

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Pilar CÁMARA ÁGUILA, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Miriam de la FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Antonio GÁLVEZ CRIADO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENGOA, Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, Javier LARENA BELDARRAÍN, Óscar MONJE BALMASEDA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Antonio José QUESADA SÁNCHEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA**

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Préstamo con interés y sus límites.–En el contrato de préstamo, es admisible el pacto expreso de pagar intereses (art. 1755 CC), siendo su cuantía fijada libremente por las partes, con el límite de la represión de la usura según la Ley de 1908, que implica valoración en cada caso concreto para concluir si el préstamo es usurario o no.

Procedimiento del artículo 131 LH.–El artículo 131 LH regula un procedimiento del que dispone el acreedor hipotecario para satisfacer su interés en caso de impago del crédito hipotecario, el procedimiento judicial sumario, caracterizado por el gran vigor con que dota al derecho real de hipoteca. El fundamento conecta con la definición legal de hipoteca y su intención de ejecutar de modo directo e inmediato contra los bienes hipotecados, cualquiera que sea su poseedor (y el TC, en SSTC 41/1981 y 6/1992, ha considerado constitucional esta tutela privilegiada).

La nueva LEC ha reformado este artículo y los de su entorno, y ha unificado los procesos especiales de ejecución relativos a hipotecas inmobiliaria, mobiliaria y naval, debiendo, cuando entre en vigor, acudir a sus artículos 681 y ss., pues ha asumido en ella dichos procedimientos.

Fraude de ley.–El fraude de ley se caracteriza por la vulneración de una norma imperativa o prohibitiva oblicuamente: se realiza determinado acto (o actos) con el propósito de conseguir un resultado prohibido por una norma

concreta, buscando la cobertura y amparo de la que regula el acto y protege el resultado (STS de 5 de octubre de 1984).

En nuestro ordenamiento, el fraude de ley se intenta evitar con la regulación del artículo 6.4 CC, introducido en dicho texto en 1974. Se señala que *los actos realizados al amparo del texto de una norma que persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir.*

Existe, por ello, un acto contrario al fin de la norma defraudada (uno o más de uno, y no necesariamente negocios jurídicos), una norma que sirve de amparo al acto en cuestión (ley de cobertura, pues la violación se produce de modo indirecto), así como la persecución de un resultado prohibido (parece exigirse literalmente cierta intencionalidad, aunque alguna STS, como la de 13 de junio de 1959 y la doctrina más relevante, siguiendo la opinión de De Castro, inciden en que no es necesaria dicha intención que, pese a que suele existir, plantea problemas probatorios evidentes).

La consecuencia que fija el artículo 6.4 es que dicho fraude no impedirá la debida aplicación de la norma que se hubiese tratado de eludir.

Fraude procesal.—Parece evidente que el fraude de ley no opera sólo en el ámbito del Derecho privado, sino que excede del mismo (en este sentido, por ejemplo, STC 37/1987). Y una de sus manifestaciones se produce en el ámbito procesal. La STS de 14 de octubre de 1991 aludía a la existencia de fraude procesal «siempre que se utiliza una institución para fines distintos de los que le atribuye el ordenamiento jurídico...», utilización que, en algún caso, se califica de «artificio» (STS de 21 de noviembre de 1991). La existencia de fraude procesal debe deducirse del reposado estudio del caso concreto, pues la utilización de las vías procesales oportunas para la defensa de los derechos, aunque no se traduzca en éxito de la acción, no debe calificarse sin más como fraude procesal, sino que deben concurrir los requisitos ya repasados anteriormente (en este sentido, STS de 31 de enero de 1992). El artículo 11.2 LOPJ prescribe el rechazo fundado, por el órgano jurisdiccional, de las peticiones que entrañen fraude procesal.

La buena fe en el ámbito del procesal.—El artículo 11.1 LOPJ establece que *en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe.* Y el artículo 247 de la nueva LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, todavía no en vigor, señala la obligación de los intervinientes en todo proceso de ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe, debiendo los tribunales rechazar fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. La consecuencia puede ser la imposición de una multa concreta. (STS de 14 de enero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—J. S. D. y F. R. A. formularon demanda frente a *Créditos y Ahorros Mundiales, entidad de financiación, S. A.*, J. A. R. y M. J. M. A., éstos declarados en rebeldía, instando la nulidad de las actuaciones del juicio de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH seguido, vinculado con cierto préstamo concedido a los actores, así como la anulación del oportuno asiento registral del auto de remate. Dicha demanda se acumuló con otra, donde se solicitaba la nulidad y/o rescindibilidad de la compraventa de determinada finca. La S de 1 de abril de 1993 desestima las demandas, y contra la misma se interpone recurso de apelación, resuelto por S de 2 de julio de 1994,

donde se admite el recurso. Por parte de la representación de la entidad de financiación citada se formaliza recurso de casación.

NOTA.—Se alinea esta sentencia con la jurisprudencia que defiende que no se incurre en fraude de ley si la actuación de una persona se limita, sin más, a ejercitar un derecho del que goza legalmente. Aplicando esta doctrina al ámbito procesal, concluimos que la mera utilización de las posibilidades procesales a las que se tiene derecho, pese a que no conduzcan finalmente al triunfo de las propias pretensiones, no implican, sin más, fraude procesal, sino que habrá que comprobar la concurrencia en cada caso de los requisitos necesarios para su apreciación, dado que la interpretación que debe realizarse de la existencia del fraude de ley debe ser estricta, comprobando fehacientemente su presencia, dadas las consecuencias que implica.

Así se hace en la sentencia que anotamos, y no se aprecia la existencia de fraude procesal por la mera utilización de las vías procedimentales a que se tenía derecho, sino que debiera haberse probado la concurrencia de los otros requisitos repasados.

Por otra parte, no exige esta sentencia que anotamos intención fraudulenta para apreciar la existencia de fraude procesal (se alinea con la doctrina defendida por De Castro). Sí alude a que, si existe fraude, se viola «el contenido ético de los preceptos o normas legales en que se amparan» (en la línea de la STS de 1 de febrero de 1990 y las que cita). (A. J. Q. S.)

2. Doctrina del abuso de derecho.—El abuso de derecho es un concepto jurídico indeterminado que, pese a los parámetros legales, jurisprudenciales y doctrinales que se admiten como rectores para su aplicación, no puede conceptuarse del todo apriorísticamente, sino que debe ser completamente delimitado en cada caso concreto.

La plasmación legal general de dicho concepto «válvula» (como lo califica la sentencia que anotamos) data de 1973, desarrollada en 1974, y se produce en el artículo 7.2 CC, que posteriormente será recogido de modo programático por el artículo 11.2 LOPJ. Esta normativa, necesitada de concreción para aplicarla en cada caso determinado, conecta con la doctrina jurisprudencial establecida ya por la STS de 14 de febrero de 1944, más tarde asumida por bastantes otras SSTS (por ejemplo, la STS de 13 de febrero de 1995, citada en la sentencia anotada). Esta construcción entronca históricamente con los «actos de emulación» medievales, así como con las reflexiones de destacados autores (Calvo Sotelo, Ripert o Goldschmidt, entre otros): el principio *qui iure suo utitur noeminem laedit* debe matizarse en estos casos abusivos, y el daño debe repararse.

Los requisitos que se suelen exigir para reconocer la existencia de abuso de derecho son: en primer lugar, una actuación aparentemente correcta que indique extralimitación que la ley no deba amparar; en segundo lugar, actuación extralimitada que produzca efectos dañinos; en tercer lugar, que dicha acción produzca una reacción del sujeto pasivo concretada en poder plantear una pretensión de cesación e indemnización. La aplicación de esta doctrina debe ser «prudente y restringida» (STS de 27 de mayo de 1988; también SSTS de 2 de diciembre de 1994, 25 de septiembre de 1996 y 28 de marzo de 1998).

Derecho a litigar y abuso de dicho derecho.—En el caso de la sentencia que anotamos, no sólo se alude a la cuestión general del abuso de derecho, sino que, además, se aplica a un apartado muy concreto del mismo: el del derecho a litigar. Estamos ante aquel ámbito del abuso de derecho relativo a determinar si incurre en responsabilidad aquella persona que, en el marco de una contienda judicial, mantiene pretensiones manifiestamente indefinidas u orientadas a finalidades distintas a las naturales en la función social del proceso o del «derecho a litigar», aunque ello debe ser entendido en sentido restrictivo, sin generalizaciones perjudiciales (STS de 28 de marzo de 1998).

Dentro del ámbito procedimental, establece el artículo 11.2 LOPJ que el órgano jurisdiccional debe rechazar fundadamente las peticiones formuladas con manifiesto abuso de derecho. El artículo 247 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, todavía no en vigor, destaca la obligación de los intervinientes en todo proceso de ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe (en consonancia con el sí vigente artículo 11.1 LOPJ), debiendo los tribunales rechazar fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal, así como pueden imponer determinada multa en estos casos.

Acción interdictal de obra nueva.—La acción interdictal de obra nueva se inserta entre las acciones protectoras del dominio (aunque no sólo el propietario puede utilizarla), y destaca su carácter cautelar: se pretende la paralización de una obra que se está construyendo, cuando una propiedad haya de sufrir perjuicio por su efecto. Anteriormente regulada en los artículos 1663-1675 LEC, hoy se menciona en el artículo 250.5 del nuevo texto, todavía no en vigor. El TS interpreta de modo restrictivo la posibilidad de que se abuse del derecho con el ejercicio de esta concreta acción, aplicando criterios generales (SSTS de 5 de junio de 1995 y 28 de marzo de 1998); pero si concurren los requisitos necesarios, reconoce el derecho de reparación (SST de 6 de julio de 1990, 15 de diciembre de 1992 y 4 de diciembre de 1996).

El daño que se cause debido a la actividad procesal de la otra parte estará amparado por las reglas de la responsabilidad civil, tal y como señala la sentencia anotada, pudiéndose ejercitar la acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC. (STS de 6 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—I. P. A. formula demanda contra G. B. P. ante el Juzgado de Primera Instancia suplicando el abono de una concreta cantidad de dinero (59.956.100 pesetas, más intereses legales desde la interposición de la demanda), debido a los presuntos perjuicios causados a la ahora demandante a causa del ejercicio de una acción interdictal de obra nueva (no se realiza concreción adicional alguna en la sentencia). La S de 13 de noviembre de 1992 estima en parte la demanda y condena a la demandada a pagar 23.000.000 pesetas, más el interés legal oportuno. Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación, donde se aceptan las pretensiones de la recurrente y se absuelve a G. B. P. (Sentencia de 20 de diciembre de 1994). Frente a ella, se interpone recurso de casación.

NOTA.—El TS reitera en esta sentencia los asentados argumentos utilizados en bastantes otras anteriores para configurar el abuso de derecho, de modo general, y pese a la necesidad de estudiar posteriormente cada caso concreto. Finalmente, aplica dichas reflexiones caracterizadoras al supuesto que le ocupa, y, basándose en la no concurrencia de los requisitos admitidos como necesarios en el caso

concreto, niega la existencia de abuso de derecho, abuso aplicado al campo procesal del derecho a litigar.

La sentencia que anotamos no se separa de la línea seguida por el TS en la materia, y defiende la aplicación prudente y restringida de la doctrina del abuso de derecho, en la línea expresada por la STS de 27 de mayo de 88, con lo que, si no resulta probada la concurrencia de los requisitos admitidos unánimemente, ya repasados, no debe considerarse que se obra en abuso del propio derecho y no existe derecho a la reparación. Ocurre en este caso: ante la falta de prueba del abuso, no ha lugar a la admisión de la pretensión (no se prueba la existencia de esa «pretensión patentemente temeraria e infundada» que debiera concurrir para existir el citado abuso).

Por otra parte, cabe destacar que en esta sentencia que anotamos se alude, en uno de sus requisitos, genéricamente, a *actuación extralimitada*, sin mención posterior a los criterios que permiten aportar un contenido a dicha consideración, criterios bien subjetivos (intención dañina o ausencia de finalidad seria y legítima en su ejercicio), bien objetivos (utilización del derecho de modo anormal o plenamente contrario a la convivencia ordenada) (entre otras, SSTs de 5 de abril de 1993, 27 de abril, 8 de junio y 21 de octubre de 1994, 9 de octubre de 1997 y las que se citan en ellas). (A. J. Q. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Colisión entre el derecho al honor y las libertades de información y de expresión. Doctrina del TC y del TS sobre el reportaje neutral.—«Como ha dicho reiteradamente esta Sala, así en la sentencia de 5 de febrero de 1998, cuando surge la colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión, de un lado, y el derecho fundamental al honor, de otro, la jurisprudencia de esta Sala, así como la del TC, se ha decantado por el seguimiento de las siguientes directrices: a) que la delimitación entre la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos; b) que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad, del artículo 18 de la Constitución Española, ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información». En esta tarea de ponderación, para que prevalezca la libertad de información es necesario: 1.º) que la información sea veraz, y 2.º) que se trate de una noticia de relevancia pública referida a asuntos de interés general. Para la libertad de expresión, además de la relevancia pública del asunto, es exigible que las opiniones, ideas o expresiones vertidas no hagan desmerecer a la persona a la que van dirigidas del público aprecio y respeto.

Respecto a la veracidad de la información, cuando el informador se limita a reproducir lo manifestado por una persona sin adiciones ni comentarios, nos encontramos con la llamada doctrina del «reportaje neutral», según la cual el deber de diligencia del informador consiste en constatar la verdad del hecho de la declaración y comprobar la identidad de la persona del declarante, por ser éste el responsable en caso de que lo vertido en el medio difusor atente contra el derecho al honor de alguna persona, sin que la diligencia del informador se extienda a la indagación de la veracidad de lo declarado.

Derecho a la propia imagen. Publicación de la imagen de persona de proyección pública.—«El reportaje fotográfico fue obtenido con el consentimiento del interesado, obra en los archivos del periódico y al tratar éste en un reportaje de la persona demandante, Magistrado en activo, persona de proyección pública, puede publicar la imagen sin constituir intromisión ilegítima por tratarse de una de las excepciones a que se refiere el artículo 8.2 de la Ley Orgánica». A mayor abundamiento, «tal como dicen las sentencias de 7 de julio de 1998 y la citada de 25 de septiembre de 1998, no precisaba de un permiso especial del fotografiado por la imagen difundida, accesoria del artículo periodístico, cuya difusión se halla permitida en aras de la libertad de información». (STS de 16 de febrero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Don Olegario S. C., Magistrado-Juez de Primera Instancia de Ourense, interpuso demanda incidental sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen contra el senador don Agustín V. F. y el diario *La Región, S. A.* Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimándola parcialmente, declaró la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante y condenó a don Agustín V. F. a pagar una indemnización de ocho millones de pesetas en concepto de daños morales, y absolvió al diario *La Región, S. A.*

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Ourense desestimó los dos recursos presentados. Interpuestos sendos recursos de casación, el TS declaró no haber lugar al presentado por el senador demandado y haber lugar parcialmente al interpuesto por el demandante en el sentido de condenar al mismo a publicar a su costa la sentencia condenatoria en aquel diario.

NOTA.—En la presente sentencia se reitera la muy consolidada doctrina del TS, seguidora de la constitucional, sobre cómo debe resolverse la colisión entre derechos de rango constitucional: el derecho al honor y las libertades de información y de expresión. En este sentido y además de las sentencias citadas en la presente (SSTS de 5 de febrero, 27 de marzo, 28 de mayo, 13 de junio y 27 de julio de 1998), deben tenerse en cuenta las de 23 de febrero y 30 y 31 de julio de 1998, haciendo especial hincapié en las de 4 de noviembre de 1986, 25 de marzo y 29 de diciembre de 1995 y 9 de febrero de 1998, en cuanto que estas últimas establecen, como la sentencia que anotamos, que ni la libertad de expresión ni de información pueden justificar la presencia de expresiones vejatorias o denigrantes dirigidas a una persona concreta, un Magistrado-Juez de Primera Instancia de Ourense, y que le hacen desmerecer en el público aprecio y consideración, sean cuales fueren los usos sociales del momento en el que se produzcan. Por este motivo, se condenó a pagar una indemnización de ocho millones de pesetas al autor de tales expresiones y se casó la sentencia por el TS en el sentido de condenarle también a la publicación, a su costa, de la sentencia dictada, lo que había sido pedido por el actor, pero respecto a lo que ningún pronunciamiento se obtuvo ni en primera instancia ni en apelación.

En relación a lo anterior, se expone la doctrina del TS, seguidora también de la establecida por el TC, del denominado «reportaje

neutral», creada por los tribunales americanos y mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siendo habitual la cita de las SS de 7 de diciembre de 1976 y 8 de julio de 1986 del mismo. Respecto a esta materia, la sentencia anotada alude a la STC 41/1994, pudiendo citarse en el mismo sentido las SS 171/1990, 40/1992, 232/1993, 22/1995 y 52/1996; respecto al TS (citadas las SS de 11 de julio de 1995, 6 de febrero de 1996 y 24 de enero de 1997) pueden verse las de 16 de diciembre de 1996, 20 de febrero y 20 de marzo de 1997 y 5 de febrero de 1999. En aplicación de esta doctrina queda absuelto el diario demandado *La Región, S. A.*, al que no puede hacerse responsable de la reproducción literal, sin añadido ni comentario alguno, de la declaración de otra persona respecto a la que su responsabilidad se limita a la constatación del hecho de la declaración (de interés general por la trascendencia y las personas intervinientes) y del autor de la misma.

Por último, el artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, tiene establecido [apartados *a*) y *c*), respectivamente] que no se produce intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen cuando se capta o reproduce la imagen de una persona de proyección pública en lugares abiertos al público (SSTS de 28 de diciembre de 1996 y 25 de septiembre de 1998), ni cuando la imagen aparece como meramente accesoria (SSTS de 7 de julio y 25 de septiembre de 1998). (A. G. C.)

4. Derecho al honor y libertad de información. Colisión entre ambos y doctrina del reportaje neutral.—Para la resolución del conflicto entre el derecho al honor y la libertad de información, la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, en coincidencia con la doctrina sentada por el TC, ha establecido la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho al honor cuando la información verse sobre hechos de relevancia pública que sean de interés general, sean esencialmente veraces y no hayan sido empleadas expresiones insultantes o vejatorias. Cuando el medio periodístico se limita a reproducir y publicar, sin apostillas ni valoraciones propias, la declaración de una persona se está en presencia de la doctrina llamada del «reportaje neutral», en relación a la cual el TC, que es seguido también por el TS, tiene establecido algunas modulaciones en relación al requisito de la veracidad de la información que exige el artículo 20.1, letra *d*), CE; en concreto y según la STC 232/1993, el requisito de la veracidad debe operar «en dos momentos sucesivos y frente a dos sujetos diversos: por un lado, y en primer lugar, respecto de la declaración atribuida por la revista a una persona; de otro lado, y en segundo término, respecto por lo ésta declarado, correspondiendo en cada caso la posible responsabilidad en la que se incurra respectivamente, al medio y al tercero» y «el medio de comunicación ha de acreditar la veracidad del hecho de que determinada persona ha realizado determinadas manifestaciones, no bastando simplemente observación de un mínimo de diligencia en la contrastación de la noticia, como sucede, en general, cuando se informa sobre hechos o circunstancias de imposible constatación indiscutida: es exigible, además, una perfecta adecuación con la realidad, esto es, con el hecho mismo de la declaración». (STS de 19 de febrero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de la publicación en la revista *Interviú* de una información relativa a la celebración de un matri-

monio de conveniencia, mediando precio, entre una española y un ciudadano extranjero encausado criminalmente por un delito relacionado con el tráfico de drogas, doña María del Carmen C. T., abogada y concejal del ayuntamiento de Baza, interpuso demanda de protección civil del derecho al honor contra *Ediciones Zeta, S. A.*, don Francisco M. M., Director de la revista *Interviú*, doña María Dolores A. F., que afirmaba había sido inducida por la demandante a contraer el matrimonio con precio, y otros. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimatoria de la misma y absolvió a los demandados.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó en parte el recurso interpuesto por la demandante y condenó a *Ediciones Zeta*, al Director de *Interviú* y a doña María Dolores A. F. a indemnizar solidariamente con 500.000 pesetas por intromisión ilegítima en el derecho al honor de la actora, absolviendo al resto de los demandados. Interpuestos sendos recursos de casación, el TS declaró haber lugar al presentado por la demandante con el alcance de anular un auto de aclaración a la sentencia dictada en apelación, manteniendo los demás pronunciamientos de la misma, y declaró haber lugar también al recurso interpuesto por *Ediciones Zeta* y don Francisco M. M. en el sentido de confirmar la sentencia dictada en primera instancia, con absolución de los recurrentes.

NOTA.—La sentencia anotada se centra en los dos requisitos que la doctrina jurisprudencial exige para dar prevalencia al derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión» frente al derecho al honor: la relevancia pública y el interés general, y la veracidad de la información. Por un lado, es claro que se trata de una información de interés y trascendencia pública, por la materia tratada, los matrimonios de conveniencia por precio entre ciudadanos españoles y extranjeros para obtener con ello determinados beneficios, generalmente la nacionalidad española de una forma más rápida, y también por las personas que se ven afectadas por los hechos publicados, y más concretamente, una abogada y concejal del PP de Baza (Granada). Por otro lado y respecto al requisito de la veracidad, la Sala recoge literalmente la doctrina constitucional (STC 232/1993) sobre las modulaciones o matizaciones que deben hacerse cuando un medio de comunicación recoge y reproduce literal y fielmente la declaración de una persona, sin añadido, apostilla o valoración alguna, en cuyo caso nos encontramos ante la llamada doctrina del «reportaje neutral», de creación jurisprudencial americana, recogida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en SS de 7 de diciembre de 1976 y 8 de julio de 1986, y que ha llegado a los tribunales de nuestro país.

De forma más concreta, en estos casos nuestro TS tiene declarado, entre otras en SS de 6 de febrero y 16 de diciembre de 1996, 24 de enero, 20 de febrero y 20 de marzo de 1997 y 5 y 16 de febrero de 1999, cuya doctrina es coincidente con las directrices del TC (SS 40/1992, 41/1994, 22/1995 y 52/1996), que corresponde al medio informador una doble obligación: un deber de diligencia y constatación de la realidad del hecho de la declaración que se reproduce y divulga, sin extenderse a la veracidad de lo declarado, y un deber de identificar al autor de la declaración, a fin de que se res-

ponsabilice de la veracidad de lo declarado o pudiera ocasionar una intromisión ilegítima en el derecho al honor de alguna persona. En la presente sentencia de 19 de febrero de 1999, el cumplimiento de estas dos obligaciones por parte del informador le exime de toda responsabilidad y constituye *ratio decidendi* para la casación de la sentencia y la confirmación de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (A. G. C.)

5. Colisión entre el derecho al honor y las libertades de información y de expresión. Relevancia pública y veracidad de la información.—Como ha determinado la STS de 5 de febrero de 1998, «cuando surge la colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión, de un lado, y el derecho fundamental al honor, de otro, la jurisprudencia de esta Sala, así como la del Tribunal Constitucional, se ha decantado por el seguimiento de las siguientes directrices: a) que la delimitación entre la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos, b) que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad, del artículo 18 de la Constitución Española, ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información».

Para esta tarea de ponderación que determine cuándo debe prevalecer uno u otro de estos derechos debe tenerse en cuenta que las libertades de información y de expresión «frecuentemente se entremezclan y según el tipo de reportaje, como puede serlo uno de fondo político, necesariamente. La doctrina constitucional y, por ende, también jurisprudencial, es que la libertad de expresión se refiere a opiniones, la libertad de información, a hechos; la primera es libre, la segunda requiere los requisitos de veracidad y de relevancia pública; ni una ni otra alcanzan a expresiones vejatorias, insultantes o difamatorias». (STS de 8 de marzo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Los hermanos T. S. interpusieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía por intromisión ilegítima en el derecho al honor de su padre, don Carlos T. B., ya fallecido, tras la emisión de un reportaje por TV3 el día 27 de noviembre de 1994 relativo al juicio sumarísimo en Consejo de Guerra del político catalán Carrasco i Formiguera y su fusilamiento durante la Guerra Civil española, en el que se citaba al padre de los demandantes como uno de los testigos de la acusación. Se demandó al *Ente Público Corporació Catalana de Radio i Televisió*, a *Televisió de Catalunya*, S. A. y a doña Dolors G. M. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que declaró la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de don Carlos T. B. y condenó a los demandados, entre otros extremos, a pagar una indemnización simbólica de cinco pesetas.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró haber lugar al mismo, siendo desestimada finalmente la demanda formulada.

NOTA.—La presente sentencia reitera la doctrina jurisprudencial, continuadora de la sentada por nuestro TC, sobre la colisión o conflicto entre las libertades de información y de expresión y el

derecho al honor. Como es ya frecuente, el TS expone la solución a este conflicto citando literalmente la doctrina expuesta en sentencias anteriores; en este caso, las SS de 5 de febrero y 13 de octubre de 1998, aunque igualmente podían haberse citado, en el mismo sentido, últimamente las de 23 de febrero, 27 de marzo, 28 de mayo, 13 de junio y 30 y 31 de julio de 1998, y más recientemente, las de 16 y 19 de febrero de 1999. Para la realización de la labor casuística de ponderación en que consiste esencialmente esta doctrina jurisprudencial, se hace preciso distinguir, como manifestó el TC desde la S 172/1990 y como también ha hecho el TS especialmente en las SS de 22 de enero de 1992, 2 de marzo de 1993 y 9 de febrero de 1998, entre libertad de expresión y de información porque los requisitos que deben cumplir una y otra para prevalecer son distintos a tenor de la regulación constitucional de ambas [arts. 20.1-a) y 20.1-d), respectivamente].

Respecto a la libertad de información, entiende el TS en la presente sentencia que los hechos relatados por un reportaje de TV3 titulado *Sumarissim 477*, acerca del Consejo de Guerra que sufrió el político catalán Carrasco i Formiguera en 1937 y en el que se citaba como testigo de cargo, entre otros, al padre de los demandantes, y su posterior ejecución, reúne el requisito de la relevancia pública y el interés general por cuanto se trata de una información relativa a un hecho histórico de la preguerra y de parte de la guerra civil española de la que es protagonista un destacado político. Igualmente considera el TS que concurre el requisito de la veracidad de la información, aludiendo a que es verdad «el hecho esencial», con lo que parece traer a colación la doctrina de sentencias anteriores que no exigen la veracidad total o absoluta de la información, sino la veracidad respecto a la esencia y sustancialidad de los datos publicados o núcleo esencial de la información (SSTS de 6 de marzo, 14 y 30 de diciembre de 1995, 26 de junio de 1996 y 13 de febrero de 1997). Por estas razones debe prevalecer el derecho a la libertad de información.

Por lo que a la libertad se refiere, la cuestión central se situó en determinar el alcance que deben darse a las declaraciones que se hacían en el reportaje según las cuales la condena del político catalán se basó, según palabras literales, «exclusivamente» en el testimonio de los testigos, que se presentaron «voluntariamente» a este fin. Para el TS estas declaraciones no entran dentro de la libertad de información sino de la libertad de expresión por tratarse de juicios de valor u opiniones y no de hechos, que en ningún momento hacen desmerecer a nadie en el público respeto y consideración ajena. Por todo ello, se casa la sentencia dictada en apelación y se absuelve a los demandados. (A. G. C.)

6. Colisión entre el derecho al honor y las libertades de información y de expresión. Distinción entre ambas. Falta de veracidad y contraste de la noticia.—Los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de información se proclaman como esenciales para la formación de una opinión pública libre, indispensable para asegurar el pluralismo político en un Estado social y democrático de Derecho. Sin embargo, «todo derecho, por muy importante que sea, no puede devenir en un derecho absoluto e ilimitado,

pues ello llevaría a difuminar totalmente la idea de libertad y la de democracia. Por ello, la propia Constitución en su artículo 20.4, establece que la libertad de expresión y la de información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen».

Cuando surge la colisión entre estos derechos, de rango constitucional todos ellos, «la jurisprudencia de esta Sala, así como la del Tribunal Constitucional, se ha decantado por el seguimiento de las siguientes directrices: a) que la delimitación entre la colisión de tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos, b) que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad, del artículo 18 de la Constitución Española, ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información.

Pero como datos complementarios de lo anterior, y para resolver la posible colisión, es preciso que el honor se estime en un doble aspecto, tanto en un aspecto interno de íntima convicción –inmanencia- como en un aspecto externo de valoración social –trascendencia-, y sin caer en la tendencia doctrinal que proclama la “minusvaloración” actual de tal derecho de la personalidad. Es también preciso, en el otro lado de la cuestión, que la información transmitida sea veraz y, además, que esté referida a asuntos de relevancia pública que sea de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen». (STS de 23 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Juan Carlos M. T. interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre intromisión ilegítima en el derecho al honor contra la entidad mercantil *Federico Joly y Cía, S. A.*, y contra don Jorge B. B., debido a las informaciones aparecidas el día 23 de julio de 1987 en el *Diario de Cádiz*, en el que el demandante acusaba a personas concretas que ejercían cargos públicos en el Ayuntamiento de Algeciras de estar implicadas en un presunto fraude de veinte millones de pesetas. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia la estimó y declaró la existencia de intromisión ilegítima en el honor del demandante.

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

NOTA.—El FD 1.º de esta sentencia recoge, reproduciendo literalmente el mismo FD de la STS de 5 de febrero de 1998, también del mismo Ponente, la doctrina jurisprudencial, seguidora de la establecida por el TC, sobre la forma de resolver la colisión entre derechos fundamentales de rango constitucional, como son el derecho al honor y las libertades de expresión y de información, lo que hace preciso establecer límites a estos derechos. La jurisprudencia entiende que ello debe hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos, aunque en esta tarea de ponderación es afirmación habitual que las libertades de expresión y de información gozan de una posición prevalente, aunque no sea de una forma absoluta, sobre el derecho al honor. En esta tarea de ponderación es esencial distinguir claramente entre ambas libertades, porque los

requisitos exigibles en uno y otro caso para determinar si deben prevalecer sobre el derecho al honor son distintos. Así lo hace la presente sentencia de 23 de marzo de 1999, siendo habitual la cita en el mismo sentido de la STC 172/1990, a la que han seguido especialmente la STS de 9 de febrero de 1993, y últimamente, las de 2 de marzo de 1998 y 8 de marzo de 1999.

Concretamente y respecto a la información aparecida en el *Diario de Cádiz* del 23 de julio de 1987 en la que se acusaba a personas concretas que ostentan cargos públicos en el Ayuntamiento de Algeciras de estar implicados en un presunto fraude, para que el derecho a la libertad de información prevalezca es necesario que se trate de una noticia de relevancia pública e interés general y que sea veraz, como exige el artículo 20.1-d) CE. No existe duda para el Tribunal sobre la concurrencia del primero de los requisitos; la relevancia pública de la información publicada es incuestionable en atención a la materia tratada y a las personas intervinientes. El problema principal, y el interés de la sentencia que anotamos, se sitúa en el requisito de la veracidad de la información. El TC ha entendido que este requisito se cumple cuando la información haya sido suficientemente contrastada con datos objetivos por el informador, es decir, exige una actuación diligente tendente a realizar una comprobación profesionalmente razonable de la noticia, aunque la información vertida no sea objetivamente veraz: SSTC 6/1988, 107/1988, 105/1990, 171/1990, 178/1993, 336/1993 y 41/1994, entre otras, habiendo sido fielmente acogida esta doctrina por el TS: SS de 20 de diciembre de 1994, 26 de junio de 1996 y 28 de mayo y 15 de noviembre de 1998, entre las más significativas. En la sentencia que anotamos ninguna actividad se había desplegado en este sentido por el informador, puesto que la publicación de los hechos de la misma se basaba en un expediente administrativo pendiente de un recurso de alzada y de un mandamiento de ingreso de cantidad de dinero, «lo cual ni de lejos puede configurar un *climax* de corrupción y mucho menos una implicación directa de personas», razón por la cual el TS declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte demandada, que había sido condenada por el Juzgado de Primera Instancia, cuya sentencia se confirmó en apelación. (A. G. C.)

7. Artículo 1252 CC.—La presunción de cosa juzgada sobre determinada cuestión puede surtir efecto en otro proceso si existe, en ambos procesos, identidad entre las cosas, causas, personas de los litigantes y calidad con que lo fueron (igualdad *física* y *jurídica*, según la STS de 14 de noviembre de 1983), salvo que se trate de determinadas cuestiones que no serán relevantes para nuestra exposición.

Este artículo ha sido derogado por la nueva LEC, todavía no vigente, con lo que, cuando entre en vigor, debe acudir-se a su artículo 222 para solucionar este tema.

Derecho al honor.—El artículo 18.1 CE garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, desarrolla la protección civil de dichos derechos. Sin perjuicio de que ello no implicase anterior desprotección (la tutela se producía mediante la utilización del art. 1902 CC; en este sentido, por ejemplo, STS de 7 de

febrero de 1962), es evidente la importancia de la protección que se deriva de dicha ubicación constitucional.

El derecho al honor se configura como derecho «indisponible, irrenunciable, inalienable e imprescriptible», y su protección civil quedará delimitada «por las leyes y usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí o su familia».

La Ley hará referencia, con terminología no del todo adecuada, a intromisiones legítimas e ilegítimas en este derecho, conforme a la regulación de los artículos 7 y 8. El TS, por su parte, estima que «las ofensas vertidas deben ser examinadas dentro del contexto de lugar y ocasión en que se vertieron» (en este sentido, STS de 28 de mayo de 1990), con objeto de que el encuadre sea el adecuado para realizar una acertada valoración.

Por otra parte, tema polémico es si debe incluirse el desmerecimiento que afecte al prestigio profesional de la persona («fama», según algún autor) dentro de la lesión del derecho al honor, o debe resarcirse el daño causado conforme al artículo 1902 CC, general para el daño extracontractual, extrayéndolo de la tutela privilegiada de dicho derecho fundamental. La postura tanto del TC como del TS no ha sido única y unánime: una de las líneas seguidas consideraba que el prestigio profesional no formaba parte del derecho al honor (en este sentido, SSTS de 25 de marzo de 1993 o 30 de noviembre de 1995, y SSTC 40/1992 y 139/1995), pero la postura monista, tendencia que predomina actualmente, sostiene que un ataque lesivo para el prestigio profesional, realmente lesiona el honor (por ejemplo, SSTS de 27 de mayo de 1995, 20 de marzo, 1 de diciembre o 15 de diciembre de 1997, y SSTC 223/1992 y 76/1995).

Colisión entre el derecho al honor o intimidad y libertad de información y expresión.—Los derechos no pueden ejercerse de modo absoluto, sino dentro de ciertos límites, y en ocasiones pueden verse en contradicción diversos derechos, y debe ponderarse cuál cede ante el otro (lo que los norteamericanos denominan *balancing*). En el caso de honor frente a libertad de información y las otras libertades recogidas en el artículo 20 CE, no hay que realizar tal ponderación: el artículo 20.4 establece como límite para el ejercicio de estas libertades los derechos fundamentales, especialmente el derecho al honor, entre otros. En la sentencia que anotamos, tras repasar los argumentos del TC al respecto (su postura evolucionó con la STC 104/86, de la prevalencia general del honor a la relativización casuística) recuerda que, para prevalecer, lo informado debe resultar de interés público, y deben valorarse las circunstancias de cada supuesto concreto para llegar a dicha conclusión (SSTC 107/1988, 171/1990, 214/1991 y 85/1992, entre otras). Por otra parte, no puede justificarse la atribución a una persona identificada de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto, y la información debe ser comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, debiendo excluir invenciones, rumores o insidias (STC 105/90). (STS de 8 de abril de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Cinco profesionales de la medicina presentan demanda contra la revista *Bisagra*, su Redactor Jefe y una periodista, al entender que existe un atentado contra sus respectivos derechos al honor por causa de cierto artículo periodístico donde se describen supuestos en los que se destacan presuntos errores médicos. El Juzgado de Primera Instancia, en sentencia de 14 de septiembre de 1996, desestima la demanda, y contra dicha sentencia se interpo-

ne recurso de apelación, estimado parcialmente por sentencia de 13 de noviembre de 1997, considerándose que el artículo es lesivo para el honor de los actores. Frente a la misma, se interpone recurso de casación.

NOTA.—De entrada, en la sentencia que anotamos se reflexiona sobre la aplicación del artículo 1252 CC, y sobre cómo, para que sea operativa la presunción de cosa juzgada, debe existir identidad en las cosas pedidas, causas, personas y calidad en que concurrieron. Se alega doctrina jurisprudencial que defiende que es posible la aplicación incluso si no coinciden las partes litigantes (SSTC 182/94, 171/91 y 189/90 y SSTs de 20 de febrero de 1990, 3 de noviembre de 1993 y 5 de julio de 1994), pero el TS rechaza el argumento.

Se destaca en la sentencia, por otra parte, que opiniones que, de alguna manera, cuestionen el buen hacer profesional de alguna persona, en su caso, transgreden el honor del interesado (si superan determinados límites que se consideran conformes a una correcta crítica; como se señala en la sentencia anotada, una crítica puede ser incluso desconsiderada e inoportuna sin llegar a atentar contra el derecho al honor del criticado; debe valorarse si se traspasa esa «frontera» en cada caso). Se alinea, entonces, esta sentencia con la opinión monista que comprende el prestigio profesional dentro del derecho al honor.

Tras destacar en los Fundamentos Jurídicos la postura ante el choque de derechos, se reflexiona sobre el caso concreto, y se comprueba que el reportaje informa de unos hechos, sin ánimo de menosprecio, y prácticamente sin adiciones por parte de la periodista (es lo que en la STS de 20 de febrero de 1997 se llamó *reportaje neutral*), con lo que, por su parte, no existe atentado contra el honor, sino, a lo sumo, una «crítica desconsiderada e inoportuna» que no llega a atentar contra su honor (son importantes las gradaciones: la STS de 15 de julio de 1996 también aludía a una «crítica mordaz y de mal gusto» que tampoco atentaba contra el honor). (A. J. Q. S.)

8. Títulos nobiliarios. Orden sucesorio de los mismos.—Es doctrina jurisprudencial reiterada la naturaleza meramente honorífica de los títulos nobiliarios, sin que su posesión conlleve *status* o condición estamental privilegiada, ni ejercicio de función pública alguna. Como prerrogativa de honor, como *nomen iuris*, su contenido jurídico se agota en el «derecho a adquirirlo, usarlo y a protegerlo frente a terceros, de modo semejante a lo que sucede con el derecho al nombre» (STC 27/1982, FJ 2.^o). En la sucesión *mortis causa* de los títulos nobiliarios, el planteamiento sucesorio es distinto de las normas sucesorias del Código civil. La ley fundamental en la sucesión es la Real Carta de Concesión, puesto que, desde su creación, se encuentran sujetas a un orden predeterminado, establecido por el creador de la merced o fundador del título. Su orden es inalterable salvo que medie autorización expresa del Jefe del Estado, tal y como declara la Real Cédula de Carlos IV de 29 de abril de 1804, integrada como Ley 25.1.6 de la Novísima Recopilación, que dice: «He tenido a bien mandar que se tengan por vinculadas todas las gracias y mercedes que se concedan en lo sucesivo, siempre que no manifieste yo expresamente, en tales gracias o mercedes o posteriores reales órdenes, ser otra mi voluntad...».

La cesión de títulos nobiliarios. Definición, caracteres de la misma y requisitos.—En virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, y en el artículo 12 del Real Decreto de 8 de julio de 1922, quien ostenta un título nobiliario, no es un auténtico *dominus* del mismo, sino un simple poseedor, razón por la cual, al carecer del *ius disponendi*, sus facultades dispositivas vienen limitadas a la transmisión de lo que, en realidad, le ha sido otorgado, esto es, la posesión del título (FJ 3.º, STS de 5 de marzo de 1992).

La cesión de un título nobiliario, *ex* artículo 12 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, es calificada por la jurisprudencia como un negocio jurídico unilateral (FJ 1.º, STS de 17 de marzo de 1998), que para su validez y eficacia requiere que concurren los siguientes requisitos: en primer lugar, es necesario que tenga lugar la aceptación del que resulte beneficiario de dicha cesión; en segundo lugar, es necesario que conste, fehacientemente, la aprobación expresa de los que pudieran verse perjudicados en su derecho por la cesión *inter vivos* entre transmitente y cesionario, por tener mejor derecho y preferencia a suceder en dicho título (FJ 3.º, STS de 5 de marzo de 1992). Dicho requisito tiene su apoyo legal en el artículo 12 del Decreto de 27 de mayo de 1912, al disponer que todas las concesiones y rehabilitaciones de títulos nobiliarios se harán siempre «sin perjuicio de tercero de mejor derecho».

Finalmente, es necesario que dicha cesión conste con la aprobación expresa del Jefe del Estado, aprobación «que no es presumible ni conjeturable, ni incluso deducible de reales cartas expedidas a favor de los cesionarios, si en ellas no consta formal y explícitamente la aprobación de tal cesión» (SSTS de 26 de junio de 1963, 21 de mayo de 1964, 7 de julio de 1986, 27 de julio de 1987, 10 abril de 1988 y 5 marzo de 1992).

El efecto inmediato de la cesión es la transmisión de la posesión del título nobiliario, único contenido de la posición que ostenta el cedente, pero, en ningún caso, una novación en la sucesión del mismo, ni la creación de una nueva línea sucesoria, ya que ésta es una facultad reservada a la voluntad regia, facultad que ha de ejercitarse de manera expresa, y, en ningún caso, deducible de otras declaraciones regias (FJ 5.º, STS de 10 marzo de 1998).

Carácter del Decreto de 27 de mayo de 1912.—La cesión de títulos nobiliarios tiene su apoyo legal en el Decreto de 27 de mayo de 1912, el cual, norma sobre la que continua y reiteradamente ha venido diciendo la jurisprudencia del TS, no tiene acceso al recurso por infracción de ley, al ser una norma que no alcanza la categoría formal de ley, sino de disposición general administrativa (SSTS de 8 de octubre de 1965, 4 de febrero de 1967, 8 y 16 de octubre de 1984 y 11 de octubre de 1985). (STS de 25 de enero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Doña Rosario M. R. de T., interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia demanda de juicio de mayor cuantía, sobre reclamación de título nobiliario de Conde de Melgar, siendo parte demanda don Jose M.ª R. M. de T. La parte actora alegó su mejor derecho a suceder en dicho Título nobiliario, al ser la demandante la que ostenta la primogenitura, frente a la cesión que la madre de ambos, hizo en vida, en favor de don Jose M.ª M.R. de T. La sentencia de primera instancia declaró nula la cesión hecha en favor de don José M.R. de T., así como el mejor derecho de la demandante a la sucesión del Título de Conde de Melgar. Desestimado el recurso

de apelación interpuesto frente a dicha resolución por la Audiencia Provincial de Madrid, la representación de la parte demandada interpuso recurso de casación.

NOTA.—La sentencia que anotamos, a pesar de tener como presupuestos fácticos un supuesto de cesión de un título nobiliario, se limita a aplicar escuetamente la doctrina del TC contenida en la S de 3 de julio de 1997, sobre la constitucionalidad de la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios. Al carecer de los datos necesarios no podemos concretar si, en el supuesto, concurrieron los requisitos necesarios para la validez y eficacia de la cesión del título de Conde Melgar, puesto que únicamente tenemos constancia de la expedición de la correspondiente carta de sucesión a favor del beneficiario. Declarada la nulidad de la cesión, como parece ser punto de partida, sí corresponde la aplicación del principio de varonía. (*R. D. O.*)

9. Títulos nobiliarios. La potestad real como fuente de las dignidades nobiliarias.—El TS, al interpretar las disposiciones relativas a las dignidades nobiliarias, tales como la Ley 44 de Toro o la Real Cédula de Carlos IV de 29 de abril de 1804, integrada posteriormente como Ley 25, Título 1.º, del Libro 6.º de la Novísima Recopilación, ha declarado que la potestad real es fuente de toda dignidad nobiliaria, siendo una Real Carta, un acto soberano derivado de la misma. Debe estarse a lo en ella contenido, en cuanto expresión de la voluntad de S.M. el Rey, y, aun en el supuesto de que fuera modificativa de un orden señalado, hay que respetarla, puesto que quien es creador de las dignidades nobiliarias, tiene potestad soberana para suprimirlas y, asimismo, para modificarlas (SSTS de 26 de marzo de 1968 y 25 de febrero de 1983, entre otras).

La «designación de sucesor». Legislación, requisitos y efectos de la misma.—La «designación de sucesor» es una facultad innata del fundador o concesionario de un título, quien, en uso de la misma, puede efectuar la designación, salvo que se prohíba expresa o inequívocamente dicha facultad en la carta fundacional (FD 3.º). El fundamento legal de dicha designación se encuentra, por una parte, en la Ley 44 de Toro, que autoriza al fundador o cesionario de un Título a variar, durante la vida, el orden sucesorio inicialmente fijado, mediante expresa autorización regia. De otra, la Real Cédula de Carlos IV de 29 de abril de 1804 (Ley 25, Título 1.º, Libro 6.º de la Novísima Recopilación), en virtud de la cual S.M. el Rey se reserva, sin limitación alguna, la facultad de modificar el orden sucesorio previsto en la concesión.

Tiene carácter *excepcional*, y para que la misma sea efectiva, es necesaria la concurrencia de los siguientes *requisitos*: *a*) que se trate del fundador o primer concesionario del título; *b*) que el mismo carezca de hijos o descendientes directos; *c*) que se solicite a S.M. el Rey la designación del sucesor; *d*) autorización o real venia expresa; y *e*) la materialización de la designación mediante el cumplimiento de las condiciones contenidas en la autorización.

La concurrencia de todos estos requisitos esenciales y procedimentales provocan *efectos novatorios* en el orden de sucesión inicialmente previsto, excluyendo a los parientes más próximos del concesionario, y convirtiendo al designado en nueva cabeza de línea, a partir de la cual ha de seguirse el orden regular de la sucesión. La persona designada ostentará el título a partir de la muerte del concesionario del título, careciendo cualquier otra persona de

derecho para reclamarlo (SSTS de 27 de junio de 1896 y 28 de enero de 1928, entre otras).

La circunstancia fáctica de que la designación de un sucesor en el título tuviera lugar en *fecha preconstitucional*, ya que tanto el testamento en el que se procedió a la designación como el Real Despacho correspondiente, son anteriores a la entrada en vigor de la CE, no son óbice para entender que se produce infracción alguna del orden constitucional. La no publicación en el BOE del citado Real Despacho, requisito imprescindible para la validez general de una norma, no es aplicable al supuesto, ya que no se trata de una disposición de carácter general dictada por el Consejo de Ministros, sino de un acto que se incluye dentro de la potestad real y graciable, adoptada a propuesta del Ministro de Justicia, de conformidad con las leyes, en asuntos de su exclusiva y excluyente competencia, conforme al artículo 6 y la DT 1.^a, de la entonces vigente Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 (FD 2.^o). (STS de 9 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Francisco J. M de V. y del A. interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, ejerciendo acción declarativa de su mejor derecho al título noble de Duque de Hernani, con Grandeza de España, frente a S.A.R. doña M. de B. y B., pidiendo que se declarara la nulidad de la cesión *mortis causa* a favor de la misma, efectuada por don Manfredo de B. y B. de Q., en su testamento de fecha 20 de diciembre de 1976, así como de cualquier otra carta o cesión contraria a la petición del demandante. Formulada demanda reconventional por la parte demandada, se solicitó que se declarase a dicha parte heredera única o «poseedora civilísima» del citado título, y nueva cabeza de línea del mismo. Estimada la demanda en primera instancia, se declaró por sentencia el mejor derecho genealógico del demandante a llevar, usar y poseer el ya citado título. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto frente a la misma, y la representación de don Francisco J. M. de V. y del A., interpuso recurso de casación, que fue desestimado por el TS.

NOTA.—Tras el restablecimiento por la Ley de 4 de mayo de 1948 de toda la legislación nobiliaria vigente hasta el 14 de abril de 1931, el orden de sucesión en todas las dignidades nobiliarias se volvió a acomodar a la legislación histórica, y, en particular, a la Partida 2.15.2, de la que deriva la regla o criterio de la preferencia del varón sobre la mujer en igualdad de línea y grado (*que si fijo varón y non oviesso, la fija mayor heredasse el Reyno*). Los títulos nobiliarios «se adquieren hoy por vía sucesoria, tal y como son... De suerte que el régimen legal de su transmisión *post mortem* ha constituido, a lo largo del tiempo, un elemento inherente al propio título de nobleza» (FJ 15, STC de 3 de julio de 1997). (R. D. O.)

10. Títulos nobiliarios. Orden regular de la transmisión *mortis causa* de los títulos nobiliarios. Principios y legislación aplicable.—Al carecer los títulos nobiliarios del carácter estamental y privilegiado que antaño los caracterizaba, y admitida su naturaleza meramente honorífica, se declara la constitucionalidad de los mismos, no sólo en cuanto a su configuración, sino también en cuanto a su contenido y régimen de transmisión. Los títulos de nobleza «se adquieren hoy por vía sucesoria tal y como son [...]. Por lo

que resultaría paradójico que el título de nobleza pudiera adquirirse por vía sucesoria no tal como es y ha sido históricamente, según los criterios que han presidido las anteriores transmisiones. Pues ello supondría tanto como proyectar valores y principios contenidos en la Constitución y que hoy poseen un contenido material en nuestro ordenamiento sobre lo que carece de dicho contenido por su carácter simbólico» (FJ 15, STC de 3 de julio de 1997).

La ley fundamental en la sucesión de los títulos nobiliarios es la Real Carta de sucesión, puesto que desde su creación se encuentran sujetas a un orden predeterminado establecido por la creación de la merced o fundador del título. En la sucesión nobiliaria el planteamiento sucesorio es distinto a las normas sucesorias del Código civil. La transmisión de los mismos es de carácter excepcional y vincular, dentro del linaje o familia del beneficiario.

Los preceptos de rango legal hoy en día vigentes y aplicables a la sucesión en los títulos nobiliarios son el artículo 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948 y el artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820, que declaran vigentes y aplicables el Derecho histórico, y, en particular, la Partida 2.15.2. Conforme a los mismos, los principios de primogenitura, masculinidad y representación, tradicionales en el Derecho histórico, siguen los siguientes criterios de preferencia: en primer lugar, el grupo parental formado por los descendientes prefiere y excluye al de los ascendientes, y el de éstos, a los colaterales; en segundo lugar, la línea anterior, prefiere y excluye a las posteriores; en tercer lugar, el más próximo en grado, prefiere y excluye al más remoto, siempre que ambos pertenezcan a la misma línea (y salvando siempre el derecho de representación); en cuarto lugar, en igualdad de línea y grado, el varón prefiere y excluye a la mujer; en quinto lugar, en igualdad de línea, grado y sexo, el de más edad prefiere y excluye al menor (FJ 6.º, STC de 3 de julio de 1997).

Preferencia del varón sobre la mujer.—Si bien es cierto que el carácter histórico de una institución no puede excluir por sí solo su contraste con la CE, el análisis de los títulos nobiliarios a la luz del artículo 14 CE no nos puede llevar a asimilar situaciones que en su origen no han sido equiparadas por las normas jurídicas que las crean. El principio de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato. Por ello, la confrontación con el artículo 14 CE de la diferencia por razón de sexo en la sucesión *mortis causa* de los títulos nobiliarios, no puede llevarse a cabo en abstracto, sino en el concreto ámbito de la institución de los títulos de nobleza, «para determinar si dicho principio es aplicable en este particular ámbito jurídico, dada la peculiar naturaleza de aquéllos» (FJ 8.º, STC de 3 de julio de 1997).

Admitida la constitucionalidad de los títulos de nobleza por su naturaleza meramente honorífica y la finalidad de mantener vivo el recuerdo histórico al que se debe su otorgamiento, «no cabe entender que un determinado elemento de dicha institución [...] haya de apartarse de las determinaciones establecidas en la Real Carta de concesión». Por tanto, la regla de la preferencia del varón a la mujer en la sucesión *mortis causa* de los títulos nobiliarios no se entiende contraria al artículo 14 CE. (STS de 19 de febrero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Doña María de Sagrado Corazón G.S.G.C., interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía ejerciendo acción declarativa de mejor derecho al título de la Baronía de Finestrat, frente a don Rafael G.S. Estimada la demanda en primera instancia, la representación proce-

sal del demandado interpuso recurso de apelación frente a la misma. Desestimado por la Audiencia Provincial, la misma parte interpuso recurso de casación ante el TS, el cual declaró haber lugar al mismo.

NOTA.—La sentencia que anotamos mantiene la línea jurisprudencial iniciada por las SSTs de 11 y 12 de diciembre de 1997, en las cuales se recoge, *ex* artículo 5.1 LOPJ, la tesis de la STC de 3 de julio de 1997 sobre la vigencia del principio de masculinidad, en igualdad de línea y grado. Declarado el carácter meramente simbólico de las dignidades nobiliarias, como una prerrogativa o preeminencia de honor, un *nomen iuris*, que no lleva aparejado en modo alguno *status* o condición estamental privilegiada ni ejercicio de función pública alguna, la adquisición de las mismas tiene lugar tal y como son, y no resultando discriminatorio su existencia, tampoco puede serlo la preferencia del hombre sobre la mujer. Así pues, «la legislación histórica aplicable a la sucesión regular en los títulos nobiliarios y, en particular, la Partida 2.15.2, de la que deriva la regla o criterio de la preferencia del varón sobre la mujer en igualdad de línea y grado, aplicable según lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820, y el artículo 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948, no es contraria a la Constitución Española» (FJ 17, STC de 3 de julio de 1997). Sin embargo, el contenido de los votos particulares que acompañaron a la misma es opuesto, al entender que el contenido de los títulos nobiliarios no se agota en el simple *nomen iuris* y, aunque su relieve en la actualidad ciertamente es muy limitado, en relación con el artículo 14 CE y con la regla de la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión *post mortem* de los títulos nobiliarios, «debe admitirse que el valor de los derechos fundamentales no se mide por el número de sus posibles titulares ni por el mayor o menor alcance de sus consecuencias jurídicas y prácticas». (R. D. O.)

11. Derecho de asociación.—El derecho de asociación es un clásico derecho de participación política, constitucionalizado en el artículo 22 de la vigente Carta Magna. El TC ha declarado reiteradamente (por ejemplo, STC 67/1985) que este derecho ampara tanto la libertad positiva de la persona (derecho a asociarse) como la negativa (derecho a no asociarse). Los dos límites fundamentales del derecho están fijados por la Constitución: en primer lugar, no se puede ejercitar este derecho para perseguir fines o utilizar medios tipificados como delito, y, en segundo lugar, están prohibidas las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar (algún que otro límite menor se refiere al nombre, o a la asociación en el seno de determinados cuerpos del Estado, etc.).

La asociación es el conjunto de personas unidas para alcanzar un determinado fin que es común a las mismas (fin que puede relacionarse con el deporte, como en nuestro caso, tan en auge en las sociedades de bienestar). Nos encontramos con una pluralidad de miembros, un fin lícito y determinado para cuya consecución se unen y una organización, y debe cumplirse lo estipulado en el artículo 22 CE, así como los preceptos de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones. No debe, de todos modos, confundirse el derecho a asociarse con el ejercicio de dicho derecho.

Por otra parte, cabe destacar el derecho a establecer estatutariamente el procedimiento y causas de admisión y expulsión de socios, como expresión

de la potestad de organización de la asociación, aunque esa regulación está limitada por la necesidad de no vulneración de la Constitución y resto de normas del ordenamiento jurídico (STC 104/1999), así como por los derechos fundamentales de los particulares. Además, un órgano jurisdiccional puede anular toda decisión social que atente contra dichas normas legales, o que carezca de «base procedimental razonable» conforme a las normas de la asociación (AATC 213/1991 y 2/1993, y SSTS de 26 de octubre de 1995 y 13 de junio de 1996).

Atentado de derechos fundamentales por los particulares.—Tradicionalmente se entendía que las normas constitucionales sobre derechos fundamentales sólo se aplicaban a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Sin embargo, a finales de los años cincuenta comienza en Alemania un profundo debate acerca de la vigencia de los derechos fundamentales entre ciudadanos en el tráfico jurídico privado (*Drittwirkung de derechos fundamentales*), debate exportado a bastantes otros países.

España no ha sido ajena a dichas ideas, y el TC ha tenido ocasión de reflexionar sobre ellas (por ejemplo, en las conocidas SSTC 218/1988, 96/1994 y 56/1995, relativas precisamente al derecho de autoorganización de las asociaciones privadas, además de en otras sentencias), así como también el TS (SSTS de 30 de noviembre de 1989, 16 de diciembre de 1991, 24 de marzo de 1992, 26 de octubre de 1995 o 13 de junio de 1996, entre otras). La importante STC 177/1988, señala que los actos de particulares pueden lesionar derechos fundamentales, y reconoce el derecho a exigir la reparación, mientras que la STC 171/1989 reconoce como límite de la autonomía de la voluntad el principio constitucional de igualdad de trato y las reglas que lo posibiliten. (STS de 2 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Ocho miembros de una asociación deportiva interponen demanda contra la entidad *Real Aeroclub de Vigo*, instando la anulabilidad de determinado acuerdo adoptado en Junta General Extraordinaria relativo a un concreto proyecto de obras y su financiación. Los ocho miembros citados, junto a otro más, interponen demanda suplicando la nulidad de la suspensión temporal de su condición de socios de la citada asociación. Se acumulan los autos y el Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia con fecha 9 de febrero de 1994, donde estima las demandas acumuladas, declara nulo tanto el acuerdo inicialmente impugnado como la medida cautelar, y repone en su condición de socios a los nueve demandantes. Se interpone recurso de apelación y la sentencia, de 6 de junio de 1994, lo estima parcialmente (en lo que toca al acuerdo impugnado, no a la medida cautelar de suspensión de la condición de socios). Contra dicha sentencia, se interpone recurso de casación.

NOTA.—La sentencia que anotamos se plantea como materia fundamental, dentro del marco del derecho de asociación y su protección, la cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, actuando como límite para la autonomía de la voluntad, el ejercicio de derechos o la realización de determinados actos.

Se admite en la sentencia que anotamos dicho límite, entroncando con una línea doctrinal y jurisprudencial consolidada: los particulares pueden atentar contra los derechos fundamentales de otro particular, y dicha lesión debe ser reparada. Pese a que la sen-

tencia anotada aluda, sin embargo, a derechos *constitucionales*, la mención debe entenderse realizada a derechos fundamentales, entroncando con la consolidada doctrina jurisprudencial. En nuestro caso, la expulsión indebida de estos socios, «sin causa acreditada y por mera represalia», vulnera realmente su derecho de asociación, como expone la sentencia.

El supuesto de lesión de algún derecho fundamental dentro de la órbita de una asociación ha sido estudiado por una serie de sentencias, tanto del TS como del TC, dado que parece terreno propicio para este tipo de lesiones, sobre todo a la hora de ejercitar la *potestad* disciplinaria («justicia interna», según se denomina expresamente en algún caso, tal y como recoge la STS de 28 de diciembre de 1988). Existe peligro de que pueda utilizarse dicha potestad con el único objetivo de separar de la asociación a miembros que discrepan de la mayoría, encubriendo dicha acción bajo el «manto» de la potestad de la asociación para autorregular su existencia, o del ejercicio de dicha potestad, y ello no debe permitirse.

Pese a que no cabe negar al órgano competente de una asociación el derecho de sancionar, conforme a unas normas propias *legales*, a los miembros que incumplan sus reglas internas, no debe servir para que la mayoría sancione sin base para ello a socios discrepantes, como en nuestro caso, pues se cercena su derecho de asociación (al impedirles su adecuado desarrollo como miembro, dentro de los límites aceptables), y fomenta una anormal «vida social», ya que los defensores de posturas minoritarias no las defenderán legítimamente por miedo a las consecuencias perjudiciales que conlleva dicha defensa. (A. J. Q. S.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

12. El incumplimiento contractual constituye un daño *per se*.—Esta Sala, aparte de otras, en S de 22 de octubre de 1993, ha sentado la doctrina de que, en síntesis, si bien el Código civil no regula la probanza de los daños y perjuicios, salvo la regla general del artículo 1214, en supuestos como el del debate, de donde resulta una situación de incumplimiento contractual provocada única y exclusivamente por la vendedora, dicha circunstancia ya determina por sí misma la obligación reparadora y, además, tiene declarado que el solo incumplimiento contractual no excluye la idea de que éste no constituya *per se* un perjuicio o daño, una frustración en la economía del contratante, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato operó en el vacío, y sus vicisitudes, en concreto, las contravenciones de las partes, no habrían de tener ninguna repercusión, pues así se contravendría la fuerza vinculativa de los negocios obligacionales y las consecuencias previstas en los artículos 1258 y concordantes del Código civil (entre otras, SSTS de 22 de octubre de 1993 y 30 de septiembre de 1989). (STS de 29 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Doña Margarita A. C. y doña Agustina A. C. demandaron por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a doña Rosa B. A. y a la herencia yacente de don Felipe B.A. La cuestión litigiosa se centraba principalmente en la determinación de si doña Margarita A. C. y doña Agustina A. C. eran o no propietarias del

apartamento dúplex con su terraza, y el local comercial situado exactamente debajo de aquél, ubicados en el complejo urbanístico *Peñíscola Playa* del término municipal de Peñíscola (Castellón).

El Juzgado estimó en parte la demanda y su sentencia fue parcialmente revocada en grado de apelación por la de la Audiencia. El TS estima el recurso de casación. (A. G. B.)

13. El ofrecimiento de pago, aunque no medie consignación judicial posterior, impide considerar al deudor incurso en resolución por incumplimiento.—La sentencia en recurso admitió el incumplimiento del recurrente, con lo cual vino a estimar la petición indemnizatoria deducida por los demandantes en las cuantías que fija. Dicho incumplimiento lo refiere al hecho de que el adquirente no atendió los deberes de pago, al reputar que sólo resultó cierto el abono de los ocho millones de pesetas, satisfechos a la firma del contrato (que fueron devueltos y recibidos), con lo cual no vino a admitir como efectivo pago la suma de 25.000.000 de pesetas, que practicó el comprador, al depositar cheque bancario por dicho importe ante notario (acta de 25 de octubre de 1989), que ofrecido a los vendedores lo rehusaron.

Cabe entender que este abono no representa efectivo pago, es decir, práctico y positivo, en cuanto no ingresó en el patrimonio de quienes eran acreedores-vendedores, pero no puede desconocerse sus efectos y transcendencia jurídica, ya que la oferta de pago respondía al débito que concretamente se expresa (primer plazo de la compraventa) y tuvo lugar durante el tiempo fijado en el contrato. Su rechazo resultó injustificado, lo que, conforme a la doctrina jurisprudencial consolidada (S de 10 de junio de 1996, que cita las de 5 de junio de 1944, 15 de abril de 1963 y 8 de junio de 1992, así como la de 2 de junio de 1992), el referido ofrecimiento, aunque no hubiera mediado consignación judicial posterior, ocasiona en el orden jurídico las consecuencias de impedir que pueda considerarse al deudor incurso en resolución por incumplimiento, como tampoco en caducidades.

Lo expuesto conduce a decir que el incumplimiento por impago que acogió el Tribunal de Instancia no ha tenido lugar, y por esta vía no se ha justificado el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios que se reclaman y la sentencia concede en atención al artículo 1124, ya que más bien se trata de falta de cobro que de propia falta de pago.

El percibo de los veinticinco millones de pesetas no estaba sometido a condicionamiento alguno, sin perjuicio de que en la impropiamente denominada «nota complementaria» que figura incorporada al documento privado de venta —se trata más bien de pacto integrador— se hiciera constar que en el mes de octubre de 1989 redactarían las partes un nuevo contrato, fijando bases o directrices, conviniendo al efecto que en el nuevo o novatorio contrato «se asegurarán las cantidades aplazadas o se estudiarán las posibilidades de hacer escritura pública, para que se pueda disponer de créditos oficiales o hacer constar las cantidades aplazadas en dicha escritura pública».

Así las cosas, lo que pretendían los vendedores era afianzar el precio aplazado, bien otorgando otro documento privado o mediante escritura pública, en la que debían de estar de acuerdo, previo el estudio conforme de su contenido y condiciones, fijándose en este documento precisamente los aplazamientos de pago que se acordasen, sin que ninguna de estas soluciones llegara a tener efectividad práctica y ocasionar posible incumplimiento por el recurrente que la sentencia lo margina y no lo resuelve, apartándose de la argumentación jurídica del Juez de Primera Instancia, así como de lo sosteni-

do por los demandantes, que situaron el incumplimiento del comprador recurrente precisamente en no haber dado efectividad a lo acordado en la referida «nota complementaria», cuando la misma exigía para su realización el necesario acuerdo de voluntades de los interesados, dada la literalidad de su redacción, por lo que se vedaba a los vendedores exigir e imponer al comprador la constitución de primera hipoteca y sólo proponer esta fórmula de afianzamiento, sin que el recurrente se negase a que se otorgase escritura pública en la que se hicieran constar las cantidades cuyo pago se aplazaba, así como el establecimiento de condición resolutoria para el supuesto de impago.

Lo expuesto conduce a estimar el motivo y al tiempo a rechazar el segundo, en que se aporta infracción de los artículos 1131 y 1132, por consecuencia de errónea interpretación de la denominada «nota complementaria», que no contiene obligación alternativa alguna a cargo del recurrente (deudor del precio del contrato), sino más bien se trata de un pacto con ejecución alternativa en las dos fórmulas que preveía y cuya realización precisaba la conformidad de sus otorgantes, al no facultarse cumplimientos unilaterales y menos arbitrarios, pues, si bien su contenido es disyuntivo, no representa ninguna situación de obligación electiva, ya que no contiene atribución alguna en tal sentido a cualquiera de las partes en aspectos opcionales y potestativos, capaces de configurar efectivo derecho de elección. (STS de 30 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda ante el Juzgado de Primera Instancia solicitando se declare válida y eficaz la resolución del contrato de compraventa celebrado en documento privado respecto a dos fincas que integraban un Hotel, por incumplir el demandado las obligaciones asumidas en el contrato. El demandado contesta a la demanda y solicita se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda y se absuelva al demandado. Se estima íntegramente la demanda en primera instancia, y se declara resuelto el contrato de compraventa, condenando al demandado al abono de las cantidades justificadas en ejecución de sentencia. Recurrida por el demandado la sentencia en apelación ante la Audiencia Provincial de Granada, ésta confirma la sentencia dictada en primera instancia. Se interpone recurso de casación y el TS declara que ha lugar al recurso, revocando las sentencias anteriores. (A. I. H. O.)

14. Compraventa de una máquina que no cumple las utilidades previstas. *Aliud pro alio*.—Se está en presencia de la entrega de una cosa diversa (*aliud pro alio*) cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y completa insatisfacción del comprador.

Imprudencia de las acciones edilicias.—No procede la aplicación de los artículos 1484 CC y siguientes cuando los defectos de la cosa son de tal entidad física o funcional (habida cuenta del contrato) que suponen un incumplimiento contractual que hace inútil la máquina para el cumplimiento de su destino conforme a su naturaleza. En términos análogos, las SSTS de 12 de febrero y 17 de mayo de 1988. Los defectos ocultos a los que se refieren estos preceptos son los equivalentes a deterioros, desperfectos o irregularidades en la calidad o idoneidad de los objetos suministrados que dificultan su utilidad. (STS de 27 de abril de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Contrato de compraventa de un horno para la fabricación industrial de magdalenas, conchas y bizcochos. La máquina entregada no sirve para la fabricación de magdalenas y conchas, quedando su productividad limitada a la fabricación de bizcochos y ni siquiera puede ser utilizada para este producto con un rendimiento al cien por cien. El vendedor presenta demanda solicitando el cumplimiento del contrato por el comprador (pago del precio). La compradora se opone alegando el incumplimiento del vendedor, por entregar un horno inútil al fin al que se destina. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimando parcialmente la demanda y condenando a la compradora al pago del precio. La Audiencia Provincial revoca dicha resolución y declara la desestimación íntegra de la demanda por incumplimiento del vendedor, al entregar un *aliud pro alio*. El vendedor presenta recurso de casación en el que alega que no se trata de un supuesto de incumplimiento del artículo 1124 CC sino de un caso de vicios ocultos, por lo que los preceptos a aplicar son los artículos 1484 y ss. CC. (*L. S. M. P.*)

15. El requerimiento notarial y el artículo 202 del Reglamento Notarial.—En cuanto al alegato de la irregularidad del requerimiento notarial por haberse practicado a una vecina sin hacer constar su nombre, estado y ocupación, ha de rechazarse, ya que el artículo 268 de la Ley de Enjuiciamiento Civil rige para las actuaciones y actos de comunicación judicial, pero el Reglamento Notarial autoriza a que en los actos de requerimiento se haga constar que la persona con la que se entiende la diligencia se niegue a dar su nombre (art. 202).

Aunque el requerimiento no hubiera sido personal y se hubiera efectuado con una vecina que se comprometió a hacerlo llegar a su destinatario, no por eso deja de ser válido, suficiente y trascendental (SS de 27 de mayo y 25 de septiembre de 1985 y 18 de noviembre de 1993), pues no se demostró, como procedía, que la receptora no hubiera cumplido el encargo.

Se alega asimismo haber cometido el Tribunal de Instancia infracción del artículo 1156.1.º CC, toda vez que no reputó como abono del precio de la compraventa, y con ello queda extinguida la obligación, la consignación efectuada en los juicios ejecutivos seguidos contra el recurrente, por las cantidades que se le ejecutaron.

El motivo se rechaza, pues la cantidad consignada por medio de cheque bancario no alcanza a satisfacer la totalidad de la deuda que reflejan las cambiales impagadas, aportadas con la demanda, y corresponde a fecha posterior al requerimiento practicado. Dicha suma consignada quedó sujeta a las resultas de este procedimiento, por lo que no fue percibido aún de modo efectivo por la mercantil vendedora.

En cuanto a la cantidad consignada en el trámite de apelación, también retenida a resultas del litigio, se trata de un pago arbitrario, fuera de la reglamentación contractual (S de 16 de marzo de 1995) y también posterior al requerimiento resolutorio, con lo que no priva a éste de su plena efectividad, pues no enerva la eficacia de la resolución, al quedar acreditados los incumplimientos que facilitaron dicho requerimiento, tratándose por tanto de consignación tardía (SS de 17 de mayo de 1994, 21 de marzo de 1996 y 21 de junio de 1996).

La facultad de resolver y de exigir el cumplimiento de la obligación. El artículo 1124 CC.—Se aduce asimismo en el motivo tercero la infracción

de los artículos 1124 y 1504 CC, lo que sirve para atacar la sentencia recurrida en la interpretación que lleva a cabo sobre la alternativa de elección entre exigir el cumplimiento del contrato o su resolución, que el referido artículo 1124 otorga al perjudicado contractual.

Alega el recurrente que la cláusula quinta del contrato resulta imperativa, ya que facilitaba al vendedor optar por la resolución del contrato cuando aquél incumpliera lo acordado o incurriera en retraso en el pago de las cantidades del precio. En el caso de autos, más que propio retraso se trata de situación perfectamente definida de impago, que obligó a la empresa a promover dos ejecutivos para hacer efectivas alguna de las cambiales no atendidas, y que provocó la continuada actitud incumplidora del recurrente, por lo que la compraventa fue inevitablemente resuelta, no sólo por tratarse de pacto válido y libremente convenido por las partes, sino porque lo autoriza el artículo 1124 en relación al 1504 CC, lo que no impide que se acordase que a la vendedora correspondía la facultad de pedir el cumplimiento del negocio, que no ejercitó, por lo que no procede el argumento de que en este caso la vendedora de referencia optó por exigir el cumplimiento al promover los dos juicios ejecutivos, ya que éstos tuvieron por objeto parte de las cambiales que integraban el precio y no la totalidad del mismo, ya que quedaban pendientes letras no atendidas, con lo que no se trata de ejercicio simultáneo de la facultad de resolver y la de exigir el cumplimiento de la obligación conforme al artículo 1124 (SS de 1 de febrero de 1985, 8 de mayo de 1995, que cita las de 9 de octubre de 1981, 29 de noviembre de 1989 y 14 de febrero de 1992).

El ejercicio de la acción ejecutiva no representa la voluntad optante que se quiere atribuir, y la continuada actitud incumplidora del que recurre no impide la resolución y el planteamiento posterior del juicio declarativo, puntualizando la S de 2 de febrero de 1995, que la existencia de varios procesos en reclamación del precio adeudado, lo que acredita es la decisión obstativa del obligado comprador a que se cumpliera la voluntad negocial por sus incumplimientos de pago en los plazos convenidos. De este modo, ha de tenerse como correcta la acción resolutoria entablada, ya que, en todo caso, como se deja dicho, las consignaciones dinerarias llevadas a cabo en los procesos ejecutivos no cubren la totalidad del precio adeudado y ello impide considerar situación de deuda totalmente pagada.

La falta de formalidad ritual que el artículo 1280 CC exige, no desvirtúa los contratos debidamente perfeccionados.—En el último motivo se denuncia infracción del artículo 1280.1.º CC, al no constar en escritura pública la compraventa objeto del pleito, lo que obstaculizó al recurrente la posibilidad de obtener crédito hipotecario para atender al pago del precio.

La necesidad de que las relaciones contractuales en las que se transmitan derechos reales sobre bienes inmuebles consten en escritura pública no es imperativa, pues resulta eficaz la llevada a cabo mediante documento privado, incluso en forma verbal. La falta de formalidad ritual que el artículo 1280 exige, no desvirtúa los contratos debidamente perfeccionados, ni modifica tampoco el artículo 1278, según reiterada jurisprudencia que acoge el principio *pacta sunt servanda*, en relación a los artículos 1254 y 1255 y no tiene otro alcance que el que establece el artículo 1279.

Cuestión distinta es la necesidad de otorgar escritura pública para acceder a los préstamos hipotecarios que otorgan las entidades bancarias y que en el presente caso sólo hay que atribuirlo a la conducta contractual incumplidora del recurrente, ya que la cláusula cuarta del documento de venta le autorizaba a solicitar el otorgamiento de escritura, pero siempre y cuando hubiera satis-

fecho la totalidad del precio del contrato, lo que no ocurrió, sin que hubiera demostrado actitud impositiva alguna u obstaculizadora imputable a la mercantil vendedora, por lo que el motivo claudica. (STS de 22 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia se interpone demanda solicitando se declare resuelto el contrato de compraventa suscrito, y se condene al demandado a la pérdida de las cantidades entregadas a cuenta de la compraventa y se condene a la entrega a la parte actora de la posesión material de la finca objeto de compraventa, más el interés anual sobre la cantidad adeudada. Se contesta por el demandado la demanda, solicitando que se acuerde no haber lugar a la resolución del contrato de compraventa. Se estima la demanda en primera instancia, declarando resuelto el contrato de compraventa y condenando al demandado a desalojar y dejar libre la vivienda, imponiéndose a la parte demandada todas las costas del procedimiento. Recurrida dicha sentencia en apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, ésta estima parcialmente el recurso, excluyendo de la condena únicamente la imposición de costas en primera instancia, manteniendo el resto de la sentencia en su integridad. Se formaliza recurso de casación, y el TS declara no haber lugar al recurso, imponiendo al recurrente las costas del procedimiento. (A. I. H. O.)

16. Inaptitud de los artículos 66 y 71 CC para servir de soporte exclusivo a un motivo casacional.—La parte recurrente fundamenta el primer motivo del recurso de casación en el artículo 1692.4.º LEC, alegando que en la sentencia recurrida se han infringido, por inaplicación, los artículos 66 y 71 CC, así como la doctrina relativa a los mismos. Este motivo es desestimado, señalando el Tribunal que los referidos preceptos suponen proclamaciones programáticas basadas en los artículos 14 y 32 CE, así como en el artículo 23.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por Instrumento de 13 de abril de 1977, y en el artículo 16 de la Convención de Nueva York de 18 de diciembre de 1979 sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ratificado por Instrumento de 16 de diciembre de 1983. Por ello, dichos preceptos, dado su carácter de generalidad, no pueden ser aptos para servir de soporte exclusivo a un motivo casacional (SSTS de 31 de diciembre de 1993 y 30 de diciembre de 1994).

Resolución contractual por incumplimiento del comprador del bien inmueble de su obligación de pagar el precio. Innecesariedad de ánimo deliberado de causar el incumplimiento.—El segundo motivo también aparece fundamentado por la parte recurrente en el artículo 1692.4.º LEC, esgrimiendo, en este caso, la aplicación indebida de los artículos 1124 y 1504, así como la jurisprudencia relativa a los mismos. El núcleo del actual motivo se deriva de la alegación constituida por la conducta del demandado, que, según él, no supuso una voluntad rebelde y obstativa del cumplimiento de la obligación de pago. Este motivo es igualmente desestimado recordando el Tribunal la moderna doctrina jurisprudencial que establece que «no es preciso que el contratante incumplidor actúe con ánimo deliberado de causar el incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó (SS de 14 de febrero

y 4 de marzo de 1992, 22 y 23 de marzo, 2 de abril, 26 de julio y 19 de octubre de 1993, entre otras muchas más». Dicha conducta obstativa es suficiente para que entren en juego en su generalidad el artículo 1124 y con su especificidad el artículo 1504, ambos del CC.

La valoración de la cláusula penal es tarea del Tribunal de instancia, por lo que en principio está excluida de la casación.—En el presente caso, la sentencia recurrida hace un estudio de la cláusula penal adherida al contrato principal, que ha sido resuelto por la actitud de la parte recurrente, haciendo entrar en juego lo dispuesto en el artículo 1255 CC —libertad contractual— y en el artículo 1152 de dicho Cuerpo legal, que regula la obligación con cláusula penal, y al interpretar la misma llega a unas conclusiones que determinan la *ratio decidendi* del fallo cuestionado. Señala en relación a esta cuestión el Tribunal que «esta operación hermenéutica sobre la constitución del alcance y contenido de la cláusula penal es una operación exclusiva de la soberanía de instancia, por lo que queda excluida la revisión casacional (SS 20 de octubre de 1988, 19 de febrero de 1992, entre otras más)». (STS de 4 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Una entidad mercantil formuló, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Algeciras, demanda solicitando se declarase resuelto el contrato de compraventa suscrito entre las partes, con resarcimiento de daños e intereses a favor de la actora. El Juzgado estima la demanda.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Cádiz, dictándose sentencia desestimando el recurso. Dicha sentencia es objeto del presente recurso de casación. (A. G. B.)

17. Compraventa de bienes inmuebles. Resolución por incumplimiento del comprador. Relación entre los artículos 1124 y 1504 CC.—Los artículos 1124 y 1504 CC no se excluyen sino que se complementan, de tal forma que la regla general que se establece en el primero para toda clase de obligaciones recíprocas no obsta al desarrollo específico y concreto del segundo para el supuesto de compraventa de bienes inmuebles y falta de pago del precio por parte del comprador.

Requisitos para la aplicación del artículo 1504 CC.—Es doctrina del TS que, para una correcta aplicación del artículo 1504 CC, deben concurrir los siguientes requisitos: *a)* precio aplazado, *b)* impago del precio, *c)* voluntad rebelde al cumplimiento del pago del precio, *d)* requerimiento judicial o notarial, y *e)* que el vendedor cumpla sus obligaciones de entrega del bien inmueble.

El requerimiento resolutorio condicionado a la falta de cumplimiento por el comprador.—Es perfectamente admisible a los efectos resolutorios un requerimiento notarial en el que el vendedor comunique al comprador su opción por la resolución del contrato de compraventa, pero subordinando la opción al pago por el comprador del precio adeudado en el plazo de dos días laborables. El TS, reiterando lo que considera una doctrina jurisprudencial pacífica y constante que ha superado otra contrapuesta, afirma que «nada impide calificar al requerimiento del artículo 1504 CC, como un acto jurídico complejo integrado, en su fin principal, por una declaración unilateral de voluntad —a la que la ley anuda un efecto resolutorio contractual— condicionada, es decir, que la finalidad última, que es el ejercicio de la resolución, se

debe supeditar, en un sentido técnico-jurídico, o se debe subordinar al cumplimiento de un acto concreto: el pago por el deudor comprador (SSTS de 1 de junio de 1987, 27 de abril de 1988, 9 de marzo de 1990, 11 de febrero y 6 de noviembre de 1991, entre otras más)».

Inexistencia de incumplimiento previo del vendedor.—No existe incumplimiento del vendedor —y por tanto no procede estimar la *exceptio non adimpleti contractus* alegada por el comprador— cuando el vendedor haya entregado la vivienda objeto del contrato y dicha entrega haya sido aceptada por el comprador. A estos efectos, carece de relevancia la existencia de ciertas irregularidades administrativas en la situación jurídica del inmueble, que no han tenido ninguna consecuencia.

Interpretación del contrato.—Constituye una cuestión de hecho (*questio facti*), y, como tal, corresponde a la soberanía del Tribunal de instancia, no siendo susceptible de revisión en casación, a no ser que la interpretación efectuada en la sentencia recurrida sea ilógica, desorbitada o irracional (así lo establece reiterada jurisprudencia contenida, entre otras sentencias, en las SSTS de 21 de junio de 1992, 30 de septiembre y 18 de diciembre de 1993, 3 de febrero y 31 de diciembre de 1994). (STS de 27 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—El vendedor presenta demanda solicitando que en virtud de la resolución por incumplimiento de los compradores, se les condene a devolver la casa objeto del contrato en las mismas condiciones que la recibieron y a la pérdida de la cantidad entregada a cuenta del precio, así como a una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento. En primera instancia se declara la resolución del contrato y se condena a los demandados a la devolución del inmueble y a la pérdida del dinero entregado a cuenta del precio. La sentencia de la audiencia desestima el recurso de apelación interpuesto por los compradores. Los compradores presentan recurso de casación en el que alegan falta de aplicación de los artículos 1124 y 1504 CC, en concreto sostienen que no hubo un verdadero requerimiento resolutorio por parte del vendedor y que éste a su vez no había cumplido lo que le correspondía.

NOTA.—En el caso resuelto por la sentencia, los compradores cuestionaban la existencia de una voluntad resolutoria por parte del vendedor, amparándose en el hecho de que en el requerimiento notarial, el vendedor les daba un plazo para cumplir. Con buen criterio, el TS afirma que existe una verdadera voluntad de optar por la resolución, aun cuando esta opción se supedite a la falta de cumplimiento por el comprador en el plazo que discrecionalmente le conceda el vendedor, y ello es perfectamente admisible. Pero una cosa es que sea admisible un requerimiento resolutorio condicionado a la falta de pago, y otra cosa distinta es afirmar que el requerimiento resolutorio del artículo 1504 «se debe supeditar, en un sentido técnico jurídico, o se debe subordinar al cumplimiento de un acto concreto: el pago por el comprador». Hay que resaltar, que a pesar de lo que pudiera extraerse del tenor literal de la sentencia (que a su vez transcribe el texto de la STS de 1 de junio de 1987), el propio TS ha declarado que el requerimiento resolutorio del artículo 1504 CC no precisa la concesión de un plazo de gracia al comprador [así, la STS de 22 de septiembre de 1997 (cuyo ponen-

te, el Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, también lo es de la sentencia que estamos extractando) y la STS de 30 de diciembre de 1997 (ambas recogidas en *ADC*, 1999, II, pp. 861 y 862-863 respectivamente)]. (*L. S. M. P.*)

18. Compraventa. Artículo 1502 CC.—El artículo 1502 CC autoriza al comprador a suspender el pago del precio «si fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida o tuviese fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria». Este precepto debe ser objeto de interpretación restrictiva, ya que socava temporalmente la obligación básica del comprador. De igual manera, la suspensión a que alude el precepto no podrá autorizarse por los órganos jurisdiccionales, si no es en los casos tipificados del ejercicio de una acción reivindicatoria o hipotecaria.

Igualmente, en su resolución, el TS alude a la aplicación a este supuesto del artículo 1124 CC, al entender que la condición resolutoria tácita establecida en tal precepto, es ejercitable en todos los contratos bilaterales. Asimismo, reconoce el Tribunal que los desistimientos contractuales, en general, pueden robustecerse en virtud de condiciones resolutorias expresas. (**STS de 16 de febrero de 1999**; ha lugar.)

HECHOS.—Se formula demanda en juicio ordinario de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de Elche, solicitando que se declare la existencia y validez de un contrato de compraventa, entre otros extremos. Los demandados en su contestación alegaron, además de otras cuestiones, falta de personalidad en el demandado, así como defecto legal en el modo de proponer la demanda. En este orden de cosas, el Juez dictó sentencia parcialmente condenatoria de los demandados, los cuales presentaron recurso de apelación ante la sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Alicante, la cual resolvió con fecha 12 de julio de 1994, confirmando la decisión de instancia. Finalmente, se interpone recurso de casación alegando, al amparo del ordinal 4.^o del artículo 1692 LEC, la infracción del artículo 1502 CC, así como la vulneración de los artículos 523 y 160 y siguientes, todos ellos de la LEC. El TS estima el recurso presentado, en lo que respecta exclusivamente al segundo motivo alegado en él. (*J. L. B.*)

19. El comprador que paga el arbitrio de plusvalía tiene derecho a repercutirlo en todo caso sobre el transmitente; y si éste está exento del pago es quien ha de reclamar del Ayuntamiento que no le comunicó la liquidación.—Considera el Tribunal que el motivo, que mantiene el derecho a repercutir lo pagado, ha de acogerse pues la obligación nacida de la cláusula cuarta del contrato (fuente de la obligación, según el art. 1089 CC), tiene fuerza de Ley entre las partes (art. 1091 del propio texto legal) y ha de cumplirse de la forma que determina el artículo 354.2 del RD 781/86, que autoriza tal repercusión de lo pagado sobre aquel en el que recae el arbitrio, es decir, en el enajenante, sin que por lo expuesto pueda mantenerse que se pagó indebidamente por *El Corte Inglés*, que se ve apremiado al efecto, pero que no debe en ningún caso convertirse en el contribuyente, como si sobre él recaese el tan aludido arbitrio; y si existe exención en favor de la Mutua, es ella quien tiene que oponerla frente al Ayuntamiento y acreditarla, reclamando del mismo si es que hubo cobro de lo indebido y si es que dicho organismo no le

comunicó la liquidación y las sanciones cual afirma, ya que *El Corte Inglés* cumplió su obligación al declarar la transmisión del dominio e indicar que estaba exenta, señalando como disposición legal aplicable el «artículo 8.1.g) de la Ordenanza núm. 21 del Arbitrio s/ el incremento sobre los terrenos», según se comprueba una vez acogido el motivo, constando también que *El Corte Inglés* realizó comunicaciones de la situación existente a la Mutua, reconociendo el representante de ésta en confesión judicial que, al menos, cuando le comunicó *El Corte Inglés* la cantidad que había que pagar ya estaba en período de ejecución y si el Ayuntamiento no le comunicó la liquidación del impuesto de plusvalía (como igualmente afirma), no puede pretender que las consecuencias perjudiciales de ello recaigan sobre el comprador, en realidad simple sustituto en el pago y, por ello, con derecho a repercutirlo sobre el enajenante, que es quien ha de reclamar, en su caso, del Ayuntamiento, porque su pasividad no justifica lo contrario. Cuanto antecede es también interpretación lógica de los artículos 6º c), 7º b) y 8º.1 g) 2 y 3 de la Ordenanza núm. 21 del Arbitrio sobre el incremento del valor de los terrenos del Ayuntamiento de Madrid. (STS de 30 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El 12 de mayo de 1988, la Mutua de Agentes Comerciales de España vendió a *El Corte Inglés, S. A.*, la finca sita en el núm. 6 de la calle Mariana de Pineda, de Madrid, por precio de 140.000.000 de pesetas, pactándose en la estipulación cuarta que todos los gastos, derechos, impuestos y arbitrios que se originasen por el otorgamiento de la escritura serían satisfechos por las partes con arreglo a la Ley. Como *El Corte Inglés* hubiera de pagar al Ayuntamiento 6.850.646 pesetas por el impuesto Municipal de plusvalía ante los requerimientos ejecutivos que le fueron hechos, presentó demanda reclamando tal cantidad a la Mutua vendedora, que fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de los de la capital, al entender que «el arbitrio sobre incremento del valor de terrenos pagado por la actora al Ayuntamiento de Madrid... había sido indebidamente cobrado por la administración municipal, según se derivaba del propio documento oficial de declaración, que declaraba exenta la transmisión, indicando como disposición legal el artículo 8.º 1 g) de la ordenanza núm. 21 del Arbitrio sobre el incremento sobre los terrenos», dándose la figura extracontractual del cobro de lo indebido, por entregarse cantidad no debida en la creencia errónea de que se estaba obligado a hacerlo, procediendo aplicar los artículos 1895 a 1901 CC y debiendo dirigirse la acción contra quien aceptó el pago.

La sentencia recurrida en casación por *El Corte Inglés*, dictada por la sección 21.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, confirmó íntegramente la del Juzgado, cuyos fundamentos acepta, estableciendo, con cita del artículo 353.1 e) del Real Decreto Legislativo 781/1986, texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, que la Mutua estaba exenta del pago del impuesto y que el artículo 354.1 b) lo impone en las transmisiones onerosas al transmitente, pero como la Mutua está exenta del impuesto por ser entidad de Previsión Social, aunque el adquirente tenga la condición de sustituto del contribuyente y pueda repercutir sobre el transmitente el importe del gravamen, al estar éste exento del pago, mal puede darse lugar a la repercusión del gravamen inde-

bidamente girado e ingresado, por lo que habría de reclamarse la devolución del Ayuntamiento. (O. M. B.)

20. Viviendas de protección oficial. Revisión de precios de venta.—Las innovaciones legislativas en materia de revisión de precios de venta de inmuebles, caso aludido en la sentencia que analizamos, en referencia a viviendas de protección oficial, carecen de efecto retroactivo y, por tal motivo, sus criterios no son aplicables a las viviendas transmitidas con anterioridad, ni a aquellas en las que se hubiesen anticipado cantidades a cuenta. Así se desprende del artículo 3.º de la Orden de 19 de febrero de 1979, así como de la DA 3.ª del Real Decreto de 31 de octubre de 1978.

Por otra parte, en relación a la subrogación en el crédito hipotecario solicitado por los promotores para financiar la construcción del edificio, se establece en la sentencia que, a tenor de lo estipulado, el comprador deberá subrogarse legalmente en la suma pendiente de amortizar a la fecha de su adquisición, que será una cifra variable, no pudiendo cuantificarse de forma simplista en una cifra invariable e igual para todos los compradores.

Con respecto a la imputación de los gastos hipotecarios que se hacen recaer en los adjudicatarios de las viviendas, podrán asignárseles los costes de la amortización del crédito porque son los subrogados los que tendrán que hacer los pagos finales, pero no resulta admisible que se les repercutan los gastos de constitución de la hipoteca y de la división de la misma. Esta distribución hipotecaria, al que favorece es al constructor y, por ello, no es correcto desviar hacia el consumidor final unas impensas que gravitan directamente sobre el empresario.

En fin, debe tomarse en consideración lo establecido en el artículo 128 del Decreto de 24 de julio de 1968, por el cual se aprobó el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, a cuyo tenor, «De los precios de venta...se deducirá, en todo caso, el importe no amortizado de los anticipos y préstamos que se hubieran obtenido para la construcción, en los que se subrogará al comprador». (STS de 2 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Se presenta demanda en juicio declarativo ordinario de menor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de los de Zaragoza, solicitando sentencia en la que se condene a los demandados a otorgar escritura pública de compraventa de una serie de viviendas correspondientes a los demandantes. En su contestación, los demandados formularon reconvencción suplicando la condena de los actores a suscribir escritura de compraventa de una serie de pisos en cuya posesión se estaban pagando las cantidades que faltaban de pagar del precio inicialmente convenido, y que correspondían a los reconvinientes. Tramitado el procedimiento, el Juez de Primera Instancia dictó sentencia el 28 de mayo de 1993, desestimando la demanda principal y estimando parcialmente la reconvencción. Apelada esta decisión por la parte demandante, la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia con fecha 26 de enero de 1994, estimando el recurso presentado y desestimándose, por tanto, la demanda reconvencciónal anteriormente reseñada. Esta última resolución fue objeto de recurso de casación en base a dos motivos, amparados ambos en el núm. 4 del artículo 1692 LEC, a saber, la inaplicación del párrafo 1.º del artículo 1281 CC y la apli-

cación indebida del artículo 1288 CC. Finalmente, la Sala de lo Civil del TS, desestima el recurso presentado. (J. L. B.)

21. Plazo de ejercicio de la acción de reducción de donaciones: el de cinco años.—El problema del plazo de ejercicio de la acción de reducción tiene solución dentro de la regulación legal de las donaciones, atendiendo a la letra del párrafo segundo del artículo 654 CC, según la cual, «para la reducción de las donaciones se estará a lo dispuesto en este capítulo...». Por tanto, es en las normas contenidas en los artículos 644 a 656 donde se deben remediar las lagunas e insuficiencias de la acción de reducción, y para ello ha de utilizarse necesariamente el procedimiento analógico.

El supuesto de hecho del artículo 654 no guarda afinidad obviamente ni con la revocación de las donaciones por ingratitud ni por incumplimiento de cargas impuestas al donatario, sino con la revocación por supervivencia o superveniencia de hijos. En éste, el artículo 644 faculta al donante para revocar la donación para favorecer al hijo o descendientes. En aquél, se favorece al legitimario que por causas que puedan perfectamente sobrevenir a la donación, la misma le perjudica.

La sentencia de esta Sala de 12 de julio de 1984 abordó el problema del plazo de ejercicio de la acción de reducción de donaciones inoficiosas, pero sus consideraciones no pasan de ser *obiter dicta* al rechazar el recurso de casación contra una sentencia que había desestimado aquélla por haber transcurrido el plazo de quince años (art. 1964 CC). La Sala desestimó el recurso porque alegaba únicamente como motivo la infracción del artículo 1965 CC. Argumentó para ello una serie de razonamientos que, a la vista del planteamiento del recurso, pueden ser algunos meros *obiter dicta*. Entre ellos se encuentra indudablemente su opinión sobre el plazo de ejercicio de la acción, sobre el que dijo: «B) el plazo para la prescripción de la acción ciertamente ejercitada no es con seguridad el de quince años que la Audiencia le reconoce apoyándose en la generalidad del mismo según los términos del artículo 1964 («las personales que no tengan señalado término especial de prescripción»), cabiendo pensar en otro plazo menor, así el de un año del artículo 652, o acaso mejor, el de cuatro años del 1299 y, más próximamente aún, el de cinco años del 646, que contempla un supuesto semejante al caso litigioso y entre los que se aprecia identidad de razón, por lo que procedería su aplicación analógica (núm. uno del artículo cuarto del CC); tesis esta última que reforzaría el fundamento desestimatorio por hacer ya incuestionable a todas luces el efecto de la prescripción». En suma, se mostró entonces una predilección por el de cinco años, que ahora se confirma como *ratio decidendi* de esta sentencia.

Plazo de ejercicio de la acción de reducción de donaciones: plazo de caducidad.—La acción debe regirse por su analogía con la de revocación de donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos, luego no ha de tener naturaleza distinta su plazo de ejercicio, que es de caducidad. La doctrina de esta Sala es la de que la misma es predicable de «los llamados derechos potestativos, y más que a ellos propiamente hablando a las facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica», incluyendo a la revocación de las donaciones en los supuestos ejemplificativos que enumera (SS de 11 de mayo de 1966, 25 de mayo de 1976, 28 de enero de 1983 y 10 de noviembre de 1994). Con la reducción se pretende dejar sin efecto desde la muerte del causante, en todo o en parte, una donación que ha devenido inoficiosa, en otros términos, una alteración de una situación jurídica actual, que por motivos de seguridad del tráfico no interesa dejarla en una

provisionalidad larga, sino en que aquélla, o la nueva situación, quede consolidada e inatacable. No lo consigue la prescripción, susceptible de interrupciones ilimitadas temporalmente. (STS de 4 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Juan R.D. y otros formularon demanda en juicio de menor cuantía sobre reclamación de legitimación y otros extremos, contra don Manuel R.D. y otros.

El Juzgado de Primera Instancia de Llerena dictó sentencia desestimando la demanda. En grado de apelación, la Audiencia Provincial dictó sentencia, confirmando la del Juzgado. No ha lugar al recurso de casación. (O. M. B.)

22. Arrendamiento de industria: concepto.—Existe contrato de arrendamiento de industria cuando el arrendatario recibe no sólo el bien inmueble, sino también el negocio o industria en él establecido. Todo ello forma una unidad patrimonial independiente que puede ser explotada comercialmente por el arrendatario.

Arrendamiento de industria: acto de administración.—El TS considera que el arrendamiento de industria es un acto de administración. Por tanto, en virtud de lo establecido en el artículo 398 CC, para adoptar este tipo de decisiones, se requiere el consentimiento de la mayoría de los copropietarios. (STS de 12 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La propiedad del *Teatro Nuevo Apolo* pertenece a las hermanas Patuel Longas. En octubre de 1984 suscriben un contrato destinado a realizar las operaciones de valoración necesarias para la división de los bienes comunes (entre los que se encuentra el citado teatro). En la misma fecha, las mencionadas hermanas pactan, en otro documento, un arrendamiento de parte indivisa de una industria, en virtud del cual doña M.^a Desamparados P. L. se aparta de la explotación del teatro, en favor de sus otras dos hermanas, a cambio de una determinada renta mensual.

En marzo de 1985, doña M.^a Dolores y doña Vicenta P. L. arriendan el teatro objeto del litigio a la entidad *Espectáculos Herpa, S. A.* Posteriormente, en septiembre de 1987, ésta subarrienda el mencionado teatro a la sociedad *Nuevo Apolo, S. A.* En diciembre de 1987, se resuelve unilateralmente por doña M.^a Dolores y doña Vicenta P. L. el acuerdo de octubre de 1984 y se suscribe un nuevo contrato de arrendamiento en favor de la entidad *Espectáculos Herpa, S. A.*

Doña M.^a Desamparados P. L. interpone demanda suplicando, entre otras cosas, la declaración de la nulidad de los contratos de arrendamiento celebrados en 1987, así como la condena de los demandados a pagar solidariamente una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima la reconvencción. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y desestima los recursos de apelación de los demandados. El TS declara no haber lugar a los dos recursos de casación interpuestos. (M. J. P. G.)

23. Un cambio sustancial en el aumento de la venta de un contrato de arrendamientos rústicos, supone la novación objetiva de dicho contra-

to, en todas sus consecuencias.—Existe doctrina jurisprudencial derivada de varias sentencias de esta Sala (SSTS de 4 de mayo de 1993, basada en la de 14 de marzo de 1978, y en la de 10 de octubre de 1978), que establece que puede surgir la novación objetiva extintiva de un contrato de arrendamiento rústico, sin necesidad de que así conste en la escritura en la que se ha plasmado el mismo, cuando la relación arrendaticia ha sufrido una modificación sustancial, sobre todo cuando la misma recae sobre la renta a pagar, pues la modificación en alza de la misma, cualquiera que sea su motivación, puede hacer que el contrato quede sometido a una normativa distinta, sobre todo en lo relativo a las prórrogas legales, según que la renta fuera inferior o superior a las 5.000 pesetas anuales, o su equivalente en quintales de trigo.

En la presente contienda judicial, en el año 1965, y desde el año 1955, la parte recurrida como arrendataria pagaba la suma de 446 pesetas anuales, y a partir de 1966, se fijó la venta en una determinada cantidad de trigo, fijada por la suma de 4.500 kilos, lo que supuso una elevación de la venta hasta 31.195 pesetas. Señala la sentencia que como ese cambio de objeto—renta— se operó en 1966, es a partir de entonces cuando ha surgido un nuevo contrato de arrendamiento, que no estará sujeto a la normativa derivada del artículo 2 de la Ley de 28 de junio de 1940, del artículo 9 del Reglamento de 24 de septiembre de 1959, así como a la Ley de Prórrogas, ventas y acceso a la propiedad de 15 de julio de 1954, puesto que tal regulación no era susceptible de aplicación a los contratos de esta naturaleza cuya renta es superior a las 5.000 pesetas anuales, que era plenamente vigente al contrato anterior—ahora novado— que desde luego era anterior al año 1935. (STS de 4 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Por el Procurador Sr. B. P., en nombre y representación de don R.A.B. se formuló demanda en juicio especial de cognición, sobre acceso a la propiedad de finca rústica, contra don J. M. V. y don G. M. V. El Juzgado dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y declarando que el arrendatario don R. A. B. tiene derecho a acceder a la propiedad del Manso Damont o Sargantana, que ocupa en concepto de arrendamiento, previo pago a los propietarios de la cantidad de once millones ciento setenta y nueve mil quinientas cincuenta y cuatro pesetas, condenando a los demandados a pasar por tal declaración y a otorgar la correspondiente escritura pública de venta por acceso a la propiedad. Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte demandante.

La Audiencia Provincial de Gerona, estimando parcialmente el recurso, declara que las tierras dedicadas a explotación forestal del *Manso Sargantana o Damont* no están incluidas en el contrato de arrendamiento a favor de don R. A. B., quien tiene derecho a acceder a la propiedad de las tierras y casa-manso arrendadas, en las condiciones que fija la sentencia de instancia, minorando el precio señalado con el importe proporcional correspondiente. Por el Procurador Sr. S. M., en nombre y representación de don J. M. V. y don G. M. V. se presentó escrito de formalización del recurso de casación. (A. G. B.)

24. Arrendamiento rústico. Acceso a la propiedad del arrendatario: requisitos.—La regla tercera de la DT 1.^a LAR establece, entre otros, los

siguientes presupuestos: *a)* que el arrendamiento se haya celebrado con anterioridad a la Ley de 15 de marzo de 1935; y *b)* que se haya perdido memoria del tiempo por el que se concertó. Reiterada jurisprudencia del TS (SSTS de 5 de febrero y 31 de octubre de 1990, 29 de enero de 1991 y 16 de marzo de 1992) afirma que este segundo requisito se refiere al plazo de duración del contrato. (STS de 27 de abril de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—El arrendatario de una finca rústica interpone demanda suplicando se reconozca su derecho a adquirir la propiedad de la finca mediante el pago al contado del precio que se determine en el procedimiento.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

25. Arrendamientos rústicos. Acceso a la propiedad del arrendatario. Determinación del precio: normativa aplicable.—El TS considera, en virtud del principio de irretroactividad de las leyes, que no resulta de aplicación el procedimiento previsto en la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos, para fijar el precio a abonar por el arrendatario, cuando la demanda solicitando el acceso a la propiedad de la finca rústica arrendada se ha interpuesto con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley. En opinión del TS (SSTS de 31 de mayo y 31 de octubre de 1996 y 30 de octubre de 1997) en tales casos resultan aplicables las normas de valoración de la LEF.

Acceso a la propiedad del arrendatario. Requisitos exigidos por la DT 1.ª LAR: interpretación jurisprudencial.—Para que el arrendatario tenga derecho a acceder a la propiedad de la finca arrendada se deben cumplir los presupuestos establecidos en la regla tercera de la DT 1.ª LAR. En relación con la citada norma existe una jurisprudencia consolidada (SSTS de 30 de octubre de 1990, 16 de marzo de 1992, 6 de abril de 1993 y 18 de noviembre de 1994) que considera que el requisito de la *pérdida de memoria* está haciendo referencia al plazo de duración del contrato de arrendamiento. (STS de 12 de febrero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El arrendatario de una finca rústica interpone demanda suplicando se reconozca su derecho a acceder a la propiedad de la finca arrendada, previo pago al contado y en metálico del precio que se determine en el procedimiento.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación. El TS declara haber lugar al recurso de casación, revocando parcialmente la sentencia de primera instancia. (M. J. P. G.)

26. Arrendamiento rústico anterior al Código civil. Preferencia del derecho de acceso a la propiedad del arrendatario sobre el derecho a recuperar la finca del arrendador.—El TS afirma que a los arrendamientos rústicos anteriores al Código civil no es aplicable el artículo 99 LAR, sino el artículo 98 LAR. Por tanto, en virtud de este último precepto, se puede mantener que el derecho de acceso a la propiedad del arrendatario es de carácter preferente al derecho que ostenta el arrendador de recuperar la cosa arrendada. (STS de 26 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—El arrendatario de la finca rústica denominada *Caserío Bidaurreta* interpone demanda contra los arrendadores, suplicando se reconozca su derecho a adquirir la propiedad de la finca mediante el pago en metálico del precio que se establezca en el proceso.

La parte demandada formula reconvencción, solicitando la desestimación de la demanda, así como el reconocimiento de su derecho a recuperar la finca arrendada con el fin de que sea explotada por su hija.

Durante el proceso quedó probado que se trataba de un arrendamiento histórico que data del año 1839.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y desestima la reconvencción. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Debe tenerse en cuenta que los artículos 98 y 99 LAR fueron derogados por la DD única de la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos. Sin embargo, como señala la propia sentencia, los citados preceptos resultan aplicables al caso porque la demanda se interpuso con anterioridad a la entrada en vigor de la mencionada Ley. (*M. J. P. G.*)

27. Acceso a la propiedad del titular de un arrendamiento rústico histórico. No procede si el arrendatario no es cultivador personal ni lleva la explotación de las fincas que pretende adquirir.—La Ley de arrendamientos rústicos históricos de 11 de febrero de 1992 atribuye a los titulares de arrendamientos rústicos históricos el derecho de acceso a la propiedad de las fincas arrendadas, que podían ejercitar hasta el 31 de diciembre de 1997 siempre que el arrendatario sea cultivador personal. Concretamente, el párrafo 2.º del artículo 2 exige al arrendatario (una vez ejercitado el derecho de adquisición) que cultive personalmente las fincas adquiridas durante seis años como mínimo.

Examina esta sentencia la aplicabilidad de este derecho al supuesto planteado. A estos efectos, comienza señalando que el artículo 16 LAR, exige, para considerar a alguien como cultivador personal, que lleve la explotación por sí o con ayuda de familiares. Explotar, aclara el Tribunal, es sacar utilidad de algo, implica el aprovechamiento dinámico de una cosa, en el presente caso un fundo rústico. Cultivador personal es, pues, quien obtiene la feracidad de las tierras con su trabajo personal y el de sus allegados. Continúa en estos términos recordando que «según el artículo 16, el cultivador personal es considerado como profesional de la agricultura; así pues, legalmente se vienen a asimilar ambas categorías, pues guardan evidentes similitudes ya que se exige a estos profesionales agrarios que se ocupen de manera efectiva y directa de la explotación, con expresión semejante a la de llevar por sí estas explotaciones». A partir de estas consideraciones y de la idea de que no se explotan las tierras que no se cultivan, entiende la Sala que éste es el caso del recurrente, que tenía ochenta y tres años cuando intentó el acceso a la propiedad y que sólo cultivaba un pequeño huerto para ayudar a su subsistencia, dejando incultas las restantes diecisiete fincas que integran la casería que pretendía adquirir en pleno dominio.

En los sucesivos escritos presentados por el abogado del recurrente se trata de justificar su incuria laboral con la suplencia que realizan sus dos hijos

ocasionalmente, poniendo especial énfasis en el párrafo segundo del mencionado artículo 16 LAR, según el cual «no se perderá la condición del cultivador personal, aunque se utilicen uno o dos asalariados, en caso de enfermedad sobrevenida o de otra justa causa que impida continuar el cultivo personal». Sin embargo, pone de manifiesto la sentencia que no es lo mismo enfermedad que edad propecta para el ejercicio de las labores rudas del campo. La enfermedad puede curarse, pero la senectud, concluye, al contrario, se agrava con los años.

A lo expuesto añade el Tribunal que la dicción legal del artículo 16 implica que el principio de acceso a la propiedad debería encontrar al arrendatario en perfectas condiciones laborales aunque posteriormente no pudiera continuar en el mismo estado. Estos requisitos tampoco se cumplen a su entender en el caso del recurrente al que, antes de ejercitar el derecho de acceso a la propiedad ya le ha sobrevenido la decrepitud que le impide no ya continuar, sino que ni siquiera iniciar el cultivo personal. (STS de 21 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El Procurador de los Tribunales don V. L. M., en nombre y representación de don A. G. F., formuló ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Grado, demanda de juicio de cognición especial de la Ley de Arrendamientos Rústicos, contra la entidad mercantil *Torre de Bascones, S. A.*, sobre adquisición forzosa de fincas.

El Ilmo. Sr. Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda y declarando el derecho de la actora a adquirir forzosamente la propiedad de la casería rústica descrita en la demanda. Apelada la sentencia de primera instancia, la sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó sentencia estimando el recurso y revocando íntegramente la sentencia impugnada. El Procurador don N. A. R., en nombre y representación de don A. G. F., interpuso recurso de casación que se articula en un único motivo al amparo del núm. 4.^o del artículo 1692 LEC, infracción del artículo 16 de la LAR de 31 de diciembre de 1980, por interpretación errónea. (O. M. B.)

28. Responsabilidad del promotor por vicios de la construcción.—El TS en reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTS de 11 y 17 de octubre de 1974, 21 de abril de 1981 y 25 de enero de 1982) afirma que el promotor, en virtud del artículo 1591 CC, también es responsable de los vicios de construcción.

Las responsabilidades derivadas del artículo 1591 CC son irrenunciables a priori.—Afirma el TS que las personas que pueden exigir las responsabilidades que se derivan del artículo 1591 CC no pueden, de forma anticipada, renunciar a ellas. (STS de 12 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un determinado edificio sito en Santander y los propietarios de cada uno de los pisos o locales del mismo interponen demanda contra don R. L. G., don J. M. S., don R. M. R., don C. D. C. F. y la entidad *Urbiplas, S. A.*, suplicando, entre otras cosas, que se condene a los demandados a reparar los vicios ruinógenos del edificio.

El Juzgado de Primera Instancia no entra a conocer del fondo del litigio al estimar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial estima parcialmente la demanda. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que la presente sentencia se dictó antes de la aprobación de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. (M. J. P. G.)

29. Reclamación por vicios ruinógenos. Solidaridad entre los distintos responsables si no se acredita el grado de culpa de cada uno de ellos.—Según doctrina reiterada de esta Sala, responden de estos vicios no sólo el contratista y el arquitecto, expresamente mencionados en el artículo 1591 CC, sino también el promotor y el aparejador que interviene en el control de la obra.

También esta Sala ha declarado que cuando no cabe concretar las proporciones respectivas de responsabilidad imputables a los distintos intervinientes, debe establecerse la responsabilidad solidaria de todos ellos en aras de una eficiente tutela judicial. Por el contrario, si es posible discriminar con nitidez la participación responsable de cada uno en el resultado ruinoso, entonces podrá exigírseles la reparación de forma mancomunada.

Aplicando la doctrina expuesta, considera la sentencia que en el caso planteado no se ha precisado la proporción o el grado en que las concurrentes irregularidades han participado en el desastre arquitectónico, pronunciándose hacia la responsabilidad solidaria de todos los infractores. Consecuentemente con este enjuiciamiento, reconoce el derecho (proclamado por nuestro Código civil) que tiene el deudor solidario que ha satisfecho la deuda global para repetir frente a sus codeudores por la parte proporcional de la indemnización que les es imputable. En el caso del aparejador, considera el Tribunal que la acción que, en su caso, se puede ejercitar contra él no tiene la misma naturaleza que la repetición frente a los restantes codeudores porque, como quedó probado en primera instancia, este técnico prestaba sus servicios a las órdenes de la *Caixa*, no actuando como profesional independiente, pues estaba vinculado a dicha entidad por un contrato laboral. Por esta razón, la repetición frente al arquitecto no debe discurrir por los cauces del artículo 1591 CC, sino por la vía del 1903 CC, en virtud del cual la obligación de reparar los daños causados es exigible a los dueños de una empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados o con ocasión de sus funciones. Por tanto, el inmediato responsable, en el supuesto analizado, de la ineficacia del aparejador es su empresario, la *Caixa*, que asumirá el 25% de responsabilidad de su empleado, si bien podrá posteriormente dirigirse contra el mismo para quedar indemne de la lesividad que le ha causado su incuria laboral (art. 1904 CC).

El plazo decenal del artículo 1591 CC es un plazo de garantía, no de prescripción.—Establece el artículo 1591 CC que «el contratista de un edificio que se arruina por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiese, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección». Reiteradísimos fallos de esta Sala han proclamado que el plazo de diez años para exigir responsabilidades por los vicios de la construcción o de la dirección no es plazo de prescripción, sino de garantía. Señala en este sentido el Tribunal que «el deterioro que se produzca dentro de los diez años siguientes a la terminación del edificio está garantizado. Producido el daño

dentro de ese espacio temporal, nace el derecho a la indemnización en el mismo momento en que el vicio se hace patente; y una vez nacido, han de transcurrir quince años para que pueda darse por extinguido a causa de su prescripción». Aplicando esta doctrina al supuesto referido en la sentencia, dado que el deterioro ruinógeno se produjo en 1980, el derecho de los perjudicados se habría extinguido en 1995. Al presentar éstos la oportuna demanda en 1992 en el Juzgado, ejercitaron su derecho dentro de plazo. (STS de 29 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El Procurador don T. A. M., en nombre y representación de la *Caja de Ahorros Municipal de Vigo-Caixa Vigo*, formuló demanda suplicando se dictase sentencia estimatoria por la que se condenase solidariamente a los demandados a satisfacer a su representada la cantidad de ciento veinticinco millones quinientas mil doscientas treinta pesetas por los conceptos expuestos.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. Apelada la sentencia por la representación de la *Caja de Ahorros Municipal de Vigo*, la Audiencia Provincial de Vigo estima el recurso basándose en la prescripción de la acción y absolviendo a los recurridos. La representación de la *Caja de Ahorros Municipal de Vigo* interpuso recurso de casación. (O. M. B.)

30. Responsabilidad decenal solidaria por vicios ruinógenos.—En relación con el artículo 1591 CC, reiterada jurisprudencia del TS mantiene que cuando no puede individualizarse la responsabilidad de cada uno de los intervinientes en el proceso de construcción, todos ellos deben responder solidariamente de los daños y perjuicios ocasionados por el defecto ruinoso.

Vicios ruinógenos.—El TS afirma que se consideran, entre otros, vicios ruinógenos: a) las filtraciones, humedades y desprendimientos de las cubiertas; b) las grietas en el muro exterior del edificio; y c) las filtraciones en los sótanos. (STS de 6 de marzo de 1999; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de los edificios *Ferrobús IV* interpone demanda contra la entidad constructora *Obrascon, S. A.*, el arquitecto y los aparejadores que participaron en el proceso de construcción de los citados edificios, suplicando, entre otras cosas, se condene a todos los demandados a pagar el importe de las obras destinadas a reparar los defectos, así como a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por los vicios de construcción de los edificios.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial estima parcialmente la demanda. El TS declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—En materia de responsabilidad por vicios de la construcción debe tenerse en cuenta que ha sido aprobada la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. La citada ley tiene por objeto establecer las obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación (art. 1). (M. J. P. G.)

31. Responsabilidad del promotor.—El comprador del inmueble en construcción posee contra el promotor la acción de responsabilidad *ex artícu-*

lo 1101 CC por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de su obligación de entrega. También la reiteradísima jurisprudencia de esta Sala le ha reconocido, supliendo la falta de norma aplicable a estas situaciones de venta de pisos en construcción o en proyecto, la legitimación pasiva para ser demandado *ex* artículo 1591 CC, justificando la legitimación en sus propias obligaciones como vendedor en cuanto obligado a cumplir exactamente la prestación de entrega de lo que para él le construyen los profesionales que ha contratado, por tanto, sin ningún vicio. Si éste es de naturaleza ruinógena, su responsabilidad como vendedor se alarga; en lugar de prescribir a los quince años, si aquel vicio aparece dentro de los diez desde la entrega, el *dies a quo* del primer plazo comenzará cuando se descubra (S de 14 de febrero de 1991, y las que cita). En este sentido, y dada la doctrina jurisprudencial antedicha, la aplicación del artículo 1591 CC al comprador redundará en su beneficio en comparación con el régimen general de responsabilidad por incumplimiento o defectuoso cumplimiento del vendedor.

Ejercicio conjunto de las acciones de responsabilidad *ex* artículos 1101 y 1591 CC.—Las dos acciones (arts. 1101 y 1591) son compatibles y por tanto, acumulables en su ejercicio. Pero cuando la acción apoyada en el cumplimiento defectuoso de la prestación del promotor se ejercita con la del artículo 1591 contra el mismo, ésta inutiliza necesariamente a la primera, pues no puede imaginarse mayor cumplimiento defectuoso que la entrega del inmueble con vicios ruinógenos. Carece de sentido que, entonces, pueda mantenerse la autonomía de las dos acciones para obtener un mismo resultado: la reparación del daño. Si la promotora ha sido absuelta de la responsabilidad *ex* artículo 1591, su condena por cumplimiento defectuoso de su prestación de dar no tiene ninguna base racional de sustentación, es incoherente que se la absuelva por haber obrado diligentemente y, a renglón seguido, se la condene por un «genérico incumplimiento contractual», que no puede ser otro que los vicios ruinógenos. (STS de 27 de enero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Ante los vicios y defectos de la construcción de su chalet, doña Monserrat C. C. formuló demanda, en juicio declarativo de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad contra la entidad promotora *El Pisón, S. L.*, contra la sociedad contratista *Ceyd, S. A.*, y contra don José Manuel P. M. y don José Luis J. T., arquitecto y aparejador de la obra respectivamente.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y condenando solidariamente a los codemandados a abonar a la actora la cantidad de cinco millones quinientas setenta y cinco mil cuatrocientas sesenta y una pesetas (5.575.461 ptas), más los intereses devengados al tipo legalmente previsto, y a satisfacer a la misma las cantidades que, en fase de ejecución de sentencia, se acrediten en concepto de gastos de alojamiento mientras duren las obras que se ejecuten, en el supuesto que se lleguen a devengar, y hasta una cuantía de un millón setecientas sesenta y cuatro mil novecientas pesetas (1.764.900 ptas.); y los gastos generados por posibles mudanzas o traslados del mobiliario del chalet, en todo o en parte, hasta un máximo de un millón novecientas veintiuna mil pesetas (1.921.000 ptas.).

Interpuesto el recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Oviedo dictó sentencia absolviendo a *Ceyd, S. A.*, y a don José Luis J. T., y condenando conjunta y solidariamente a *El Pisón, S. L.*, y a don

José Manuel P. M., a abonar, conjunta y solidariamente, las siguientes cantidades: a) 5.575.461 pesetas, con la corrección del índice medio ponderado del incremento del coste en la construcción referido a la fecha en que esta sentencia sea firme y definitiva, siempre previa justificación de los correspondientes pagos en ejecución de la misma; b) 500.000 pesetas por daños y perjuicios ocasionados a consecuencia de los vicios constructivos; c) 510.000 pesetas por alojamiento para la familia durante el mes de duración de las obras de reparación.

El TS casa y anula parcialmente la sentencia de la Audiencia, en el particular relativo a la condena de *Promotora El Pisón, S. L.*, a la cual absuelve de las pretensiones de la demanda, confirmando el resto de la sentencia recurrida. (A. G. B.)

32. Para que se pueda denominar a una sentencia como incongruente es preciso que la misma resuelva casos distintos.—En el aspecto de alegarse que la sentencia recurrida peca de lo que doctrinalmente se denomina como de incongruencia, para que una sentencia pueda calificarse como de incongruente es preciso que la misma resuelva casos distintos, cosas distintas o por modos distintos a los oportunamente planteados por las partes. Y en el presente caso, no se dan los antedichos datos configuradores de la incongruencia procesal que se pretende, ya que en la demanda iniciadora de la presente *litis* se demandó a la persona, ahora recurrente, como promotor de viviendas, con el fin de que fuera condenado a efectuar unas determinadas reparaciones inmobiliarias, y así se ha hecho en la segunda instancia, revocando el pronunciamiento, en este sentido, del efectuado en la primera instancia, cumpliéndose, así, las normas esenciales que configuran la congruencia del fallo de las sentencias con los pedimentos de las partes.

La falta de motivación suficiente de la sentencia y el artículo 120.3 CE.—Se dice por la parte recurrente que la sentencia recurrida no tiene la motivación suficiente en el desarrollo de su contenido, y en relación a ello se debe iniciar el tema afirmando que en nuestro derecho el artículo 120.3 de la CE elevó a rango constitucional el principio procesal de la motivación de las sentencias explicitado en el artículo 372 LEC y en el artículo 248.3 LOPJ. Suponiendo en todo caso que dicha motivación no sólo ha de existir sino que ha de ser lógica y jurídicamente suficiente, tanto respecto a los hechos debatidos, como del derecho aplicable a éstos.

En este sentido es preciso destacar la STC de 27 de enero de 1994, cuando en ella se afirma que no existe norma alguna en nuestras leyes de enjuiciamiento que imponga *a priori* una determinada extensión o un cierto modo de razonar. Y como el término motivación suficiente es un concepto jurídico indeterminado, se habrá de determinar en cada caso concreto, en razón de la importancia intrínseca y de las cuestiones que se planteen en una determinada contienda judicial.

Es más, la STC de 25 de abril de 1994, también en dicho sentido, dice que el juicio de suficiencia de la motivación hay que realizarlo atendiendo no sólo al contenido de la resolución considerada en sí misma, sino también dentro del contexto global del proceso.

En el presente caso, en la sentencia recurrida, aunque ciertamente parca y que no corresponde a lo que debe ser una sentencia con técnica judicial estimable, existe motivación suficiente desde el instante mismo que en su FJ 2.º se delimita la figura del promotor como elemento personal de los intervinien-

tes en una obra, en el FJ 3.º se extiende la responsabilidad solidaria por ruina a dicha figura del promotor, y en el tercero, se concreta la responsabilidad, como tal, de dicho promotor.

Todo ello ha de llevar a estimar como suficientemente motivada la sentencia recurrida, sobre todo cuando la sentencia de esta Sala de 10 de abril de 1984, proclamó que la parquedad o brevedad en el razonamiento (efectuado en una sentencia) no implica falta de motivación. Aunque para llegar a tal conclusión se haya tenido en cuenta la tutela judicial efectiva proclamada en el artículo 24 CE en cuanto a evitar la tardanza excesiva en la solución de contiendas judiciales.

La responsabilidad en los casos de ruina en un edificio. El artículo 1591 CC.—No hay lugar a dudas de la existencia en este supuesto de determinados daños en unas viviendas cuyo origen se encuentra en una defectuosa construcción y de cuyas consecuencias, a efectos de la responsabilidad subsiguiente, no se puede escapar la figura del promotor, pues del *factum* de la sentencia recurrida no se deducen datos que la excluyan, y, por ello, siguiendo ya una pacífica y constante doctrina jurisprudencial de esta Sala, que equipara la figura del promotor a la del contratista a los efectos de incluirlo en la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC, y ello porque, principalmente, el que se beneficia pecuniariamente de la obra realizada es el mencionado promotor, cuya figura lleva insita la responsabilidad por lo menos *in eligendo*, sino es *in vigilando*, con respecto a los contratistas y distintos técnicos que intervienen en una obra (SS de 8 de octubre de 1990 y 8 de junio de 1992, entre otras). (STS de 30 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Se insta ante el Juzgado de Primera Instancia juicio de menor cuantía sobre declaración de vicios y deficiencias en la construcción contra el promotor de la obra, el constructor y los aparejadores y arquitecto de la misma. Suplicando al Juzgado se declare que los expresados vicios determinan la ruina funcional de los bloques del edificio objeto de litigio, y que se condene solidariamente a los demandados a efectuar a su costa en los bloques del edificio cuantas reparaciones sean precisas a fin de que quede en condiciones idóneas para su uso, y se les condene asimismo solidariamente a abonar a los actores los daños y perjuicios causados por la realización defectuosa de las obras. Se contestó a la demanda por los aparejadores, solicitando se dicte sentencia estimando las alegaciones de forma planteadas o, en su caso, se declare que los defectos denunciados son debidos a vicios del proyecto o del suelo, imputables exclusivamente al arquitecto superior. Se estimó parcialmente la demanda interpuesta en primera instancia, condenando a la empresa constructora y a los aparejadores y arquitecto al pago de cuantas reparaciones sean necesarias para restituir al edificio a unas condiciones de uso idóneas, así como al pago de las costas, si bien se absolvía al promotor y al constructor de la obra. Contra la citada sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de la partes personadas, revocando la sentencia y condenando solidariamente al pago de las reparaciones y de las costas también al promotor y al constructor de la tabiquería, manteniéndose la responsabilidad de los aparejadores, arquitecto y constructor. Interpuesto recurso de casación por el promotor de la obra, el TS declara no

haber lugar al recurso, imponiéndole además el pago de las costas procesales. (A. I. H. O.)

33. El principio de invariabilidad en el precio de una obra contratada con arreglo al artículo 1593 CC carece de aplicación, según el mismo precepto establece, cuando se introduzcan cambios en la ejecución alterando el proyecto definitivo.—El único motivo del recurso se formula al amparo del núm. 4 del artículo 1692 LEC y denuncia «violación de las normas de interpretación de los contratos, artículos 1281 y 1282 CC», cuyos textos recoge de modo literal. Ya en el desarrollo, mantiene que, si bien aplicando el criterio del artículo 1281 ha de estarse a que el contrato establece que «se entiende a tanto alzado, *fort-fait* o llave en mano», es doctrina reiterada que es posible la revisión de precios de un contrato de ejecución de obra, y ha de estimarse como pacto lícito resultante de la concorde voluntad de las partes. No es impedimento para esa validez el contrato de obra a tanto alzado, puede ser modificado introduciendo alteraciones o aumento de precio. El artículo 1593 no contiene una norma de derecho necesario, sino una regla interpretativa de la voluntad tácita de las partes y, por tanto, no implica una limitación legal a la voluntad contractual, sino un complemento de la misma. La fijación del pago del precio en el contrato de obra queda, por tanto, encomendada a la voluntad de las partes (STS de 4 de abril de 1981). Entiende que, al aplicar tal doctrina ha de concluirse que se ha infringido el artículo 1282, pues el primitivo contrato fue novado, introduciendo variantes respecto al contrato inicial, siendo acto posterior el documento en base al cual se pretende cobrar, lo que resulta improcedente si el contrato es a tanto alzado, pero si las modificaciones deben ser pagadas procede la compensación que interesa.

Ha de concluirse que la Audiencia parte de que se realizó y terminó el «todo pactado», es decir, la obra contratada, con independencia del valor que el ingeniero de la actora le asigne; y, por ello, el valor contractual ha de jugar en beneficio o en contra del contratista que realizó cuanto le fue encomendado y tiene derecho a cobrarlo tal como fue presupuestado o, mejor, en la cuantía que fue presupuestada, aparte de las prestaciones adicionales o «realizadas al margen de las primeramente convenidas y presupuestadas» (S de 31 de enero de 1977). Y es que, como establece la S de 13 de marzo de 1990, el principio de invariabilidad en el precio de una obra contratada con arreglo al artículo 1593 CC carece de aplicación, según el mismo precepto establece, cuando se introduzcan cambios en la ejecución alterando el proyecto definitivo y produciendo aumento de obra, que es lo contemplado por la Audiencia, pues no se discute siquiera que medió el consentimiento del dueño, lo que implica que cuando hay aumento de obra (en el caso que nos ocupa se ha demostrado lo contrario), sea por novación modificativa, sea por simple añadido a lo ya contratado y como nueva estipulación contractual, el contratista justifica en todo caso su derecho a cobrar el aumento. Así lo entendió también el Juzgado al afirmar que «... se trata de trabajos complementarios o necesarios de los acordados en el contrato que han sido realmente hechos para la obra que contrató con la empresa actora. Existe un reconocido derecho del contratista al abono de la obra realmente ejecutada, siempre que no se trate de simples mejoras fuera del proyecto, sino de trabajos necesarios verificados de acuerdo con las instrucciones de la dirección facultativa»; y apoya acertadamente el derecho del contratista a percibir el precio del trabajo complementario realizado en evitar el enriquecimiento injusto de la propiedad y en

las SSTS de 25 de febrero, 12 y 21 de marzo de 1991, que recogen el sentido de las de 20 de diciembre de 1983, 11 de enero de 1984 y 2 de abril de 1986.

En definitiva: para mantener, como hace el motivo, «que procede la compensación de partidas incluidas algunas en el contrato inicial y otras por no realizadas», era preciso que se partiese de diferente base fáctica, debiendo recordarse que la casación no es una tercera instancia, ni cabe volver a valorar en la misma el material probatorio (S de 13 de mayo de 1997), ni sustituir el criterio objetivo e independiente de la Audiencia por el subjetivo e interesado de la parte (S de 5 de mayo de 1997), pues los hechos que se declaran acreditados en la instancia no son alterables en casación (S antes citada de 5 mayo de 1997); la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de instancia y su criterio ha de prevalecer a menos que se muestre como ilógico o absurdo (SS de 17 de marzo y 23 de mayo de 1983), cosa que no puede predicarse del presente caso, o se impugne por la vía adecuada el error sufrido por aquéllos, pero sin que pueda pretenderse sustituir con el criterio del recurrente la interpretación realizada (SS de 4 de mayo de 1984, 26 de septiembre de 1985, 28 de febrero de 1986 o 25 de junio de 1987, entre otras muchas); para citar el artículo 1281 CC como infringido ha de especificarse cuál de sus dos párrafos, pues el artículo 1282 es supletorio del párrafo 2.º y no del 1.º (S de 17 de marzo de 1983); y el documento citado no es acto posterior que permita juzgar la intención de las partes en el sentido pretendido, a más de que fue tenido en cuenta por los Tribunales de instancia. (STS de 12 de enero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Se formula demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía en la que se suplica se condene a la demandada al pago de una suma más los intereses legales, así como a las costas. Se contesta a la demanda solicitando se estime parcialmente la demanda, declarando un crédito de las actoras frente a la demanda, por facturas con cargo a ésta, y estimando íntegramente la reconvenición, se condene a las actoras reconvenidas a satisfacer determinados conceptos y, en consecuencia, y por compensación de ambos créditos, condenando a las actoras al pago de la diferencia más los intereses legales de dicha suma, así como a la totalidad de las costas.

El Juez de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, declarando la existencia de una deuda a favor de la parte actora con cargo a la parte demandada y, estimando la reconvenición, declara la existencia de una deuda a favor del demandado con cargo a la parte actora, y aplicando la compensación de deudas condena a la parte actora al pago de una cantidad, sin hacer especial imposición de las costas. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Valencia sección 7.ª desestima el recurso y confirma la sentencia recurrida, condenando a las apelantes al pago de las costas. Se recurre en casación ante el TS que declara no haber lugar al recurso. (A. I. H. O.)

34. Los artículos 1124 y 1594 CC tienen ámbitos operativos distintos y no deben confundirse sus consecuencias jurídicas.—Reiterando lo dicho en sentencias como las SSTS de 4 de febrero de 1997 y 8 de junio de 1983, el TS declara que lo previsto en el artículo 1594 CC comporta el ejercicio de una facultad *ad nutum* («por su sola voluntad») que responde a una

situación distinta a la de la resolución del contrato en virtud del artículo 1124 CC.

Resolución por incumplimiento del contratista.—Existe resolución del contrato por incumplimiento en virtud del artículo 1124 CC y no desistimiento unilateral, cuando la dueña de la obra hace saber a la contratista, mediante acta notarial, su voluntad de resolver el contrato de obra por incumplimiento de la requerida (retraso en las obras que impide su terminación en el plazo pactado, existiendo paralización de las obras motivada por la deficiente situación económica de la propia contratista).

Prueba pericial. No es posible su revisión en casación.—La prueba pericial se halla sujeta en su valoración a las reglas de la «sana crítica», exentas, por su propia naturaleza, de control casacional. (STS de 9 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—*Takoda Invest, S. A.* (contratista), presenta demanda contra *Park Beach 2000, S. A.* (dueño de la obra). En su demanda solicita que se condene a la demandada a abonar una determinada cantidad de dinero en concepto de indemnización por desistimiento unilateral del contrato. La Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia que estimaba la demanda. *Takoda Invest, S. A.* presenta recurso de casación contra la sentencia de la audiencia que declara la desestimación de la demanda. En los motivos de casación la recurrente alega infracción por falta de aplicación del artículo 1594 CC y aplicación indebida del artículo 1124 CC. (L. S. M. P.)

35. Negligencia médica.—La vulneración de la *lex artis ad hoc*, por el médico demandado, ha quedado plenamente acreditada, ya que, a pesar de los gravísimos síntomas aparecidos en el postoperatorio de la intervención de laminotecnica lumbar y de la inexistente mejoría del paciente, no efectuó actuación alguna, y ni siquiera prueba médica alguna hasta cuatro meses después, en que se le practicó una mielografía que denotó efectivamente una estenosis del canal espinal, con stop, que conllevó a la lógica intervención del neurocirujano para practicar una descompresión, con mejoría en el cuadro doloroso y sensitivo, que debió haberse llevado a efecto meses antes, reinterviniéndose de forma inmediata.

Falta de información.—Consta que el enfermo no fue informado de las consecuencias de la intervención del Doctor demandado, tal como le era exigible, antes de la misma, sino hasta cuatro meses después, a pesar de conocer las gravísimas lesiones y, según él, secuelas irreversibles, que padecería el operado, consistentes en el síndrome de cola de caballo, sobre diagnóstico, pronóstico y alternativa de tratamiento, de forma que el enfermo pudiera comprender las consecuencias de la intervención, y emitir un consentimiento sin vicios; la carga de la prueba de este deber recae sobre el profesional de la medicina, por ser quien se halla en una posición más favorable para conseguir su prueba (STS de 28 de diciembre de 1998).

Responsabilidad de la clínica.—La responsabilidad de la clínica es contractual, pues existe una dependencia funcional y económica de la misma respecto a la Mutua.

Responsabilidad contractual de la Mutua.—Al ser el perjudicado beneficiario de una Mutua, existe una relación bilateral y de retribución a través de la empresa; la prestación médica se efectuó con cargo y por cuenta de la Mutua, sin intervención en su determinación, del perjudicado; en este caso, el

enfermo era beneficiario de una relación contractual bilateral, y, por lo tanto, no rige el criterio de relación extracontractual entre el perjudicado y la Mutua y el médico interviniente, sino que deriva directamente del contrato de asistencia.

Quantum indemnizatorio.—La fijación de la cuantía indemnizatoria es potestad del Tribunal de instancia, no revisable en casación. En el presente caso ha señalado la de cien millones de pesetas, lo que no resulta desproporcionada teniendo en cuenta las tremendas secuelas que padece el enfermo, su edad, estado, profesión y demás circunstancias personales, sus padecimientos físicos y morales, su minusvalía y atenciones que deberá recibir de por vida; lo que, incluso, podrá parecer insuficiente.

Intereses moratorios: *In illiquidis non fit mora.*—El recurso se estima parcialmente en cuanto que los intereses moratorios no se abonarán desde la interposición de la demanda, sino desde la fecha de esta sentencia, en atención al principio *in illiquidis non fit mora*, pues debe entenderse que la liquidación del daño producido sólo se produce con la sentencia condenatoria. (STS de 19 de abril de 1999; ha lugar en cuanto a los intereses moratorios.)

NOTA.—El supuesto se enmarca dentro del ejercicio privado de la medicina en el ámbito contractual. No obstante, los criterios para determinar la negligencia médica son los mismos que en la responsabilidad extracontractual del personal sanitario. (G. G. C.)

36. Relación jurídica compleja. Contrato de depósito: improcedencia.—Una relación contractual compleja en razón de la diversidad de prestaciones sobre una serie de servicios que consistieron en atender los gastos ocasionados por la estancia portuaria de los barcos, tales como el pago de sus reparaciones, cargos portuarios, etc., encontrándose entre ellos las de retribución de un trabajador de vigilancia en aquéllos que permite configurarla, más bien como un arrendamiento de servicios, pero sin posibilidad de apreciar la existencia inequívoca de un contrato específico e independiente de depósito, el que, por supuesto, no cabe entenderle implícito en la prestación de custodia contratada, cuyos efectos y consecuencias distan mucho de las obligaciones y responsabilidades recogidas en el artículo 306 CCO para el depósito mercantil, que tiene una naturaleza jurídica bien diferente a la prestación del deber de custodia.

Relación jurídica compleja. Responsabilidad.—Al tratarse de una relación jurídica semejante al arrendamiento de servicios, la cuestión habrá de girar en torno a los artículos 1094 y 1101. La obligación que impone el 1094 es similar a las específicas que para los depósitos mercantil y civil establecen los artículos 306 y 1758 de los Códigos mercantil y civil, respectivamente, pero, en definitiva, no puede entenderse como semejante a la prestación de «vigilancia» convenida, entre otras, por las partes. Por lo que concierne al artículo 1101, es evidente que genera la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados en el curso del cumplimiento de lo convenido, pero no de manera incondicional y absoluta, sino únicamente cuando se incurre en dolo, negligencia, morosidad y contravención del tenor de lo pactado, por la doble vía de «acción» u «omisión». Estos presupuestos comportan la ineludible exigencia de un reproche culpabilístico, aun cuando fuese de poca entidad, pues lo contrario supondría dar entrada a la pura responsabilidad objetiva, que jurisprudencialmente, hoy por hoy, no es admisible. (STS de 19 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Pesquerías Españolas de Bacalao, S. A.*, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de La Coruña contra el *Banco Industrial de Venezuela* sobre reclamación de cantidad. El Juzgado estima la demanda e impone las costas al demandado. Contra dicha sentencia se formuló recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que desestimó el recurso y condenó en costas al recurrente. Recurrida en casación dicha sentencia, el TS declara que no ha lugar al recurso de casación. (*N. D. L.*)

37. Devolución del préstamo: plazo.—Afirma el TS que cuando el contrato de préstamo faculta al prestamista a pedir la devolución del préstamo, «bien mediante aviso o *a su comodidad*», ha de entenderse que no concurre el plazo implícito, previsto en el artículo 1128.I CC, concedido a favor del deudor (prestatario). Ello significa que el prestamista podrá exigir en cualquier momento, respetando las reglas de la buena fe, el pago de la deuda (STS de 24 de mayo de 1971).

Perfección del contrato de préstamo.—Se perfecciona con la entrega y transmisión de las cosas prestadas. (STS de 6 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. S. S. concede un préstamo, mediante documento privado de fecha 19 de enero de 1993, a don J. C. U. G. y otros. No se pacta plazo alguno para la devolución de la cuantía del préstamo, pudiendo el prestamista exigir su devolución, total o parcial, en el momento que estime oportuno.

En virtud de lo anterior, don A. S. S. (prestamista) interpone demanda contra los prestatarios, suplicando se condene a los demandados a reintegrar, de forma solidaria, la cuantía del préstamo.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial desestima los recursos de apelación. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (*M. J. P. G.*)

38. Fianza. Posibilidad de que el acreedor acepte la obligación del fiador de forma tácita.—El único motivo del recurso presentado se ampara en el artículo 1692.4.º LEC, y alega la infracción de los artículos 1822, 1830, 1832 y 1834 CC, así como de la doctrina jurisprudencial que los interpreta.

En su fundamentación, el recurso señala que, en este caso concreto, la sociedad acreedora y accionante no sólo ha interpuesto su demanda de reclamación de la deuda contra la sociedad deudora, sino también contra el recurrente como fiador de la misma hasta una determinada cantidad ante la primera, siendo así que ésta no ha aceptado la fianza; que el recurrente no ha sido requerido y que, por tal motivo, no pudo oponer el beneficio de excusión.

A este respecto, el TS entiende que la sentencia recurrida valoró las pruebas obteniendo que hubo una aceptación tácita de la fianza, sin que el recurrente se haya molestado en impugnar tal valoración. Asimismo, el fallo recurrido, a juicio del TS, reconoce el carácter subsidiario de la fianza prestada, al señalar que «el recurrente solamente debe ser condenado si no pudiera hacer el pago el deudor principal». Del mismo modo, el artículo 1834 CC permite demandar al deudor y al fiador de manera conjunta, si bien quedará a salvo el beneficio de excusión de este último. Además, no cabe la alegación de que el recurrente no ha sido requerido de pago cuando ha sido demandado junto

con el deudor por el acreedor a ese fin, contestando la demanda y apelando la sentencia de primera instancia. (STS de 20 de enero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valladolid, fueron vistos los autos de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, por el que se reclamaba la condena de los demandados al pago de una cantidad determinada en concepto de principal de una deuda anterior, más los intereses devengados por ésta. El Juzgado dictó sentencia con fecha 1 de diciembre de 1992, estimando la demanda presentada. Apelada la resolución por la parte condenada, la sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Valladolid emitió su fallo el 18 de mayo de 1994, revocando la decisión de instancia. Interpuesto recurso de casación al amparo del núm. 4 del artículo 1692 LEC, por infracción de los artículos 1822, 1830, 1832 y 1834, CC, el TS desestimó finalmente el mismo. (J. L. B.)

39. Responsabilidad civil de la Administración: daños causados por orden de desalojo de un local ordenado por Ayuntamiento: competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa: irrelevancia de la pluralidad de demandados.—La indemnización reclamada es consecuencia directa del desalojo del local por orden del Ayuntamiento, cuyo cierre del local ocasionó cuantiosos daños y perjuicios; la llamada solidaria al pleito respecto de otros demandados particulares no atendía a imperativo procesal de obligada observancia, sino al propósito de asegurar las consecuencias económicas de lo pretendido, más allá de normales y razonables previsiones, lo que representó una circunstancia accidental y eventual. (STS de 20 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Se reclaman cincuenta millones de pesetas como indemnización de daños contra el Ayuntamiento de G. y siete demandados más en calidad de particulares; el Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda contra el Ayuntamiento, absolviendo a los demás. La Audiencia Provincial apreció incompetencia de jurisdicción. El TS desestima el recurso por entender que la llamada solidaria al pleito de otras personas civiles era superflua, y no afectaba, en consecuencia, a la competencia. (G. G. C.)

40. Culpa extracontractual: daño psíquico inferido a trabajadora por trato indigno: competencia de la jurisdicción civil.—La responsabilidad que se exige a la Compañía aérea demandada es por comportamiento hostil, trato indigno y discriminatorio hacia la recurrente, que operó al margen del propio contrato laboral, si bien éste actuó como marco que facilitó las conductas y actuaciones que denuncia y le causaron perjuicios en razón a la depresión que sufre; la relación laboral quedó extinguida en el acto de conciliación laboral de 1990, en el que percibió la trabajadora la suma de siete millones de pesetas por los conceptos de indemnización, saldo y finiquito que hay que referir al contrato de trabajo resuelto. La competencia civil resulta justificada, ya que la culpa extracontractual presupone la existencia de un daño real, con independencia de cualquier relación jurídica preexistente entre las partes; no se excluye la culpa aquiliana cuando la actuación culpabilística, generadora del daño, rebasa y desborda lo exclusivamente pactado, ya que se trata de una negligencia extraña a la que constituye propiamente la materia

del contrato, pudiendo darse yuxtaposición de responsabilidades de clase contractual y extracontractual, sirviendo esta última de complemento a la primera.

Requisitos del artículo 1902 CC.—Hay daño efectivo, constituido por la depresión reactiva que sufre, con causa en la problemática que le ocasionó al resultar discriminada por razón de su sexo, sin causa que se hubiera demostrado válida y justificativa; tal discriminación se prohíbe por el artículo 14 CE y por la Ley de 13 de mayo de 1981 que desarrolló el principio de igualdad de sexos en la legislación civil; el padecimiento psíquico resultó objetivo y cierto, y no inventado por la actora. La conducta culposa de la empresa se aprecia tanto por sus propias actuaciones, directamente lesivas para la trabajadora, como por la de sus directivos y empleados. Los comportamientos discriminatorios generaron o aceleraron la depresión que afecta a la recurrente, por representar un sufrimiento continuado e incesante, capaz de perturbar la armonía psíquica de una persona, dada la intensa presión laboral que hubo de soportar hasta que el contrato se extinguió y cuyos efectos perturbadores no son fáciles de superar, por presentarse en la mayoría de los casos como persistentes e incesantes, máxime cuando se trataba de una trabajadora que se encontraba realizada en la ocupación que desempeñaba y que, en definitiva, conduce a pensar que hubo de sentirse fracasada como mujer, en su posición de dependiente de personas ajenas, para las que prestaba el trabajo que había asumido. Concorre relación causal suficiente que acredita el informe pericial, al resultar influyentes e intensas en su situación anímica las vivencias laborales negativas que le afectaron.

Cuantía de la indemnización.—La cuantía reclamada de quince millones de pesetas ha de ser reducida a tres millones en atención a que el padecimiento psíquico que sufre la recurrente resulta agravado por su personalidad, por lo cual viene sobrevalorada e hipertrofiada en sus consecuencias. (STS de 10 de abril de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—La actora presta servicios en una compañía aérea, de país no comunitario, que trabaja en la terminal de Barajas, desde 1970. En 1989 reclama a la empresa por entender que se la estaba discriminando por ser mujer, consistiendo el agravio en el hecho de que otro trabajador, de sexo varón, de la misma categoría y con menor antigüedad, percibió en 1989 750.000 pesetas brutas más que ella, pero no es atendida. En noviembre de 1990 rescinde su relación laboral en acto de conciliación, y al año siguiente inicia la vía civil en reclamación de quince millones por culpa extracontractual, informando el Médico-Forense que padece depresión reactiva, como respuesta a una problemática o conflictividad laboral. En ambas instancias civiles se desestima la demanda, pero el TS (Pte. Villagómez Rodil) estima el recurso de casación con base en la doctrina extractada.

NOTA.—Me parece que es la primera vez que ante la Sala 1.^a se exige indemnización por enfermedad psíquica subsiguiente a trato discriminatorio por razón del sexo. Conseguir una sentencia estimatoria no era fácil: de una parte, chocaba con lo que podría calificarse aproximadamente de *cosa juzgada laboral*, pues la trabajadora aceptó el finiquito de su contrato; añádase la dificultad de prueba de la enfermedad psíquica ante los Tribunales; no en último término, la nueva dirección exclusivista de la jurisdicción laboral de todas las

consecuencias derivadas del contrato de trabajo, si bien no uniformemente seguida por la Sala 1.^a, aunque destinada a imponerse a medio plazo, sin embargo, no hay aquí ningún accidente de trabajo cuyas consecuencias *ex* artículo 1902 CC se pretenda hacer valer.

Me apresuro a adelantar mi valoración positiva de la sentencia, ya que en ella se encuadran acertadamente las coordenadas jurídicas para resolver el caso. Toda mujer tiene derecho a no ser tratada discriminadamente por razón de su sexo, en todos los aspectos de su vida de relación, dentro y fuera del trabajo; el trato discriminatorio persistente sufrido por la trabajadora le ha causado un daño en su persona, al margen del quebranto económico que posiblemente le fue ya resarcido en el finiquito. Quizá quepa hacer reservas al estimar la sentencia sólo en parte la cuantía reclamada; rebajar a tres millones los quince reclamados induce a pensar en una indemnización simbólica, como si la Sala quisiera matizar las consecuencias que se derivan de la doctrina que sienta (no deja de ser llamativa –e, incluso, audaz– la estimación del recurso frente a dos sentencias desestimatorias de la instancia). La sentencia afirma que la actora se había realizado como mujer en la empresa, y al mismo tiempo da a entender que padecía depresiones. Pero si el injusto trato discriminatorio había causado daños en la psique de la actora, lo mismo si los origina, como si los aumenta, ¿por qué no indemnizarlos íntegramente, no habiendo rastro alguno de culpa por su parte? (*G. G. C.*)

41. Culpa extracontractual: accidente minero: responsabilidad por riesgo: doctrina general.—Los trabajos en las explotaciones mineras, por su notoria peligrosidad, constituyen actividades laborales de alto riesgo, y en estos casos resulta más exigente la adopción de las medidas posibles de seguridad, incluso hasta llegar a agotarlas, para prevenir riesgos que afecten a la seguridad de las personas; aunque ha de mantenerse la necesidad de darse conducta culposa o negligente, bien de índole personal o bien por parte de los sujetos por los que se ha de responder, la jurisprudencia ha evolucionado, en forma acomodada a las exigencias de la realidad social, a cuasi-objetivizar la responsabilidad extracontractual, sobre todo en casos como el presente en que concurre un riesgo instaurado, advertido y conocido y que no obstante se mantiene, al no adoptarse medidas adecuadas para evitar lo que se presenta como peligro potencial y que desgraciadamente se convirtió en realidad trágica de efectivo peligro materializado; lo que obligaba, tanto a la empresa recurrente como a los restantes demandados, en razón a las funciones de responsabilidad que tenían atribuidas, a la demostración contundente de que su actuación fue diligente, prudente y, sobre todo, suficiente para evitar el accidente.

Negligencia profesional.—El Tribunal de instancia estableció como hechos probados que el torno con el que trabajaba el minero accidentado carecía de freno y palanca de embrague, actuando una varilla en sustitución de la pieza original, que los demandados, al ostentar cargos de responsabilidad y no obstante conocer las deficiencias, no dieron, unos, cuenta inmediata y suficiente a quien correspondía, es decir que consintieron dicha situación anormal, y, otros, por no llevar a cabo las adecuadas funciones de vigilancia y control periódico de las instalaciones, y todos ellos por no extremar las medidas de seguridad que demandaba la utilización de tales maquinarias y mecanismos.

Concurrencia de culpas.—En el accidente consistente en la amputación traumática del tercio discal de la pierna derecha, cooperó a la producción del hecho la culpa de la víctima al no tomar precauciones para evitar la formación de lazada que pudiera producir el cable que manipulaba, obrando así con excesiva confianza; pero la concurrencia de actuar negligente no imposibilita que converjan actuaciones culposas imputables a la otra parte.

Quantum indemnizatorio.—No impide el resarcimiento económico que se solicita el hecho de haber percibido diversas cantidades por consecuencia del accidente, y haber sido calificada la lesión de invalidez permanente, en grado de incapacidad total; no procediendo aplicar limitaciones por baremos, y menos tener en cuenta la Resolución de la Dirección General de Seguros de 1993, posterior a los hechos del pleito. (STS de 17 de abril de 1999; no ha lugar.) (G. G. C.)

42. Culpa extracontractual: muerte por deslizamiento sobre pista no dedicada al esquí al chocar contra pared: culpa exclusiva de la víctima.—La víctima no utilizó para el deslizamiento aparato o mecanismo apropiado alguno, haciéndolo sobre un simple plástico, sobre el que iba la víctima y dos amigas suyas, con lo que la velocidad del deslizamiento sería mayor, siendo avisadas del peligro por empleados de la empresa demandada; es innegable concluir que el accidente se produjo por el exclusivo comportamiento de la víctima, lo que impide establecer una relación de causalidad, ni siquiera la concurrencia de culpas.

Ausencia de culpa de la empresa propietaria.—La caseta contra la que colisionó la víctima estaba ubicada fuera de la pista de esquí, aunque dentro de la zona de influencia de la misma; teóricamente cabría reprochar a dicha empresa el no haber aplicado a la pared de la caseta, en la parte orientada a la pista, algún material protector; pero tal previsión excedería con mucho de la normal exigible a un buen padre de familia que recomienda el artículo 1104 CC, puesto que, en definitiva, no se trataba de una pista de práctica de esquí, por lo que la previsibilidad de que alguna persona pudiera colisionar contra la caseta, al deslizarse por la misma, hacía sumamente difícil de imaginar, por lo cual no cabe imputar a la empresa demandada la creación de una situación de riesgo, ni elevar el reproche a la categoría de omisión culposa o negligente a efectos del artículo 1902 CC. (STS de 18 de marzo de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—El hecho de ser mayor de edad la víctima, inclina a pensar en una culpa exclusiva suya, pero ¿cómo se hubiera fallado si la víctima hubiera sido menor o si se hubiera deslizado la víctima con material adecuado? No hay constancia de la existencia en el lugar de una prohibición de esquiar, siendo bastante imprecisa esa categoría de *zona de influencia de la pista* que utiliza la sentencia. En todo caso, la demanda fue rechazada en ambas instancias. (G. G. C.)

43. Responsabilidad médica: nacimiento con graves malformaciones no detectadas: ausencia de negligencia médica.—Los hechos probados de ambas sentencias de instancia declaran expresamente que la actuación médica se adaptó completamente a la *lex artis ad hoc*, esto es, a la conducta exigible a un médico en las circunstancias clínicas y técnicas del Centro donde prestó sus servicios; no se ha demostrado la relación de causa efecto entre la actuación médica y el hecho del nacimiento de una niña tan tristemente afectada por malformaciones y deformidades; la genética está fuera de

las posibilidades de que la doctora evitara el resultado; es una simple hipótesis decir que, en caso de ser informada la madre gestante, habría tomado la difícil decisión de interrumpir el embarazo; la doctrina predominante rechaza que el nacimiento en estas circunstancias sea un daño *per se*, y los que defienden que el daño es la privación del derecho a optar, no hacen más que sostener, de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento.

Irresponsabilidad del INSALUD por nacimiento con deformidades y malformaciones.—Manteniendo la absolución de la doctora que hizo el seguimiento del embarazo, no cabe condenar a la administración sanitaria con base en el artículo 1903 CC; las sentencias de esta Sala en que se condena a personas jurídicas por la omisión de medios, organización o defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios, se fundamentan en el artículo 1902 CC; no se ha invocado en la demanda la responsabilidad patrimonial del Estado, ni a éste pueden atribuirse los hechos y las consecuencias del embarazo. (STS de 4 de febrero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El 21 de enero de 1991 nace en el Hospital dependiente del INSALUD de S. la niña Alicia, con las siguientes anomalías congénitas: ausencia de antebrazo y mano izquierda; dedos fusionados en la mano derecha; ausencia de pierna y pie izquierdos; hipoplasia lingual con anquiloglosia; imperforación anal. Los padres no tienen antecedentes familiares de este tipo. La gestante fue seguida en su embarazo por una ginecóloga de la Seguridad Social en el Hospital de su residencia. Se le practicaron cuatro ecografías, ajustándose a los protocolos fijados por el INSALUD, consideradas como nivel I, suficiente para un embarazo de bajo riesgo, como resultado de los análisis, seguimiento y antecedentes. Los informes periciales concluyen que de las actuaciones unidas a los autos no se hubiera podido deducir que la actora estaba incluida dentro de un embarazo de alto riesgo. También se ha dictaminado que las anomalías de los miembros pueden ser observadas ecográficamente, pudiendo ser detectadas por ecografistas especializados; las malformaciones óseas son muy difíciles de detectar en el nivel I, siendo aproximadamente del 75% las posibilidades de detectarlas en el nivel II. Parece que los padres habían vivido cerca de la Central Nuclear de Almaraz, trabajando el padre en la Empresa Nacional de Uranio, circunstancias que no fueron manifestadas a los médicos que asistieron en el curso del embarazo.

La demanda solicitaba doscientos millones de pesetas en concepto de indemnización, y se dirigía contra la doctora que hizo el seguimiento del embarazo, y contra el Ministerio de Sanidad y la Dirección provincial del INSALUD. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Salamanca dictó sentencia estimando parcialmente la demanda contra el INSALUD, condenándola al abono de setenta y cinco millones de indemnización. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y absolvió de la demanda al INSALUD. La Sala 1.^a (Pte. Marina y Martínez-Pardo) desestima el recurso interpuesto por los padres, basado en los siguientes motivos: 1.^o) Infracción del artículo 15 CE, en relación con la nueva redacción del artículo 417 *bis* del Código penal; 2.^o) Infracción del artículo 1902 CC; 3.^o) Infracción del artículo 1903, párr. 1.^o y 3.^o, CC; y 4.^o) Infracción del artículo 43 CE. La relativamente extensa sentencia extractada

dedica los tres primeros FD a transcribir la argumentación jurídica de las sentencias de instancia, mientras que los breves FD 4.º a 8.º rechazan con argumentación sumaria los motivos del recurso y dispone sobre costas. Hay un *Voto particular* de Román García Varela en el que, de modo alternativo, propone se declare la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, o la estimación del recurso que significaría la confirmación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

NOTA.—Las circunstancias verdaderamente dramáticas que concurren en el caso, y el final poco feliz para los padres reclamantes, obliga al máximo respeto y delicadeza en su tratamiento. Son dos los temas fundamentales de este pleito: la posible responsabilidad de la doctora que desempeñaba su trabajo como ginecóloga en el Hospital de S., y la del INSALUD como entidad que asume la prestación del servicio médico, dentro del régimen de la Seguridad Social. En el primero se da coincidencia entre las sentencias de instancia en exonerar de responsabilidad a aquélla, y no hay nuevos argumentos en el recurso; cumplió con los requisitos de la *lex artis ad hoc* ya que todos los antecedentes y los datos clínicos obtenidos sucesivamente permitían la conclusión de tratarse de un embarazo de bajo riesgo, para cuyo seguimiento la doctora estaba suficientemente capacitada y utilizó los medios correctos. En relación con la posible responsabilidad del INSALUD, debo confesar que me convencen más los argumentos de la Audiencia Provincial, en relación con la obligación que la LGDCU de 1984 impone a todo prestador de servicios sanitarios con base en los artículos 26 y 28.3; en efecto, la sentencia alude a una cierta relativización del nivel de calidad del servicio sanitario que se ha prestado en una localidad de la CA de Extremadura; es posible que con otros aparatos más perfectos y con otro personal más especializado, se hubieran detectado las malformaciones y deformaciones. Me parece simplista aducir que se invoca exclusivamente el artículo 1903 CC (*dabo tibi ius*). En cambio, tiene razón, a mi juicio, el TS en rechazar la invocación de la Ley despenalizadora del aborto como fundamento de la responsabilidad reclamada; de haberse detectado a tiempo los defectos y malformaciones, había la posibilidad de intentar remediarlos o paliarlos; pero no sería razón suficiente el no haber podido interrumpir su embarazo. Como los hechos ocurren antes de la Ley de 1992, hubiera podido seguirse la anterior jurisprudencia de la Sala 1.ª, que condena a las diversas Administraciones Sanitarias por mal funcionamiento de sus servicios (ello frente a lo sostenido en el *Voto particular* que propugna declarar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa). Ha quedado, sin embargo, fuera del debate procesal la posible responsabilidad por daños derivados de la energía nuclear, que podrían exigirse, en su caso, al amparo de la Ley de 1964 y su Reglamento de 1967, aunque la demanda no los ha planteado. (G. G. C.)

44. Culpa extracontractual: responsabilidad médica; doctrina general: no hay inversión de la carga de la prueba.—Es doctrina de esta Sala que la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación

o sanidad del enfermo; o, lo que es lo mismo, no es la suya una obligación de resultado, sino de proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia, así como que 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, estando a cargo del paciente la prueba de la culpa o negligencia correspondiente, en el sentido de que ha de dejar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción, o no sujeción, a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (*lex artis ad hoc*).

Ausencia de negligencia profesional.—Se declara probado que en el tratamiento de un esguince de tobillo, producido en un accidente mientras conducía un ciclomotor, no es imputable a ninguno de los médicos codemandados, en la respectiva fase en que prestaron su asistencia profesional a la actora, negligencia alguna en su actuación, la cual se acomodó, en todo momento, a una correcta praxis médico-quirúrgica. (STS de 12 de marzo de 1999; no ha lugar.). (G. G. C.)

45. Culpa contractual: falta de suministro de bombona de oxígeno: relación de causalidad.—Es doctrina jurisprudencial que la suficiencia o deficiencia del elemento causal fijado en la sentencia como productor del daño, como cuestión de derecho que es, resulta susceptible de ser examinada en casación por el núm. 4.º del artículo 1692 LEC, y viene aplicándose el principio de la causalidad adecuada, que exige, para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; debiendo entenderse por consecuencia natural, aquella que propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad conforme a los conocimientos aceptados, debiendo valorarse en cada caso concreto si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive como consecuencia necesaria el efecto lesivo producido, no siendo suficientes las simples conjeturas o la existencia de datos fácticos que, por una mera coincidencia, induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos, sino que es preciso la existencia de una prueba terminante relativa al nexo del agente y la producción del daño, de tal manera que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo.

Falta de prueba de la relación de causalidad.—En autos no existe prueba pericial alguna que permita determinar cuál fue la causa que produjo la parada cardiorespiratoria, causa ésta genérica de la muerte, que puede ser debida a distintas y variadas causas; ni siquiera se ha aportado a los autos el historial clínico de la fallecida, no obstante haber estado la enferma ingresada hospitalariamente durante diez u once días en fechas inmediatamente anteriores a su fallecimiento, sin que en el momento de la asistencia domiciliaria realizada por el médico que recetó el oxígeno se le pudiera facilitar a éste por el actor las razones de su internamiento; no existe en autos prueba alguna que permita afirmar cuál fue la causa del repentino agravamiento de la enferma que, en tan pocas horas, condujo a su fallecimiento, ni de que tal agravamiento fuera consecuencia directa de no haberse podido suministrar oxígeno a la paciente. La sentencia recurrida establece el nexo causal a base de conjeturas fundadas en una simple sucesión temporal de los hechos, no en una indiscutible certeza probatoria. (STS de 6 de febrero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El actor, desde mayo de 1983, tenía una póliza de asistencia sanitaria con la demandada, que comprendía la atención tanto al demandante cuanto a su esposa, hallándose en diciembre de 1989 al corriente en el pago. El 10 de diciembre de 1989 solicitó el actor los servicios de urgencias, dadas las dificultades respiratorias de su esposa, acudiendo con celeridad un doctor que ya le había tratado con anterioridad y que, tras examinarla, constató que tenía una broncoconstricción y alguna mucosidad que originaba dificultad respiratoria, pero no juzgó su estado tan grave como para ser ingresada hospitalariamente, por lo que prescribió la continuación del tratamiento medicamentoso, que la enferma ya tenía establecido, adicionando oxígeno, solicitando a *Sanitas* el suministro urgente de una bombona. Esta entidad recibió el encargo, se le reiteró varias veces, pero no llegó a efectuarlo, falleciendo el mismo día por parada cardiorespiratoria. *Sanitas* alega que la responsabilidad debe residenciarse en la entidad con la que tiene contratado el suministro del producto. En la demanda dirigida contra *Sanitas* se reclamaban cincuenta millones de pesetas; el Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Madrid, otorgó cinco millones; la sección 11.ª de la Audiencia Provincial elevó la indemnización a diez millones. La sentencia extractada, al estimar el recurso de *Sanitas*, desestima íntegramente la demanda.

NOTA.—La absolución por falta de prueba, a que conduce la estimación del recurso interpuesto por *Sanitas*, no deja de causar insatisfacción. Moviéndonos en el ámbito de la responsabilidad contractual, dada la existencia de un contrato de asistencia médica suscrito por la entidad demandada, habría que matizar más de lo que hace la sentencia extractada. Hay un incumplimiento contractual indiscutible, frente al cual resulta inoperante que *Sanitas* trate de derivar su responsabilidad a la empresa suministradora de las bombonas de oxígeno. Tal responsabilidad no es esencialmente médica, a la que se aplica la *lex artis ad hoc*, sino la normal de una empresa de servicios sanitarios. La actuación del médico de urgencias sí que debe valorarse según el referido parámetro, de modo que no parece haberse probado, en el caso, haber incurrido en negligencia profesional. En cambio, el tajante rechazo que se hace en el 3.º FD de la doctrina de la *res ipsa loquitur* que utiliza la Audiencia Provincial, para estimar parcialmente la demanda, no parece convincente. Por otra parte, bajo la perspectiva de que los servicios sanitarios afectan a los derechos fundamentales de la persona, cabría plantear la responsabilidad objetiva de la Ley de Consumidores. (G. G. C.)

46. Culpa extracontractual: negligencia profesional del abogado: falta de asesoramiento sobre ejercicio de acciones civiles: incumplimiento de obligaciones impuestas en el Estatuto General de la Abogacía.—Aun cuando no constase que el Letrado demandado hubiese asumido una obligación genérica de defender los intereses del matrimonio actor en toda clase de procedimientos, al haber sido designado en un apoderamiento *apud acta* en punto a la defensa en las concretas diligencias penales en que decidieron personarse, no cabe duda que en la carta que les dirige después de acordarse el sobreseimiento de las diligencias penales, no debió haberse limitado a aconsejar que no merecía la pena recurrir dicho auto, sino que, en buena técnica

jurídica y en cumplimiento del deber de confianza que en él habían depositado sus clientes, y a tenor de la diligencia correspondiente al buen padre de familia del artículo 1104 CC, tendría que haberse extendido el consejo a las posibilidades de defensa de una reclamación en el orden civil por culpa contractual o extracontractual, y a la conveniencia de mantener una entrevista inmediata con el matrimonio para explicarles con detalle el alcance y significado de tales posibilidades; proceder, el así indicado, que se habría acomodado al correcto y normal cumplimiento de las obligaciones deontológicas inherentes al ejercicio de la Abogacía rectamente entendida; sin que sea factible exculpar el proceder enjuiciado por la circunstancia de que los clientes no hubieran solicitado al Sr. Letrado les informase acerca de otras posibilidades, y de que en entrevista muy posterior les indicase «que quedaba la acción civil», pues estas circunstancias carecen de relevancia para desvirtuar la omisión inicial en que se incurrió en la primera carta.

Indemnización del daño moral.—El descrito comportamiento del Sr. Letrado demandado supuso un quebrantamiento, por vía omisiva, de los deberes y obligaciones profesionales que le incumbían, y que le eran exigibles a tenor del artículo 9 del Estatuto de la Abogacía, así como de los concretos deberes reseñados en los artículos 53 y 54 de aquél, en una interpretación lógica y racional de los mismos, siendo indudable que ello representó una conducta negligente por omisión, comprendida tanto en el artículo 1101 CC como, especialmente, en el 1902 CC, y 102 del repetido Estatuto, y susceptible de originar un daño de índole moral a los actores recurrentes, sin que semejante reparación deba hacerse extensiva a otros daños de distinta naturaleza, cuya cuantía se estima por la Sala, obrando con criterios razonables y prudenciales, fijarla en la cuantía de quinientas mil pesetas incrementada con los intereses legales desde la fecha de la presente resolución, condenando igualmente a la Compañía de Seguros demandada. (STS de 14 de mayo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El hijo de los recurrentes de diecisiete años de edad falleció el 13 de julio de 1991 en la piscina municipal de un pueblo burgalés; al Letrado demandado se le encomienda la defensa de los intereses de aquéllos en las Diligencias penales instruídas, solicitando en las mismas determinadas actuaciones; el 31 de enero de 1992 se dicta Auto acordando el archivo de las Diligencias, y en carta de 6 de febrero del mismo año el Letrado comunica a los recurrentes que, a la vista de las pruebas practicadas, no hay responsabilidad penal alguna, no mereciendo la pena recurrir el Auto. Cuando los actores logran una entrevista personal con el demandado, ha prescrito la acción del artículo 1902 CC.

NOTA.—En los últimos años se reiteran las demandas contra Letrados en ejercicio por supuesta negligencia profesional y, concretamente, por haber dejado transcurrir el tiempo para ejercitar la acción o agotado el plazo para recurrir sentencias desfavorables. En esta delicada materia la Sala 1.^a se encuentra aprisionada entre Scila y Caribdis, sin que parezcan satisfactorias las diversas soluciones intentadas. Igual que ocurre con los médicos, los Abogados sólo asumen normalmente una obligación de medios, de modo que el fracaso de las demandas que interponen en nombre de sus clientes no arguye, sin más, negligencia profesional por su parte. La experiencia muestra, sin embargo, que a veces las demandas fracasan

por culpa del Letrado director; pero no será fácil demostrar aquélla. La inactividad procesal, no justificada, induce a presumir negligencia. De hecho, varias reclamaciones contra Letrados en ejercicio han tenido recientemente éxito ante la Sala 1.ª. Pero, a diferencia de lo que sucede con la negligencia médica, cuyos resultados son fácilmente evaluables, en nuestro caso, probada la culpa profesional, surge el gravísimo problema de fijar la cuantía de la indemnización. El cliente ha sufrido un perjuicio, pero resulta extraordinariamente dificultoso cuantificarlo; desde luego, no es posible asegurar que la actuación diligente del Letrado hubiera conducido al éxito, de aquí que el daño indemnizable no puede hacerse equivalente a lo reclamado judicialmente, por más que ciertos indicios puedan inducir vehementemente a ello. En el presente caso, decir que los recurrentes han experimentado exclusivamente un daño moral por la actuación negligente de su Letrado, deja insatisfecho, aunque no resulta fácil proponer otra alternativa; los recurrentes han perdido la posibilidad legal de reclamar con base en el artículo 1902 CC una indemnización a los eventuales responsables de la muerte de su hijo en una piscina pública. Sorprende, por otra parte, que se prescinda de la posibilidad de ejercitar una acción contractual, todavía no prescrita, pues se supone que el acceso a la piscina no era gratuito. (G. G. C.)

47. Culpa extracontractual: muerte de obrero al caer de andamio: ausencia de medidas de seguridad.—El andamio en que se hallaba la víctima no tenía las barandillas, rodapiés y elementos de seguridad indispensables para evitar el deslizamiento de los trabajadores, materiales o herramientas, incumplándose las medidas de seguridad, con violación de preceptos reglamentarios, originando la caída del andamio y la muerte del obrero en el caso.

Responsabilidad solidaria: ausencia de litisconsorcio pasivo necesario.—La responsabilidad por acto ilícito, del encargado de la obra, del aparejador y de la empresa constructora, es solidariamente pasiva, por lo cual el acreedor puede accionar contra todos o algunos de los posibles deudores (art. 1144 CC), lo cual impide la posibilidad de apreciar litisconsorcio pasivo necesario.

Responsabilidad del encargado de la obra.—Desempeña la función de control de la obra, actuando por cuenta de la empresa, e incurre, si procede, en *culpa in vigilando*, como en el presente caso.

Responsabilidad del aparejador.—Deriva de que los andamios carentes de las medidas de seguridad habían sido instalados bajo la dirección y supervisión del mismo.

Responsabilidad de la empresa.—Se basa en el artículo 1903, párrafo 4.º, CC es responsabilidad objetiva, fundada en el riesgo, basada en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, originando la obligación de reparar el daño, de forma directa y solidaria con los causantes del mismo. (STS de 17 de febrero de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—Los hechos ocurren en 1988, y en ambas instancias la sentencia fue condenatoria. Por razón de la fecha del accidente, no hay duda sobre la pertinente aplicación de la tradicional doctrina sobre competencia de la jurisdicción civil en la materia. (G. G. C.)

48. Responsabilidad extracontractual: lesiones por caída de menor en centro docente: caso fortuito.—La tendencia jurisprudencial hacia una objetivación de la culpa extracontractual mediante los mecanismos de la carga de la prueba, de presunción de culpa en el agente o de la teoría del riesgo, no excluye de manera total y absoluta el esencial elemento psicológico o culpabilístico, como inexcusable ingrediente integrador, atenuado pero no suprimido, de la responsabilidad por culpa extracontractual, de tal modo que si de la prueba practicada en el proceso, con inversión o sin ella, aparece plenamente acreditado que, en la producción del evento dañoso, por muy lamentable que sea, no intervino absolutamente ninguna culpa por parte de aquellos a quienes se les imputa, sino que el mismo fue debido exclusivamente a un imprevisible acaecimiento de caso fortuito, ha de excluirse la responsabilidad de dichos supuestos agentes (o de la entidad que los tiene asegurados), siendo éste el supuesto litigioso aquí contemplado, en el que aparece probado que la caída del menor lesionado, de diez años de edad, se produjo única y exclusivamente como consecuencia de los juegos normales en chicos de esa edad, sin intervención de ningún factor extraño o peligroso, que pudiera evidenciar la falta de la debida vigilancia por parte de sus cuidadores, cuya caída, en tales circunstancias, ha de ser conceptuada necesariamente como un evidente caso fortuito. (STS de 8 de marzo de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—Ha sido oportuno, en este supuesto, el recordatorio, en la sentencia, de la conocida evolución jurisprudencial de la responsabilidad *ex* artículo 1902 CC (Pte. Morales Morales), otras veces aquí criticado por innecesario; antes al contrario, resulta muy conveniente recordar a los litigantes que no basta con invocar aquella doctrina jurisprudencial para obtener éxito. En el presente caso, los alumnos disfrutaban del recreo en un recinto cerrado del Colegio por causa del mal tiempo, y la caída del menor ocurre como consecuencia del juego normal (¿quién logra, en ese momento mágico del asueto, mantener inactivo a un grupo de escolares menores de diez años?); las lesiones parecen de cierta consideración (acortamiento del fémur, que precisará ulteriormente intervención quirúrgica); pero los padres no aportan prueba alguna que induzca a pensar en conducta negligente del Colegio o del profesor encargado del recreo, ni tampoco por parte de cualquier otro alumno. No es suficiente, insisto, con ampararse en la conocida doctrina jurisprudencial para lograr una sentencia condenatoria por culpa extracontractual. (G. G. C.)

49. Responsabilidad médica; responsabilidad civil de la Administración hospitalaria por contagio de hepatitis C mediante transmisión sanguínea: doctrina general.—Aunque las pruebas de detección del virus de la hepatitis C no eran exigibles sino desde la Orden de 3 de octubre de 1990, esta circunstancia no exonera de responsabilidad al INSALUD ya que, a partir de la primavera del año 1989, no sólo en el espacio científico, sino también en el de la opinión pública, se conocía la gravedad de la hepatitis C, así como las fuentes de contagio, entre las que se encontraba la transfusión de sangre infectada efectuada en centros hospitalarios, lo que nos lleva, por la vía de la responsabilidad patrimonial cuasi-objetiva, derivada de actos dañosos efectuados por la Administración Pública a través de sus autoridades y demás personal, a proclamar la responsabilidad de la recurrente, toda vez

que, si bien se trata de un evento anterior a 1990, la graduación de los conocimientos sobre la enfermedad y los cuidados para evitar tal infección están dentro del riesgo que configura la responsabilidad cuasi-objetiva, que contempla y debe producir todos sus efectos indemnizatorios (STS de 28 de diciembre de 1998).

Aplicación de la LGDCU.—En el presente caso es perfectamente aplicable lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 28, apartados 1 y 2, LGDCU de 1984, que establecen el derecho de consumidores y usuarios de productos farmacéuticos y servicios sanitarios a ser indemnizados por parte de quienes suministran o facilitan los mismos; normas vigentes al ocurrir los hechos, y hoy modificadas y enriquecidas por la Ley de 1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por los productos defectuosos. (STS de 9 de marzo de 1999; no ha lugar.). (G. G. C.)

50. Responsabilidad civil de Jueces y Magistrados: doctrina general: no es simple error judicial, ni deficiente o anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.—La responsabilidad civil de Jueces y Magistrados, mal llamada *recurso*, que establecen los artículos 903 ss. LEC y los artículos 16.1 y 411 a 413 LOPJ, por consecuencia del ejercicio de sus funciones cuando hubieren incurrido en dolo o culpa y asimismo por negligencia o ignorancia inexcusable, no es un derecho abstracto, inalcanzable para los ciudadanos; al contrario, es del todo conveniente su exigencia, y ha de potenciarse, pero dentro de los estrictos presupuestos legales y con acatamiento a las condiciones de procedibilidad que la normativa legal establece, a fin de evitar abusos, lo que sería efecto contrario tan discordante con la Justicia, como su indebido y desviado ejercicio (STS de 19 de febrero de 1994). Para que proceda tal responsabilidad la infracción ha de ser calificable como manifiesta para que sea cohonestable con la voluntad negligente o la ignorancia inexcusable, a que alude el artículo 903 LEC, pues de otra suerte solamente podría conceptuarse como simple error judicial, o deficiente o anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, como lo designan los artículos 121 CE, 41 LRJAE y 292 LOPJ, en cuyo caso es el Estado, y no el Juez o Magistrado personalmente, el que asume la responsabilidad inherente (STS de 23 de septiembre de 1994). En el caso no se dan estos caracteres, pues el Juez no ha cometido ninguna infracción, sino simplemente ha adoptado un criterio interpretativo discutible, incluso erróneo, que no configura la concreción de dicha responsabilidad. (STS de 9 de febrero de 1999; ha lugar.)

NOTA.—No parece pertinente que la sentencia que resuelve esta delicada materia discurra sobre aspectos de política jurídica en orden a la responsabilidad civil de los miembros de la carrera judicial. En efecto, leer que esta responsabilidad ha de *potenciarse* resulta poco coherente con la indudable restricción con que la legislación afronta el tema, y el criterio igualmente restrictivo con que se interpreta dicha normativa por la jurisprudencia del TS. En el presente caso no hay, desde luego, asomo de actuación dolosa o culposa del Magistrado-Juez de 1.^a Instancia, que interviene en un proceso matrimonial, al negarse a resolver sobre medidas provisionales instadas por una parte legítima, hasta la resolución del procedimiento principal. La Audiencia Provincial calificó de *torpe* el proceder de aquél, y le condenó a indemnizar la suma de 250.000 pesetas. El TS (en ponencia de Almagro Nosete) estima el recurso al consi-

derar que el demandado ha adoptado un criterio interpretativo discutible, incluso erróneo, pero no incidente en responsabilidad. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

51. Normas aplicables a la comunidad de bienes.—...en el juego de sus pretensiones olvidan el carácter subsidiario que tienen todos los artículos del Código civil relativos a la comunidad de bienes. Y dicha subsidiariedad es básica, es tan importante que todos los artículos que sirven de apoyatura al recurso (394, 397 y 398 CC) darán el triunfo a sus pretensiones siempre que no se opongan, que no contradigan a las disposiciones de aplicación prevalente. El orden jerárquico aplicable a la comunidad de bienes está establecido con meridiana claridad en el artículo 392, párrafo 2.º, CC: «A falta de contratos o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título». La consecuencia es clara: en primer lugar hay que aplicar las cláusulas del contrato siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público (art. 1255).

¿Puede haber algún tipo de despropósito en situar en el orden jerárquico del juego de las normas disposiciones especiales por las que se rigen algunos tipos de comunidad (el Código civil...) a la voluntad de los particulares? No. Porque es el básico cuerpo legal el que otorga cariz normativo, en ciertos casos, al interés de los contratantes. La proclamación más explícita al respecto se contiene en el artículo 1091 CC: «Las obligaciones que nacen de los *contratos* tienen *fuerza de ley* entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos».

La solución es clara: si la comunidad de bienes surge en virtud de un *contrato* expreso (es decir, si no se trata de una comunidad incidental, que surge *ex lege*, como la comunidad hereditaria p. ej.) la primera *ley* aplicable a esa comunidad la constituyen los pactos contractuales; la segunda, las disposiciones especiales, si las hay, y la tercera (y subsidiaria) los artículos 392 y ss. CC.

Los acuerdos de la mayoría son obligatorios para la administración y mejor disfrute de la cosa común (art. 398 CC) siempre que no contradigan las reglas constitucionales, que son prevalentes sobre el articulado del Código civil (art. 392).—El pacto convencional contiene una exigencia sucinta: la franja de dos metros de ancha tiene una finalidad: ofrecer un servicio de entrada común a la parte trasera de las respectivas fincas. Ningún acuerdo ulterior (salvo en el supuesto de unanimidad de todos los comuneros actuales, cosa que no ocurre en el supuesto debatido) puede válidamente modificar esta función de servir como entrada a la parte trasera de todas las unidades tectónicas que constituyen la comunidad en el presente.

Los recurrentes, al plantear la inicial demanda, impetraron el cumplimiento de unos acuerdos adoptados por una mayoría muy reforzada, de conformidad con el artículo 398 CC, por cuanto concentraban el 89,480% de las cuotas de la comunidad. Estos acuerdos eran: *a*) Que la puerta de acceso sólo se abra para dar entrada a las diferentes propiedades, permaneciendo cerrada el resto del día. *b*) Que sobre el portón de acceso no se coloque ningún anuncio, ni tampoco sobre el resto del cierre. *c*) Que el uso del acceso se reserve a favor de los vecinos propietarios. Estos acuerdos eran congruentes con el artículo 398 CC, al ser adoptados por una mayoría muy reforzada y referirse a

actos de administración y disfrute de la cosa común. Pero no dejaban de colisionar con el pacto creador de la comunidad, al menos en algunos matices, ya que el contrato privado establecía la creación de la franja de dos metros para que sirviera de servicio común de entrada de los dos inmuebles limítrofes, sin limitar la utilización a nadie que tuviera derecho en función de la titularidad de los edificios colindantes, ni imponer cortapisas publicitarias.

Se impone pues reconducir el acuerdo mayoritario dentro de los cauces que permite el documento constitutivo de la comunidad, por lo cual es preciso modalizar la sentencia de primera instancia en el sentido de que la puerta de acceso se abrirá en cada ocasión en que cualquier propietario comunero quiera acceder a la parte trasera de las fincas, permitiendo también el acceso puntual a los clientes de la industria de reparación de motos, con análoga obligación de cierre en cada oportunidad en que accedan al inmueble. Por no estar prohibido en la regla constitucional deberá admitirse la posible colocación de una placa publicitaria de tamaño discreto, como las que utilizaron los diferentes profesionales. (STS de 1 de marzo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Los actores (representantes en un 89,480% de la comunidad de bienes convencionalmente constituida) interponen demanda contra los restantes comuneros. Solicitan del Juzgado la declaración de conformidad a derecho de determinados acuerdos relativos al disfrute de la cosa común —dos fajas de terreno unidas con el fin de facilitar el acceso a dos fincas distintas— y la condena a los demandados a estar y pasar por ellos. El Juzgado estima la demanda. Se acoge el recurso de apelación promovido por los demandados. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por los actores. (R. G. S.)

52. Procede ejercitar la *actio communi dividundo* para extinguir la situación en que se encuentran los herederos a quienes se han adjudicado los bienes hereditarios por cuotas indivisas.—Son hechos probados e incontrovertidos, en el sentido de ser admitidos por todas las partes de la presente contienda judicial, que la que fue herencia yacente de los padres de dichas partes —cuatro hermanos— ha sido aceptada expresamente, que además ha sido inventariada —seis fincas—, y que de toda conformidad, los mismos, han procedido a su partición y división, adjudicándose cada uno de ellos una cuarta parte indivisa de los bienes de la misma.

Con base a todo lo anterior se ha de afirmar que ha existido una comunidad de la que surge una *actio communi dividundo* que representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, y que es de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna (S de 5 de junio de 1998).

Por ello se ha de decir que tal acción es susceptible de ejercitarse por el cauce procesal del juicio ordinario declarativo de menor cuantía, que es lo que ha hecho correctamente la parte recurrente en el presente caso, pues dada su posición de comunera copropietaria, derivada de una aceptación y adjudicación espiritual de unos bienes hereditarios, no necesita para nada el cauce del juicio universal de testamentaría para tal ejercicio; pues no se puede olvidar que lo que se ejercita es la ya mencionada *actio communi dividundo* y no la *actio familia erciscudae*, que sólo puede ejercerse a través del ya mencionado juicio universal, pero siempre que la herencia no haya sido dividida, que, como se ha dicho y visto, no es el actual caso.

Pero sobre todo hay que tener en cuenta con carácter general y como aplicación del principio *pro actione* y del de la tutela judicial, que no es un óbice grave el utilizar un cauce procesal garantista —como es el juicio ordinario declarativo—, obviando un juicio universal específico que normalmente y dada la posición de las partes en esta *litis* desembocaría en el mencionado juicio declarativo ordinario. (STS de 8 de marzo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Hecha la partición y división de la herencia yacente de sus padres, se adjudica cada uno de los cuatro hermanos la cuarta parte indivisa de las seis fincas que la componen. Dos de los hermanos solicitan la disolución de la comunidad de bienes. Se desestima su demanda por inadecuación del procedimiento seguido. Se desestima igualmente el recurso de apelación. Ha lugar al recurso de casación promovido por las actoras. (R. G. S.)

53. Distinción entre la portería como elemento común del edificio y el servicio de portería prestado por persona física: clase de acuerdo a adoptar en cada caso.—El *quid* de la presente contienda judicial se centra en dirimir si es necesario o no el acuerdo unánime de los copropietarios de la Comunidad de propietarios de la calle... (o simplemente mayoritario) para la supresión del servicio de portería, entendiendo por tal el servicio prestado por una persona física que ejerza las funciones propias tradicionalmente de aquel servicio.

La referida cuestión aparece solucionada con lo que se dice en la sentencia de esta Sala, de 26 de febrero de 1996, en la que se alegan, además, como precedentes colaterales las SS de 3 de junio de 1984 y 16 de julio de 1992.

Efectivamente, en dicha resolución se distinguen claramente dos aspectos relacionados con el término portería, como son: *a)* La portería como elemento físico del inmueble que se ha de enclavar dentro de los «elementos comunes» especificados en el artículo 396 CC en función del concepto principal «elementos del edificio», y *b)* El servicio de portería, que, como se ha dicho, es el que presta una persona física que ejerce las funciones propias del mismo, como es el de vigilancia y atención, información, retirada de basuras, recogida de correspondencia...

Pues bien, dentro del primer aspecto, modificar el elemento de portería, en el sentido de vender la superficie destinada a ese fin o arrendarla, o darla cualquier otro destino diferente, hay que afirmar y es indudable que se necesita unanimidad de los componentes de la junta de propietarios para ello. Sin embargo, la supresión del servicio de portería y/o su sustitución por otro (conserjería, «portero eléctrico», «video portero») no requerirá más que la simple mayoría de tal junta. (STS de 6 de marzo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—La actora impugna la validez del acuerdo mayoritario de la Comunidad de propietarios por el que se suprime el servicio de portería. La demanda es desestimada. No así la apelación, declarando la Audiencia la nulidad del acuerdo. Ha lugar al recurso de casación que interpone la Comunidad de propietarios. (R. G. S.)

54. Acciones declarativa y reivindicatoria del dominio: requisitos e intereses tutelados.—La acción declarativa del dominio exige para su viabilidad la concurrencia de todos los requisitos requeridos para la reivindicatoria, excepción hecha de que el demandado sea poseedor: como dice la S de 8 de

noviembre de 1994, «este tipo de pretensiones [las de las acciones mero (*sic*) declarativas] no intentan la condena del adversario, sino que se declare por medio de sentencia la existencia de una determinada relación de derecho puesta en duda o disentida; no buscan, por ello, la obtención actual de cumplimiento coercitivo del derecho, sino la puesta en claro del mismo. No obstante, su ámbito es restringido pues de la acción declarativa sólo puede valerse quien tiene necesidad especial para ello; debe existir la duda o controversia y una necesidad de tutela, de manera que el interés del demandante desaparece si no hay inseguridad jurídica, la parte contraria no se opone al derecho». En el presente caso, la Administración Pública demandada en ningún momento ha puesto en duda o controvertido el derecho dominical de la actora sobre las fincas a las que se refieren los títulos aportados con la demanda; no se da, por tanto, esa inseguridad jurídica que, nacida de la puesta en cuestión del derecho, hace necesaria la demanda de tutela frente a quien disiente o niega aquél. Siendo el verdadero objeto de la controversia existente entre las partes si se ha producido o no una invasión y consiguiente despojo de parte de las fincas de la actora por la Administración demandada, su pretensión de defensa de su derecho de propiedad queda suficientemente satisfecha mediante la acción reivindicatoria, acumulativamente ejercitada, sin que sea necesario el ejercicio de la acción declarativa del dominio de la totalidad de las fincas, que, se repite, no ha sido puesto en duda por la demandada.

Requisito de identificación de la finca a efectos del ejercicio de la acción reivindicatoria.—Es doctrina reiterada de esta Sala la de que la identificación de la finca ha de hacerse de forma que no ofrezca duda cuál sea la que se reclama, fijando con la debida precisión su cabida, situación y linderos y demostrando con cumplida probanza, que el predio reclamado es aquel al que se refieren los títulos y demás medios en que el actor funde su derecho, identificación que exige un juicio comparativo entre la finca real contemplada y la que consta en los títulos, lo que como cuestión de hecho, es de la soberana apreciación del Tribunal de Instancia.

Principios hipotecarios: exactitud, legitimación y fe pública registral.—Es jurisprudencia reiterada que el principio de exactitud registral contiene una presunción *iuris tantum*, por lo que puede ser destruida mediante prueba en contrario. Consecuencia de ello es que los asientos practicados en el Registro conllevan una presunción de exactitud hasta que se demuestre o acredite en debida forma su discordancia con la realidad extrarregistral, dado que dichos Registros carecen de una base física fehaciente en cuanto lo cierto es que reposan sobre las manifestaciones de los otorgantes, razón por la cual el instituto registral no puede responder de la exactitud de las circunstancias y datos fácticos ni por consiguiente de los relativos a las fincas; asimismo se declara en S de 26 de abril de 1986 que «el principio de legitimación, que presume la existencia de los derechos inscritos, tal y como constan en el asiento y su posesión, no es aplicable cuando intenta oponerse a una titularidad de dominio público, pues ésta es inatacable aunque no figure en el Registro de la Propiedad, puesto que no nace del tráfico jurídico base del Registro, sino de la ley y es protegible frente a los asientos registrales e incluso frente a la posesión continuada.

(...) la fe pública registral opera en relación a la titularidad, extensión y existencia de los derechos reales inscritos, pero no cubre los datos o circunstancias de mero hecho que consten en el Registro o que sirvan de soporte material a los derechos inscritos, por lo que éste no responde de que sean

exactos los datos descritos de la finca inmatriculada. (STS de 5 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—*Monte Vida, S.A.* interpone demanda contra la Agencia Regional del Medio Ambiente y Naturaleza de la Comunidad de Murcia solicitando se declare su pleno dominio sobre las fincas que relaciona, con levantamiento de los mojones colocados por la demandada y pago de la indemnización de los daños y perjuicios causados. La sentencia que se recurre, confirmatoria de la de primera instancia, desestima la demanda. No ha lugar al recurso de casación promovido por *Monte Vida, S. A.* (R. G. S.)

55. Acción declarativa del dominio: alcance de la exigencia de petición previa de cancelación o nulidad del asiento registral contradictorio (art. 38.2 LH).—Siendo cierta la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias que expresamente se citan en el motivo, la misma se encuentra actualmente superada, pues, como dice la S de 16 de julio de 1997, en todo caso debe advertirse que una reiteradísima jurisprudencia ha manifestado la dureza de esta norma y permite que, aun no pidiéndose, se admita y estime la demanda, sin perjuicio de que en ejecución de sentencia se ponga el Registro en consonancia con lo declarado en la sentencia. Así, SS de 23 y 26 de enero, 24 de abril y 3 de junio de 1989, 18 de octubre de 1991, 1 de diciembre de 1995; esta última es elocuente, dice en su fundamento 6.º, la más reciente y ya consolidada doctrina de esta Sala, matizando las consecuencias en la esfera del proceso del principio de legitimación registral, tiene declarado que, superando una interpretación rigorista del precepto contenido en el párrafo segundo del artículo 38 LH, que exigía el ejercicio previo o, al menos coetáneo con la acción contradictoria del dominio inscrito, de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral, se pasa a la actual, más acertada en el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esa petición y no puede ser causa de que se deniegue la formulada respecto a la titularidad dominical. Lo cual es reiterado en la de 18 de marzo de 1997, en cuyo fundamento cuarto, *in fine*, afirma: no es esencial el requisito de pedir la anulación de los asientos contrarios a lo pedido.

Usucapión *secundum tabulas*.—Dice la S de 24 de mayo de 1991 que «el artículo 35 LH en cuanto previene que, a los efectos de la prescripción adquisitiva del titular inscrito, se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia de su asiento y de los antecesores de quienes traiga causa, puesto que tal presunción es *iuris tantum*, es decir, con la finalidad de facilitar o favorecer la usucapión que extrarregistralmente opere el titular inscrito, suministrando a éste un *ius-tus titulus* o *iusta causa usucapionis*, consistente en la inscripción misma, lo que determina que si se acredita que no cumple extrarregistralmente las condiciones necesarias para originar prescripción ordinaria de nada servirá el Registro». (STS de 26 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia recurrida en casación confirma la de primera instancia que estimó íntegramente la demanda formulada

por los actores (recurridos en la casación). La resolución declaró la propiedad indivisa y por partes iguales de parte actora y demandado y la obligación del demandado de rendir cuentas de su gestión sobre tales bienes en concepto de mandatario, condenando además a éste al abono de la cantidad resultante de la rendición de cuentas. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado en la instancia. (R. G. S.)

56. Eficacia en el proceso del principio de legitimación registral: artículo 38.2 LH.—Esta norma hipotecaria consagra el principio de legitimación procesal (*sic*), que se engloba en la presunción de exactitud registral y que es la llamada eficacia defensiva de la inscripción, cuya eficacia es sustantiva y procesal; esta eficacia procesal se traduce, entre otras, en que no cabe que se dicte una sentencia en un proceso relativo a un derecho real inscrito, que provoque una contradicción con el Registro de la Propiedad, el cual se presume exacto si no se acredita lo contrario (art. 1.3.º LH); si se dicta tal sentencia contradictoria con el Registro, debe corregirse éste, lo cual —en virtud del principio dispositivo que rige el proceso civil— debe pedirse en la demanda y si no se hace, no se admite o se desestima la demanda, tal como dispone el artículo 38, párrafo segundo, LH. Sin embargo, una reiteradísima jurisprudencia ha mitigado el rigor de esta norma y se entiende que, aunque no se pida, se debe admitir y se puede estimar la demanda y, en ejecución de sentencia, se pondrá en consonancia lo declarado en ésta con el contenido del Registro; así, SS de 23 y 26 de enero, 24 de abril y 3 de junio de 1989, 18 de octubre de 1991, 1 de diciembre de 1995, 18 de marzo y 16 de julio de 1997.

Una atribución testamentaria no basta para que el heredero se declare propietario.—La acción declarativa de dominio que ejerce el demandante adolece de la falta del presupuesto básico del título dominical. «El testamento por sí solo no es suficiente para justificar la adquisición de bienes determinados de la herencia, mientras no se haga la liquidación de la misma y, por consecuencia de ella, la partición y adjudicación a cada interesado de su parte correspondiente»... dice la S de 5 de noviembre de 1992, que recoge una reiterada doctrina jurisprudencial; «hasta que no se efectúa la partición por cualquiera de los modos admitidos en Derecho no adquieren los herederos la propiedad exclusiva»... añade la de 31 de enero de 1994. El demandante, pues, no tiene título de propiedad para pretender la declaración de dominio de una vivienda, pues sólo tiene un derecho abstracto al 35 por ciento del contenido de la herencia, sin que por la partición y adjudicación se haya especificado aquél, en el sentido de determinarlo en bienes o derechos concretos, es decir, al demandante no se le ha sustituido el derecho abstracto sobre una cuota de la comunidad, por un derecho sobre bienes o derechos determinados. Tal como dice el artículo 1068 CC, «la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados»; lo que recalca la S de 16 de mayo de 1991 en el sentido de que, como dice literalmente, «una atribución en el testamento no basta para que el heredero se declare propietario».

Accesión inmobiliaria en suelo ajeno con materiales propios y buena fe.—Tampoco el demandante tiene derecho a una declaración de propiedad en su 35 por ciento hereditario por otra razón. La vivienda unifamiliar a que se refiere el *petitum* de la demanda no fue propiedad del causante; tal como declara probado la sentencia de instancia, éste edificó a su costa una vivienda

en terreno propiedad de los cónyuges demandados, la cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 CC y el principio romano *superficies solo cedit*, pertenece al dueño del terreno, es decir de los demandados, no del causante del demandante. Partiendo de este principio, debe aplicarse el artículo 361 CC, la accesión inmobiliaria en suelo ajeno con materiales propios, que da opción al dueño (los demandados en este caso) a hacer suya la edificación pagando una indemnización o bien evitar la accesión, obligando al que edificó (o a sus herederos) a pagarle el precio del terreno. Para lo cual es precisa buena fe y ésta existe cuando se construye con la aquiescencia y beneplácito del dueño del terreno (que es el caso presente). Cuando se produce esa situación, el dueño (los dueños, los cónyuges demandados) no adquiere automáticamente la propiedad del todo resultante de la edificación y el terreno, sino que tiene un derecho potestativo que le permite optar entre hacer suyo el todo resultante –terreno y obra– previo pago de indemnización u obligar al que edificó a pagarle el precio del terreno: en este sentido es muy reiterada la doctrina jurisprudencial desde la S de 2 de enero de 1928, que dijo que mientras no tuviera efecto la indemnización, «no ostenta el dueño del predio el dominio de lo edificado, sembrado o plantado...», cuya doctrina de no adquisición automática de lo edificado la han reiterado numerosas sentencias: 4 de julio de 1928, 12 de mayo de 1930, 23 de marzo de 1943, 21 de diciembre de 1945, 18 de marzo de 1948, 17 de diciembre de 1957, 2 de diciembre de 1960, 17 de junio de 1971, 14 de junio de 1976, 20 de mayo de 1977, 15 de junio de 1981, 11 de junio de 1985, 24 de enero de 1986, 31 de diciembre de 1987, 17 de febrero de 1992. Por todo ello, el demandante no tiene derecho a un 35 por ciento de la vivienda, sino que los demandados tienen el derecho potestativo a que se ha hecho referencia, cuyo ejercicio no ha sido solicitado por el demandante. (STS de 15 de febrero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El padre del actor falleció instituyendo cuatro herederos en partes desiguales. Tres transigieron sus derechos hereditarios. El cuarto formula demanda en la que interesa: 1) la declaración de que es heredero testado en la proporción de un 35 por ciento, 2) la declaración de inoficiosidad de determinadas donaciones, 3) declaración de su propiedad en un 35 por ciento de la vivienda construida por el causante en terreno de los esposos demandados y 4) reclamación de determinada cantidad. Son demandados una sobrina del causante, su marido e hijos. El Juzgado desestima la demanda por entender, sobre todo, que es imposible determinar en qué grado pudo lesionarse la legítima del demandante. La Audiencia revoca la resolución de instancia y declara lo interesado. Interponen recurso de casación los demandados. Ha lugar. (R. G. S.)

57. El ejercicio de una acción contradictoria del dominio inscrito a favor de persona distinta en el Registro de la Propiedad lleva implícita la petición de nulidad y cancelación del asiento correspondiente: artículo 38.2 LH.—Con mención al contenido del motivo, corresponde indicar, de una parte, que la actual posición jurisprudencial supera la rígida interpretación del artículo 38, párrafo segundo, y admite otra más flexible y ajustada al tráfico jurídico, con la indicación de que el hecho de haberse ejercitado una acción contradictoria del dominio, que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, lleva implícita la petición de nulidad y cancelación

del asiento contradictorio (SSTS de 5 de mayo y 6 de junio de 1991 y 6 de marzo de 1992). (STS de 1 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora demanda a su hermano interesando del Juzgado declaración en el sentido de que éste deje libres y a disposición de la demandante determinadas fincas, como de su propiedad y de que el importe de la expropiación de otros predios —expropiación entendida con el demandado— corresponde a la actora. El Juzgado no entra en el fondo de la cuestión y absuelve al demandado de los citados pedimentos. La Audiencia revoca la sentencia del Tribunal inferior estimando parcialmente la demanda. No ha lugar al recurso de casación que interpone el demandado. (R. G. S.)

58. Inidoneidad de la Ley de Costas para fundamentar el recurso de casación civil.—... sólo cabe fundamentar el recurso de casación en la infracción de normas de derecho privado —civiles y mercantiles— con categoría de ley, o asimiladas a las leyes (aparte de otras, SSTS de 21 de enero y 30 de septiembre de 1991 y 23 de noviembre de 1994), pues la posibilidad de invocar disposiciones de rango no civil queda reducida a casos en que tales normas tengan una civil como cobertura o estén íntimamente relacionadas. En este caso, la recurrente llama al artículo 6 de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, que es un precepto que se refiere a la realización por el Ministerio de Obras Públicas de un deslinde por el procedimiento administrativo; este artículo, de naturaleza marcadamente administrativa, se compone de cinco apartados, y la única conexión que posee con otra de carácter privado proviene del tercero, donde se dice que la resolución que dicte el Ministerio de Obras Públicas será ejecutiva, pero la atribución de ejecución, consecuencia del deslinde, no podrá realizarse respecto a las fincas o derechos amparados por el artículo 34 LH, aunque sin perjuicio de la facultad de la Administración para ejercitar las acciones legales pertinentes; de su texto se deduce que la Ley Hipotecaria no sirve como soporte a esta norma de la Ley de Costas, ni está directamente conectada con la misma, lo cual supone el perecimiento del motivo.

Un testimonio de carácter administrativo no prejuzga cuestiones de dominio y posesión.—El testimonio de la Resolución de la Dirección General de Puertos y Señales Marítimas, que aprobó el acta y el plano del deslinde, como expresa la decisión de la Audiencia, no vale para prejuzgar las cuestiones de dominio y posesión planteadas. (STS de 22 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La Abogacía del Estado demanda a un particular interesando la declaración del carácter demanial de una finca inscrita a nombre de éste. La cuestión litigiosa se centraba en la identificación de la finca referida y en si la misma —como sostenía la actora— se encontraba íntegramente en un arrenal, zona marítimo -terrestre de dominio público. El Juzgado no acogió la demanda y su sentencia fue confirmada por la Audiencia. Interpone recurso de casación el Abogado del Estado declarando el TS no haber lugar. (R. G. S.)

59. Acción confesoria de servidumbre voluntaria por título constitutivo expreso del dueño de los predios colindantes y su correlación con la del «padre de familia» del artículo 541 CC.—Se cita la infracción del

artículo 541 CC, puesto que, según la fundamentación de la sentencia recurrida, al admitir la acción confesoria de servidumbre de la reconviniente, considera que se trata de una servidumbre voluntaria y en la que concurren los elementos del artículo 541 CC, esto es la llamada servidumbre del padre de familia, y después de examinar los requisitos que se exigen en este tipo de servidumbre, se afirma que, en este caso, se referirá a la existencia de dicha servidumbre al amparo del artículo 541 CC; que –continúa el motivo– no concurren los requisitos de este artículo 541 en cuanto a la llamada servidumbre del padre de familia, puesto que, según interpretación adecuada, el legislador considera que el título para que la servidumbre continúe, activa o pasivamente, es la propia existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas establecido por el propietario; que, sin embargo, no existe tal signo, y que la Audiencia Provincial ha considerado como título de la servidumbre al llamado título jurídico documental, esto es, la escritura de declaración de obra nueva de los Bloques 1 y 3 del «Conjunto Residencial Cornisa del Cantábrico», lo que desde ningún punto de vista resulta admisible, esto es, considerar el referido título como medio de creación, nacimiento o determinación de una servidumbre por destino del padre de familia. El motivo merece la siguiente respuesta: 1.º) que aun cuando no quepa entender que, efectivamente, la recta interpretación de ese artículo 541, en cuanto a la citada servidumbre del padre de familia, exige que este signo aparente esté materialmente constituido y configurado en la realidad de los hechos, como una conducta inequívoca por parte del propietario del fundo único, cuando se trata de separar a ambos y, muestra expresa de su voluntad, según constante jurisprudencia (entre otras, en S de 7 de marzo de 1991), se decía: «... El signo material a que se refiere la norma contenida en el artículo 541 no puede acoger a cualquier indicio existente sobre el terreno del que luego, por una libre especulación, quepa entender cumplía el servicio o destino que en la hora presente pretende la parte que quiere beneficiarse de la existencia de dicha servidumbre, porque, como se ha afirmado por la S de 3 de julio de 1982, es preciso dentro de ese segundo requisito que se compruebe o constate un estado o situación de hecho en el predio único o en ambos de que resulte visible y fácilmente comprobable la existencia del servicio prestado...»; S de 16 de mayo de 1991: «... El reconocimiento de una modalidad de adquisición de servidumbre por causa de presunción fundada en un signo aparente revelador de la voluntad del transmitente, a fines de generar lo que se denomina servidumbre por destino del padre de familia, requiere no solamente que tenga lugar la separación del dominio de dos fincas que pertenecían a mismo propietario, sino que también al tiempo de dicha separación exista ya el signo de servidumbre a favor de una de las fincas y a cargo de la otra...»; S de 25 de junio de 1991: «...La S de 13 de mayo de 1986 recoge la reiterada doctrina jurisprudencial según la cual “para que los Tribunales puedan declarar la realidad y subsistencia de una servidumbre de las reguladas en dicho precepto (el art. 541 CC), es indispensable que quien ejercita la acción para conseguirlo acredite cumplidamente, primero: la existencia de dos predios pertenecientes a un único propietario; segundo: un estado de hecho del que resulte por signos visibles y evidentes que uno de ellos presta al otro un servicio determinante de semejante gravamen, en el supuesto de que alguno cambiara de titularidad dominical; tercero: que tal forma de exteriorización hubiera sido impuesta por el dueño común de los dos; cuarto: que persistiere en el momento de transmitirse a tercera persona cualquiera de dichas fincas; quinto: que en la escritura correspondiente no se exprese nada en contra de la pervivencia

del indicado derecho real”...»), y que ello, en el caso de autos, pudiera compartirse, no obstante, no vale para desvirtuar lo así resuelto, por cuanto el fundamento para que por la Sala sentenciadora se declare aquella servidumbre, proviene no de ese signo material existente, sino del contenido expreso y específico de la escritura de segregación y declaración de obra nueva... de 28 de junio de 1965 de los bloques 1 y 3 del conjunto residencial de la parte demandada reconviniendo...; mas lo indiscutible es que se trata de una auténtica servidumbre voluntaria y así se refiere por la Sala, *ex* artículo 536 CC, en su FJ 3.º; que está perfectamente prevista su existencia por parte del propietario común de la finca matriz ... (expresividad que no existió en el supuesto contemplado entre otras en la S de 28 de julio de 1995, que decía: «...lo que viene a pretenderse –en forma algo confusa– es que se tenga por probada la existencia de la servidumbre controvertida, a cuyo fin se argumenta en relación con lo consignado en la escritura pública de 13 de enero de 1989 (se vende la parcela “con todos cuantos derechos, usos y servidumbres le correspondan”); a este respecto, la Sala de instancia razona lógicamente que no es posible considerar lo transcrito como título constitutivo de la servidumbre, y es que, en efecto, la imprecisión de la frase no permite entenderlo de otro modo...»); y que aun cuando no se hubiese materializado tras la correspondiente segregación en todas las parcelas a que se contrae el litigio –propiedad de los contendientes– ..., sin embargo, por las circunstancias que igualmente se especifican, en torno a esa escritura de 28 de junio de 85 (*sic*), clarificadoramente de la existencia de esa servidumbre recíproca, determina que la sala sentenciadora lo califique como una auténtica servidumbre voluntaria, prevista en el repetido artículo 536 CC, si bien añade que en la misma, concurren en cierto modo los elementos de tal servidumbre de padre de familia, con independencia de que, en rigor, no haya sido, pues, el cauce de esta modalidad, el determinante de la decisión de la Sala, sino –se repite– la de tal servidumbre voluntaria, habida cuenta lo recogido de forma taxativa en el título constitutivo de la misma, por lo cual el motivo ha de rechazarse. (STS de 18 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.–Se cuestiona la existencia de un derecho de servidumbre recíproca entre las fincas integrantes de un conjunto residencial, que impediría a una promotora inmobiliaria (adquirente de las que resultan de una previa segregación, posteriormente agrupadas) continuar edificando en la parcela de su propiedad. El Juzgado, estimando la demanda de la promotora, declara la inexistencia de servidumbre. La Audiencia acoge la apelación de los demandados y declara la existencia del derecho cuestionado. No ha lugar al recurso de casación que interpone la promotora. (R. G. S.)

60. Retracto legal: concepto y objeto.–El retracto legal faculta a su titular, el retrayente, para convertirse en propietario de la cosa sobre la que recae; el poder sobre una cosa para adquirirla después de haber sido transmitida a un tercero, en las mismas condiciones que éste; lo cual coincide con la definición legal que da el artículo 1521 CC: «El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago». Como consecuencia, al ejercitar el retracto, adquiere el retrayente la cosa retraída en el estado que tenía al tiempo de la transmisión onerosa que dio lugar al mismo; no puede verse la cosa disminuida por posteriores cambios, como pudieran ser

segregaciones. No puede olvidarse que el retracto legal es un límite al derecho de propiedad, no precisa su inscripción en el Registro de la Propiedad y no puede ser restringido por operaciones del titular dominical y registral frente al que se ejercita el retracto.

La adquisición –al ejercitar el retracto legal– de finca hipotecada no significa necesariamente la asunción de la deuda así garantizada.—El concepto exacto de subrogación se produce en el cumplimiento de la obligación y se trata de subrogación en el pago; distinto es la cesión del crédito o la asunción de deuda; en el derecho real de hipoteca no hay subrogación; distinto es el caso de que una finca sobre la que pesa una hipoteca, el adquirente de la misma, la adquiera con el derecho real de hipoteca; en este último caso, no significa necesariamente que asuma la deuda cuya obligación está garantizada con hipoteca. En el presente caso, la Comunidad de Madrid retrayente, al ejercitar el retracto legal, adquirirá la finca y la adquirirá con el derecho real de hipoteca, ya que no se ha pedido declaración de ineficacia de ésta ni se hubiera podido pedir sin demandar al acreedor hipotecario, *Caja Postal de Ahorros*; lo que es preciso destacar es que la Comunidad de Madrid retrayente no asume la deuda correspondiente a la obligación cuyo cumplimiento está garantizado con la hipoteca y que se constituyó y se mantiene entre *Peñascales Tikal, S. A.*, y *Caja Postal de Ahorros*. (STS de 9 de marzo de 1999; no ha lugar al recurso de la demandada. Ha lugar al recurso de la actora.)

HECHOS.—La Comunidad Autónoma de Madrid ejercita retracto legal sobre una finca situada en el Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares. Sobre la finca, adquirida por *Peñascales Tikal, S. A.*, e inscrita en el Registro de la Propiedad, fue posteriormente constituida una hipoteca en garantía de un crédito a favor de la *Caja Postal de Ahorros*. El Juzgado de Primera Instancia da lugar al retracto. Ambas partes litigantes formulan recurso de apelación. La Audiencia declara procedente el retracto por el precio que figura en la escritura de compraventa amén de otros pronunciamientos. Nuevamente ambas partes interponen recurso, esta vez de casación. No ha lugar al promovido por *Peñascales Tikal, S. A.* Ha lugar al formulado por la Comunidad Autónoma de Madrid. (R. G. S.)

61. Procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH: la adjudicación de la finca al acreedor ejecutante provoca la extinción de la hipoteca por confusión de derechos reales (el de propiedad y el de hipoteca).—La adjudicación de la finca núm. 2651 al acreedor en pago de su crédito produce un cúmulo de efectos en orden a la extinción de los créditos hipotecarios vigentes... por lo que respecta a la propia hipoteca que ha desencadenado el *ius distrahendi* o eficacia ejecutiva sobre la finca matriz (la registral 2561), la extinción del débito hipotecario discurre por los cauces de la confusión de derechos reales. No puede invocarse la confusión de derechos entre acreedor y deudor, como modo extintivo de las obligaciones. Y no puede alegarse porque habiendo un solo acreedor (*Aresbank*) y un solo deudor (*Dyalong*), que en ningún momento entremezclan sus posiciones jurídicas, no puede sustentarse la existencia de dicha confusión extintiva. Pero es cierto que la hipoteca de esta inscripción 6.^a de la finca 2651 se ha extinguido. Y la causa verdadera de este efecto liberador es, sí, una confusión de derechos, pero de derechos de distinta naturaleza de los meramente credituales.

La confusión se produce por la confluencia en una misma persona de dos derechos reales de diferente volumen jurídico: el de propiedad y el de hipoteca. Por la virtualidad traslativa de la adjudicación en pago de deudas, el acreedor hipotecario se convierte en propietario de la finca adjudicada. Él pasa a ser el nuevo dueño del inmueble y, consecuentemente, el deudor ejecutado pierde la propiedad de la finca hipotecada. Y es en el mundo de los derechos reales donde se genera la confusión extintiva: por la inscripción de la adjudicación *Aresbank* pasa a ser el último *dueño* de la finca núm. 2651 pero, según consta en la inscripción tercera de la misma finca, también *Aresbank* es *acreedor hipotecario*, con potencialidad realizadora, sobre la misma finca. Como en España no está admitida la hipoteca sobre cosa propia, al confluir en el mismo titular los conceptos de dueño y acreedor hipotecario (dueño y detentador de la hipoteca), el resultado es extintivo: la hipoteca se extingue por confusión de derechos. El acreedor hipotecario ostenta un especialísimo *ius disponendi*: el derecho de realización del valor de la cosa hipotecada. Pero como el dominio engloba todas las facultades que se pueden ostentar sobre una cosa, incluido el *ius disponendi*, al coincidir en la misma persona la facultad desgajada (que dio nacimiento al derecho real limitado de hipoteca) y su haz totalizador de facultades sobre la cosa, el derecho limitado desaparece forzosamente, al ser anegado por el derecho totalizador, dada la virtud expansiva del dominio residual. Por la razón de haberse extinguido la hipoteca es por lo que se procede a la cancelación del asiento que reflejaba la constitución de este derecho real. La deuda (el derecho de crédito) no se ha extinguido por confusión de derechos, como hemos visto. La deuda se ha extinguido en virtud del pago; la adjudicación en pago de deudas es una forma sustitutiva del pago específico. Y el pago —en cualquiera de sus modalidades— es el modo paradigmático de extinción de cualquier obligación.

Procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH: la adjudicación de la finca al acreedor ejecutante provoca la extinción de otra hipoteca anterior a favor del mismo acreedor por confusión de derechos personales (el crédito y la obligación en que se subroga todo adjudicatario).—Por lo que se refiere a la hipotecas anteriores, su extinción sí sigue las pautas de la extinción de las obligaciones por confusión, como veremos en los razonamientos que siguen.

Desde un planteamiento teórico conviene distinguir el resultado de la vía de apremio, ya provoque la venta a favor del mejor postor o ya discurra por la vía de una adjudicación a favor del acreedor hipotecario. Por estadística procesal deberíamos analizar la transmisión a favor del rematante en primer lugar. Pero una fundamentación legal directa para propiciar la confusión de derechos extintiva, exige que examinemos en primer término la adjudicación a favor del acreedor.

Este supuesto viene contemplado en la regla 10 del artículo 131 LH. Este básico precepto tiene una redacción *imperativa*, que no permite alentar vacilaciones hermenéuticas. Comienza así: «El procedimiento judicial sumario *se ajustará* a las siguientes reglas». Por tanto, todas y cada una de sus reglas pertenecen al *ius cogens* y son de obediencia absoluta por todos, incluidos los jueces. La regla 10.^a es categórica: «Si no hubiere postura admisible en la primera subasta, el acreedor podrá pedir... la *adjudicación* de la finca o fincas *en pago de su crédito*, por el tipo de aquélla, aceptado la subsistencia de cargas anteriores y preferentes, si las hubiera, y *subrogándose* en la obligación de satisfacerlas». La regla 11 reitera la misma solución.

La doctrina más autorizada insiste en que el primitivo deudor (el propietario de la finca enajenada) es reemplazado en el débito por el acreedor hipotecario, que se subroga en la deuda, que le sucede en ella. Aquí está el germen de la confusión de derechos. Si el acreedor-adjudicatario se ha subrogado en la *obligación* de pago es que pasa a ser el nuevo deudor, liberando al anterior. No puede haber antiguo y nuevo deudor de una misma obligación sin ninguna variación. Por el contrario, esto es posible si se alteran las personas del deudor o del acreedor. Y en el precepto de esta regla 10.^a es en el que encuentra su fundamentación (y con respecto a la hipoteca anterior o preferente) la confusión de derechos como modo de extinción de las obligaciones.

En efecto. Según la transcrita regla 10.^a, el acreedor-adjudicatario (*Aresbank*) se subroga en la *obligación* de satisfacer la hipoteca anterior (es decir, la de la inscripción tercera). Pero *Aresbank* (titular de la hipoteca anterior, es decir, de la de la inscripción tercera, por su condición de *acreedor* garantizado) pasa a convertirse (por la adjudicación propiciada por la regla 10.^a) en deudor de ese mismo crédito garantizado. Por tanto, *Aresbank* concentra así las cualidades de acreedor y deudor en un mismo crédito garantizado. Y conforme al artículo 1156 CC debe producirse (por confusión de derechos) la extinción de la obligación (de esa deuda de 1.100 millones de pesetas).

Esta deuda estaba garantizada hipotecariamente con dos hipotecas solidarias: la de la inscripción 3.^a de la finca 2651 y la de la inscripción primera de la finca 3092 procedente de aquélla por segregación. Si el crédito de 1.100 millones de pesetas y la obligación de satisfacerlo se han extinguido por confusión de derechos, también se extingue (por su condición de derecho accesorio) la hipoteca que lo garantiza; la extinción de la obligación arrastra la de la hipoteca, que debe ser cancelada. La hipoteca o las hipotecas que, con carácter solidario, garantizan esa obligación única.

Si la responsabilidad hipotecaria se hubiese distribuido entre la finca matriz y la finca segregada, la cancelación de la hipoteca sólo podría afectar a aquélla. Pero al existir una hipoteca solidaria sobre cada una de las dos fincas (es decir, al gravar la misma hipoteca a ambas), se trata en suma de un único gravamen que gravita sobre dos inmuebles. Y al extinguirse la total obligación por la adjudicación al acreedor, la extinción del derecho principal trasciende a la extinción de su cobertura, grave las fincas que grave. Extinguido el crédito de 1.100 millones de pesetas se ha extinguido también la hipoteca, no sólo en cuanto a la finca que directamente ha ido a la vía ejecutiva, sino también en cuanto a la hipoteca solidaria que gravaba la finca segregada. Que deberá ser cancelada, no pudiendo sustentarse en ella ningún procedimiento ejecutivo futuro, porque en un derecho inexistente no puede apoyarse ningún procedimiento.

Si la regla 10.^a preconiza la *subsistencia* de las cargas anteriores y de las preferentes, tal supervivencia parece, en principio, incompatible con la extinción de la obligación por confusión de derechos. Conviene hacer dos puntualizaciones: a) Que tal subsistencia es lógica referida a acreedores adjudicatarios diferentes de los titulares de hipotecas anteriores. Como el adjudicatario-nuevo deudor no es el acreedor de la hipoteca anterior, no se producen los efectos extintivos de la confusión y por eso subsiste el gravamen preferente. b) Que con respecto a los acreedores-adjudicatarios a los que sí afecta la confusión (caso de *Aresbank*) la subsistencia de las cargas anteriores tiene un valor meramente temporal, hasta el momento (adjudicación) en que surge el acto extintivo. El acreedor ejecutante acepta la subsistencia temporal de esas hipotecas

preferentes. Lo indican los anuncios de la subasta y sin esa aceptación no podría incorporarse al procedimiento ejecutivo. Además, esa aceptación meramente temporal es básica para evitar desagradables sorpresas económicas. Él desencana la virtualidad ejecutiva del artículo 131 pero debe ser prudente y tomar en consideración que el precio de la subasta debe ser un tipo *neto*, del que deberá descontar el valor de los gravámenes a los que, en su día, habrá de hacer frente. Ésta es la filosofía que subyace en el artículo 131.

Subrogación del rematante en la responsabilidad de satisfacer los gravámenes anteriores y preferentes: alcance de la expresión «responsabilidad».—Si el procedimiento culmina con un remate de la finca en pública subasta, aparentemente está más difuminada la subrogación en el débito personal. Y ello es así por la propia terminología de la regla 8.^a del artículo 131 LH: «Las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes, si los hubiere, al crédito del actor, continuarán *subsistentes*, entendiéndose que el rematante los acepta y queda *subrogado en la responsabilidad de los mismos*». Es cierto que hay un matiz diferencial: aquí no se alude a la subrogación en la *obligación*, sino en la *responsabilidad*, que parece diferente.

Sin embargo, la doctrina más autorizada hace tabla rasa de la aparente distinción y considera que también en este caso se produce una subrogación en el débito personal preferencial. Tratándose del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, el adjudicatario queda subrogado plenamente en el débito personal correspondiente. Se produce, pues, una subrogación en la persona del adjudicatario o comprador, no solamente en cuanto a las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedando el ejecutado liberado o desligado de esta obligación sin necesidad de que lo consienta el acreedor hipotecario, pues ello es cosa impuesta por la ley del procedimiento ejecutivo.

Ésta es la opinión dominante según la cual el mecanismo de la subrogación del licitador o adjudicatario, a quien aluden las reglas del artículo 131 de la ley, equivale a un cambio forzoso del sujeto pasivo o deudor en la obligación garantizada por la hipoteca, y que otra solución no se compadecería con el repetido empleo del verbo «subrogar» que implica sucesión total, ni con el texto literal de aquellas reglas, ni con el olvido de la distinción entre deuda real y deuda personal, característico del artículo 131 y siguientes. Hay también una razón de equidad, por entender que sería injusto que se exigiera, andando el tiempo, al primitivo deudor, el pago de parte o todo de la obligación, por no haber satisfecho el postor tal deuda.

Según esta doctrina predominante, el hecho de la subrogación en la responsabilidad no quiere decir que el deudor originario continúe sujeto a una obligación, sino, por el contrario, ese deudor se libera del pago y no responde de él a sus antiguos acreedores. El rematante asume la deuda del ejecutado, por cuanto la Ley Hipotecaria dice que se subroga «en la obligación de satisfacerlas» (las cargas), y que «acepta las obligaciones consignadas en la regla 8»; y que «subrogación» equivale aquí, en una acepción amplia o vulgar del término, a «sustitución», a colocación de algo en el lugar que otra cosa ocupaba primeramente; segundo, que «responsabilidad» no se emplea en sentido estricto como sumisión (*Haftung*) distinta de la deuda (*Schuld*), sino como sinónimo de una situación jurídica pasiva (deuda, carga o responsabilidad).

Para que haya un cambio en la situación jurídica pasiva, es necesario que cambie la deuda y la responsabilidad personal; no simplemente que cambie el gravado por la responsabilidad real, lo cual es una consecuencia inmediata de

la adquisición y no del mandato de la ley. Además, el criterio de la subrogación en el débito es el adoptado por el legislador alemán.

Los especialistas igualmente se inclinan a favor de la subrogación total en la carga real y en el débito personal, por parte del adjudicatario. Antes de la reforma hipotecaria de 1909 se aplicaba el sistema de la ley procesal de liquidación y pago, con el precio de remate, de las hipotecas, cargas y gravámenes anteriores. La doctrina impugnó este sistema y la reforma lo cambió por el de subsistencia de dichas hipotecas, cargas y gravámenes. Pero esto se hizo en beneficio de los acreedores (o sea, de los titulares de tales hipotecas, cargas y gravámenes), sin que entrara en el propósito del legislador empeorar con ello la situación del deudor. Habrá, pues, que estimar que la situación de éste permanece idéntica a la que tenía antes de 1909, y que queda totalmente desinteresado de su pasivo hipotecario, no solamente en el aspecto real, sino también en el obligacional. La reforma de 1909 no debe llegar más allá de la protección hipotecaria de los acreedores, manteniendo su derecho, y sería injusta si para ello agravase arbitrariamente la situación del deudor. El criterio legal debe ser, pues, el de liberación total de éste. La tesis dominante es la de que la subrogación es total, o sea, en el débito y en la hipoteca.

Todos estos razonamientos tienen bastante consistencia para poder afirmar que el criterio del artículo 131 LH es que, con la subsistencia de las hipotecas anteriores o preferentes que pesan sobre la finca objeto de la ejecución regulada en este precepto, el rematante o el adjudicatario se subroga también en el débito personal correspondiente a las mismas. (STS de 30 de enero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—En 1988, *Aresbank, S. A.* concede a *Daylong Island Española, S. A.* un crédito de 1.100 millones de pesetas, que la sociedad garantiza constituyendo una hipoteca sobre la finca inscrita con el núm. 2651 en el Registro de la Propiedad de Marbella. *Daylong* segrega 509 hectáreas de la finca anterior, pasando la porción segregada a constituir la finca núm. 3092 en el mismo Registro. Al año siguiente vuelve *Aresbank* a conceder un crédito a *Daylong Island Española*, esta vez de 644 millones de pesetas que la mercantil garantiza con hipoteca sobre la finca núm. 2651. Con base en esta hipoteca promueve el banco el procedimiento ejecutivo del artículo 131 LH, lo que desemboca en la adjudicación de la finca resto (la núm. 2651) al ejecutante *Aresbank* por aplicación del artículo 131.10 LH. El objeto del litigio que da lugar al recurso de casación es la determinación de los efectos de esa adjudicación respecto al crédito hipotecario anterior. Los litigantes se pierden —en palabras del Supremo— en un océano de errores conceptuales, creando «una maraña dialéctica» que el alto Tribunal termina por desentrañar. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por *Daylong Island Española, S. A.* (R. G. S.)

DERECHO DE FAMILIA

62. Régimen de separación de bienes adoptado en capitulaciones: no es oponible a los terceros si no se inscriben en el Registro.—Las capitulaciones matrimoniales, en las que se establece el régimen de separación de bienes, no son oponibles a los terceros, salvo que se inscriban en el Registro civil o en el Registro de la Propiedad. Afirma el TS que en estos supuestos

(no inscripción de las capitulaciones) se presume que el régimen económico del matrimonio es el de la sociedad de gananciales. (STS de 8 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda contra los esposos don A. A. M. y doña M. J. F. P. M. (en 1980 adoptaron, mediante capitulaciones matrimoniales, el régimen de separación de bienes; dichas capitulaciones no están inscritas), suplicando se condene a los demandados a pagar, de forma solidaria, la cantidad de dinero adeudada por la realización de unas determinadas obras.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. J. P. G.)

63. Modificación del régimen económico matrimonial. Tercería de dominio.—Lo primero que debe dilucidarse en la tercería es si el demandante es tercero, esto es, no es deudor. El principal objetivo de la tercería de dominio no es la recuperación del bien trabado, sino el levantamiento del embargo. El título del tercerista ha de referirse al momento en que se efectuó el embargo, no a las situaciones posteriores. Siendo las deudas que originan la traba de embargo deudas gananciales, surgidas con anterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales, de tales deudas han de responder los bienes que integraban la sociedad ganancial, conforme al artículo 1362.4, 6 y 7 CC. Como señaló la S de 19 de febrero de 1992, en todo caso la responsabilidad de los bienes gananciales no desaparece por el hecho de la disolución, pudiendo accionar los acreedores contra los bienes gananciales, tal y como previene el artículo 1401 CC. (STS de 4 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La esposa, a la que se había adjudicado la finca trabada en la disolución de la sociedad de gananciales, formula demanda sobre tercería de dominio frente a la Tesorería de la Seguridad Social embargante. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia desestima el recurso de apelación. El TS declara no haber lugar al recurso. (P. C. A.)

64. Reclamación de filiación materna extramatrimonial. Prueba.—Si bien los Tribunales no exigen una prueba absoluta para reconocer la filiación que se reclama, ésta ha de ser medianamente suficiente y, ante todo, convincente. De ahí que la prueba testifical, única que se presenta en el juicio, sea insuficiente, habida cuenta que los testimonios aportados son indirectos y referenciales. No se estima vulnerado el artículo 135 CC en relación con el artículo 127 de dicho cuerpo legal, al no aportarse prueba escrita alguna de la que pueda inferirse indirectamente la filiación. El demandante no alega posesión de estado, ni reconocimiento expreso o tácito de la filiación. (STS de 4 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante la acción de reclamación de filiación materna interpuesta por el sedicente hijo, frente a una señora de avanzada edad que falleció durante la sustanciación del procedimiento, el Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia confirma el fallo de instancia. El TS declara no haber lugar al recurso interpuesto por el demandante. (P. C. A.)

65. Reclamación de paternidad. Legitimación de la madre.—El TS señala que el artículo 134 CC reconoce la legitimación activa tanto del hijo como del progenitor para ejercer la acción de reclamación de paternidad extramatrimonial. De este modo, la madre puede ejercer las acciones de reclamación de filiación no matrimonial tanto en nombre propio, como en nombre y representación de sus hijos menores de edad. De este modo, el hecho de que los hijos cuya filiación se reclama hayan alcanzado la mayoría de edad, no afecta a la legitimación de la madre, toda vez que, en cuanto representante de los hijos, se produce una prórroga de la legitimación.

Principio de prueba.—Conforme a sentada jurisprudencia, debe estarse a una interpretación «espiritualizada» del concepto principio de prueba. Ello implica que basta para la admisión de la demanda que se señale la práctica de ciertas pruebas de paternidad. Ello confiere a la demanda la seriedad que exige el artículo 127 CC. (STS de 22 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—El recurso de casación trae causa de la acción de reclamación de filiación no matrimonial paterna respecto de dos menores por parte de su madre. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. En apelación se admite el recurso interpuesto por la demandante. El TS desestima el recurso interpuesto por el demandado. (P. C. A.)

66. Patria potestad: distinción entre privación y exclusión.—En el actual régimen vigente, al lado de la privación total o parcial de la patria potestad se reconoce la figura de la exclusión de su ejercicio. Esta última se impone por ministerio de la ley, no por sentencia. La exclusión tiene lugar cuando el padre biológico no acepta su paternidad, no se allana a la pretensión una vez demandado, y no busca salir de dudas extrajudicialmente. En cambio, la privación comporta haberla ejercitado previamente incurriendo en grave incumplimiento. Conforme al artículo 111 CC, aun habiéndose excluido de la patria potestad, «quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos». (STS de 2 de febrero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—La madre de una menor interpone demanda sobre reclamación de paternidad sobre el supuesto padre. En ella se solicita, una vez quede determinada su filiación, se abone una cantidad en concepto de alimentos, excluyéndose al padre del ejercicio de la patria potestad. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia admite el recurso de apelación interpuesto por el demandado en relación con la cantidad asignada. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante. (P. C. A.)

67. Privación de patria potestad.—El desentendimiento por parte del padre, separado de la madre, de su prole, ha de entenderse un incumplimiento grave de sus deberes, sancionado por el artículo 170 CC con la privación de la patria potestad. Además, la decisión judicial ha de tener en cuenta el interés del menor, por ser la patria potestad una institución que se concibe en beneficio de los hijos. Dicho interés, unido al grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, determina en el caso de autos la privación de la patria potestad del padre. (STS de 23 de febrero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Fallecida la madre del menor, sus tíos y guardadores interponen demanda sobre privación de patria potestad al padre. El Juzgado de Primera Instancia admite la demanda. La Audiencia revoca la decisión anterior, desestimando la demanda. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes. (P. C. A.)

DERECHO DE SUCESIONES

68. Sustitución fideicomisaria. Clases de fideicomisos: puro, condicional y de residuo. Efectos traslativos.—La sustitución fideicomisaria supone el nombramiento de dos o más herederos sucesivos: uno que recibe el caudal cuando fallece el causante, y otro que lo obtiene al morir el primer sustituto. El Código civil lo define en el artículo 781 como aquel «en cuya virtud el testador encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia».

«Es necesario diferenciar, en cuanto a los efectos traslativos, las sustituciones fideicomisarias puras de las condicionales. En aquéllas la obligación de conservar y transmitir, impuesta al fiduciario, es categórica, de tal forma que no puede enajenar los bienes que ha recibido con el gravámen de sustitución. Por el contrario, en las condicionales existe la incertidumbre propia de estas determinaciones accesorias de la voluntad (STS de 28 de febrero de 1999)». El fideicomiso puede estar sometido a condición suspensiva o resolutoria. Si la sustitución se hace bajo condición suspensiva es de aplicación el artículo 759, y el llamado como fideicomisario no adquiere derecho y por consiguiente no lo transmite a sus herederos, sino desde el momento en que la condición se cumple (SSTS de 9 de julio de 1910, 9 de abril de 1928, 17 de marzo de 1934, 4 de marzo de 1952, entre otras). Si, por el contrario, el fideicomiso está sometido a una condición resolutoria, tanto el fiduciario como el fideicomisario son verdaderos propietarios. La condición no impide al fiduciario enajenar ni dividir los bienes fideicomitados, pero el cumplimiento de la condición tiene como efecto resolver la titularidad de los bienes transmitidos por el mismo (RDGRN de 22 de febrero de 1934; SSTS de 8 de febrero de 1962 y 28 de febrero de 1999). El fideicomiso de residuo se caracteriza porque no es objeto de restitución toda la herencia ni parte alícuota de ella, sino tan solo la que quede o reste al tiempo de la muerte del fiduciario. El Código civil no lo menciona con este nombre pero la doctrina actual lo sustenta en el artículo 783 *in fine*.

Impugnación de actos dispositivos del fiduciario en caso de cumplirse la condición de la que pende el fideicomiso.—«La posibilidad de que los fideicomisarios impugnen los actos dispositivos del fiduciario (en caso de cumplirse la condición) es congruente con la naturaleza retroactiva (*ex tunc*) del cumplimiento de la condición, por cuanto el artículo 784 CC establece que el fideicomisario adquiere derecho a la sucesión desde la muerte del testador; es decir, que su derecho a la adquisición de los bienes no se produce en el momento de la muerte del fiduciario, sino mucho antes».

Disconformidad entre el Registro y la realidad extrarregistral por error de concepto.—Artículo 327 RH e interpretación *a sensu contrario* del artículo 217 LH. (STS de 28 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—I. B. R. formula demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra P. B. R.; la compañía mercantil anónima *Ferrero, S. A.* y contra *Promociones Inmobiliarias Las Rozas, S. A.* Solicita el reconocimiento de la existencia de un fideicomiso condicional que pende sobre una finca objeto de dos compraventas, el primero entre P. B. R. y *Ferrero, S. A.* y, posteriormente, entre este último y *Promociones Inmobiliarias*. Reconocido este fideicomiso solicita también la resolución de las dos compraventas inscritas en el Registro de la Propiedad. La disposición testamentaria que guarda el fideicomiso establece que «todas las propiedades, fincas y dinero que corresponda a P. B. R., a su fallecimiento, por no tener descendencia, pasarán y recaerán sobre sus hermanos, otra vez sobre sus sobrinos carnales». Las alegaciones por parte de los demandados coinciden en parte y difieren en otras. Todos ellos argumentan falta de legitimación activa y pasiva. Del resto destaca la alegación de un fideicomiso residual por parte de la demandada P. B. R. y la condición de tercero hipotecario de la compañía mercantil. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta por el actor, absolviendo a los demandados, quien interpone recurso de apelación que revoca la primera instancia y declara los pedimentos de la demanda inicial. Se interpone recurso de casación por los demandados originariamente. El TS declara no haber lugar al recurso confirmándose la segunda instancia.

NOTA.—La resolución de la sentencia anotada depende de la calificación del fideicomiso como condicional o de residuo. Una cuestión importante también a tener en cuenta de cara a la resolución que hace el TS en este supuesto es el hecho de que la cláusula fideicomisaria aparece en la inscripción primera de la finca controvertida, pero no en la segunda y tercera inscripción.

Respecto a la adscripción del fideicomiso a una tipología determinada, el TS no duda en calificarlo de condicional sometido a una condición resolutoria. Ello lo deduce de la propia interpretación de la cláusula fideicomisaria que establece que a la muerte de la fiduciante todas las propiedades de las fincas pasen a sus hermanos y no una parte residual de las mismas. El sometimiento del fideicomiso a una condición resolutoria no impide la enajenación de los bienes fideicomitados por parte del fiduciario, pero en caso de cumplirse la condición, es doctrina reiterada del TS, la enajenación realizada queda resuelta. Esta resolución podrá sustentarse en dos preceptos del Código civil, por un lado en el artículo 783 que reconoce la obligación del fiduciario de conservar el patrimonio a favor de los fideicomisarios y por otro, en la circunstancia de que el derecho a la adquisición de los bienes fideicomitados se produce en el instante de la muerte del testador y no del fiduciario, según disposición expresa del artículo 784. Por lo tanto, los bienes que integraban el fideicomiso, a salvo del tercio de legítima estricta de la heredera, pasarán a sus hermanos y sobrinos.

El gravamen que afectaba a la controvertida finca figuraba en la primera inscripción de la misma, no así en la segunda y tercera en donde constaba que estaba libre de cargas. Se produce una discordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral por error de concepto, «por apreciación equivocada de los datos obrantes en el

Registro» (art. 327 RH). La interpretación *a sensu contrario* del artículo 217 LH permite la rectificación del error por la simple intervención del registrador que, tras comprobar la equivocación padecida, la subsana mediante la oportuna diligencia sin necesidad de «acuerdo unánime de todos los interesados y del registrador o por providencia judicial que lo ordena». (M. F. N. C.)

69. La ausencia de causa provoca la nulidad radical, absoluta o de pleno derecho, no la mera anulabilidad. Plazo de ejercicio de ambas acciones.—«La acción de nulidad que se menciona en el precepto (art. 1301 CC) es la de nulidad relativa o anulabilidad y no se aplica a los supuestos de nulidad absoluta como el litigioso (falta de causa), según jurisprudencia reiteradísima de esta Sala». La nulidad es perpetua e insubsanable y, por lo tanto, el ejercicio de la acción de nulidad es imprescriptible (STS de 7 de junio de 1995) pese a la terminología del artículo 1301 CC, que establece un plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción. «Es ésta una cuestión ya prácticamente solventada por la doctrina y por la constante jurisprudencia de esta Sala que entiende que la tacha reflejada por dichos artículos ha de entenderse como de anulabilidad en el sentido de una clase de invalidez dirigida a la protección de determinados sujetos» (STS de 27 de febrero de 1997). El plazo de los cuatro años que rige para el caso de que el contrato esté afectado por un vicio que provoque su anulación es un plazo de prescripción y no de caducidad (SSTS de 25 de abril de 1960, 28 de mayo de 1965, 28 de octubre 1974, 27 de marzo de 1987, 23 de marzo de 1989).

Tras la modificación operada por Ley 11/1981, de 13 de mayo, la acción nacida de la preterición intencional protege la legítima material.—«Las acciones nacidas de la preterición se circunscriben a una concreta masa hereditaria, y las protectoras de las legítimas a una reintegración a dicha masa». La preterición intencional se reduce a un problema de inoficiosidad. Sólo se busca que la legítima material quede cubierta (estricta o corta). La preterición no intencional trata de garantizar, no sólo la legítima estricta, sino también la cuota *ab intestato*, supone un defecto de voluntad, voluntad basada en un error. (STS de 26 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—A. R. G. otorgó testamento notarial en 1971 dejando fuera del mismo a tres de los cuatro hijos fruto de una relación extramatrimonial mantenida con D. E. A. (M.^a Carmen, M.^a Dolores y Enrique E. A.). A. R. G. fallece en 1989. No obstante, antes de su fallecimiento realiza algunas disposiciones por actos *inter vivos* de las que resultan beneficiados la madre de sus hijos extramatrimoniales y los dos varones fruto de esta relación. Las dos hijas solicitan la nulidad de las compraventas por falta de causa de los referidos contratos, la cancelación de las inscripciones que dichas transmisiones provocaron en el Registro de la Propiedad, la nulidad de la adjudicación de bienes quedados al fallecimiento del causante a favor de su hijo J. M. en cuanto pudiese afectar a la legítima de los herederos forzosos, y la reintegración de todos estos bienes a la masa hereditaria para su legal partición entre todos los herederos forzosos. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda al declarar la nulidad relativa de los contratos por falta de causa y acepta el resto de los pedimentos. Las actoras interponen recurso de apelación y la Audiencia declara la nulidad absoluta por falta de

causa de las transmisiones, manteniendo el resto de los pronunciamientos. J. M. interpone recurso de casación alegando infracción del artículo 1301 CC por haber transcurrido el plazo de cuatro años para declarar la anulabilidad de las transmisiones que se hicieron a su favor, así como preceptos sustantivos en materias heterogéneas entre otros, los artículos 1276, 1284, 1282 y 814, todos ellos del CC. El TS declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—La conveniencia o no de establecer algún tipo de distinción entre inexistencia y nulidad del contrato ha sido un tema muy discutido por nuestra doctrina. No obstante, desde el punto de vista práctico, la inexistencia no es un concepto jurídico distinto de la nulidad. Ambas figuras tienen un mismo tratamiento jurídico y producen las mismas consecuencias, siendo superfluo establecer una reglamentación diferenciada. Por lo tanto, un contrato será nulo o inexistente cuando le falte algún elemento esencial de los que enumera el artículo 1261 CC o cuando sea contrario a las normas de carácter imperativo. De acuerdo con esto, la falta de causa provoca la nulidad del contrato, no la mera anulabilidad (SSTS de 15 de octubre de 1999, 29 de abril de 1997), acción cuyo ejercicio no está sometido a plazo por ser imprescriptible.

Los cuatro hijos fruto de la relación extramatrimonial entre el causante y D. E. A. en el momento del otorgamiento del testamento en 1971, tienen el carácter de hijos extramatrimoniales, pues no es hasta el advenimiento de la Constitución Española cuando, por imperativo del artículo 14, que proclama el principio de igualdad ante la ley sin discriminación alguna por razón de nacimiento, los hijos extramatrimoniales se equiparan a los matrimoniales en cuanto a los derechos legitimarios que les corresponden (STC de 20 de diciembre de 1982 y STS de 10 de febrero de 1986). A partir de entonces desaparece la cualidad de hijo ilegítimo no natural y el hijo extramatrimonial deviene heredero forzoso y puede ser preterible. El causante otorga testamento en 1971, fecha en la que por falta de vigencia de la Constitución, no tenían la consideración de preteribles. Sin embargo, la apertura de la sucesión se produce en el año 1989, vigente ya la Constitución por lo que estos cuatro hijos son legitimarios. La exclusión consciente en el testamento de éstos provoca la preterición intencional de los mismos. Para la defensa de su derecho legitimario estos hijos pueden ejercitar la acción establecida en el artículo 814 párrafo primero, sin perjuicio de la acción de nulidad de las compraventas realizadas en vida del causante por falta de causa. El ejercicio de la acción de preterición intencional dará lugar a la reducción de la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias, es decir, será de aplicación el artículo 814 tras la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y no conforme a la redacción que daba la Ley de 24 de abril de 1958 por imposición de la DT 8.^a de la Ley 11/1981, que obliga a regir las sucesiones abiertas tras la entrada en vigor de la misma por la nueva legislación. La actual redacción del artículo 814 que distingue entre preterición intencional y no intencional tiene por finalidad, en su párrafo primero, la protección de la legítima material y, en el segundo, la cuota *ab intestato*, frente a la antigua redacción que, sin distinguir

entre ambos tipos de preterición, tenía por finalidad proporcionar la cuota intestada. (M. F. N. C.)

70. Partición de la herencia. Anulación por incumplimiento del artículo 1057.3 CC.—El artículo 1057 CC regula la partición hereditaria cuando es practicada por un contador partidor, acto particional de carácter subsidiario a la partición testamentaria, pues de la redacción del primer apartado del mencionado precepto se deduce que únicamente puede adjudicarse conforme al mismo el caudal partible cuando el testador no lo haya hecho por sí mismo, «encomendando por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos». El precepto otorga al contador partidor la misma facultad de partir que reconoce al testador, a los coherederos, al juez o al árbitro en su caso; pero le deniega la facultad de disponer, característica de testadores y coherederos.

Es éste un precepto que ha sido objeto de modificación y ampliación en su segundo y tercer apartados. El primero de los mencionados, en su redacción originaria de 1889, establecía que en caso de que «entre los coherederos haya alguno de menor edad o sujeto a tutela, el comisario deberá en este caso inventariar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios». Por Ley 11/1981, de 13 de mayo, se intercaló un segundo párrafo admitiendo la posibilidad de nombrar un contador partidor dativo a petición de los herederos y legatarios que representasen al menos el 50 por ciento del caudal hereditario. Esta misma Ley conservó el tenor del antiguo párrafo segundo que pasó a ser tercero. Finalmente, la Ley 1/1996, de 15 de enero, modificó el párrafo tercero del artículo 1057 (antes segundo) suprimiendo la citación al inventario de los coherederos, acreedores y legatarios cuando entre ellos fuese alguno menor o estuviese sometido a tutela, estableciendo a este respecto que «lo dispuesto en este artículo y en el precedente se observará aunque entre los herederos haya alguno sometido a patria potestad o tutela, o a curatela por prodigalidad o por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas; pero el contador partidor deberá en este caso inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas». La ausencia de citación ha sido objeto de vaivenes doctrinales y jurisprudenciales respecto al tipo de ineficacia provocada, nulidad o anulabilidad. En el supuesto, «el carácter meramente anulable de esta defectuosa partición permite admitir que tras su práctica sea convalidada por confirmación, tanto expresa como tácitamente». (STS de 8 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—J. F. G., por testamento autorizado ante Notario el día 25 de noviembre de 1976, dispone de sus bienes para después de su muerte. Entre otras disposiciones mejora a su nieto F. R-L. F. con la participación que le correspondiera al testador en un pabellón sin que la misma exceda de la sexta parte de la herencia, y a los restantes hijos de su hija M. J. F. B. con el remanente, y nombra comisario y contador partidor a C. M. C., prohibiendo la intervención judicial.

El contador partidor formaliza las operaciones de liquidación de la sociedad conyugal, así como el inventario y la partición de la herencia sin cumplir la formalidad exigida por el artículo 1057.3 CC en caso de concurrir herederos menores o sujetos a tutela como era el caso, protocolizando las operaciones ante Notario. En virtud de la misma, y en relación a los nietos, se adjudica a F. R-L. F. la nuda

propiedad de la participación del abuelo en el referido pabellón, mientras que al resto de los nietos, entre los que figuran tres menores al tiempo de la partición, la nuda propiedad de unas acciones, así como unas cantidades en metálico.

M. J. F. B., junto a sus dos hijos mayores de edad y los tres menores representados por su padre, interponen demanda ante el Juzgado de Primera Instancia solicitando la nulidad absoluta o, en su defecto, la anulabilidad o rescisión del cuaderno particional de la herencia de J. F. G. siendo parte demandada la viuda, la otra hija del matrimonio y el contador partidor. Estimada la anulabilidad del cuaderno particional por incumplimiento del párrafo tercero del artículo 1057 CC en primera instancia, se interpone recurso de apelación por la parte demandada, que confirma íntegramente la sentencia apelada. Se interpone recurso de casación.

NOTA.—La ausencia de citación al inventario a los coherederos, acreedores y legatarios exigida por el artículo 1057.3, antes de su última modificación operada por Ley 1/1996, en el caso de que en la partición realizada por el contador partidor concurrieran menores o incapaces (redacción aplicable al supuesto de hecho), ha sido objeto de dos líneas jurisprudenciales y doctrinales diversas respecto a la amplitud de la ineficacia que esta ausencia provoca.

La línea jurisprudencial más antigua y reiterada tanto por el TS como por la DGRN (SSTS de 26 de noviembre de 1955, 15 de octubre de 1973, RDGRN de 17 de julio de 1915, 13 de mayo de 1916) considera que la falta de citación al inventario provoca la nulidad absoluta de la partición. Dos argumentos fortalecen esta postura, uno doctrinal y otro jurisprudencial. En este sentido, la *ratio* del precepto, la protección de los menores e incapaces en la partición de la herencia, ha sido invocada por alguna sentencia que en su pronunciamiento ha querido «proteger más eficazmente los intereses de los menores de edad y sujetos a tutela, con cierta abstracción de la capacidad de obrar de los mismos, quienes habrán por lo tanto de ser citados para la diligencia del inventario, ya en la persona de sus representantes legales si no tienen capacidad para oírla, ya personalmente si la adquirieron por emancipación» (STS de 10 de mayo de 1984). Doctrinalmente se argumenta esta ineficacia por ausencia de una formalidad esencial que no puede ser subsanada una vez consumadas las demás operaciones particionales, ya que únicamente pudo hacerse legalmente en una época determinada, es decir, al tiempo de la confección del inventario.

La segunda de las líneas jurisprudenciales, a la que se adhiere la sentencia anotada, participa de la anulabilidad de la partición como sanción a la falta de citación que exigía el antiguo párrafo tercero del artículo 1057 (STS de 17 de diciembre de 1988) y considera que «la omisión no es determinante de nulidad absoluta, pero sí de nulidad relativa o anulabilidad, la cual únicamente puede ser reclamada por aquellos en cuyo favor o beneficio se ha establecido la garantía, esto es, por los herederos, acreedores y legatario». (M. F. N. C.)

71. Partición contractual.—El artículo 1058 CC regula la también llamada partición convencional al establecer con carácter subsidiario que «cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facul-

tad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre disposición y administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente». Estructuralmente nos encontramos ante un contrato plurilateral que requiere capacidad y consentimiento de las partes conforme a las reglas generales (jurisprudencia consolidada, SSTS de 26 de marzo de 1940, 9 de marzo de 1961, 3 de enero de 1962, 18 de febrero de 1987, 20 de octubre de 1992, 19 de junio de 1997, 18 de marzo de 1999), así como la asistencia de todos los coherederos que han de actuar de común acuerdo rigiendo entre ellos, respecto a la conformidad para llevar a cabo la división del caudal partible, el principio de unanimidad y no el de mayoría (SSTS de 9 de mayo de 1968, 26 de mayo de 1986, 18 de marzo de 1999). Formalmente, el contrato particional participa del principio de libertad de forma que rige en nuestro ordenamiento, lo que no excepciona que deba tener un aspecto perfecto y definitivo (STS de 30 de junio de 1962, 18 de marzo de 1999).

Renuncia a la herencia.—«En el acuerdo particional, los interesados pueden también llevar a cabo renuncia de sus derechos hereditarios mediante la cesión de los mismos». El artículo 1000 CC se ocupa de la renuncia a la herencia de forma indirecta al indicar cuándo se puede entender aceptada la herencia sin declaración expresa de aceptación. En este sentido, la renuncia podrá hacerse por precio a favor de extraños, de todos los coherederos o de uno de ellos (art. 1000.1 y 1000.3), o gratuitamente a favor de los coherederos, distinguiendo si entre ellos hay lugar o no al derecho de acrecer (art. 1000.2 y 1000.3).

Requisitos formales para el ejercicio de la renuncia.—El artículo 1280.4 establece la exigencia de documento público para «la cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o los de la sociedad conyugal». La jurisprudencia entiende por tal documento indubitado. «La ineficacia de la renuncia por defectos formales es un acto anulable toda vez que puede subsanarse». (STS de 18 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Las demandantes, madre e hija, solicitan el cese de la copropiedad existente entre demandantes y demandado (hijo y hermano de las mismas) hasta la completa división, partición y adjudicación en la proporción en que a cada uno le pertenece de los bienes comunes de la herencia del causante, esposo y padre de las partes, en concreto, dos fincas unidas así como maquinaria común, invocando para ello, entre otros preceptos, la aplicación indebida de los artículos 1058 y 1255 CC. El demandado alega excepción de cosa juzgada y alternativamente en su caso se declare no haber lugar a ninguno de los pedimentos. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda declarando haber lugar a la división, partición y adjudicación de la maquinaria existente. Tras la íntegra confirmación de la resolución de la primera instancia ante el recurso de apelación interpuesto por las actoras, se interpone recurso de casación que confirma íntegramente las dos instancias anteriores.

NOTA.—El caudal relicto dejado por el causante a su fallecimiento fue objeto de diversas actuaciones por parte de los beneficiados sin que se procediese a su adjudicación hasta 1990. Concretamente, en 1973, por escritura en la que se protocolizan diversas operaciones hereditarias, se decide mantener indivisa la propiedad de la maquinaria y llevar a cabo la atribución de cuotas respecto de las dos fincas integrantes del caudal. Es decir, se produce una parti-

ción jurídica, pero se mantiene una comunidad material, copropiedad sobre la maquinaria y comunidad posthereditaria sobre los referidos bienes inmuebles.

En 1990, los dos hermanos se adjudican conforme a las cuotas de participación la plena propiedad de las fincas integrantes de la comunidad posthereditaria. Dicha partición cumple los requisitos exigidos por el artículo 1058 para su plena validez. Se trata de una partición convencional realizada por los sujetos que ostentan la legitimación activa para llevarla a cabo, es decir, por los coherederos con plena capacidad, hijos del causante, bajo el principio de unanimidad, si bien no llega a plasmarse dicho pacto divisorio en escritura pública, aspecto éste que no influye en la validez del contrato particional por estar sometido al principio de libertad de forma.

Las demandantes alegan la aplicación indebida del artículo 1058 en cuanto que este precepto requiere el consentimiento de todos los coherederos para proceder a la adjudicación del caudal partible. No hay aplicación indebida del mencionado precepto por cuanto que el consentimiento había sido prestado por quienes debían hacerlo. No era preceptivo el de la madre de los litigantes y esposa del causante por cuanto que ésta había renunciado a sus derechos hereditarios mediante cesión de los mismos a favor de sus dos hijos.

La renuncia a la herencia la recoge nuestro Código civil en su artículo 1000. Es distinta de la repudiación: se renuncia a lo que se tiene, mientras que se repudia lo que se puede tener y no se quiere, si bien parte de nuestra doctrina ha equiparado el apartado tercero *in fine* del mencionado precepto a una repudiación por cuanto que en el mismo el llamado no hace otra cosa que manifestar expresamente el querer las mismas consecuencias que se derivarían de la repudiación por obra de la ley. Esta renuncia la hace la madre de los litigantes en base al artículo 1000.2, renuncia que ha sido ubicada dentro de la renuncia traslativa en la clasificación ofrecida por nuestra doctrina, en la que se distinguen, además de la ya mencionada, dos modalidades más, abdicativa y preventiva. La renuncia en cuestión se caracteriza por ser gratuita, implica la aceptación de la herencia, por lo que consiguientemente nos encontramos ante una doble transmisión: en primer lugar, del causante al primer llamado y en segundo lugar, del primer llamado a los beneficiarios.

La exigencia del artículo 1280.4 CC se atenúa con la interpretación jurisprudencial que la equipara a la del artículo 1008 CC, no precisando documento público, basta con que el documento proceda indubitadamente del renunciante. (*M. F. N. C.*)

DERECHO MERCANTIL

72. Prescripción mercantil. Interrupción por reclamación extrajudicial. Teoría unitaria.—El artículo 944 CCO presenta una «especialidad» mercantil, frente al artículo 1973 CC, en la medida en que, frente a las causas de interrupción de la prescripción que este último contiene (acción ante los Tribunales, reclamación extrajudicial y reconocimiento), el artículo 944 CCO

sólo menciona la interpelación judicial, el reconocimiento y la renovación del documento contractual, excluyendo, parece que deliberadamente, y en esto consistiría la «especialidad», la reclamación extrajudicial como causa de interrupción de la prescripción. Por el contrario, existen poderosas razones para concluir que nuestro ordenamiento permite, en todo caso, en el tráfico civil o en el mercantil, la interrupción de la prescripción por efecto de la reclamación extrajudicial. Las discrepancias doctrinales existentes al efecto no enturbian, desde luego, la solución ya indicada favorable a un régimen jurídico unitario de la interrupción de la prescripción de las acciones en materia civil y mercantil por las siguientes razones: *a)* la reclamación judicial fue introducida *ex novo* por el Código civil como medio de extender las posibilidades del acreditamiento del *animus conservandi* frente a una formalización excesiva que permitiera considerar abandonadas las acciones, cuando constaba por otras vías una voluntad contraria a tal *derelictio* de los derechos. *b)* Cronológicamente, la posterior fecha de promulgación y publicación del Código civil, respecto del Código de comercio abona la solución de integración que se propone al considerar incorporado tal medio interpretativo de la prescripción del artículo 944 CCO. *c)* El principio conforme al cual debe entenderse que la Ley general no deroga a la Ley especial no es aplicable a este supuesto, ya que no hay ninguna razón que justifique la pretendida «especialidad» frente al Derecho común de las obligaciones y contratos mercantiles sino más bien argumentos en contra derivados del criterio antiformalista que para los contratos de comercio reconoce el artículo 50, de la importancia del principio de la buena fe en la ejecución y cumplimiento de estos contratos, que recoge el artículo 57, y del principio de favor al deudor que en cuanto a las dudas que se originase señala el artículo 59, todos del Código de comercio. *d)* Las discriminaciones en la aplicación de las normas que no resultan fundadas, como sucedería en este caso, si pese a lo dicho, se mantuvieran dos raseros en orden a la interrupción de la prescripción, lo que supondría infracción del principio de igualdad ante la Ley, reconocido por el artículo 14 de la vigente Constitución; en todo caso, el punto de vista que se adopta en el asunto que se examina, se sustenta, además, en meros argumentos interpretativos no revelados hasta ahora, ya que se toma en consideración la pausa seguida por el legislador mercantil en la Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque, que, tras establecer los plazos de prescripción de las acciones cambiarias (art. 89), aclara que «serán causas de interrupción de la prescripción las establecidas en el artículo 1973 del Código civil», lo que supone una decidida apuesta en favor de la estimación unitaria de aquélla. La extrapolación a todo el ámbito mercantil, por las razones que se vienen exponiendo, resulta imprescindible, dada la incidencia de la regulación de la letra de cambio en todo el ámbito comercial, como instrumento en muchas ocasiones del pago del precio o de los servicios prestados por consecuencia de los contratos mercantiles, situación que contribuye a afianzar la tesis unitaria de la interrupción (STS de 4 de diciembre de 1995). (STS de 31 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Gestión de Centros Comerciales, S. A.* interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid contra *Centros Comerciales Pryca, S. A.* sobre reclamación de cantidad. El Juzgado desestima la demanda por considerar prescrita la acción e impone las costas a la parte actora. Contra dicha sentencia se formuló recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que

desestimó el recurso y condenó en costas al apelante. Recurrida en casación dicha sentencia, el TS declara que ha lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

73. Contrato de transporte. Prescripción.—La equiparación total y absoluta, por imperativo legal, del comisionista de transporte al porteador, en lo que respecta a sus responsabilidades frente al comitente, conlleva necesariamente que el plazo de prescripción de las acciones contra el referido comisionista de transporte ha de ser el mismo que el núm. 2.º del artículo 952 CCO establece para la prescripción de las acciones derivadas del contrato de transporte y no el general del artículo 1964 CC. (STS de 13 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Sun Market, S. A.* formuló demanda en reclamación de daños y perjuicios derivados de incumplimiento contractual contra *DHL Internacional España, S. A.* El Juez de Primera Instancia, desestimando la excepción de prescripción de la acción, estimó la demanda. La Audiencia Provincial, estimando la excepción de prescripción de la acción alegada, revocó la sentencia de instancia. El TS desestimó el recurso de casación y condenó en costas al recurrente. (N. D. L.)

74. Contrato de seguro. Interpretación.—Las dudas interpretativas sobre los contratos de seguro habrán de resolverse en favor del asegurado dada la naturaleza de contrato de adhesión que los mismos ostentan, que hace que las consecuencias de las cláusulas oscuras del contrato hayan de recaer sobre quien las redactó (art. 1288 CC), interpretación jurisprudencial que deriva del artículo 3 LCS.

Seguro obligatorio. Deberá ser suficiente.—La exigua cobertura pactada en el seguro obligatorio suscrito por el Ayuntamiento-Tomador implica que éste venía a asumir las consecuencias económicas que superasen la misma, pues era su obligación concertar un seguro suficiente, no cualquier seguro con ínfima cobertura, máxime al no tratarse de un seguro obligatorio cuya prima e indemnización estén legalmente predeterminadas.

Contrato de seguro. Cláusula limitativa de los derechos del asegurado. Oponibilidad a terceros.—Tales cláusulas son oponibles por la aseguradora frente a los terceros ofendidos o perjudicados por la estipulación de cláusulas de limitación de la responsabilidad del asegurador respecto a concretos y específicos riesgos, siempre y cuando dichas cláusulas se resalten en las pólizas o en sus complementos, se den a conocer al asegurado y éste las acepte y, finalmente, las suscriba (SS de 16 de febrero de 1987, 15 de abril y 14 de mayo de 1988). (STS de 7 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia de Logroño estimó la demanda presentada contra el Ayuntamiento de Cenicero (Logroño), y la *Compañía de Seguros Plus Ultra, S. A.*, a pagar la indemnización de daños y perjuicios a consecuencia de un fallecimiento acaecido en un festejo taurino. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. El TS revocó parcialmente la sentencia de instancia absolviendo a *Plus Ultra Compañía Anónima de Seguros*, confirmando la condena al referido Ayuntamiento. (N. D. L.)

75. Contrato de seguro. Dolo.—La exoneración del pago en la prestación pactada al amparo del inciso final del párrafo 3.º del artículo 10 LCS, sólo tiene lugar en los casos de culpa grave o dolo que supone reticencia en la expresión de las circunstancias conocidas por el tomador del seguro que puedan influir en la valoración del riesgo y que de haberlos conocido el asegurador hubieran influido decisivamente en la voluntad de celebrar el contrato. El concepto de dolo que da el artículo 1269 CC, no sólo comprende la insidia directa e inductora, sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente (SS de 6 de junio de 1953, 7 de enero de 1961, 20 de enero de 1964, 26 de octubre de 1981), siendo esta segunda forma o modalidad del dolo a la que se refiere el citado inciso final del párrafo 3.º del artículo 10.

Principio *in dubio pro asegurado*.—Este principio no puede ser alegado por la parte quien, con ocultación de las circunstancias que concurrían en el terreno en que realizaba la construcción y de las que tenía cabal conocimiento, dio lugar a la celebración del contrato de seguro. (STS de 31 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Ibérica Mediterráneo de Construcciones, S. A.*, formuló demanda en reclamación de cantidad contra la entidad mercantil *Ges, Seguros y Reaseguros, S. A.*; el Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

76. Contrato de seguro marítimo. Fuentes.—Este contrato se rige por lo señalado en el Código de comercio y supletoriamente por la Ley de Contrato de Seguro, por lo que no es aplicable la disposición contenida en el artículo 3 de dicha Ley en relación con las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, salvo que el asegurado acredite no haber tenido conocimiento de las mismas (SSTS de 7 de febrero de 1992, 20 de febrero de 1995).

Comunicación del siniestro. Retraso.—Habiéndose pactado en la póliza que el asegurado deberá comunicar a la aseguradora la producción del siniestro dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su conocimiento, o transcurridos quince días desde aquel en que la embarcación debió llegar a puerto. En este caso, se desconoce la producción del siniestro, por lo que el asegurado lo debió comunicar dentro de cuarenta y ocho horas una vez transcurridos los quince siguientes a la fecha en que debió haber arribado a puerto, pero no se produce así y el asegurado se retrasa cinco días en su comunicación. El simple retraso en la comunicación del siniestro a la aseguradora no puede llevar aparejada, sin más, la trascendental consecuencia de la pérdida del asegurado de la indemnización a que tiene derecho, sino que solamente puede dar origen a que la aseguradora reclame al asegurado los daños y perjuicios que se le hayan podido ocasionar con dicho retraso, máxime cuando tampoco se ha probado en el presente supuesto que el asegurado, al realizar con retraso la comunicación del siniestro (en cinco días), haya obrado con dolo o culpa grave (que en este caso carecen de todo sentido cuando ya había, con mucha anterioridad, denunciado el hecho ante la Comandancia de Marina), debiendo, por otro lado, ser interpretada de modo restrictivo la cláusula o Condición General que así lo establezca, cuya interpretación no puede llevar en ningún caso a la pérdida, por parte del asegurado, de su derecho a la indemnización correspondiente, por el hecho de haber incidido en un pequeño retraso (de cinco días) en su comunicación

del siniestro a la entidad aseguradora, dado el carácter abusivo y desproporcionado de dicha cláusula (art. 10-c-3.º LGDCU). (STS de 18 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—La representación legal de don Z. A. G. A. interpuso demanda contra la mercantil *La Estrella, S. A.*, al objeto de que prestara la indemnización prevista en contrato de seguro por el hecho de la desaparición de una embarcación de recreo. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, imponiendo las costas al demandante. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia e impuso las costas de dicha alzada al recurrente. Recurrida en casación, el TS estimó el recurso sin hacer expresa imposición de costas en ninguna instancia. (N. D. L.)

77. Agente de seguros. Cesión de cartera.—Los requisitos administrativos impuestos sólo valen para tutelar dentro de la legalidad el negocio transmisor entre los aseguradores así trabados, cedente y cesionario.

Contrato de agencia. Deber de lealtad.—La hipotética infracción del deber de lealtad no puede en realidad producir el perjuicio que se presume generado, puesto que la pérdida por la Compañía de unas pólizas deficitarias podía suponer incluso un beneficio para la entidad. (STS de 10 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Sindicatura de Quiebra de la mercantil Mutua Popular del Automóvil* interpone ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid demanda contra *Fiatc, Mutua de Seguros Generales, S. A.; Doser, S. A., Correduría de Seguros*; don J. M. D. G. y don J. D. S. por reclamación de cantidad, derivada de precio por cesión de cartera de seguros, primas extornadas y comisiones de nuevas pólizas. El Juzgado estima la solicitud. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso presentado por los demandados. Recurrida en casación dicha sentencia, el TS declara que no ha lugar al recurso. (N. D. L.)

78. Resolución contractual unilateral.—Los contratos cuya duración sea ilimitada pueden resolverse a petición de cualquiera de las partes, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que dicha denuncia unilateral se hace de buena fe.

Daños morales.—La jurisprudencia es favorable a su reconocimiento, tanto los causados por vía contractual como extracontractual. Ahora bien, su valoración no puede hacerse por los Tribunales sobre pruebas objetivas, sino teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso.

Agente de seguros. Cambio de condición.—La relación jurídica que liga al agente de seguros con la Compañía aseguradora se rige por la relación contractual acordada y, en caso de que el Agente pase a la condición de Corredor, aquel contrato no puede continuar con éste al no estar previsto ni existir acuerdo novatorio entre las partes. (STS de 13 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Contra la mercantil *Schweiz Compañía Anónima Española de Seguros y Reaseguros* se interpuso demanda reclamando los daños y perjuicios causados por la resolución del contrato de agencia que la ligaba con doña E. T. L. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda y condenó a la deman-

dante a las costas causadas. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia apelada con imposición de costas al apelante. El TS desestimó el recurso de casación. (N. D. L.)

79. Acuerdos de la Asamblea General. Modificación de Estatutos.—Previsto en los Estatutos de una asociación que la modificación de sus preceptos requiere el voto favorable de los dos tercios de sus afiliados, la infracción de este *quorum* es un defecto formal de inexcusable observancia por lo que, siendo un precepto de *ius cogens*, no es posible entender válidamente adoptados los acuerdos con el voto favorable de la mayoría simple en cuanto afectan a disposiciones estatutarias.

Auditoría de cuentas. Caracteres.—La auditoría de cuentas se configura como la actividad que, mediante la utilización de determinadas técnicas de revisión, tiene por objeto la emisión de un informe acerca de la fiabilidad de los documentos contables auditados; no limitándose, pues, a la mera comprobación de que los saldos que figuran en sus anotaciones contables concuerdan con los ofrecidos en el balance y en la cuenta de resultados, ya que las técnicas de revisión y verificación aplicadas permiten, con un alto grado de certeza y sin la necesidad de rehacer el proceso contable en su totalidad, dar una opinión responsable sobre la contabilidad en su conjunto y, además, sobre otras circunstancias que, afectando a la vida de la empresa, no estuvieran recogidas en dicho proceso. La auditoría de cuentas es, por lo tanto, un servicio que se presta a la empresa revisada y que afecta e interesa no sólo a la propia empresa, sino también a terceros que mantengan relaciones con la misma, habida cuenta que todos ellos, empresa y terceros, pueden conocer la calidad de la información económico-contable sobre la cual versa la opinión emitida por el auditor de cuentas. El auditor es el profesional encargado del cometido de la auditoría de cuentas. Que deberá figurar inscrito en el Registro Oficial de Auditores y Auditores de Cuentas. Las cualidades de transparencia, fiabilidad y fidelidad son los exponentes a considerar por el auditor al verificar su informe tras la correspondiente actividad auditora. *Transparencia*, esto es, para que a través de esta cualidad insita en el informe se vea y se conozca, por no existir ningún obstáculo imperativo, cuál es esa realidad económica empresarial. *Fiabilidad*, es un instrumento medial, esto es, que dicho informe, por haber sido verificado por un profesional que goza de las correspondientes pericias, saberes o conocimientos, emite algo que *per se* se cuenta con una general credibilidad análoga a una especie de fe pública contable-económica. *Fidelidad*, que dicho informe es exacto y seguro, porque los datos y conclusiones a que se contraen, responden a una verdad, esto es, que si el informe dice que el resultado económico de la empresa es «uno determinado», se corresponda realmente o adecue en exactitud, a lo que se recoge en el mundo instrumental de los elementos que integran el activo de la empresa, porque sean ciertamente los allí indicados. (STS de 10 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone por la parte demandante recurso de impugnación de acuerdos sociales adoptados por el *Consell de Gremis de Comerç i Serveis de Barcelona*. El Juzgado de Primera Instancia de Barcelona estimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación revocando la sentencia de instancia. Recurrida en casación dicha sentencia, el TS declara que ha lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

80. Sociedades anónimas. Aumento de capital.—El plazo de seis meses para la inscripción en el Registro Mercantil de los documentos acreditativos de la ejecución del aumento de capital, cuyo incumplimiento permite a los suscriptores la resolución y restitución de lo aportado, es indisponible por las partes y, aunque se hubiesen celebrado varias Juntas, *el dies a quo* es necesariamente aquel en que se abrió el plazo de suscripción sin que la Junta pueda dilatarlo. Transcurrido dicho plazo sin haberse inscrito los documentos referidos, los suscriptores pueden pedir la restitución o, en caso contrario, podrá practicarse la inscripción después de los seis meses, pues se trata de un plazo de caducidad para pedir la restitución de lo aportado por los suscriptores, pero no para practicar la inscripción.

Doctrina de los actos propios. Improcedencia.—No es posible su alegación cuando se actúa amparándose en un precepto legal, como en este caso el artículo 162 LSA, pues esta doctrina de los actos propios debe considerarse como un Principio General de Derecho que sólo procede en defecto de ley o costumbre. Mientras una sentencia no declare la resolución de la suscripción, los suscriptores no actúan contra sus propios actos si al tiempo que reclaman la restitución siguen interviniendo en la esfera social en beneficio de sus intereses. Una vez decretada la resolución de la suscripción, ésta tendrá efectos retroactivos. (STS de 30 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Contra la ampliación de capital de la mercantil *Desidratados y Derivados, S. A.*, se interpuso demanda por infracción de las normas legales que la regulan. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. El recurso de apelación interpuesto por la demandada fue desestimado. Recurrida en casación, el TS confirmó en todos sus extremos la sentencia de la Audiencia Provincial. (N. D. L.)

81. Derecho de información del accionista.—El derecho de información del accionista es un derecho básico cuya violación provoca la nulidad de los acuerdos sociales afectados. La LSA regula de manera muy generosa este derecho del socio, quien, con arreglo a los artículos 112 y 212 de dicha Ley y el 173 CCO, podrá solicitar por escrito con anterioridad a la reunión de la Junta los informes o aclaraciones que estime precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, estando los Administradores obligados a proporcionárselos, salvo en los casos en que la publicidad de los datos solicitados perjudique a los intereses sociales. El legislador deja a la decisión del socio el cualificar qué aclaraciones deben suministrársele. Si él estima, claro está que no de una forma caprichosa, sino fundada, que determinados escritos tienen una relación directa con los asuntos comprendidos en la convocatoria, los Administradores habrán de proporcionárselos. En tal sentido, deben ponerse a disposición de los accionistas las referencias contables que en ningún caso pueden perjudicar los intereses sociales, sino todo lo contrario, ya que la transparencia de la situación económica de la empresa favorece por igual a todos los socios y a la propia entidad.

Cuentas anuales.—Es principio básico que dichas cuentas han de mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad esta carencia produce la nulidad de los acuerdos sociales por violación del artículo 172 LSA. (STS de 15 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia por D. J. R. M. demanda contra la mercantil *Vehículos y Comercio, S. A.*, sobre

impugnación de acuerdos sociales; el Juez estimó la pretensión del demandante decretando la nulidad de los acuerdos impugnados. Recurrida dicha sentencia en apelación, la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso. El TS estimó el recurso de casación en cuanto que la sentencia de apelación no estimó que se había vulnerado el derecho de información del accionista. (*N. D. L.*)

DERECHO PROCESAL

82. Error judicial.—El TS repasa en esta sentencia la doctrina jurisprudencia en materia de error judicial. El error judicial implica un desajuste «objetivo, patente e indudable», bien sea con la realidad de los hechos probados o con las normas legales, debiendo ser tal desajuste evidente e injustificado, de forma que no haya duda de la irracionalidad de las conclusiones de hecho o de derecho que se mantienen en la resolución judicial —SS de 22 de julio y 5 de mayo de 1998, 26 de diciembre de 1995 o 1 de marzo de 1996, entre otras muchas—. (**STS de 1 de febrero de 1999**; no ha lugar.)

HECHOS.—Contra sentencia dictada en fase de apelación en un procedimiento ejecutivo seguido por una entidad bancaria se insta por parte de los demandados demanda sobre declaración de error judicial. El TS desestima la demanda sobre declaración de error judicial. (*P. C. A.*)