Doctrina general sobre el ejercicio de la opción.**— La dinámica de la opción deviene en unilateral en la proyección a su conclusión, ya que el titular goza de libertad de decisión y disposición durante un período de tiempo determinado para la conclusión del negocio final previsto, con la obligación por la otra parte de tener disponible la cosa, el bien o el derecho que va a ser objeto del mismo, siendo su conducta de simple espera y en posición, en cierto sentido, análoga a la de oferta irrevocable.

**Opción onerosa.**— La bilateralidad del contrato de opción se refuerza cuando ha mediado prima, que viene a actuar a modo de contraprestación y precio de la opción.

**Aplicación del art. 1.124 C.c. a la opción con prima: Su consideración como aportación eventual y no esencial del convenio.**— La aplicación del art. 1.124 C.c. a la opción con prima resulta vacilante en la jurisprudencia pues la sentencia de 29 de julio de 1987 se refiere a un supuesto de no ejercicio del derecho de opción y se limita a afirmar que, al haber mediado precio en la opción «parece configurarla de bilateral e incluirla, en principio, en la órbita del art. 1.124 C.c.», mientras que la sentencia de 9 de octubre de 1989 se refiere a este último precepto en razón al modo en que las partes quedaron trabadas en el contrato. en torno al cumplimiento de sus respectivas prestaciones adicionadas a la opción, y, por su parte, la sentencia de 4 de enero de 1992 delcara improcedente el ejercicio de la acción resolutoria al haberse extinguido por caducidad el contrato de opción; se presenta de difícil acogida estimar que el pago de la prima sea elemento esencial del contrato de opción, tratándose

más bien de una aportación eventual pactada que impone al beneficiario una obligación perfectamente concretada, de modo que sólo puede operar como derecho a su percibo y a su reclamación caso de no haberse abonado; la operatividad de dicho precio sólo ha de reputarse como contraprestación a la inactividad que el obligado ha de mantener sobre el objeto de la obligación en cuanto a su negociación con terceros ajenos y en forma tal que haga imposible en su día el ejercicio del derecho de opción que concedió.

**Requisitos del ejercicio de la opción.**— El ejercicio válido del derecho de opción exige que, dentro del plazo pactado, el optante manifieste su decisión de llevar a cabo el contrato negociado, notificando su voluntad positiva en este sentido al concedente para que, sin necesidad de ninguna otra actividad, se tenga por consumada la opción; en el presente caso el ejercicio se produjo dentro del plazo convenido, depositándose judicialmente el precio correspondiente a la compraventa, lo que supone mayor seguridad al concedente de la opción.

**Validez del requerimiento realizado en el domicilio electivo.**— No puede alegarse que la sociedad concedente tenía su domicilio en lugar distinto pues en el contrato se pactó en domicilio electivo, que es el que ha de regir para los intervinientes en la relación; entenderlo de otro modo podría hacer ilusorio el derecho de opción por las actividades de pesquisa, búsqueda y localización que se impondrían al optante para la procura del domicilio de la parte obligada, o de sus domicilios en caso de cambios sucesivos, o, incluso de ocultación o enmascaramiento (STS de 29 de marzo de 1993; no ha lugar).

NOTA.— Los hechos son los siguientes: se pacta un arrendamiento con opción de compra en favor del arrendatario durante el mismo plazo de duración de aquél, estipulándose el abono de una prima de 40.000 pts., siendo quince millones el precio de adquisición del local arrendado. Ofrece interés la doctrina de esta sentencia (Pte. Vllagómez Rodil) por haber profundizado en el carácter que la existencia de una prima por la concesión de la opción, imprime al contrato. En el presente caso, la desproporción entre la cuantía de la prima y el precio del ejercicio de la opción no deja lugar a dudas sobre el carácter de estipulación accesoria que tiene aquélla. No está claro, sin embargo, si tal doctrina puede generalizarse. Correcta asimismo la eficacia concedida al domicilio electivo, que la L.H. admite en el procedimiento judicial sumario, y la doctrina admite en otros casos con amplio criterio. (G.G.C.).

**19. Al arrendatario de local de negocio fallecido le suceden en la relación arrendaticia sus herederos. El fallecimiento antes de la partición de la herencia de la viuda usufructuaria cotitular del arrendamiento no comporta una segunda subrogación en favor de los hijos.**— Para mantener la tesis de una segunda subrogación, el recurrente parte de que la primera se operó exclusivamente en favor de la viuda, circunstancia sólo cierta por lo que al local de vivienda se refiere mas no en lo que atañe a los locales comerciales tal y como señalan las sentencias de instancia que parten en su razonamiento de la consideración de que, fallecido el esposo, primitivo arrendatario, quien ocupó su posición, «no fue la viuda o un solo heredero, sino la comuni-

dad hereditaria formada por aquélla y los tres hijos» con apoyo en la doctrina jurisprudencial que cita la sentencia de 5 de julio de 1981 de que «al morir la viuda y entrar en posesión el actual ocupante lo hizo en tracto directo sustituyendo al padre en virtud de la adjudicación que le hizo en nuda propiedad y, por consecuencia, su derecho de subrogación proviene de su condición de heredero del padre», doctrina aplicable al caso presente y a cualquier supuesto similar en que, como reitera la sentencia de 6 de noviembre de 1963, la relación arrendaticia con sujeto único —el causante— queda convertida en relación con sujeto múltiple, constituido por la comunidad hereditaria hasta que la partición se realice, sin que al hilo de esta doctrina pueda tampoco prevalecer la tesis de que en la hipótesis de la comunidad hereditaria formada por la esposa e hijos, el fallecimiento de aquélla implica una variación subjetiva que alcanza a la relación arrendaticia, provocando una nueva subrogación, cuya efectividad se reclama a la luz de este nuevo argumento, cuya inviabilidad viene de la mano de aquella citada doctrina jurisprudencial, que sentó la posesión de los actuales ocupantes en tracto directo, sustituyendo a su padre en el derecho primitivo que ostentaban, el cual así transmitido, ha alcanzado nueva dimensión, al fallecer la viuda usufructuaria cotitular, por mera exapansión, del propio contenido originario del derecho que ostentaban sobre el haz hereditario desde que sucedieron a su padre inicial arrendatario. (STS de 18 de marzo de 1993; ha lugar en parte).

**HECHOS.**— Concertados cuatro arrendamientos, tres de local de negocio y uno de vivienda, fallece el arrendatario y le suceden en las relaciones arrendaticias sus herederos (esposa y tres hijos). La propiedad demanda a la comunidad hereditaria reclamando diferencias de rentas y solicitando al Tribunal de Primera Instancia declare la existencia de una segunda subrogación —que supone un aumento del quince por ciento de la renta vigente— por haber fallecido la esposa del titular inicial de los arrendamientos antes de haber tenido lugar la partición de la herencia. El Juzgado absuelve en la instancia en lo referente a la primera petición y desestima la demanda en lo referente a la segunda. Apela la propiedad y la Audiencia revoca el primero de los pronunciamientos condenando a los herederos al pago de las diferencias de renta correspondientes a diversas revisiones y a una sola subrogación. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación al admitir en base a los documentos pertinentes la existencia de dos subrogaciones en el contrato de arrendamiento de vivienda. (R.G.S.).

**20. Subarriendo. Arrendamiento de industria: requisitos y régimen aplicable.**— El arrendamiento de industria requiere una estructurada organización negocial, concebida como unidad funcional perfectamente definida y como tal aceptada por las partes. Estos arrendamientos quedan excluidos de la L.A.U. de 24 de diciembre de 1964 (arts. 3.1 y 3.3) y se regirán por lo pactado y por lo dispuesto en la legislación civil, común o foral (S.S.T.S. de 19 de marzo de 1969, 28 de junio de 1979 y 20 de septiembre de 1991 —entre otras muchas—).

**Ambito del juicio de desahucio. Posibilidad de determinar en el mismo la naturaleza del contrato de arrendamiento.**— Cuando existan otros vínculos distintos a los locativos cláusulas ajenas o éstas sean de tal naturaleza que presenten sumamente complejas o especiales las relaciones entre las

partes y hagan muy poco posible la apreciación de la finalidad y trascendencia de las mismas, se produce un desbordamiento del cauce procesal de los juicios de desahucio y hacen a éstos inadecuados e improcedentes para dilucidar las contiendas planteadas por esta vía sumaria. (S.S.T.S. de 13 de abril de 1929, 14 de mayo de 1955, 17 de marzo de 1968, 9 de diciembre de 1972 y 12 de marzo de 1985, entre otras).

El dilucidar en el juicio de desahucio sobre si el contrato se trataba de un arriendo de industria o sólo de local de negocio, no supone indefensión ya que se trata de una cuestión íntimamente ligada al proceso de desahucio y con ello no se contradice la doctrina de exclusión del mismo de cuestiones complejas y siempre ajenas al ámbito propio del procedimiento sumario (S.S.T.S. de 5 de octubre de 1920, 20 de mayo de 1946, 17 de octubre de 1951 y 8 de octubre de 1985). (STS de 10 de mayo de 1993; ha lugar).

HECHOS.— «Industrias Barcelona, S.L.» arrendataria de una industria de cinematógrafo y espectáculos, celebró el 22 de diciembre de 1983, contrato de subarriendo del referido complejo con la entidad mercantil «Kursaal, S.A.», en el que se establecía una plazo de duración del mismo de cuatro años y que la subarrendataria debía cesar en la explotación del negocio y proceder al desalojo de la industria a lo sumo el 14 de enero de 1988. Finalizado el contrato de subarriendo, «Industrias Barcelona, S.L.» interpuso contra la subarrendataria demanda de desahucio. Inmediatamente la subarrendataria (Kursaal, S.A.) promovió contra la actora juicio declarativo de menor cuantía dado la complejidad de las situaciones contractuales, presentes y anteriores que relacionan a las partes litigantes, alegando que el juicio de desahucio planteado por la demandante no era el cauce procesal adecuado para resolver el contrato de subarriendo. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia confirmó esta sentencia. La entidad actora formuló recurso de casación y el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo.

NOTA.— La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994 guarda silencio sobre al arrendamiento de industria. En principio, parece que deben ser incluidas dentro de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda (art. 3 de la nueva Ley); no obstante, la solución no es clara por lo que, en todo caso, habrá que esperar a lo que resuelvan en su día los Tribunales de Justicia. (I.D.-L.).

**21. Contrato de servicios y alojamientos turísticos.**— Según señala el T.S., la regulación aplicable para este tipo de contratos es la contenida en el Código civil para los arrendamientos de cosas y servicios. Para derogar las normas que en el mencionado cuerpo legal se contienen, sería necesaria una ley (art. 2.2 C.c.). Por lo tanto, no será suficiente ni una norma de rango inferior (art. 1.2 del C.c.) como la Orden ministerial alegada de 9 de agosto de 1974; ni mucho menos el uso de costumbres «*contra legem*» como la que menciona la recurrente de entender implícita la anulación de reserva de habitaciones, siempre que haya parte contractual perjudicada que se oponga a ello: aparte de otros usos también citados (como el «*over booking*»), que,

como opuestos a lo convenido entre las partes, son inadmisibles en la teoría general de los contratos civiles (arts. 1.901, 1.254, 1.255, 1.256, 1.258 y 1.278 C.c.).

**Art. 1.707 párrafo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.**— Desde un punto de vista formal, en el escrito de interposición del recurso de casación, además de expresar el motivo o los motivos en que se amparen, deben de citarse las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas (art. 1.707 pf. 1 LEC). El presente caso adolece del defecto de aludirse a artículos del Código civil que se estiman de aplicación indebida, sin citarlos. (STS de 2 de abril de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— La sociedad RENTA PALMA NOVA S.A. promueve juicio de menor cuantía contra VIAJES MARSANS S.A. reclamándole la cantidad de 4.740.237 pts. como consecuencia del incumplimiento de un contrato denominado de «servicios y alojamientos turísticos», que tenía por objeto el alquiler de 20 apartamentos propiedad de la actora durante los cuatro meses del año 1993 indicados en el contrato.

El juzgado de Primera Instancia condena a la demandada al pago de la cuantía solicitada más los intereses legales de dicha cantidad desde la interposición de la demanda. La Audiencia Provincial confirmó el fallo del Juzgado de Primera Instancia. El Tribunal Supremo no apreció el recurso de casación interpuesto por la demandada (V.M.L.).

**22. Interpretación de los contratos: prevalencia del criterio de la literalidad si los términos del contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de las partes.**— Siguiendo una reiterada jurisprudencia cuyo exponente puede ser, entre otros, la sentencia de 10-5-1991, las normas o reglas interpretativas contenidas en los arts. 1.281 a 1.289 ambos inclusive del C.c. constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí, de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al primer párrafo del art. 1.281 de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no deja lugar a duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes que vienen a funcionar con el carácter de subsidiarias respecto de la que preconiza la interpretación literal, y todo ello resulta coincidente con la reiterada doctrina jurisprudencial (SS de 2-11-83, 3-5 y 22-6-84, 10-1, 5-2, 2-7 y 18-9-85, 4-3, 9-6 y 15-7-86, 14 y 16-12-87, 20-12-88 y 19-1-90).

**La revocación de donaciones se limita, en el ordenamiento español, a los supuestos contemplados por los artículos 644 y 648 del Código civil.**— Son inconsistentes los argumentos que en el motivo se vierten sobre la posibilidad en nuestro derecho positivo de admitir la revocación discrecional de la donación sobre todos los bienes donados si así se ha estipulado expresamente, ya que, por la propia normativa que rige la donación, es evidente que, la revocación, exclusivamente, está contemplada en nuestro Código, no de una manera general en cualquier caso, sino sólo en los supuestos del art. 644 por razones de supervivencia o superveniencia de hijos y asimismo por razón de ingratitud, conforme a lo dispuesto en el art. 648; pero de cualquier forma también se impediría ese efecto traslativo de las donaciones, si se pactase expresamente una revocabilidad general sin especificar delimitaciones para el ejercicio de tal posibilidad resolutoria.

**Donación con reserva de la facultad de disposición: necesidad de ejercitar la facultad reservada con arreglo al principio de la buena fe contractual.**— Por último, tampoco ha de despreciarse la circunstancia que, en un elemental juego de la buena fe contractual, debe existir cuando se ejercitase dicha facultad reservada por parte de la donante, que se debería haber, previamente, puesto en conocimiento de ese ejercicio o sea operatividad a la donataria, para que ésta pudiese actuar en consecuencia, lo que desde luego, no consta en autos así hubiera acontecido, de tal suerte que, la confianza o buena fe en lo pactado por la donataria, resplandece hasta el punto que aguarda, en una excesiva diligencia, a no inscribir los bienes donados, cuando perfectamente podía haberlo hecho en su día. (STS de 22 de marzo de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— A, dona a B, varias fincas reservándose el usufructo vitalicio de todas ellas. Se reserva igualmente la donante la facultad de disposición, en caso de necesidad discrecionalmente apreciada por ella, sobre cualquiera o varias de las fincas objeto de la donación. La donataria, por su parte, se obliga a prestar a la donante alimentos civiles, jugando esta obligación como condición resolutoria expresa del contrato. En fecha posterior, A vende todas las fincas por un precio irrisorio a sus sobrinos C y D. Interpone B, donataria, demanda contra los compradores solicitando se declare la nulidad (por simulada) de la compraventa así como la validez de la donación. Reconviene C y D postulando la resolución de la donación por haber incumplido la donataria la obligación de prestar alimentos que sobre ella pesaba. El Juzgado desestima la demanda y estima la reconvenición. La Audiencia, por el contrario, declara la validez de la donación y la nulidad de la compraventa. Recurren en casación los compradores. No ha lugar. (R.G.S.).

**23. El negocio usurario y el juicio ejecutivo.**— Es evidente, como dice el T.S., que dado el estrecho cauce del juicio ejecutivo, a pesar de la abstracta permisibilidad contenida en el art. 1.467-1.<sup>o</sup> de la LEC en su redacción originaria, vigente en la fecha en la que se inició el proceso (año 1982), no cabría en un juicio ejecutivo debatir un problema como la nulidad de una póliza de crédito por usuraria, teniendo en cuenta la complejidad del contrato en el que se unía la concesión de crédito, el préstamo en sí mismo considerado consecuente a la póliza de crédito y la constitución de un depósito forzoso sobre garantía real (sents. de 16 de septiembre y 26 de mayo de 1988; y 5 y 30 de abril de 1991).

**La calificación jurídica del negocio usurario (art. 9 de la Ley de Usura de 1908).**— «Es bastante la lectura del precepto cuya infracción se señala (refiriéndose al art. 9 de la LUS), para convencerse que cualquiera que sea la conceptualización de la naturaleza del negocio, desde el punto y hora en que hay una entrega de dinero para su devolución en circunstancias o tiempo determinadas, mediante la percepción de un interés y aunque sea con adiciones complejas de garantías añadidas, está dentro del ámbito de la Ley de Represión de la Usura y con esa libertad de apreciación del Tribunal de Instancia, que no tiene más límites que el de la arbitrariedad, o ir contra la lógica y recaída sobre el absurdo». En este último sentido, como viene manteniendo la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (sents. de 24 de mayo de 1988; y 13 y 27 de mayo de 1991), la calificación de un contrato como usurario versa sobre hechos para cuya apreciación la Ley de Usura (art. 2) da gran libertad a los Tribunales. La posibilidad de impugnar en casación la calificación que como usu-

rario ha realizado el Tribunal de instancia podría basarse tan sólo en la demostración de la existencia de un error en la apreciación de la prueba.

Pone de manifiesto el Tribunal Supremo en esta sentencia que: «la Ley de 23 de julio de 1908, como la también mencionada por la Sala de instancia [art. 10.1.c) 4.º] Ley 26/1984 de 19 de julio de Defensa de los Consumidores y Usuarios han puesto jalones en el tiempo, —la última no es aplicable por su fecha—, que suponen una cortapisa a esta libertad propia del principio de autonomía de la voluntad contractual que inicialmente proclamaban el artículo 315 del Código de Comercio invocado en el motivo y el artículo 1.255 del Código civil». (STS de 26 de marzo de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— Incoada demanda en juicio declarativo de menor cuantía, se solicita por la actora, en el ejercicio de la acción de nulidad de préstamo derivada de juicio ejecutivo y de la acción de nulidad por préstamo usurario: la nulidad de un préstamo contenido en una póliza de crédito (con la consecuente obligación del prestatario de devolver tan sólo la suma efectivamente recibida, en este caso, 4.570.775 pts. — art. 3 de la LUS—) y la declaración de nulidad del embargo realizado contra una finca que se había constituido en garantía real de esa misma póliza de crédito. Como estaba pendiente ante ese mismo Juzgado el juicio ejecutivo de la póliza de crédito, hallándose en trámite de ejecución de sentencia y subasta de la finca embargada, se solicita también en el segundo «otrosí» de la demanda que, al amparo del art. 13 de la LUS se suspenda dicho juicio ejecutivo hasta que se dicte sentencia definitiva.

El Juzgado de Primera Instancia de Santa Coloma de Farnes desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona, estimando sustancialmente el recurso interpuesto por la actora contra el «Banco Zaragozano», declara nula la póliza de crédito contratada entre esta entidad bancaria y los demandantes, debiendo de pagar estos últimos únicamente la cantidad recibida. Y deja sin efecto el juicio ejecutivo realizado contra la finca de los demandantes-recurrentes. El Tribunal Supremo no admitió el recurso de casación interpuesto por la representación del «Banco Zaragozano».

**NOTA.**— El abundante número de sentencias en las que el TS no aplica la Ley de Usura de 1908, como consecuencia en la mayoría de los casos de la jurisprudencia consolidada que sobre el art. 2 de esta Ley ha venido manteniendo nuestro Alto Tribunal, pone de relieve la especial singularidad de esta sentencia, que no sólo la aplica, sino que además lo hace en relación a un contrato bancario.

El TS viene entendiendo de una manera amplia las facultades otorgadas por el art. 2 de la LUS a los Tribunales para la calificación de un préstamo u operación equivalente (art. 9 LUS) como usurario. El éxito del recurso de casación basado en el error en la apreciación de la prueba por parte de los Tribunales inferiores se hace depender de que dicha apreciación resulte claramente disconforme con las resultancias procesales o manifiestamente incorrecta. De ahí que sea fundamental, como en el presente caso, el papel jugado por los Tribunales de Instancia a la hora de calificar un negocio como usurario y, en consecuencia, de dar aplicación efectiva a una ley que trata de frenar los abusos y limitar la autonomía de las partes en el pacto de intereses como es la Ley Azcárate de 1908.



Los préstamos y créditos bancarios realizados a través de condiciones generales de contratación, en las que el cliente no sabe realmente a lo que se obliga (debido en muchos casos a lo complicado de los cálculos matemáticos del tipo de interés, al método utilizado para ello y a las partidas incluidas en cada caso, así como las sobre-garantías exigidas), precisan de un control legal frente a las posibles irregularidades y abusos que se pudieran producir. Una ley como la de Usura de 1908, abierta en sus presupuestos («interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso...» —art. 1 LUS—) y de carácter eminentemente jurisprudencial, no conlleva la eliminación de otras normas de protección más modernas, propias de las condiciones generales de contratación, como la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 [art. 10.1.c) 4.º]. El TS en esta particular sentencia de 26 de marzo de 1993 se encarga de poner de relieve la aplicación práctica de ambas leyes como límites a la autonomía contractual, aunque precisa que la segunda no es de aplicación al caso por su fecha. La importancia de estimar aplicable la LGDCU —aunque en el presente caso no tiene valor de «*ratio decidendi*»— es grande si tenemos en cuenta la mayor protección que ofrece un concepto como el de «condiciones abusivas de crédito» contenido en el art. 10.1.c) 4.º de la mencionada ley, frente al «interés notablemente superior al normal del dinero» del art. 1 de la LUS. (V.M.L.).

**24. La presunción judicial del artículo 1.253 del Código Civil.**— Dicha presunción consiste en deducir de un hecho conocido otro desconocido a través de una operación intelectual que realiza el juez.

Se pueden señalar tres elementos constitutivos:

— Hecho demostrado, también denominado «afirmación base». Es imprescindible que se encuentre acreditado en el proceso haya sido o no objeto de alegación por las partes.

— Hecho que se trata de deducir o «afirmación presumida»: debe encontrarse alegado en el proceso. Tiene valor probatorio e incide así directamente en la Sentencia que se dicte.

— Conexión y congruencia entre ambos hechos: entre la «afirmación base» y la «afirmación presumida» debe existir un enlace preciso y directo conforme a las reglas del criterio humano que no son otras que las de la lógica (STS de 6 de abril de 1911) o sea las del raciocinio lógico (STS de 10 de junio de 1911, 8 de mayo de 1956). Este enlace no exige una deducción unívoca pues de serlo no nos encontraríamos ante una verdadera presunción, sino ante los «*facta concludentia*».

Es doctrina reiterada de este Sala que:

— el artículo 1.253 C.C. autoriza al Juez, mas no le obliga, a utilizar las pruebas de presunciones, máxime cuando los hechos que se consideran probados lo han sido por pruebas directas y no hay necesidad de acudir al medio indirecto por presunciones (SS de 22 de febrero, 16 de marzo, 5 y 24 de mayo, 2 de junio y 2 de noviembre de 1989). Por tanto la presunción judicial que nos ocupa ostenta un claro carácter supletorio.

— la apreciación del enlace preciso y directo a que se refiere el art. 1.253 del Código Civil corresponde al Tribunal de instancia, cuyo juicio ha de aca-

tarse tanto para eliminar como para admitir la presunción, a menos que se demuestre su patente improcedencia, por ilógica y absurda (STS de 13 de octubre y 1 de diciembre de 1983 y 13 de mayo de 1985).

**La ratificación del mandante de actos efectuados por el mandatario sin su autorización.**— El Tribunal Supremo señala en numerosas Sentencias, entre otras las SSTs de 13 de julio y 18 de septiembre de 1987, que nos encontramos ante un supuesto de ratificación tácita cuando el mandante se aprovecha de los actos efectuados por el mandatario sin su autorización, lo que ocurre también cuando el representado crea una apariencia de mandato. No obstante, el Juzgador de Instancia, es el que tiene que apreciar y valorar los hechos y ello obliga a que en precisa técnica casacional el criterio del juzgador haya de contradecirse por la norma del número 4 del artículo 1.692 L.E.C., independientemente de que su valoración se efectúe por el número 5 del artículo 1.692 L.E.C. con cita de la norma hermenéutica que se considera infringida (STS de 18 de marzo de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— Se formula demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, solicitando que se declare a la actora titular dominical de una finca, y se condene a la sociedad demandada a otorgar a favor de la actora u otra persona que ésta designase escritura pública de transmisión de dicha finca al considerar que el contrato de opción suscrito por el factor de la sociedad extralimitándose en el poder concedido era eficaz.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Granollers desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona confirmó la Sentencia de instancia. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación planteado fundamentado en infracción del artículo 1.727.2 C.C. y del artículo 1.253 C.C., utilizando la vía casacional del artículo 1.692.5 de la L.E.C.

**NOTA.**— Es preciso destacar cómo en la Sentencia que nos ocupa, el Tribunal Supremo se aparta de la doctrina mantenida en numerosas Sentencias en las que en aras de la seguridad del tráfico jurídico y protegiendo la buena fe del tercero que contrata basado en una apariencia contractual, considera ratificado tácitamente el mandato efectuado por quien se extralimitó en el poder concedido.

En efecto, el Tribunal Supremo en el caso de estudio sanciona la conducta negligente del tercero que no consultó el Registro para comprobar los límites del poder y ello pese a que éste hubiese podido legítimamente suponer la existencia del mandante. (S.A.R.).

**25. El art. 1.902 del Código civil.**— La conducta del comprador de una determinada mercancía —según el T.S.— no se agota en la compra del producto, sino que además es necesario procurar que la descarga de la mercancía se lleve a cabo sin riesgo alguno, y menos para la vida de las personas: «una cosa es la maniobra de descarga, a cuenta del transportista y otra es que las condiciones de practicarse lo sean sin riesgo alguno, que debe evitar, poniendo todos los medios necesarios, el titular del local donde el aligeramiento tiene lugar». Y en el caso de autos se creó un riesgo previsible y evitable de mediar debida y elemental diligencia (como es interesar la descarga de un ca-

mión por el hueco de un tejado, con la proximidad de una línea eléctrica de alta tensión), al que asiste el necesario nexo de causalidad (muerte por electrocución del transportista mientras descargaba). En consecuencia, el Tribunal Supremo aplica la doctrina del riesgo como criterio de atribución de la responsabilidad ex art. 1.902 «máxime si no se adoptan medidas adecuadas de protección y seguridad que garanticen la falta de peligrosidad (Sentencia de 20-1-1992)».

**Incongruencia de la sentencia.**— No se da situación de incongruencia —indica el T.S.— cuando la estimación parcial de la demanda no rebasa la cifra peticionada, para cuya determinación asiste al juzgador plena amplitud, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes.

**Intereses procesales del art. 921 de la L.E.C.**— Aunque los intereses de los arts. 1.108 del C.c. y 921 de la L.E.C. son «propios intereses», su naturaleza y operatividad son distintas, según señala el Tribunal Supremo: los intereses procesales, al ser considerados como «punitivos o sancionadores», nacen «*ope legis*», sin necesidad de petición e incluso de expresa condena (Sentencias de 4-11-1991, 30-12-1991 y 25-2-1992, entre otras): «Ha de puntualizarse —siguiendo al T.S.— que los intereses legales nacen en el presente caso desde la fecha de la sentencia de apelación que, al revocar la absolutoria de instancia, fija la cantidad indemnizatoria, que de esta manera adquiere la condición de líquida, toda vez que no surge de relaciones obligatorias o títulos jurídicos que la podrían engendrar, sino que parte de haberse producido hechos determinantes de la responsabilidad extracontractual, que exigen la previa declaración judicial de su concurrencia para generar las consecuencias indemnizatorias reparadoras» (STS de 18 de marzo de 1993; ha lugar).

**HECHOS.**— Se promueve juicio de menor cuantía sobre culpa extracontractual causante de la muerte de un transportista por electrocución (debida a cables de alta tensión pertenecientes a U.E.FENOSA S.A.) mientras descarga un camión (trabajando para la sociedad UVE S.A.), por el hueco habilitado para ello, que estaba situado en el tejado de la nave industrial (perteneciente a Don F.H.A.).

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta por la viuda del transportista contra FENOSA S.A., UVE S.A. y Don. F.H.A., en la que se solicitaba 7.000.000 pts. «o la que resulte como consecuencia de la prueba, con los intereses legales desde la presente interpelación judicial». La Audiencia Provincial de Segovia en apelación, condena a Don F.H.A. a que pague a la actora la cantidad de 3.500.000 pts. más los intereses legales devengados desde su emplazamiento. Instado recurso de casación por Don F.H.A., el T.S. casa en parte la sentencia en el sentido de que los intereses legales de la cuantía a indemnizar (3.500.000 pts.) se devengarán a partir de la sentencia de apelación y no antes. (V.M.L.).

**26. Culpa extracontractual del profesional médico: Doctrina General.**— Es doctrina reiterada de esta Sala recogida, entre otras, en SS de 26 de mayo de 1986, 12 de julio de 1988, 17 de julio de 1989, 7 y 12 de febrero y 6 de noviembre de 1990, y 11 de marzo de 1991, que la obligación contractual o extracontractual del médico y, más en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual,

no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir, está obligado, no a curar al enfermo sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia; en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para daños de otro origen, estando a cargo del paciente la prueba de la relación de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico que puede manifestarse a través de la negligencia omisiva de la aplicación de un medio, o más generalmente de una acción culposa, y así se ha estimado en aquellos casos en que se logró establecer el acto tachado de culpable o negligente, o la omisión de los cuidados indicados, y el resultado dañoso previsible y evitable (casos de las SS de 7 de febrero de 1973, 28 de diciembre de 1979, 28 de diciembre de 1983 y 12 de febrero de 1990); y cuando, por el contrario, no es posible establecer la relación de causalidad culposa, no hay responsabilidad sanitaria (así en SS de 26 de mayo de 1985, 13 de julio de 1987, 12 de febrero de 1988 y 7 de febrero de 1990).

**Reglas de actuación médica: «Lex artis ad hoc».**— El principio de la llamada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio rector de toda esta materia, aparece recogido en las SS de 7 de febrero y 29 de junio de 1990 y 11 de marzo de 1991, al declarar que la actuación de los médicos debe regirse por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollan y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, añadiendo la última resolución que se entiende por aquella aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria— para calificar dicho acto conforme o no, a la técnica normal requerida.

**Responsabilidad del cirujano.**— No puede imputarse a un médico especialista el evento dañoso sufrido por un paciente que tenga su origen en el incumplimiento de las reglas técnicas propias de otra especialidad; en el presente caso el médico cirujano procedió a la extirpación de un quiste sacro-oxígeo, siguiendo una técnica quirúrgicamente correcta, cerrando parcialmente la herida y quedando una vía de drenaje que disminuya el riesgo de procesos infecciosos graves en el postoperatorio, si bien pueden resultar necesarias reintervenciones para eliminar tejidos desvitalizados, como ocurrió en este supuesto; en el presente caso la causa de los daños sufridos por el paciente es la falta de motorización del mismo, que hubiera permitido el control de la actividad eléctrica del corazón, y advertir a tiempo la parada cardíaca para aplicar los medios de reactivación; en consecuencia, el médico cirujano observó las reglas de la *lex artis ad hoc* y no puede imputársele el daño producido por la inobservancia de reglas técnicas ajenas a la especialidad por él practicada.

**Responsabilidad del médico anestesista: Error de hecho: Carga de la prueba: La llamada «hoja de anestesista» no son papeles privados.**— El documento ya tenido en cuenta por la Sala sentenciadora, no puede servir de base para demostrar el error de hecho; el art. 1.214 C.c. sólo puede ser invo-

cado en los casos de ausencia de prueba de un hecho concreto, pero no cuando la Sala de instancia considera probado en su sentencia el hecho en cuestión, pues entonces resulta indiferente e inoperante la regla distributiva de la carga de la prueba; no puede invocarse el art. 1.228 C.c. para valorar la llamada «hoja de anestesista», pues la jurisprudencia de esta Sala viene considerando que «los asientos, registros y papeles privados» son los formados por uno solo de los interesados y conservados siempre por él ya que la citada hoja forma parte de la historia clínica del paciente y es una exigencia del Código de Deontología Médica y de la legislación administrativa vigente que impone a los hospitales, tanto públicos como privados, un libro-registro de ingresos y altas en el que deberá consignarse el número de la historia clínica del paciente, hasta el alta médica, e igualmente la hoja de la anestesia.

**Negligencia del médico anestesista.**— La intervención se realizó sin monitor para el control de la actividad eléctrica del corazón del paciente, lo que impidió a los médicos intervinientes advertir la parada cardíaca en el momento de producirse, siendo correcta la deducción de una conducta negligente en aquél, ya que entre sus deberes profesionales se incluye el de mantener las condiciones vitales del paciente en condiciones óptimas antes, durante y después de la intervención, así como la de su reanimación cuando se haya producido una situación crítica; también se declara probado que el retraso en el empleo del desfibrilador implica una conducta negligente, pues si se actúa dentro de los primeros sesenta segundos de detectarse fibrilación ventricular y se procede a la desfibrilación eléctrica, los riesgos de secuelas son mínimos, sin que el retraso pueda justificarse por la situación alejada del quirófano respecto del lugar en donde se encontraba el desfibrilador, ya que el anestesista ha de tener a su disposición, en tiempo óptimo, todos los medios que, según las circunstancias de tiempo y lugar, permitan cumplir sus deberes profesionales; es evidente que la aplicación de la anestesia comporta riesgos, que pueden ser evitados aplicando las técnicas adecuadas, e igualmente, la maniobra de colocar al paciente en la posición de decúbito supino desde la de decúbito prono en la que se le mantuvo durante la intervención quirúrgica, entraña riesgos que exigen la actuación directa del anestesiólogo, que, en el caso, pudo advertir la parada cardíaca inmediatamente y adoptar las medidas necesarias en tiempo útil para evitar las consecuencias que se derivarían de la anoxia cerebral causada por aquélla, lo que no ocurrió en este caso.

**Patria potestad prorrogada.**— Los padres no necesitan autorización judicial para el ejercicio de las acciones que corresponden a sus hijos bajo su potestad.

**Responsabilidad de la clínica en donde se realiza la intervención.**— Reconocido en el fundamento 6.<sup>o</sup> de la sentencia recurrida que la clínica demandada no tiene ninguna obligación, ni *in eligendo* ni *in vigilando* respecto de los médicos que utilizan su establecimiento para atender a sus clientes, no manteniendo con ellos ningún tipo de relación laboral ni contractual, es evidente la inaplicación al caso del art. 1.903 C.c.; concertada la utilización de sus instalaciones por el cirujano y siendo de cargo del Igualatorio con el que el paciente tenía concertada una póliza de seguro por el precio por la utilización de las instalaciones, la obligación de la Clínica queda circunscrita a suministrar los medios técnicos e instrumentos para llevar a cabo la intervención así como a la ejecución de los llamados actos paramédicos necesarios, por lo que no surge para ella ninguna obligación de responder por las acciones u omisiones culposas o negligentes de los profesionales intervinientes en el acto médi-

co, por lo cual su responsabilidad sólo podría provenir de acto propio; en el presente caso la responsabilidad de la Clínica se fundamenta en la existencia de un único desfibrilador en la Sala de Reanimación, que no estaba en el momento de la detección de la parada cardíaca en el quirófano; sin embargo, no consta que el retraso en la aplicación de aquel aparato sea debido a la conducta del personal de la Clínica, por lo que no se puede afirmar la existencia de una acción u omisión culpable imputable a ella que genere su responsabilidad por los daños sufridos por el hijo de los actores, no siendo obligación de la Clínica la de que el repetido aparato se encuentre en el quirófano, lo que, de ser así, comportaría la obligación de poseer varios desfibriladores dada la existencia de varios quirófanos en la Clínica susceptibles de ser utilizados simultáneamente; por lo cual ha de estimarse infracción del art. 1.902 C.c. procediendo la absolución de la referida Clínica. (STS de 23 de marzo de 1993; ha lugar en parte).

NOTA.— A consecuencia de una operación —banal en apariencia— de extirpación de un quiste, que precisó de dos intervenciones, el hijo de los actores sufrió una parada cardíaca, que debido al retraso en advertirla por falta de monitorización y utilización del desfibrilador, produjo un cuadro cerebral anóxico que da lugar a una demencia orgánica; la facultad de ideación se encuentra profundamente alterada, siendo incapaz de expresar sus deseos, emitiendo constantemente quejas ininteligibles, padeciendo crisis de inquietud y agitación psicomotriz, siendo su capacidad intelectual prácticamente nula y precisando para todas las maniobras de aseo y comida la ayuda de una persona; el paciente se encuentra bajo la patria potestad prorrogada de sus padres.

El proceso ha sufrido alternativas diversas y, entre ellas, no la menos sorprendente es la ocurrida en casación. En efecto, en primera instancia se declara la responsabilidad solidaria del médico cirujano y del médico anestesista, así como del Iguatorialio con quien se había concertado la asistencia médica y también de la Clínica en que la intervención tuvo lugar, condenándose al pago de una indemnización de cincuenta millones de pts. En apelación la indemnización se duplica, se absuelve al Iguatorialio, y se confirman las restantes condenas. En casación, se mantiene únicamente la condena del anestesista, absolviéndose al cirujano y a la Clínica en virtud de la doctrina extractada.

La primera consideración es que la elevada condena a cien millones de pts. será difícilmente eficaz al proyectarse exclusivamente sobre una persona física (se ignora si estaba asegurada). A primera vista parece que el contrato con el Iguatorialio Médico no se ha cumplido satisfactoriamente, pero al ser consentida su absolución en apelación, el T.S. no puede entrar en el tema.

La responsabilidad civil del personal sanitario ha merecido profusamente la atención de la doctrina (últimamente DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid 1993, p. 203 y ss.) empezando a ser abundante la jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup>, que ha elaborado una jurisprudencia con perfiles bastante netos, aunque no exentos de crítica. En el presente caso se hace una minuciosa descripción de las obligaciones profesionales del cirujano y del anestesista,

para concluir que la obligación de tener monitorizado al paciente no incumbe al primero, sino al segundo; la deducción lógica parece irrefutable, pero ¿no habría que distinguir entre omisiones graves y leves del segundo a efectos de exculpar al primero? ¿no es médico el cirujano con conocimientos generales que le obligan a advertir que no monitorizar al enfermo es sumamente peligroso si ocurre un paro cardíaco durante la intervención o en el postoperatorio? La especialización conduce inexorablemente a deslindar parcelas de la actividad profesional, pero ¿es que en una intervención jurídica nadie se responsabiliza de hacer un examen general? En mi opinión, la absolución del cirujano parece cuestionable.

Algo parecido cabe decir de la absolución de la Clínica que cedió sus instalaciones para realizar la intervención. El razonamiento del TS desconcierta al lector y eventual paciente: ¿puede considerarse correcto que con un único aparato de desfibrilación eléctrica se concierne la realización de diversas intervenciones quirúrgicas simultáneas? ¿habrá que pensar que en tales casos, los pacientes simultáneamente intervenidos, entran en una especie de «ruleta rusa» si en más de uno se produce una fibrilación ventricular que exige la actuación inmediata del desfibrilador? La cesión de instalaciones no puede tratarse como una actividad puramente mercantil cuando está en juego el derecho constitucional a la salud. (G.G.C.).

**27. Responsabilidad por inmisiones industriales . Carácter objetivo. Cumplimiento de los reglamentos administrativos.**— El n.º 2 del art. 1.908 CC, que es donde el presente caso litigioso encuentra una subsunción o incardinación específica, configura un supuesto de responsabilidad, de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado, al establecer que los propietarios responden de los daños causados «por humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades», que es lo ocurrido en el presente caso, pues aunque cuantitativamente los humos y gases expelidos por las fábricas de las entidades recurrentes hayan respetado los niveles de contaminación reglamentariamente establecidos, lo cierto es que cualitativamente fueron nocivos y causaron daños a terceras personas totalmente ajenas a la referida explotación industrial, lo que evidencia que tales medidas fueron insuficientes para evitar los daños a terceros.

**Daños continuados. Cómputo del plazo de prescripción.**— Es consolidada doctrina de esta Sala la de que cuando se trata de los daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción no se inicia («*dies a quo*») hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida, como ocurre en el presente supuesto litigioso, en el que los daños en las respectivas fincas de los actores se vinieron produciendo sucesiva e ininterrumpidamente durante los años agrícolas de 1980, 1981 y 1982, por lo que hasta la finalización del último de ellos no puede iniciarse el cómputo del plazo prescriptivo de un año.

**Cuantificación de los daños en ejecución de sentencia.**— En el caso concreto que nos ocupa, los actores ya fijaron un límite máximo (5.034.615,46 pesetas) a la indemnización que pedían (como pedimento principal de la demanda), por lo que, si bien es procesalmente correcta, ante la falta de pruebas al respecto en el proceso, la relegación para la fase de ejecución de sentencia

de la cuantificación de los daños (art. 360 LEC), como hace la sentencia recurrida, ello debió hacerse con la concreción de que en ningún caso podría dicha cuantificación exceder de la cantidad de cinco millones treinta y cuatro mil seiscientos quince pesetas con cuarenta céntimos, que los propios actores habían ya señalado como pedimento principal de su demanda, en cuyo único sentido procede estimar el presente motivo (STS de 24 de mayo de 1993; ha lugar).

**HECHOS.**— Don José A. P. y diecisiete personas más promovieron contra dos entidades mercantiles una demanda en la que, ejercitando acción de responsabilidad extracontractual, basada en los daños sufridos por las respectivas fincas de su propiedad, durante los años agrícolas de 1980, 1981 y 1982, como consecuencia de las emanaciones de flúor y otros gases tóxicos, procedentes de la factoría de aluminio de las entidades demandadas, postularon que se las condenase a indemnizarles en la cantidad de cinco millones treinta y cuatro mil seiscientos quince pesetas con cuarenta céntimos y subsidiariamente a indemnizarles en la cantidad que se estime acreditada en autos al dictarse sentencia.

El Juez de Primera Instancia condenó a las demandadas a que indemnizasen a los actores en la cuantía a determinar en ejecución de sentencia. La Audiencia Territorial confirmó la sentencia recurrida. El Tribunal Supremo declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por las demandadas, ya que la condena no podía exceder del límite de cinco millones treinta y cuatro mil seiscientos quince pesetas con cuarenta y seis céntimos.

**NOTA.**— En esta sentencia, el Tribunal Supremo acoge la misma doctrina que la que aparece en la de 15 de marzo de 1993 que comento en ADC (CABANILLAS «La responsabilidad por inmisiones industriales», 1993, pp. 1957-1994), lo cual es lógico al ser el ponente de ambas sentencias este mismo Magistrado (Éxcmo. Sr. D. Francisco Morales Morales).

Se sigue la doctrina reiterada del Tribunal Supremo sobre el carácter objetivo de la responsabilidad por inmisiones industriales, de acuerdo con el art. 1.908-2.º CC, que hace depender la responsabilidad de la existencia de «humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades», y que en el supuesto de daños continuados, como los que normalmente derivan de las inmisiones industriales, el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria no se inicia hasta la producción del definitivo resultado (sobre ambos aspectos, el citado comentario).

También sigue nuestro Tribunal Supremo, con acertado criterio, la constante doctrina jurisprudencial que afirma que el cumplimiento de los reglamentos administrativos no altera la responsabilidad de quienes los cumplan, cuando las medidas de seguridad y garantía se muestran insuficientes en la realidad para evitar eventos lesivos.

Hay que subrayar la independencia respectiva de la responsabilidad civil y de las licencias, de conformidad con la propia normativa administrativa. La licencia se entiende otorgada salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero, de tal manera que no podrá ser invocada para excluir o disminuir la responsabilidad civil o penal en que



hubiesen incurrido los beneficiarios en el ejercicio de sus actividades (art. 12 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955) (CABANILLAS, «La responsabilidad por daños ambientales según la jurisprudencia civil», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo I*, Barcelona, 1992, pp. 205-207).

Muy interesante es la reflexión que hace el Tribunal Supremo en torno a la cuantificación de los daños en ejecución de sentencia. Al tratarse de daños continuados o de producción sucesiva o ininterrumpida, lo usual es que sigan produciéndose durante el proceso judicial dirigido al resarcimiento de los daños ocasionados por las inmisiones nocivas. Debido a la larga duración que suelen tener este tipo de procesos judiciales, es aconsejable que los demandantes soliciten una indemnización cuya cuantía se determinará en ejecución de sentencia. Como declara el Tribunal Supremo, en la sentencia esto es perfectamente admisible: en los supuestos en que aparece probada la certeza y realidad de los daños, puede dejarse la cuantificación de los mismos para la fase de ejecución de sentencia, lo cual es permitido por la LEC (art. 360).

El problema radica en que los demandantes fijaron como pedimento principal de su demanda una determinada suma en concepto de indemnización (5.034.614,46 pesetas), por lo que parece coherente la conclusión a que llega el Tribunal Supremo de que en ningún caso podría la cuantificación en ejecución de sentencia exceder de dicha cantidad. El problema se evita, lógicamente, si los demandantes se limitan a pedir la indemnización que se determine en ejecución de sentencia, sin ningún tipo de límite. (A.C.S.).

**28. Responsabilidad extracontractual. Culpabilidad de los demandados.**— La sentencia basa el fundamento de la Responsabilidad Civil de los socorristas y el Ayuntamiento en la concurrencia de un ilícito civil, y la clara negligencia habida; si bien, al apreciarla se ha invertido la carga de la prueba: «En el caso presente ni los socorristas, ni el propio Ayuntamiento han demostrado falta de culpa, más bien lo contrario, pues no se apercibieron de que el menor se iba al fondo de la piscina, cuya agua se encontraba sucia, lo que ya de por sí, denota una negligencia por parte del Ayuntamiento». La Sala igualmente hace referencia a que si bien los socorristas han sido absueltos en vía penal ello no empece la existencia de la culpabilidad determinante de la constitución de un ilícito civil.

La responsabilidad imputada al Ayuntamiento proviene de la relación de dependencia de los partícipes materiales en el hecho ilícito.

**Compensación de culpas o de concausas.**— Respecto a la posible concurrencia y compensación de culpas entiende el Tribunal Supremo que del «*factum*» inamovible de la sentencia recurrida no se desprende que la circunstancia de que la víctima se hubiera bañado en período de digestión pudiera haber influido en el resultado letal producido. (STS de 2 de abril de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— El 5 de julio de 1985 se produjo el fallecimiento del menor Mateu López en la piscina municipal de Manises a consecuencia de un ahogamiento por inmersión a resultas del cual se hincharon los pulmones del menor. En el momento de los hechos el agua de la piscina estaba turbia y estaban presentes dos socorristas, quienes no se percataron de los hechos.

Los padres del menor demandaron al Ayuntamiento de Manises y a los dos socorristas, resultando todos ellos condenados por Sentencia de 22 de abril de 1988 en Primera Instancia a indemnizar a los actores de forma solidaria la suma de cuatro millones de pesetas.

Apelada la decisión por el Ayuntamiento, en base al rehusé de la exigencia de la reclamación previa en vía gubernativa, no procedencia de inversión de la carga de la prueba y la responsabilidad compartida o concurrencia de culpas, desestimándose el recurso por la Audiencia.

Recurrido el fallo en Casación, el Tribunal Supremo entendió no haber lugar al mismo.

NOTA.— La sentencia se pronuncia sobre la relación de causalidad que es una cuestión de hecho, a tomar por el Juez, entendiéndose que sí hay nexo causal. La doctrina más avanzada afirma que la cuestión de derecho consiste en una vez decidido el nexo causal, decidir sobre la imputación objetiva de la responsabilidad, la cual afecta evidentemente al Ayuntamiento una vez probada la situación de dependencia respecto al mismo de los socorristas. En referencia a la compensación de culpas que no explica debidamente la sentencia hay que hacer referencia a la STS de 1 de febrero de 1989: «No se trata de compensar culpas con culpas, lo que conduciría a criterios subjetivos, sino que lo que en realidad se pretende es compensar conductas mediante la estimatoria de criterios objetivos y abstractos, y valorada su incidencia en el nexo causal, deducir por vía de compensación la disminución del *quantum* en la indemnización. Luego se trata de un supuesto de concurrencia de concausas cuya observación debe quedar al criterio del Juez». (*J.M.T.P.*)

#### 4. DERECHOS REALES

**29. Propiedad horizontal. Unanimidad para cualquier alteración o disposición de los elementos comunes que implique un cambio de utilización y disfrute de los mismos.**— Los locales comerciales tienen por finalidad la atracción del público, la captación de clientela, de manera que el cerramiento del frontal de la zona común que da a la calle impide la libre comunicación, aunque estén las puertas abiertas, pues no será fácil para los transeuntes comprobar si los locales están abiertos al público o son simples dependencias para uso de los integrantes de la comunidad, por lo que, como cualquier otra alteración en la configuración o estado inicial de la cosa común, al afectar al título constitutivo, debe someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo (arts. 7 y 11 de la L.P.H.), que no es otro que el de unanimidad del acuerdo (art. 16, norma 1.<sup>a</sup> L.P.H.), criterio recogido en las sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> del T. S. de 3 y 23 de diciembre de 1982, 15 de febrero y 4 de noviembre de 1988, conforme al cual cualquier alteración o disposición de las cosas comunes que implique un cambio de utilización y disfrute de las mismas o de sus elementos se rige por el sistema de unanimidad.

**Acuerdos sobre nuevas instalaciones: necesidad del consentimiento expreso del propietario cuyo uso o disfrute resulten afectados o perjudicados.**— El apartado último del art. 10 L.P.H. exige imperativamente el consentimiento expreso del propietario de alguna parte del edificio cuyo uso o disfrute resulten afectados o perjudicados por la innovación u obra de que se trate, inexcusable requisito que aquí no aparece cumplido (S.T.S. de 23 de marzo de 1991), ya que las obras afectan a las vistas (activas y pasivas) de los locales de negocio y los propietarios de éstos no dieron su consentimiento expreso a dichas obras.

**Litispendencia: justificación.**— Sólo cabe proponerla, conforme al art. 533 de L.E.C. y la doctrina de la Sala 1.<sup>a</sup> del T. S., cuando en juicio de igual naturaleza está otro Juzgado o Tribunal conociendo de la misma cuestión, y en los mismos términos que la planteada en el pleito en que aquélla se aduce, de modo que la sentencia de uno produzca la excepción de cosa juzgada en el otro (S.S.T.S. de 17 de febrero 1950 y 10 de octubre de 1954). (STS de 2 de abril de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— La Junta de la Comunidad de Propietarios «T» acordó, por mayoría de los asistentes, cerrar la zona común existente delante de la fachada que daba a la calle, para separarla de la acera de la misma mediante una valla de murete y pilares de ladrillos visto y enrejado de hierro forjado. Dos entidades mercantiles propietarias de diversos locales comerciales del edificio; así como, el titular del piso 1.<sup>o</sup>-B, presentaron demanda en la que solicitaron: 1.<sup>o</sup>) la nulidad del acuerdo y, 2.<sup>o</sup>) la demolición de la obra a cargo de la Comunidad, de tal manera que el terreno quedase en la situación anterior a la realización de la referida obra.

El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia confirmó este fallo. No prosperó el recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Propietarios. (I.D.-L.).

**30. Propiedad horizontal. Legitimación para atender los elementos comunes: La Comunidad y cualquier copropietario.**— Tanto la Comunidad, como cualquier copropietario, están legitimados para defender cuanto afecte a los elementos comunes necesarios para un adecuado uso y disfrute, de manera que no sólo el art. 396 del C.c., sino también la L.P.H., les atribuye interés para solicitar la supresión de una servidumbre que les afecta individual y colectivamente al recaer sobre suelo de todos. Pudiendo añadirse que la L.O.P.J. impone a los Jueces y Tribunales la protección de los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, reconociéndose legitimación no sólo a las corporaciones y asociaciones, sino también a los grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa, supuesto en el que, indudablemente, encaja la Comunidad de Propietarios. (STS de 3 de abril de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— La Comunidad de Propietarios de un Edificio formuló demanda contra los titulares de una servidumbre de paso sobre la rampa de acceso a los sótanos del mismo por la que han de circular los vehículos, en la que solicitaba: 1.<sup>o</sup>) La declaración de inexisten-

cia de la servidumbre de paso que gravaba el Edificio. 2.<sup>o</sup>) La nulidad del título constitutivo de la misma. 3.<sup>o</sup>) La cancelación de dicha carga en el Registro de la Propiedad.

El Juzgado estimó plenamente la demanda. La Audiencia confirmó el fallo de Primera Instancia. Uno de los titulares de la servidumbre recurrió en casación, pero su recurso no prosperó. (I.D.-L.).

## 5. DERECHO DE FAMILIA

**31. Filiación no matrimonial: Prueba: «*Exceptio plurium*» no probada.**— La previa constatación de elementos probatorios en su relieve indiciario resulta no sólo por la propia confesión del demandado de que mantuvo relaciones sexuales con la actora, si bien en época anterior a la concepción, sino por su cualidad de antigua doméstica del mismo y la constatada verdad de que posteriormente fueron frecuentes los viajes y contactos entre los interesados, dentro y fuera de España; por otra parte, alegada la *exceptio plurium concubentium*, no ha quedado demostrada la existencia de esa convivencia sexual con otras personas, de la que había de derivarse la paternidad imputada.

**Valoración de la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas.**— La falta de justificación de la negativa del demandado a la práctica de las pruebas biológicas ha de valorarse en el caso de que una acción de paternidad ha superado en el trámite de admisión el previo control a que se refiere el art. 127-2.<sup>o</sup> C.c., y cuando existe una lógica plataforma de circunstancias que pueden abonar en términos razonables la existencia de dicha paternidad; parece que una elemental defensa del destinatario de la acción debería haber propiciado su sometimiento a aquéllas, pues con su resultado indiscutible se hubiera demostrado, en su caso, la inconsistencia de la paternidad controvertida (STS de 29 de marzo de 1993; no ha lugar).

NOTA.— No resulta muy clara la negativa del demandado a la práctica de la prueba biológica pues, al parecer, en primera instancia no llegó a practicarse por causas no imputables a ninguna de las partes, siendo acordada para mejor proveer por la Sala que entendía de la apelación, la que tampoco pudo celebrarse, pues señalada fecha para su práctica en el Instituto Nacional de Toxicología, en lugar distinto de su residencia, el demandado no compareció, si bien consta que fue citado con sólo cuatro días de antelación, y no personalmente, sino por cédula entregada a su esposa, la cual manifestó textualmente «que su marido va a estar ausente de esta localidad» hasta fechas posteriores. En el RD 2.<sup>o</sup> se reitera la conocida doctrina de que «la negativa del demandado a someterse a la práctica de las pruebas biológicas, aunque no entraña una *ficta confessio* sí puede ser tenida en cuenta como un indicio muy valioso, con fuerte valor presuntivo, que conjugado con otros elementos probatorios obrantes en autos, permite llegar a declarar la pretendida paternidad», y que para ello «se requiere que la negativa sea seria, injustificada y manifestada personalmente por el interesado, netamente obstruccionista y reveladora de un deliberado propósito de no comparecer ante los peritos para someterse a las pruebas biológicas». Por todo ello no parece que aquella

circunstancia haya de considerarse determinante del fallo desestimatorio, si bien el motivo 3.<sup>o</sup> se basaba en no tener obligación de someterse a las pruebas, por lo cual la sentencia alude al «pie forzado que establece el motivo». (G.G.G.).

**32. Capitulaciones matrimoniales postnupcias: Simulación absoluta alegada por la esposa: Prueba: Inexistencia: Causa en sentido objetivo y subjetivo.**— La adopción del régimen de separación de bienes en lugar del de gananciales tuvo causa, tanto en su aspecto subjetivo como objetivo, pues ambos cónyuges trataron de salvaguardar el patrimonio inmobiliario, separándolo de la titularidad de las acciones de sociedades afectadas por una inestabilidad económica y financiera, a causa de la crisis turística padecida a la sazón por la región canaria, para evitar los posibles riesgos en los intereses de uno, por la conducta más o menos negligente, acaso de riesgo, por parte del otro.

**Irrelevancia de los actos posteriores de los cónyuges.**— La actuación de la esposa con posterioridad al cambio de capitulaciones, utilizando un poder otorgado por el marido para vender determinados inmuebles como pertenecientes a la sociedad de gananciales, y otros actos de disposición y administración efectuados sobre bienes privativos, sólo pueden calificarse de irregularidades susceptibles de impugnarse por los terceros perjudicados, pero que en nada afectan a la validez y existencia de las capitulaciones. (STS de 28 de abril de 1993; ha lugar).

NOTA.— Unos cónyuges de origen alemán —aunque no se aclara su actual nacionalidad, siendo un indicio de que sea española por la referencia al régimen legal español— pactan la separación de bienes en escritura otorgada en 1980, y algunos años más tarde la esposa solicita la declaración de nulidad por simulación absoluta de aquel pacto. La demanda es estimada en ambas instancias, pero el recurso interpuesto por el marido prospera en casación (Pte. Martínez-Calcearrada y Gómez). No hay suficientes datos de hecho para inferir los motivos por los cuales uno de los cónyuges acusa a la modificación capitular de simulación absoluta. Lo que sí cabe decir es que la causa que la sentencia extractada declarada existente bordea la ilicitud (¿qué hubiera ocurrido si la acción se interpone por los acreedores del marido?), y que los actos posteriores más bien confirman la solicitada inexistencia por simulación absoluta (la mujer actúa sobre inmuebles gananciales, cuya titularidad se le había atribuido en las nuevas capitulaciones, ejercitando un poder otorgado por el marido antes del cambio; lo mismo se diga sobre los bienes privativos). (G.G.C.).

**33. Tercería de dominio.**— De acuerdo con la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal (sents. 21-11-1987, 8-2-1991 y 24-7-1992), el objetivo prioritario de los procesos de tercería de dominio no es la recuperación del bien trabado, sino el levantamiento del embargo para excluirlo del juicio ejecutivo en que se produjo aquélla. De esta manera el actor-tercerista debe probar inexcusablemente para el éxito de la pretensión que ejercita ante los Tribunales, que le asiste la necesaria condición de ser propietario de lo que pretende liberar de la traba, por haberlo adquirido conforme a ley.

**Aplicación del art. 1.322 del Código civil.**— El art. 1.413 del Código civil (actual art. 1.322) sanciona con anulabilidad los actos dispositivos a título oneroso llevados a cabo por el esposo sin la concurrencia de la esposa o la subsidiaria autorización judicial (que no se ha producido en el supuesto de autos). «Debiendo entenderse como efectiva intervención de la mujer cuando participa directamente en el contrato y documento que lo refleja o por medio de otro instrumento jurídico suficiente y acreditativo de su ratificación posterior». Cuando esto no sucede, la esposa puede potestativamente peticionar la ineficacia del negocio.

**Plazo de la acción de anulabilidad del contrato por ausencia del consentimiento de otro cónyuge.**— El acto fiscal de liquidación de derechos impositivos de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados que gravó el contrato de compraventa, realizado en documento privado, no ha de ser tenido en cuenta, a efectos del plazo de prescripción de cuatro años del art. 1.301 del C.c.. Toda vez que, conforme al art. 1.227 del Código civil, la incorporación de un documento privado a un registro público sólo lo hace cierto frente a terceros respecto a la fecha de tal incorporación, pero en nada trasciende a la validez del contrato y menos con efectos convalidadores y de legitimidad legalizadora, en base sólo a la certeza temporal del documento, cuando la impugnación afecta a la propia esencia del contrato. (STS de 1 de abril de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— Promovido juicio de tercería de dominio por la entidad NETASA para alzar el embargo sobre una finca, que pertenecía como bien ganancial al demandando-ejecutado D.D.V.F., la esposa de éste y parte demandada en el mismo proceso, personándose y contestando a la demanda, formula reconvencción solicitando se declare nulo el contrato privado de fecha 1 de febrero de 1975, por el que su esposo vendía a la mencionada entidad la finca objeto de embargo, que era propiedad ganancial, puesto que ella no había conocido ni consentido tal venta.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda de tercería interpuesta por NETASA y estimando la demanda reconvenccional ejercitada por D.<sup>a</sup> V.C.M., declarando la nulidad del contrato de compraventa que se solicitaba. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de Primera Instancia, salvo en lo que afectaba al pronunciamiento de las costas. El T.S. no apreció el recurso de casación. (V.M.L.).

## II. DERECHO MERCANTIL

**34. Factor mercantil, personal de alta dirección. Delimitación.**— Copiosísima Jurisprudencia de la Sala de lo Social del T.S. entre las que cabe citar la de 24-enero-90 delimita el concepto de personal de alta dirección en la concurrencia de tres requisitos:

a) Que el interesado ejercite poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, lo que implica, fundamentalmente la capacidad de llevar a cabo actos y negocios jurídicos en nombre de la empresa y realizar actos de disposición patrimonial, teniendo la facultad de obligar a ésta respecto a terceros.

b) Que esos poderes afecten a los «objetivos generales de la Compañía», no pudiendo ser calificados como tales los que afecten a sectores parciales de la actividad de ésta.

c) Que el ejercicio de esos poderes «se efectúe con autonomía y plena responsabilidad» con la sola limitación de los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona física o jurídica que ostenta la titularidad de la empresa.

Asimismo el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en Sentencia de 26 de marzo de 1993 señala como elementos identificadores de la existencia de factor mercantil:

a) la concesión de participación en los beneficios,

b) al contratar éste por cuenta del empresario, la otra parte contratante puede dirigir su acción contra el factor o contra el principal.

**Conflictos de competencia entre el orden civil y social.**— Consagrada la unidad jurisdiccional, actualmente es dable distinguir entre la jurisdicción ordinaria común (civil) y otra ordinaria especializada (laboral, contencioso-administrativa...), teniendo la jurisdicción ordinaria común a título de jurisdicción residual una *vis atractiva* frente a las especializadas (STS de 20 y 25 de octubre de 1989 y 29 de marzo de 1991). En caso de duda, se deberá tener en cuenta lo que haya sido objeto del proceso para determinar la jurisdicción (STS de 16 de marzo de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— Por parte del actor se formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía solicitando que se le entregase una cantidad adeudada y asimismo otra en concepto de indemnización basándose en su actuación como factor mercantil. El demandado se opuso a la demanda excepcionando incompetencia de jurisdicción pues consideraba aplicable la social y para el caso que no prosperase dicha pretensión solicitó que se desestimase la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda fijando cantidades inferiores a las solicitadas por el actor. Interpuestos recursos de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial estimó en parte el del demandante, mas desestimó el interpuesto por el demandado.

Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo declaró que no había lugar al mismo. (S.A.R.).

**35. Suspensión de pagos. Procedimiento: naturaleza y objetivo.**— El procedimiento de suspensión de pagos no reviste naturaleza de proceso contencioso, sino más bien preliminar, adecuado para la tramitación de situación de deudas plurales a fin de evitar situaciones de quiebra, teniendo como objetivo primordial el convenio de deudor con sus acreedores, bajo la tutela judicial, en cuanto controla el acuerdo concursal que ha de vincular en sus propios términos a los que lo votaron.

**Fin principal y efectos de la suspensión de pagos.**— El fin principal de la suspensión de pagos, regida por los principios de universalidad y «*par conductio creditorum*», es conseguir la igualdad de condición de los acreedores no privilegiados, que se vería frustrado si se permitiera sustraer a la masa créditos de igual posición (S.T.S. de 24 de junio de 1991).

Desde el momento en que se declara la suspensión de pagos, surge una situación especial en cuanto afecta a los créditos pendientes, que al integrarse en la colectividad de la masa, pierden su singularidad y características propias y les afectan los avatares y concurrencias circunstanciales del procedimiento, con la necesaria y acatable subordinación al interés común, conforme a los principios que inspiran a la Ley de 26 de julio de 1922 (S.S.T.S. de 1 de marzo de 1929 y 10 de diciembre de 1941).

**Doctrina de los actos propios: Requisitos.**— Sólo reúnen tal condición y por ello no se puede accionar contra los mismos, aquellas actuaciones que por su carácter transcendental o por constituir convención, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor de manera expresa, clara, contundente y decisiva (S.S.T.S. de 5 de octubre de 1987, 15 de junio de 1989, 27 de julio de 1990, 5 de marzo de 1991 y 4 de junio de 1992, entre otras).

**El enriquecimiento injusto: Concepto. Presupuestos. El problema de la subsidiariedad.**— El enriquecimiento injusto, entendido como desplazamiento patrimonial que implica una ventaja dineraria, para que prospere ha de ser injustificado, careciendo, por tanto, de causa lícita y justa que lo ampare. Su ejercicio no precisa necesariamente que se lleve a cabo en forma subsidiaria, pues, puede concurrir con otras acciones confluyentes, pero, en todo caso, se excluye cuando entre las partes media relación negocial de la que proviene el beneficio económico o el derecho a su percepción para la otra ya que en estos casos la utilidad dineraria deviene de causa contractual.

**Deudas de dinero. Actualización: teoría valoralista, especial aplicación a las deudas indemnizatorias.**— El problema de la actualización de las deudas de dinero se ha afrontado superando la tradicional consideración de obligaciones de suma, para aceptar la teoría valoralista, pero con referencia preferencial a las deudas indemnizatorias conducentes a la reparación de daños y perjuicios (S.S.T.S. de 31 de mayo de 1985 y 4 de febrero de 1992, entre otras).

**Intereses moratorios: Concurrencia.**— Sólo se presentan cuando la liquidez es anterior a la resolución judicial decisoria y no cuando procede de ésta. En consecuencia, su improcedencia resulta más decisiva al haberse reducido en el fallo la suma solicitada en la demanda, por lo tanto éste no se adecuó a la cantidad que la parte actora fijó como líquida «*ab initio*» (S.S.T.S. de 5 de febrero de 1991, 6 de junio de 1991 y 29 de febrero de 1992).

**Cuenta corriente: caracteres y posibilidad de compensación.**— La cuenta corriente se caracteriza (S.T.S. de 11 de marzo de 1992) por ser un contrato mediante el cual dos personas, por lo general comerciantes, en relación de negocios continuados, acuerdan concederse temporalmente créditos recíprocos, en el sentido de obligarse a ir sentando en cuentas sus remesas mutuas, como cargos y abonos. Su exigibilidad viene determinada por el saldo resultante, a modo de cierre, que se practique en la fecha convenida.

Se admite la posibilidad de compensación en los supuestos de cuenta corriente (S.S.T.S. de 21 de marzo de 1932 y 10 de diciembre de 1941). (STS de 20 de mayo de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— La Comisión de Acreedores de la Suspensión de Pagos de «Transportes Bolós, S.A.», que actuaba en representación de esta entidad mercantil, demandó a «FOC S.A.» reclamándole



453.284.424.- pesetas al entender que por haber votado esta última a favor del convenio aprobado judicialmente en el procedimiento de suspensión de pagos de «Transportes Bolós, S.A.», quedaba vinculada al pago de la cantidad reclamada, pues vino a reconocer tal adeudo. «FOC S.A.» se opuso a la demanda y formuló reconvención en la que pedía la resolución de varios contratos de obra, que había concertado con «Transportes Bolós, S.A.», por incumplimiento grave de los mismos y, por otro lado, que esta última entidad mercantil le pagase 319.196.650.- pesetas por pagos efectuados por «FOC S.A.» a su favor.

El Juzgado estimó en parte la demanda y la reconvención. Tanto la actora como la demandada recurrieron la sentencia y la Audiencia, estimando en parte ambos recursos, condenó a «FOC S.A.» a abonar a la actora la cantidad de 155.035.027.- pesetas y a «Transportes Bolós, S.A.» a satisfacer a la reconviniendo la cantidad de 179.203.769.- pesetas más 30.730.204.- pesetas por pagos efectuados por «FOC S.A.» a los trabajadores de «Transportes Bolós, S.A.»; sumas todas ellas que deberían ser incluidas respectivamente, en la relación del activo y pasivo de la suspensión de pagos y la última indicada como crédito preferente. El T.S. no acogió los recursos de ambas entidades. (I.D.-L.).

### III. DERECHO PROCESAL

**36. Apreciación de oficio de la cosa juzgada material.**— Los pronunciamientos que hubieran alcanzado, al tiempo de dictarse la resolución recurrida, fuerza de cosa juzgada material, debieron ser tenidos en cuenta por el Tribunal de instancia, pues como dice la sentencia de 6 de diciembre de 1982: «la cosa juzgada material, cuando es notoria su existencia y en cuanto afecta al inmediato fin del proceso así como a la seguridad jurídica y al prestigio de los órganos estatales, los jurisdiccionales, pertenece a la esfera del dominio público debiendo en consecuencia ser apreciada de oficio por los Tribunales». Ya que, como subraya el T.S., el fundamento de la cosa juzgada material radica en la necesidad de evitar la reproducción indefinida de litigios y conseguir la estabilidad y seguridad jurídicas.

Es doctrina jurisprudencial reiterada, que cuando vayan a dictarse dos resoluciones que puedan ser contradictorias y opuestas entre sí, con el notorio desprestigio que ello ocasionaría a los órganos jurisdiccionales, se impone la necesidad de arbitrar los remedios legales precisos para evitarlo, a cuyo fin puede acudir al principio general del derecho contenido en la locución latina «*non bis in idem*» que sustenta el deber jurídico de todo Tribunal de abstenerse de conocer asuntos dirimidos en juicio. Los Tribunales sientan una presunción de verdad que vincula al Juzgador, puesto que, aunque no se invoque la «*exceptio rei iudicatae*», no cabe duda de que lo decidido en el primitivo proceso es vinculante en el segundo, toda vez que si se pudiera discutir lo ya firme ello equivaldría a poderse revisar subrepticamente la ejecutoria. Consiguientemente, si bien la cosa juzgada, en su efecto negativo, esto es, cuando impide un nuevo fallo sobre lo ya juzgado, tiene necesariamente que alegarse por vía de excepción, en cambio, para que surta el efecto de obligar

al juzgador a reconocer su existencia en todas las resoluciones que adopte en demandas que presupongan lo juzgado, no tiene que ser excepcionada.

**Límites subjetivos de la cosa juzgada.**— La citada doctrina jurisprudencial no puede quedar desvirtuada, como resuelve el T.S., por el hecho de dirigirse la demanda origen del segundo proceso contra personas que no resultaban vinculadas en modo alguno por los contratos cuya nulidad se pide (lo que había sido decidido en el primer proceso al dictarse la sentencia ahora recurrida), ni tampoco por la circunstancia de que la demanda inicial de los autos, sobre la que recayó sentencia con eficacia de cosa juzgada, fuese instada por una de las partes posteriormente demandada en nombre propio y en beneficio de la comunidad formada por sus hermanos, demandados también en el segundo juicio, dado el vínculo de solidaridad que para ellos nacía del contrato o contratos impugnados o, cuando menos, la indivisibilidad de las obligaciones por ellos asumidas en tales actos jurídicos (STS de 23 de marzo de 1993; ha lugar).

**HECHOS.**— Como consecuencia de la falta de acumulación de dos autos, en los que existía una identidad en la «*causa petendi*» principal (aunque las partes procesales no eran exactamente las mismas), al no presentarse su solicitud ante el juzgado en el que radicaba el pleito más antiguo (art. 171 pf. 2 de la LEC), se produce la siguiente situación anómala: recae sentencia firme sobre uno de los procesos (el que estaba en un estado procesal más avanzado), mientras que, en el otro, ya en grado de apelación, se litiga todavía la nulidad de unos contratos sobre cuya validez ya había decidido la sentencia firme. Si bien en el proceso más antiguo, uno de los compradores de las viviendas de una cooperativa solicitaba la validez y el cumplimiento de los contratos realizados con ésta; en el segundo proceso era esa misma cooperativa de viviendas la que solicitaba la nulidad de los actos y contratos realizados, además de por el anterior demandante y sus hermanos, por todos los miembros de la junta provisional rectora de la cooperativa.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Burgos desestimó la demanda presentada por la cooperativa de viviendas y estimó la reconvencción formulada por uno de los demandados. La Audiencia Provincial de Burgos acogiendo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, absolvió en la instancia a los demandados y confirmó, en cuanto al resto, la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo, casa la resolución de la Audiencia Provincial, confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, en cuanto a la estimación de la demanda formulada por la cooperativa de viviendas, y confirma la sentencia de apelación en cuanto estimaba la reconvencción formulada por uno de los demandados. (V.M.L.).

**37. Los intereses procesales del art. 921 párrafo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.**— El devengo de los intereses legales-procesales, como indica el Tribunal Supremo, «se produce por el sólo hecho de emitirse sentencia con contenido indemnizatorio pecuniario perfectamente precisado, sin que concurra el presupuesto necesario de que la resolución tenga que ser firme, pues la norma no lo exige».

Los intereses ex art. 921 de la LEC surgen «*ope legis*», como reiteradamente ha venido manteniendo nuestro Alto Tribunal, lo que conlleva que actúen sin necesidad de petición ni de condena expresa: «no haciendo falta, en consecuencia, peticionar lo que la norma decreta, ni comete incongruencia el órgano judicial que silencia un *petitum* de tal naturaleza (Sentencias de 10 de abril de 1990 y 25 de febrero de 1992)». (STS de 5 de abril de 1993; ha lugar).

**HECHOS.**— El Juzgado de Primera Instancia de Viella en sentencia de fecha 1 de octubre de 1985, condena a BAQUEIRA BERET S.A. y, hasta el límite de la responsabilidad contratada por la estación, a la Compañía Aseguradora LA CATALANA DE SEGUROS A PRIMERA FIJA S.A., en concepto de responsable civil por negligencia en accidente, a la suma de 9.816.284 pts., más los intereses legales incrementados en dos puntos a partir de la firmeza de esa sentencia. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona, en resolución de 4 de julio de 1986, incrementa la cuantía por responsabilidad civil a 15.392.665 pts., sin hacer expresa referencia a los intereses legales. Esta cantidad pasa a ser firme, al no estimar el Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de marzo de 1988, el recurso de casación interpuesto por BAQUEIRA BERET S.A.

En la fase de ejecución de esta sentencia, se plantea un incidente contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia, porque en él se establecía como momento inicial del devengo de los intereses, a computar sobre el capital debido (15.392.665 pts.), el día 23 de marzo de 1988 —fecha que coincide con la sentencia de casación—. La Audiencia Provincial de Barcelona, haciendo uso de las facultades que el mismo art. 921 pf. 4 de la LEC le otorga, en la sentencia que resuelve el recurso de apelación contra el mencionado auto, estima que la fecha inicial del cómputo de los intereses legales debe ser la misma de la sentencia de primera instancia, esto es, el 1 de octubre de 1985. El Tribunal Supremo casa en parte la resolución recurrida, ya que, aunque mantiene el día 1 de octubre de 1985 (fecha de la sentencia de Primera Instancia), como momento inicial del devengo de los intereses legales, sin embargo, éstos se computarán sobre la cantidad otorgada por la misma sentencia (9.816.284 pts.), y se añadirán a los intereses legales sobre la cuantía finalmente concedida en apelación (15.392.665 pts.) devengados desde la fecha de tal resolución (4 de julio de 1986). (V.M.L.).

**38. Procedimiento de apremio. Derecho de los acreedores hipotecarios de conocer el estado de la ejecución; indefensión. Carácter autónomo de este derecho.**— La omisión de la notificación a los acreedores hipotecarios a que alude el art. 1.490 de la L.E.C. produce indefensión. Así, en el presente caso, se privó al acreedor hipotecario de ejercitar los derechos correspondientes que se estipulan en los arts. 1491 y siguientes de la L.E.C., esto es, la posibilidad de personarse en el procedimiento de apremio a los fines de participar en el avalúo con el nombramiento del perito correspondiente y demás consecuencias inherentes. Estas circunstancias dieron lugar a la nulidad de actuaciones.

El artículo 1490 L.E.C. consagra un derecho autónomo y distinto al que pudiera derivar del conocimiento por la publicidad del Registro de la Propiedad (STS de 14 de mayo de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— La Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Baleares demandó a Don Agustín R.P., Doña Josefa C.R., Don Jaime R.V., «Exclusivas Formentera S.A.» y al Banco Exterior de España, solicitando nulidad de actuaciones en el juicio ejecutivo mediante el cual se adjudicaron determinados bienes hipotecados, ya que la actora era acreedora hipotecaria de los mismos y no se le notificó el estado de la ejecución para que pudiese intervenir en el evalúo y subasta. Se daba la circunstancia, que la inscripción registral de la demandante era de fecha anterior a la certificación de cargas previa a la subasta.

El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia de Primera Instancia y estimó íntegramente la pretensión de la actora. No prosperó el recurso de casación planteado por «Exclusivas Fomento S.A.». (I.D.-L.).

**39. Acceso a los recursos; incumplimiento de requisitos.**— En reiterada doctrina jurisprudencial el Tribunal Constitucional establece que el acceso a los recursos es parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, el cual no padece si se obtiene una resolución de inadmisión del recurso por incumplimiento de los requisitos legales, siempre que tales requisitos se hayan interpretado y aplicado en el sentido más favorable a la efectividad de ese derecho (STC 59/84, 90/86, 46/89, 121/90, 115/92, 130/93 y 214/93).

**Pago o consignación de las rentas.**— Con referencia al requisito del pago o consignación de la renta para poder acceder a los recursos en los procedimientos arrendaticios que tengan por objeto una pretensión que motive el desalojo del arrendatario —artículo 1.566 L.E.C. y 148.2 L.A.U.—, hemos de precisar que una interpretación teleológica y finalista de las citadas normas en relación al artículo 24 C.E. obliga a distinguir entre:

— El hecho del pago o consignación previo al recurso que se configura como requisito esencial dado que viene a cumplir una finalidad cautelar y de legítima salvaguardia de los derechos del arrendador.

— La acreditación del pago, que se constituye como requisito meramente formal susceptible de subsanación. Esta doctrina había sido acogida con anterioridad por el Tribunal Supremo en sentencias de 19 diciembre 1959, 20 de febrero y 10 de diciembre de 1960, 2 de junio de 1961, 17 de febrero de 1962 y 2 de mayo de 1963.

Asimismo es doctrina reiterada del Tribunal Supremo en Sentencias de 17 de junio de 1919, 19 de febrero de 1921, 27 de noviembre de 1992, 30 de septiembre de 1985 y 20 de febrero de 1986 que no es obstáculo para la inadmisión de un recurso a consecuencia de no haber efectuado el pago o consignación, el hecho de que en su día fuese admitido «pues las razones de inadmisión son suficientes, si resulta demostrada su existencia, para que los recursos a que se contraen, deban ser desestimados». (STS de 14 de abril de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— Se formuló demanda sobre resolución de contrato de arrendamiento por traspaso ilegal.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó la Sentencia dictada en primera instancia y declaró resuelto el contrato de arrendamiento. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación por incumplimiento del requisito del pago o consignación previa a la interposición del mismo.

NOTA.— Resulta relevante cómo en el fundamento de derecho primero de la Sentencia que nos ocupa, el Tribunal Supremo con el fin de interpretar teleológicamente el art. 148.2 de la LAU, acude al art. 36 del Proyecto de Reforma de la Legislación especial de 28 de diciembre de 1992.

Con ello trata de reafirmar cómo el requisito previsto en el art. 148 de la LAU, aun cuando es anterior al texto constitucional, es plenamente compatible con el tenor mismo. (S.A.R.).

**40. La sentencia generadora de un error judicial debe ser materialmente firme.**— La sentencia generadora del posible error debe ser materialmente firme, sin posibilidad procesal alguna de que pueda dictarse otra resolución decisoria de la controversia, como se deduce del sentido jurídico y efectividad del artículo 243-1-f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

**Concepto de error judicial.**— Esta Sala ha venido realizando una construcción doctrinal acerca del error judicial, que se ha consolidado en cuanto explica y procura el alcance del mismo a los efectos del artículo 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El concepto de error judicial se puede entender en dos perspectivas: a) Una en cuanto se proyecta sobre los hechos si éstos y fuera de los cauces legales, son omitidos o se parte de otros distintos y diferentes a lo que constituyen el «*factum*» del pleito y que fueron objeto de debate y b) en línea del Ordenamiento Jurídico a aplicar, cuando se ha llevado a cabo una aplicación del derecho basada en normas inexistentes, caducadas o interpretadas de manera abierta y palmaria en su sentido contrario, o en pugna frontal a la legalidad, llegándose a conclusiones y decisiones ilógicas y absurdas, contrarias a lo que es evidente y constatado en la normativa aplicable, generándose con ello un ruptura de la armonía del concierto jurídico y situación de desorden en lo que la recta justicia debe procurar (Sentencias de 31 de octubre y 8 de noviembre de 1991 y 18 de abril de 1992).

**El derecho a la tutela judicial efectiva no incluye un hipotético derecho al acierto judicial.**— Correspondiendo a los Tribunales la selección de la normativa que proceda a los supuestos que enjuician y siendo su interpretación de la competencia exclusiva de los mismos, el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye el hipotético derecho al acierto judicial en las decisiones y de esta manera no es amparador ni menos rectificador de posibles equivocaciones, incorrecciones o inexactitudes jurídicas producidas por la interpretación o aplicación judicial de las normas (Sentencias del Tribunal Constitucional n.º 50/1988 y 216/91, de 11 de noviembre de 1991) y, en definitiva, cuando se trate de pronunciamientos fundados en Derecho. (STS de 27 de marzo de 1993; no ha lugar al recurso de revisión).

HECHOS.— La sentencia de la Audiencia desestima, por razones formales, la apelación de una inmobiliaria que pretendía la resolución de un arrendamiento urbano denegando al inquilino la prórroga forzosa. Disconforme, la inmobiliaria interpone recurso de revisión denunciando la existencia de un error en la sentencia de la Audiencia. El recurso de revisión no prosperó. (R.G.S.).

**41. Requisitos de la «maquinación fraudulenta» del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a efectos de la interposición del recurso de revisión.**— Es jurisprudencia reiterada que la maquinación fraudulenta a que se refiere el apartado 4 del art. 1.796 de la LEC precisa la prueba cumplida de hechos que, por sí mismos, evidencien que la sentencia ha sido ganada por medio de ardides o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concorra un nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial obtenida con actividades de la parte actora dirigidas a dificultar u ocultar al demandado la iniciación del juicio con objeto de obstaculizar su oposición y asegurar el éxito de la demanda (SS de 23 de noviembre de 1983, 30 de enero de 1984, 3 de marzo y 7 de abril de 1987 y 7 de mayo de 1981); también lo es que una de las manifestaciones más claras de maquinación consiste en manifestar desconocer el domicilio del demandado, no obstante tener constancia del mismo, interesando el emplazamiento por edictos, a fin de que se sustancie el juicio en rebeldía, para que no comparezca a defender sus posibles derechos (SS de 17 de enero de 1983, 20 de febrero y 14 de marzo de 1987, 30 de junio de 1988, 31 de octubre de 1989, 20 de marzo de 1990 y 13 de mayo de 1991).

**Supuestos en los que cabe interponer el recurso de revisión: interpretación restrictiva.**— La interpretación de los supuestos en los que cabe el recurso se ha de realizar con absoluta rigidez y criterio restrictivo, para no quebrantar el principio de autoridad de la cosa juzgada (SS de 23 de marzo y 30 de junio de 1991 y 10 de noviembre de 1992, así como las muy numerosas que en ellas se reseñan. (STS de 29 de marzo de 1993; no ha lugar al recurso de revisión).

HECHOS.— Se interpone recurso de revisión contra una sentencia firme y ejecutoria dictada en un Juzgado de Santander. El recurso se apoya en el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendiendo el recurrente que la citación por edictos en el juicio de desahucio que contra él se seguía supuso una maquinación fraudulenta del arrendador encaminada a impedir su defensa. El Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R.G.S.).