

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Llanos CABEDO SERNA, Miriam de la FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Antonio GÁLVEZ CRIADO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Antonio JIMÉNEZ CLAR, Carlos ORTEGA MELIÁN, María Begoña RIBERA BLANES, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Ignacio TIRADO MARTÍ, María Luisa VALLÉS AMORÉS**

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. Prescripción y caducidad. Doctrina general.—Son dos figuras jurídicas totalmente diferentes: la prescripción establece un plazo susceptible de interrupción y debe ser alegada por la parte para su estimación judicial mientras que la caducidad no admite interrupción.

Artículo 1472 CC. Plazo de prescripción.—El plazo de seis meses establecido en el artículo 1472 CC es de prescripción y no de caducidad, lo que supone la posibilidad de su interrupción y la necesidad de su alegación de parte. Dicho plazo especial es corto con la finalidad de salvar la eficacia y la validez del contrato de compraventa de bienes inmuebles al que se refiere. (STS de 10 de julio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Colisol, S.A.*, adquirió en documento privado a doña Dolores, doña María y doña Josefa G. S. unas fincas propiedad de las mismas con expresión de su cabida. Al incumplir las vendedoras su obligación de elevar a escritura pública dicho contrato, la mercantil compradora interpuso demanda de menor cuantía por la que suplicaba se declarase válida la compraventa efectuada, se condenara a las vendedoras a otorgar escritura pública, se redujera el precio si se confirmaba reducción en la cabida expresada así como que se condenara al pago de los daños y los perjuicios causados. Las demandadas se opusieron alegando prescripción de la acción ejercitada y formularon reconvencción.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la excepción de prescripción alegada contra la demanda y desestimó la reconvencción. Al interponerse recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia de instancia al estimar la demanda en su petición principal. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (LL. C. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Derecho al honor. Derecho a la libertad de expresión y de información. Colisión entre ambos.—El TS ha declarado de forma reiterada que en el tema de la colisión entre ambos derechos no se puede establecer apriorísticamente los límites entre uno y otro sino que dicha delimitación debe hacerse caso por caso.

Posición prevalente de la libertad de información. Presupuestos.—El Tribunal ha establecido igualmente que el derecho a la libertad de información tiene una posición prevalente frente al derecho al honor siempre y cuando se den los siguientes presupuestos: que la información transmitida sea veraz; que la misma se refiera a asuntos de interés general y que no sobrepase el fin informativo que pretende dando un matiz injurioso. (STS de 5 de julio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J.R.R. interpone demanda de protección civil del derecho al honor contra don A.L.A. por entender que las declaraciones realizadas por éste sobre su persona en un programa radiofónico son injuriosas. Sin embargo, los Tribunales declararon que dichas declaraciones no contenían ningún matiz injurioso sino que eran veraces, se referían a asuntos de interés público y cumplían una finalidad informativa.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia desestimando el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (LL. C. S.)

3. Derecho al honor y libertad de información: colisión entre ambos. Falta de veracidad de la información por no haber sido contrastada conforme a la profesionalidad informativa.—Para resolver la colisión entre dos derechos fundamentales como son el derecho al honor (art. 18 CE) y el derecho a difundir información veraz [art. 20.1, letra d)] ha establecido el TC una doctrina, que es seguida por el TS, conforme a la cual debe darse prevalencia a la libertad de información siempre que dicha información esté referida a asuntos de relevancia pública o interés general, y además, resulte veraz. En concreto y respecto a este segundo requisito, debe entenderse, de acuerdo con las SSTC 6/1988, 107/1988, 105/1990, 171/1990, 178/1993, 336/1993 y 41/1994, seguidas por SSTS de 20 de diciembre de 1994, 26 de junio de 1996, 5 de febrero, 28 de mayo, 22 de junio, 25 de septiembre, 15 y 25 de noviembre y 31 de diciembre de 1998 y 23 de marzo de 1999, que «una determinada información como veraz, aunque más tarde resulte inexacta, con tal de que se haya observado por el informador el deber de comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente

(...). O sea que una información se puede estimar como veraz, cuando concurren las siguientes circunstancias: *a*) que haya sido rectamente obtenida, y *b*) que con profesionalidad se hayan realizado las oportunas averiguaciones», lo que no ocurre, a juicio tanto de la Audiencia como del TS, en el presente caso.

De la misma forma, la veracidad no es exigible de todos los extremos que constituyen la noticia o información, sino que debe ir referida al núcleo esencial de la misma, lo que ya había sido reiterado por el TS, entre otras, en SS de 6 de marzo y 30 de diciembre de 1995, 26 de junio de 1996, 13 de febrero de 1997, 28 de mayo de 1998 y 8 de marzo de 1999.

Cuantificación del daño atendiendo a la categoría profesional de los agraviados. Igualdad del mismo dentro de un determinado estamento.—La segunda de las cuestiones que merecen ser resaltadas del presente caso, y que constituye el único motivo acogido por el TS, es el relativo a la fijación de la cuantía de la indemnización que corresponde a los demandantes, una vez que la Audiencia Provincial ha declarado, y el TS mantiene, la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de los mismos. El TS equipara la indemnización dispar que la Audiencia Provincial les había concedido (quince millones a uno y diez a otro), y ello a pesar de que los propios demandantes habían establecido tal discriminación cuantitativa en la propia demanda (pidieron setenta y cinco y cuarenta millones, respectivamente), con el siguiente argumento: «efectivamente, una interpretación correcta de los módulos valorativos de una posible indemnización para el caso de agresión al honor, y aplicables al presente caso, se puede estimar lógica la realizada en la sentencia recurrida —categoría profesional de los afectados, el ámbito territorial en el que vivían y la hora de audiencia en que se emitió la entrevista—; pero, ahora bien, lo que no es lógico que una valoración tan evanescente como es la de fijar la indemnización en estos casos, se pueda dar una valoración distinta, según sea Coronel —mayor indemnización— o Capitán —menor indemnización—, ya que el derecho a ser respetado en el propio honor es igual, dentro de un determinado estamento, cualquiera que sea la graduación o categoría que se tenga u ostente». (STS de 24 de septiembre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Don Juan Miguel C.S.—C. y don Antonio Rafael L.G. interpusieron demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra la *Cadena Ondas Populares Españolas* (COPE) y contra doña Encarna S.J., locutora radiofónica, sobre protección de los derechos fundamentales de la persona, solicitando se declarase la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes y se condenase a los demandados a pagar una indemnización por el daño ocasionado. La demanda se basaba en una entrevista emitida por aquella cadena en la que un recluta contaba a la locutora la sodomización de que había sido objeto con fuerza y violencia en el centro militar donde estaba cumplimiento el servicio militar por parte de los ahora demandantes, Coronel y Capitán, respectivamente, del mismo. Antes de estas declaraciones, el recluta había interpuesto la correspondiente denuncia penal, que fue sobreseída con posterioridad a la emisión de la entrevista por haberse demostrado que tales acusaciones eran falsas. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia la desestimó íntegramente.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente el recurso interpuesto y con revocación parcial de la anterior declaró la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes y condenó a los demandados a indemnizarles solidariamente con la cantidad de quince millones de pesetas para don Juan Miguel y de diez millones para don Antonio Rafael. Interpuesto recurso de casación, el TS lo estimó parcialmente en el sentido de fijar igual indemnización para los dos demandantes.

NOTA.—En la sentencia que nos ocupa se mantiene intacta la afirmación que hiciera la Audiencia Provincial de Madrid acerca de la falsedad de la información; en concreto, se concluye que la información no es veraz porque no ha sido adecuadamente contrastada conforme a la profesionalidad informativa, a los efectos de dar prevalencia al derecho al honor sobre la libertad de información. Sin embargo, parece más correcta la postura adoptada en el Voto Particular que los Magistrados don Antonio Gullón y don Xavier O'Callaghan hacen a la presente sentencia, disintiendo del parecer de la mayoría. La información debió reputarse veraz, al menos en el momento en que se produce: se había interpuesto una denuncia sobre los posibles abusos ocurridos en un cuartel en ocasión de hallarse el denunciante efectuando el servicio militar, se habían relatado también en la revista *Interviú* con nombres y apellidos y en la entrevista que dio origen al proceso el recluta volvió a reiterarlos como ciertos y veraces, limitándose la reportera a recogerlos y afirmar su deseo de que la justicia recayera sobre los culpables.

Estos hechos fueron declarados con posterioridad falsos, pero, como dicen los firmantes del Voto Particular: «Ahora bien, que las imputaciones a los actores fueron falsas, carentes de toda base objetiva, no puede generar ninguna responsabilidad para las demandadas en un programa que se emite meses antes del descubrimiento de la falsedad (...). Así las cosas, en el programa radiofónico no se dieron los nombres que hasta entonces nadie conocía, por lo que carece de todo sentido lógico que se haga responsable al programa por algo que no transmitió y que, entonces, objetivamente era cierto: la imputación a los recurrentes de los denunciados».

Más contundentes son aún las siguientes líneas que se pasan a transcribir: «Claro está que desde un punto de vista utópico cabría negar al periodista la difusión de hechos que se han producía por dos vías: que cuando el asunto estuviera *sub iudice*, no puede hablarse ni comentarse nada más que la sentencia firme que recayera; o bien que se limitara a dar cuenta escueta y simple de lo acontecido (en nuestro caso, lectura de las denuncias) sin poner ni quitar absolutamente nada. Los firmantes de este voto rechazan semejantes limitaciones por contrarias a un estado de Derecho democrático; cercenan la libertad de información hasta límites insospechados, que es la base esencial del pluralismo democrático». (A. G. C.)

4. Tutela judicial.—Convocar al pleito por medio de edictos publicados en el Boletín Oficial, al no conocer el hecho del fallecimiento del convocado, no supone una transgresión de la tutela judicial efectiva establecida en el artículo 24 CE. Se requiere para su alegación la realización de una conducta

procedimental activa. La publicación por edictos evita la situación de indefensión.

Consentimiento de los menores en la celebración de un contrato de compraventa.—Existen tres situaciones que cabe distinguir en cuanto a la prestación del consentimiento por menores en un contrato. En primer lugar, las relaciones jurídicas con menores de edad dotados de discernimiento suficiente que prestan su consentimiento. Estas situaciones no son radicalmente nulas ya que, aunque no posean la capacidad jurídica exigida, sin embargo el consentimiento contractual existe y sus efectos quedan aplazados hasta la mayoría de edad; «se trata de un consentimiento hacia tiempo futuro, ya que al llegar a la mayoría de edad pueden efectuar su ratificación confirmatoria.» El contrato se consideraría anulable, aplicándole el plazo sanatorio de cuatro años del artículo 1301 CC. Idéntica solución hallamos en las situaciones en las que los padres otorguen el consentimiento en nombre de sus hijos sin la autorización judicial (S de 9 de mayo de 1994). Supuesto distinto es el que recoge la celebración del contrato con un menor sin que el mismo preste su consentimiento. El consentimiento inexistente acarrea la nulidad radical del contrato. No cabe confundir el consentimiento prestado por la minoría de edad con la carencia o falta del mismo, que invalida la relación jurídica (SS de 28 de abril de 1977, 4 de abril de 1984, 1 de febrero de 1986 y 2 de junio de 1989). El plazo de cuatro años procede para los casos en los que se ha prestado consentimiento, ya que concurren los requisitos del artículo 1261 CC. La relaciones afectadas con la nulidad radical no pueden convalidarse por el transcurso del tiempo.

Confirmación tácita del contrato celebrado con menor.—Un negocio plenamente nulo e inexistente, por ausencia de consentimiento del menor no es susceptible de ser convalidado posteriormente al alcanzar la mayoría de edad. La confirmación, según reiterada doctrina jurisprudencial, aparece únicamente en negocios cuyo vicio no impide su existencia, saneándolos la convalidación con efectos retroactivos (SS de 14 de diciembre de 1940, 7 de julio de 1944 y 25 de junio de 1946).

Venta de cosa común.—La transmisión de un bien común sólo es posible con el acuerdo unánime de los condominos, siendo afectada la venta con la nulidad radical (SS de 6 de mayo de 1958, 23 de junio de 1976, 11 de noviembre de 1991). (STS de 21 de enero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró en 1965 contrato de compraventa en documento privado entre doña Ana y una de sus hijas menor de edad y los compradores don Willy y doña Margaret, que resultó encontrarse fallecida, sin comunicarlo su marido a lo largo del proceso. En el contrato se estipuló una cláusula que aclaraba que los hijos de doña Ana (todos ellos menores de edad) se hallaban de acuerdo con la venta realizada, y en prueba de ello firmaba la mayor, también menor de edad. Los compradores demandan ante el Juzgado de Primera Instancia otorgamiento de escritura pública, a la que se acumula la de los vendedores solicitando la nulidad del contrato de compraventa realizado. El Juez desestimó la demanda de otorgamiento y estimó la acumulada pidiendo la nulidad de la venta de bienes de menores. La Audiencia confirmó la desestimación, y respecto a la sentencia estimatoria, suprimió el pronunciamiento relativo a la devolución de parte del precio que deja impre-

juzgada. El TS desestimó el recurso interpuesto por los primeros demandados. (P. S. S.)

5. Incapacitación. Extensión y límites.—Cabe declararla parcial sometiendo al incapaz a un régimen de tutela respecto de los actos que excedan de la administración ordinaria de sus bienes y de los de disposición y gravamen de los mismos. La sentencia de incapacidad debe concretar cuales son los actos que quedan prohibidos al incapaz sin que pueda utilizar términos ambiguos o vagos. (STS de 26 de julio de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El recurrente es declarado incapaz en primera instancia de forma parcial. En el orden personal, se le declara incapaz para las actividades que superen las suyas habituales y en el orden patrimonial para aquellos actos que el tutor no puede realizar sin autorización judicial, remitiéndose la sentencia a los artículos correspondientes del Código civil. El incapaz recurre en apelación y posteriormente en casación.

El TS declaró haber lugar parcialmente al recurso, casó y anuló parcialmente la sentencia recurrida estableciendo un régimen de tutela limitado a actos que excedan la administración ordinaria de los bienes y a los de disposición y gravamen de los mismos, eliminando la mención de incapacidad parcial en el orden personal. (LL. C. S.)

6. Incapacitación. Medios de prueba.—La incapacitación tal y como está regulada hoy en el Código civil, actúa restringiendo o anulando la capacidad de obrar de las personas físicas y no limitando su capacidad jurídica. «En todo procedimiento de incapacitación está en juego nada menos que la pretendida negación a un ciudadano o ciudadana mayor de edad de su capacidad para regir su persona y administrar sus bienes del modo que tenga por conveniente (STS de 30 de diciembre de 1995)». La capacidad de las personas físicas es un atributo de la personalidad, no obstante cabe su restricción y control «por disposición expresa de la ley, mediante las que han sido llamadas circunstancias modificativas de la capacidad, *al presumirse siempre la capacidad mental mientras no se demuestre lo contrario, por los medios procesales legales arbitrados, observancia de las garantías constitucionales y con base en pruebas concluyentes y rotundas en contrario, que conforman probanzas directas*, dada la trascendencia de la resolución en cuanto priva a la persona de su libertad de disposición subjetiva y patrimonial (SSTS de 19 de febrero de 1996 y 19 de mayo de 1998)». Por lo tanto, «es un principio general indiscutido que la capacidad de las personas se presume siempre, mientras que su incapacidad, en cuanto excepción debe ser probada de modo evidente y completo (SSTS de 22 de agosto de 1970, 31 de octubre de 1928, 27 de mayo de 1959, 11 de junio y 14 de octubre de 1966, 7 de diciembre de 1983, 7 de octubre de 1987, 8 de noviembre de 1989, 4 de enero de 1991, 3 de septiembre de 1996)».

En el proceso de incapacitación «quiebra el principio dispositivo y de aportación de parte, introduciéndose el inquisitivo y la investigación de oficio por parte de los órganos jurisdiccionales, que deben llevar al proceso cualquier medio de prueba destinado a determinar la concurrencia o no de las circunstancias determinantes de la incapacidad (STS de 12 de junio de 1989)». La prueba en el proceso de incapacitación está sometida a la normativa gene-

ral de la LEC, pero al versar éste sobre un tema tan particular –*la libertad propia de los seres humanos*– y no sometido a la disponibilidad de las partes existen también normas procesales especiales. De ahí que en el procedimiento de incapacitación la prueba se pueda considerar contemplada en tres aspectos:

- Prueba practicada a instancia de parte, que se rige por las normas procesales comunes,

- El juez puede acordar de oficio las pruebas que estime pertinentes, puede acordarlas según su prudente arbitrio y practicarlas como mejor proceda, lo cual «les adentra en el proceso, no solo como árbitros y directores del mismo, sino también como activos integrantes que, sin ser propias partes, sí están interesados en la aportación de todo el material preciso probatorio» (STS de 31 de diciembre de 1990), a estos dos aspectos se refiere el último inciso del artículo 208.

- Deber del juez de practicar tres pruebas: examen personal del presunto incapaz (SSTS de 20 de febrero y 12 de junio de 1989, 31 de diciembre de 1991, 16 de febrero de 1996), oír a los parientes más próximos del presunto incapaz (SSTS de 30 de febrero de 1995, 19 de febrero de 1996), finalmente, consultar el dictamen de un facultativo. Las transgresiones de este artículo 208 deben remediarse con la nulidad de las actuaciones a partir del momento donde puede entenderse cometida la infracción por omisión (SSTS de 20 de febrero y 12 de junio de 1989, 20 de marzo y 24 de mayo de 1991).

Límites de la incapacitación.—En la redacción del Código civil anterior a la Ley de 24 de octubre de 1983 se distinguía entre incapacitación plena e incapacitación limitada y, asimismo, entre tutela plena y tutela limitada. Literalmente, el Código únicamente admitía la posible fijación de la extensión y límites de la tutela y del grado mayor o menor de capacidad o incapacidad al referirse a los sordomudos que no pudieran leer ni escribir. Se seguía de ello la regla de que la incapacitación en los casos de locura, demencia y enfermedad mental era una incapacidad plena sin posibilidad alguna de graduación judicial. Sin embargo, la STS de 5 de marzo de 1947 quiebra esta línea doctrinal y reconoce «la graduación de las mismas con mayor o menor amplitud», nueva línea que se repite posteriormente hasta que definitivamente es reconocida en Derecho dispositivo por la reforma de 1983 en donde el artículo 210 otorga a la sentencia un amplio poder de determinación de la extensión y los límites de la incapacitación y el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado. La incapacidad no es uniforme, es graduable. El estado civil de incapacitación es uno, sin perjuicio de la diferente amplitud del actuar jurídico del declarado incapaz. Por ello, la sentencia de incapacitación determinará los límites y la extensión de ésta, es decir, si es total o parcial y si la parcialidad es cuantitativa y se refiere a ciertos actos, o bien es parcial cualitativa en el sentido de capacidad restringida, precisando el complemento de capacidad del curador.

Curatela.—Los artículos 286 y 287 fijan las fuentes de la curatela de donde se siguen los tipos de ésta que hoy se recogen: la de los menores (arts. 286 y 288); la de los prodigos (arts. 286, 288, 294 y ss.) y la de los incapacitados (arts. 287, 289 y 290). Lo que diferencia a las dos primeras de la última es su presupuesto: en la de los menores y la prodigalidad se parte de una situación de previa capacidad; en la otra de una declaración oficial de incapacidad. (STS de 16 de septiembre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Se promueve demanda de incapacitación de T.S.D. ante el Juzgado de Barbastro que estima en parte la demanda y declara la incapacidad parcial y la sujeción a curatela. Promovido recurso ante la Audiencia Provincial de Huesca se revoca la sentencia declarándose la incapacidad y la sujeción a tutela. El TS da lugar a la casación declarando que el impedimento de la persona sólo alcanza a los actos de disposición del patrimonio para los que necesita el complemento de capacidad del curador.

NOTA.—En este pronunciamiento el TS reitera una doctrina totalmente consolidada en aras a encontrar «un equilibrio entre dos grandes principios: de un lado las garantías legal y judicial de la incapacitación (arts. 199 y 200) y de otro, el principio de graduación judicial de la misma (manifestado especialmente en los arts. 210 y 287) (STS de 31 de octubre de 1994)». Como categoría de producción judicial es una resolución de este tipo la que crea la situación jurídica y el estatuto de persona incapacitada según la tipicidad de causas que reconoce el artículo 200. De los informes periciales emitidos por los facultativos se deduce que el impedimento de la persona no es total, solo parcial en materia patrimonial por lo que se sujeta al incapaz a curatela, debiendo el curador «no suplir la voluntad del afectado, sino reforzarla, controlarla y encauzarla, completando su deficiente capacidad (STS de 31 de diciembre de 1991)», en este caso tendrá la función de complementar la capacidad de los actos de disposición. (*M. F. N. C.*)

7. Defensor judicial. Diferencias con el representante legal.—El Código civil no permite que un menor o un incapacitado se encuentre falto de alguien que le represente y le ampare. Por ello, se prevé que si nadie ejerce —por la causa que fuere— la tutela o curatela o bien hay oposición de intereses, se nombra un defensor judicial que represente y ampare los intereses del menor o incapacitado. «El defensor judicial es un cargo de nombramiento judicial para un determinado asunto, con las atribuciones que le haya conferido el juez al designarlo, no es un representante del menor para la defensa y administración de su patrimonio, y por ello cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido (STS 10 de marzo de 1994)».

El defensor judicial es una figura de guarda de los menores e incapacitados cuyas características básicas radican en su temporalidad, subsidiariedad y coexistencia con la presencia bien de la patria potestad, bien de la tutela, bien de cualquiera de los tipos de curatela. Esta concepción del cargo está asimilada por una línea jurisprudencial consolidada. Así la STS de 12 de junio de 1985 afirma que «se trata de una figura presidida por la idea de transitoriedad y de concreta designación para un específico caso ... lo que excluye todo aspecto de institución permanente para la representación del menor».

Supuestos en los que procede el nombramiento del defensor. Inexistencia de contraposición de intereses.—Procede el nombramiento del defensor judicial en tres supuestos diferenciados, dos concretos: existencia de conflicto de intereses (art. 299.1) y no desempeño del cargo (art. 299.2) y otro genérico: los demás casos (art. 293.3). En relación con la sentencia anotada el artículo 162 CC excluye la representación de los padres como manifestación del ejercicio de la patria potestad cuando «exista contraposición de intereses

entre los padres y el hijo», procediéndose por tanto a la designación de un defensor judicial. Sin embargo, «no se puede dar por sentado que en todos los casos en los que intervenga un representante legal en su propio nombre y en representación de su hijo menor, ha de existir siempre una contradicción de intereses (RDGRN 6 de febrero de 1995)». Es decir, la regla general es la representación de los hijos por sus padres, por lo que será necesario demostrar la existencia de un conflicto de intereses para que quede excluida tal representación. En este sentido por contraposición de intereses se entiende, conforme a la STS de 12 de junio de 1985 «cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es en perjuicio del patrimonio de la otra». En el mismo sentido se han pronunciado las SSTs de 6 de octubre de 1934, 30 de octubre de 1961, así como la STSJ de Navarra de 24 de octubre de 1934. A tenor de esta línea jurisprudencial los tribunales establecen reglas que permiten determinar caso por caso cuándo existe contraposición de intereses. Uno de los supuestos más habituales, y para el que existe un cuerpo de doctrina jurisprudencial, es el que se produce a la muerte de uno de los progenitores debido a la concurrencia del superviviente y de los hijos comunes a la sucesión del fallecido, debiendo liquidar previamente la sociedad de gananciales en su caso. Fuera del ámbito de la liquidación de la sociedad de gananciales y de la sucesión, la jurisprudencia ha tocado el tema de la contraposición de intereses en una serie de cuestiones puntuales, haciendo uso del criterio general, es decir, no existe contraposición de intereses cuando la posición del progenitor y la del hijo se defienden con el mismo tipo de actuaciones, no siendo, por tanto, necesario el nombramiento de un defensor judicial. En este sentido considera el TS que el defensor judicial no es necesario cuando «el menor se halla bajo la protección judicial, como ocurre en el caso ahora planteado, donde se trata de fijar las indemnizaciones a percibir por los menores de edad, pues aunque sea su padre como representante legal, el que haya de recibirlas, al ser éstas determinadas por los Tribunales en cantidad fija queda el padre privado de todo arbitrio o facultad para perjudicar a sus hijos señalando otras sumas inferiores en su propio beneficio (STS 5 de octubre de 1981)».

Distribución de la indemnización entre las partes: cuestión interna.—No constituye defecto legal la ausencia de proposición relacionada con la distribución de la indemnización solicitada y conjunta para el padre y el hijo. La sentencia en este aspecto reitera la doctrina establecida en la STS de 22 de diciembre de 1989 que establece que «no puede estimarse defecto ... el hecho de que la indemnización que, de forma legal o conjunta, pide la actora para ella y para su hijo menor, no haya especificado la parte que va a corresponder a una y a otro. Pues ello es cuestión totalmente ajena, tanto al objeto de esta *litis*, como al control de la entidad demandada, por pertenecer exclusivamente al ámbito de las relaciones internas entre madre e hijos demandantes y que, en todo caso, debe supervisar o señalar el órgano jurisdiccional, dada, la minoría de edad del hijo». (STS de 16 de julio de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Se promueve demanda de juicio de menor cuantía por A.J.G. en su nombre y en el de su hijo menor sobre indemnización de daños y perjuicios causados en accidente de circulación. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, mientras que la sentencia dictada en apelación declara la nulidad de todos los actos practicados en el procedimiento anterior. Promovido recurso de casación ante el TS por los actores se estima parcialmente la demanda y se pronuncia sobre ausencia de contraposición de

intereses cuando la posición del progenitor y la del hijo se defienden en el mismo tipo de actuaciones.

NOTA.—En este pronunciamiento el TS hace aplicación de la reiteradísima línea jurisprudencial que determina la contraposición de intereses entre representante y representado «cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es en perjuicio del patrimonio de la otra (STS de 12 de junio de 1985)». En este caso no existe contraposición de intereses y, por tanto, no es necesario el nombramiento de un defensor judicial, porque al hallarse el menor bajo la protección judicial, el padre está privado de toda facultad que pueda perjudicar y menoscabar el interés de su hijo.

No aplica en este caso el TS el artículo 167 CC de cara a obtener una medida *a priori* que evite los peligros sobre las fortunas de los menores cuando éstas consisten en cantidades de dinero obtenidas como consecuencia de indemnización por daños y perjuicios, bien por daños sufridos por el propio menor, bien por la muerte de uno de sus progenitores. Corre el peligro de que se volatilice la fortuna en virtud de un acto dependiente únicamente de la voluntad del progenitor. (M. F. N. C.)

8. Reglamentación de la vecindad civil: competencia exclusiva del Estado.—La reglamentación de la vecindad civil corresponde en exclusiva al Estado, a pesar de que ciertos preceptos de ordenamientos autonómicos se han ocupado de la cuestión. El artículo 149.1.8. CE atribuye al Estado la competencia exclusiva para elaborar normas que resuelvan conflictos de leyes. Por lo tanto, el sistema de Derecho interregional es único en España lo que veda a las CCAA legislar sobre la cuestión. Esta idea ha sido defendida por las SSTC de 6 de mayo, 8 de julio y 12 de marzo de 1993, 29 de julio de 1983, 23 de junio de 1988 y 11 de mayo de 1989 entre otras. Esta prohibición impide a las CCAA generar cualquier tipo de norma dirigida a determinar la legislación aplicable en casos de Derecho interregional, ya se trate de normas de conflicto, autolimitadas, normas de extensión o de materias especiales. La aplicación de estos presupuestos al tema de la vecindad civil llevó a la STC de 8 de julio de 1993 a establecer que «es a las Cortes Generales a quien corresponde el establecimiento de las normas de conflicto para la solución de supuestos de tráfico interregional y, aún antes, la definición y regulación de los puntos de conexión conforme a los cuales han de articularse aquellas reglas. Debe por consiguiente el Estado regular el modo de adquisición y régimen jurídico de la vecindad civil (que es criterio para la sujeción al Derecho civil común o al especial o al foral y punto de conexión para la determinación de la ley personal: arts. 14.1 y 16.1.1.ª CC) y disponer también cuál será la ley aplicable a la vecindad civil diversa. Es del todo claro, que las normas estatales de Derecho civil interregional delimitarán el ámbito de aplicación personal de los varios ordenamientos civiles que coexisten en España, delimitación para la cual no ofrece la CE pauta o criterio positivo alguno».

Adquisición de la vecindad civil.—El artículo 14.1 CC supone una reiteración o concreción del artículo 16 ya que determina la sujeción al Derecho civil común o a uno de los Derechos forales en virtud del criterio de la vecindad civil. Aunque el precepto no lo indica, se deduce del artículo 16, dicha sujeción se refiere a las materias que tradicionalmente se integran en el «esta-

tuto de la persona». La vecindad civil se adquiere por *iure sanguinis* o por *iure soli*. La segunda de las formas de adquisición no es inmutable puesto que por una residencia continuada de los sujetos la vecindad civil puede verse alterada. Nos centraremos en esta última por ser a la que se refiere la sentencia anotada.

El apartado 5.º del artículo 14 establece el criterio de *iure soli* de cara a la adquisición de la vecindad civil, «se adquiere la vecindad civil por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esta su voluntad, o por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante ese plazo». En este supuesto, la adquisición de la vecindad civil se produce *ex lege*, por el mero hecho de la residencia. En algunas sentencias el TS ha entendido que dicha adquisición se produce en virtud de «una declaración tácita de voluntad», por lo que es posible revocar dicha declaración mediante actos de los que se deduzca la voluntad de las partes de no aceptar el cambio de vecindad civil (SSTS de 27 de octubre de 1900, 11 de noviembre de 1902, 23 de diciembre de 1904, 20 de abril de 1917, 13 de marzo de 1929, 21 de enero de 1958, 14 de diciembre de 1967). Sin embargo, otro cuerpo de jurisprudencia mantiene la postura de estimar que el cambio de vecindad civil se produce al margen de la voluntad del sujeto, *ex lege*, por el mero hecho de la residencia continuada en un territorio determinado (SSTS 30 de octubre de 1901, 23 de diciembre de 1904, 18 de marzo de 1932, 4 de junio de 1934, 10 de octubre de 1960, 20 de diciembre de 1985).

El cambio de vecindad civil por residencia no opera si el sujeto se traslada a país extranjero o si reside en distintos territorios sin que se verifiquen los diez años de residencia continuada en un mismo territorio.

Prueba de la vecindad civil.—«La dificultad de la prueba de la vecindad civil deriva del hecho de que el Código civil admite una adquisición automática de la nueva vecindad civil, que no necesariamente consta en el Registro civil (RDGRN 6 de noviembre de 1980)». Existen tres modos de probar la vecindad civil: *a*) mediante las declaraciones que se hacen constar en el Registro Civil, cuando proceden, es decir, cuando la vecindad civil se adquiere o conserva mediante declaración de voluntad del sujeto; *b*) mediante presunciones, según lo establecido en la LRC; *c*) mediante la posesión de estado. En cualquiera de ellas es determinante probar la «residencia habitual» del sujeto. (STS de 28 de enero de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Promovida demanda de separación por la esposa, el demandado solicita que se dicte sentencia que declare que el régimen económico al que ha estado sometido el matrimonio ha sido el de gananciales, así como el carácter ganancial de una serie de bienes y la rectificación en el Registro de los mismos. A lo que alega la demandante que el matrimonio se ha regido económicamente por la más absoluta separación de bienes. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia y declaró que el régimen de bienes del matrimonio era el de la sociedad de gananciales así como los pedimentos solicitados por el marido. El TS casó la sentencia y confirmó la de primera instancia.

NOTA.—En la resolución de este conflicto el TS aplica la normativa sobre Derecho interregional contenida en los artículos 14 y 16 CC (el primero de ellos antiguo art. 15) de cara a resolver un conflicto de leyes civiles coexistentes dentro del territorio nacional.

El problema radica en determinar la vecindad civil del matrimonio ya que, aclarada ésta, se resuelve con facilidad el régimen económico al que estaba sometido el matrimonio ante la inexistencia de capitulaciones matrimoniales en las que se especificase. Ambas partes habían residido en Tarrasa desde 1949 y 1954 respectivamente, contrayendo matrimonio en 1964. En ese momento llevaban «residiendo habitualmente» en Cataluña con sus respectivos padres más de diez años, por lo que al no existir manifestación en contrario ganaron la vecindad civil catalana, *ex lege*, siguiendo el criterio de *iure soli* que establecía el antiguo artículo 15 y que recoge en la actualidad el 14 CC. Al no otorgar capitulaciones matrimoniales y dada la vecindad civil catalana de los cónyuges, su régimen económico matrimonial queda sometido al régimen de separación de bienes según disponía el artículo 7 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña, promulgada por la Ley 40/1960 de 21 de julio, siguiendo la tradición jurídica del territorio que establece que en defecto de régimen escogido, rige, en el ámbito territorial catalán, el régimen de separación de bienes. (M. F. N. C.)

9. Tercería de dominio.—Para la consecución de éxito de toda tercería de dominio es necesaria la titularidad dominical del tercerista sobre el bien embargado, así como la condición de tercero con respecto a la deuda garantizada con el embargo. La condición de tercero no concurre en los socios de una sociedad en la que existe confusión de patrimonios en virtud de la aplicación del levantamiento del velo. En referencia al título dominical, el contrato de arrendamiento en documento privado, no constituye título apto por sí sólo para probar la adquisición del dominio, en el caso concreto de embargo de maquinaria, sin ser infringido por ello el artículo 1225 CC. No se trata de la imposibilidad de un documento privado para basar una tercería de dominio, no obstante sí lo es en los casos en los que pueda existir confusión de patrimonios entre la sociedad y sus socios.

Doctrina del levantamiento del velo.—En las situaciones de confusión de patrimonios de los socios con la entidad mercantil, es admisible penetrar en el *substratum* de las sociedades o entidades con personalidad jurídica, con la finalidad de evitar perjuicios para intereses privados o públicos, «o bien ser utilizada como vehículo de fraude» (SS de 28 mayo de 1984, 16 de julio de 1987, 25 de enero, 24 de octubre y 24 de diciembre de 1988, 16 de octubre de 1989, 15 de abril de 1992, 12 de febrero de 1993, 9 de octubre de 1995, 25 de octubre de 1997, 30 de mayo de 1998). (STS de 31 de enero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes don Mateo, don Elías, don Pedro y don Pedro, siendo copropietarios de dos naves industriales, constituyeron sociedad de responsabilidad limitada como únicos socios. Mediante documento privado, el 15 de abril de 1986 los demandantes ceden en arrendamiento a la sociedad las mencionadas naves. En 1988 don Antonio promueve contra la sociedad juicio ejecutivo por el que se embargan las maquinarias existentes en las naves arrendadas. En abril de 1994, los copropietarios promueven contra don Antonio y la sociedad proceso de tercería de dominio, afirmando ser los propietarios de los bienes muebles embargados. La demanda es desestimada en primera instancia. Tras el recurso de apelación,

es de nuevo desestimada, declarando no haber lugar a la tercería de dominio. Contra la referida sentencia de la Audiencia, se interpone recurso de casación, declarando la Sala 1.ª no ha lugar. (P. S. S.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

10. Compraventa de inmuebles: cuerpo cierto: error obstativo.—El error obstativo es un caso de falta de coincidencia entre voluntad y declaración en el negocio jurídico, con la característica de que tal desacuerdo es inconsciente y, como consecuencia, excluye la voluntad interna real y hace que el negocio jurídico sea inexistente; la sentencia recurrida afirma contundentemente como hecho acreditado que se produjo esta divergencia y que, pese a que sí se declaró, nunca se quiso y nunca hubo voluntad de vender y comprar la finca núm. 28.860 ocupada por las oficinas de un Banco como arrendatario.

Inaplicabilidad del artículo 1266 CC.—Este artículo se refiere al error-vicio y aquí nos hallamos ante un error obstativo; el ámbito de aquella norma lo concreta el artículo 1300: sólo se aplica al contrato que reúne todos los elementos de éste, es decir, aquél en que ha habido error en la voluntad (error vicio) y no error en la declaración (error obstativo), provocando el primero la anulabilidad y este último la inexistencia, que es la producida en este caso. En cuanto a la declaración, es hecho probado que nunca se quiso declarar (declaración) porque nunca se quiso (voluntad) la compraventa de la finca registral núm. 28.860, que estaba separada del resto y sigue estando ocupada por una entidad arrendataria; así que nunca se quiso lo que se declaró, lo cual es la definición exacta del error obstativo. La jurisprudencia es reiterada en cuanto al error-vicio, y muy poco frecuente en error obstativo, respecto del cual las ss. de 23 de mayo de 1935 y 17 de octubre de 1989 no son coincidentes como para integrar jurisprudencia en el caso presente.

Principio de autorresponsabilidad.—La doctrina científica no es fuente del derecho y, por tanto, no puede sustentar un motivo de casación; los hechos probados acreditan una divergencia inconsciente de ambas partes, compradora y vendedora, respecto a la compraventa de la finca registral citada, que no se quiso vender y comprar, y sí se incluyó en las escrituras.

Efectos.—Es errónea la invocación de la infracción del artículo 1303 Código civil en relación con el 1308 CC en orden a la obligación de restituir el precio con los intereses, argumentándose que si se declara la inexistencia de la compraventa de la finca registral núm. 28.860, debe devolverse el precio que se pagó por ella. Pero ello no es así en el presente caso pues se declara probado que se compró un cuerpo cierto que no incluía la citada finca registral, y se pagó un precio por aquél, pero no por ésta; así que no se declara la nulidad del contrato sino que se declara que éste nunca existió, ni la cosa, ni el precio.

Infracción del artículo 38 L.H.—Se denuncia infracción del artículo 38. II LH pero la misma no existe, pues se ha ejercitado, en la demanda reconventional, una acción de inexistencia de la compraventa, terminología discutible, pero sin que pueda exigirse la fórmula legal, también discutible, como si se tratara de fórmulas sacramentales y, como consecuencia, la cancelación de los asientos correspondientes y, con lo que se ha cumplido correctamente la norma alegada como infringida.

Magistrado que interviene en primera instancia y en apelación.—Nada obsta a que forme parte de la Sala civil que resolvió el recurso de apelación el mismo que fue Juez en la primera instancia, y que no llegó a poner sentencia; el artículo 219, causa 10.^a LOPJ declara que es causa de abstención y, en su caso, de recusación, el haber resuelto el pleito en anterior instancia, pero ello resulta inaplicable al caso actual, pues el Magistrado que formó la Sala en la Audiencia Provincial en trámite de apelación no había llegado a dictar sentencia en primera instancia. Se reitera la STS de 5 diciembre 1995. (STS de 22 de diciembre de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia por su cuidado tecnicismo (Pte. O'Callaghan Muñoz) recaída sobre error obstativo en negocio *inter vivos*, respecto del cual no hay acuerdo doctrinal entre nosotros, y muy escasa jurisprudencia. Las discrepancias no versan tanto sobre la calificación o descripción de esa discordancia entre la voluntad interna y la declarada, cuanto sobre la norma aplicable. De Castro, *El negocio jurídico* (Madrid 1967), p. 124, lo ha planteado con claridad: «¿Habrà que estar a lo declarado? ¿Se considerará inexistente la declaración? ¿Deberá considerarse anulable? En el momento actual, la postura más extremista de la teoría de la declaración parece abandonada y lo que preocupa a la doctrina es saber cuál sea el procedimiento más adecuado para privar de efectos a la declaración defectuosa, si el de la nulidad o el de la anulación; después, si se podrá exigir indemnización por el daño que haya podido sufrir quien atendiera a la declaración anulada. Con fidelidad a la lógica, buena parte de la doctrina defiende que la naturaleza misma del error obstativo implica la inexistencia del negocio, pues como en el caso de la *vis atrox seu ablativa* hay una ausencia radical de voluntad; siendo entonces la declaración, no medio, sino obstáculo para el consentimiento de los contratantes». El autor citado comparte aquella opinión entendiendo que el contrato no ha llegado a existir (*op. cit.* p. 125). Solución de la inexistencia del negocio que fue tempranamente patrocinada por STS de 23 mayo 1935 (Pte. Castán), en un caso de expedición de una participación de lotería en cuya redacción se incurrió en un *lapsus calami* (haciendo el amanuense constar por error un número diferente que resultó favorecido con un premio gordo); y que ahora se ratifica, —a mi juicio— con acierto, en la sentencia extractada. Pero en la STS de 17 de octubre de 1989 (Pte. López Vilas) se sostuvo, en sentido contrario, que el error obstativo no debe producir la nulidad del acto porque el principio de responsabilidad negocial impone que quien se equivocó debió rectificar inmediatamente después, si no quería quedar vinculado por la declaración errónea, y porque el principio de protección de la apariencia aconseja que no quede perjudicado quien contrata de buena fe confiado en lo que hace la otra parte; se trataba de una hipótesis compleja, pues los prestatarios que conciertan una hipoteca incurrieron en error sobre el objeto al adquirir la finca, ulteriormente corregido, pero no lo fue, en cambio, la escritura de hipoteca; hay, además, interferencia del artículo 34 LH. En el 4.º FD de la sentencia extractada se recuerda que la doctrina científica no es fuente del derecho, en probable alusión a los razonamientos transcritos de la sentencia de 1989. En la doctrina, *vide* recientemente

convincentes argumentos a favor de la primera orientación por Rive-ro Hernández, en Lacruz *et alii*, *Elementos*, II-1.º, 3.ª ed. (Barcelona 1994) p. 378 s. (G. G. C.)

11. Negocio fiduciario: inexistencia.—El TS, de acuerdo con la doctrina más reciente, asimila el negocio fiduciario al negocio simulado con simulación relativa, cuyo negocio disimulado será válido si reúne los elementos precisos para su validez. En el presente caso no existe negocio fiduciario sino simulado ya que la compraventa carece de ánimo de vender y de precio, siendo nulo el negocio jurídico disimulado o encubierto por tratarse de un pacto comisorio, prohibido en nuestro ordenamiento jurídico.

Incongruencia: inexistencia.—La sentencia no incurre en incongruencia cuando desestima totalmente los pedimentos de la demanda.

Motivación de la sentencia: existencia.—La sentencia recurrida incurre en falta de motivación ya que no hace referencia alguna a la petición de devolución del préstamo rechazando dicho pedimento sin ninguna motivación. (STS de 15 de junio de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Don Anastasio R.P., doña Anastasia P.M. y doña Asunción T.F. venden en escritura pública una serie de fincas rústicas a don Ernesto M.R. y a don Ignacio M.S., reconociendo en documento privado que se trata de una compraventa con pacto de retro en garantía de las cantidades adeudadas por los vendedores a los compradores que carece de ánimo de vender y de precio. Ante el impago de la deuda, los herederos de don Ignacio M.S. interponen demanda ejercitando acción de reclamación de la cantidad pendiente de pago y acción reivindicatoria sobre parte de los bienes objeto de la compraventa. Los demandados se opusieron a la demanda y formularon reconvencción.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y la reconvencción condenando a los demandados al pago de la deuda y declarando en favor de los demandantes la propiedad de los bienes. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó totalmente la sentencia de instancia. El TS declaró haber lugar al recurso de casación, declarando nula la venta y condenando a los demandados al pago de la cantidad adeudada. (LL. C. S.)

12. Interpretación de contratos. Función del Juzgador de Instancia.—El TS ha establecido de manera reiterada que la interpretación de los contratos es una función propia de los Juzgadores de Instancia sin que dicha interpretación pueda ser modificada en casación salvo que sea absurda, ilógica o contraria a las normas que regulan los criterios interpretativos. En el presente caso, el TS entiende que la interpretación realizada en la instancia es correcta ya que no se trata de un contrato de *leasing* o arrendamiento financiero como pretende el recurrente sino de un negocio fiduciario.

Tercería de dominio. Negocio fiduciario.—El contrato en que se basa la tercería de dominio no es un arrendamiento financiero sino un negocio fiduciario por lo que no se ha producido transmisión alguna de propiedad en favor del tercerista razón por la que no puede prosperar la tercería dominical planteada por el demandante. (STS de 13 de julio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—*Centroban Leasing, S.A.*, interpone demanda de tercería de dominio contra la *Tesorería General de la Seguridad Social* y contra otro alegando ser propietaria del bien embargado en virtud de un contrato de *leasing* o arrendamiento financiero cuando en realidad se trata de un negocio fiduciario por el cual la demandante no llegó nunca a adquirir la propiedad del bien careciendo por lo tanto de título para plantear una tercería.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial estimó el recurso y revocó la sentencia de la instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (LL. C. S.)

13. **Simulación de compraventa. Validez de la donación disimulada.**—La compraventa carente de precio es el resultado de una simulación relativa (art. 1276 CC), en los casos en los que exista un verdadero *animus donandi*, así como el otorgamiento de dicha venta simulada en escritura pública. Se inclina la doctrina jurisprudencial de la Sala por la admisión de la validez de la donación en las situaciones en las que se carece de precio y se cumple el requisito de la forma pública, en aplicación del artículo 633 CC, siempre que no se realice en perjuicio de terceros, en fraude de ley (art. 6.4.)

Constitución de usufructo, sin conformar el mismo carga o modo.—La ignorancia de la existencia del usufructo no supone la revocación de la donación por incumplimiento de cargas o modo alguno, en aplicación del artículo 647 CC. No se configura el usufructo como carga o modo sino como derecho real vitalicio sobre el bien. El efecto de la simulación relativa de un contrato de compraventa consiste en la validez de la donación, así como el usufructo vitalicio constituido. (STS de 2 de noviembre de 1999; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Doña Rosario celebró en escritura pública contrato de compraventa con su sobrina, reservándose el usufructo vitalicio de una finca urbana. Dicha compraventa carecía de precio, existiendo un verdadero *animus donandi*. Posteriormente formuló demanda contra la donataria y los que compraron el piso a ésta, siendo desestimada en primera instancia. La Audiencia Provincial revocó la sentencia, revocando la donación bajo forma de compraventa y declaró nula la enajenación del inmueble. El TS casa la sentencia, estimando parcialmente la demanda y declara inexistente por simulación la compraventa, conteniendo una donación disimulada y válida, al igual que el usufructo que sobre el bien se constituye. (P. S. S.)

14. **Tratos preliminares: calificación.**—Las relaciones y contactos socioeconómicos acaecidos entre las partes, deben ser encajadas dentro de la figura jurídica de los denominados *tratos preliminares* (*Vorverhandlungen, Trattative*), teoría construida por la doctrina germánica y razonablemente asimilada por la española, la cual se puede definir como el conjunto de actos y operaciones que los intervinientes y *ad lateres* realizan con el fin de discutir y preparar un contrato; debiéndose afirmar que dichas operaciones se desenvuelven en un área nebulosa y desde luego evanescente, pues las mismas hay que enfocarlas desde un punto de vista muy amplio —ideas, especulaciones, planteamientos—, pero que siempre tendrán el denominador común de no suponer acto jurídico alguno, ya que de dichas referidas operaciones no se derivan, de manera inmediata, efectos jurídicos mensurables.

Responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*.—De dichos tratos sociales o contactos sociales —según denominación germánica—, puede y debe derivarse una cierta responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*, según expresa la STS de 16 de mayo de 1988, pues al faltar relación contractual, se nos ofrece como responsabilidad aquiliana, puesto que no puede negarse violación del principio *neminem laedit*; pudiéndose derivar también a través de la teoría del abuso del derecho; en ambos casos desemboca ineludiblemente en la aplicación del artículo 1902 CC.

Requisitos.—En el presente caso se declara probado: *a)* una acción negligente constituida por una falta de lealtad cuyo núcleo fue una ruptura unilateral por parte de las entidades ahora recurrentes del proyecto inicial de los demandados en la instancia; *b)* unos perjuicios que deben mensurarse desde un punto de vista del interés negativo; y *c)* el nexo causal entre la acción y los perjuicios, pues la ruptura de negociaciones al defraudar la buena fe provoca la vanidad de unos gastos, esfuerzos y trabajos, dándose esa ligazón que se recoge en la sentencia recurrida y se acepta en casación. (STS de 16 de diciembre de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Se pide una indemnización por los gastos devengados durante el estudio del proyecto, factibilidad del mismo y forma de realizarlo, así como también por las cantidades dejadas de percibir como consecuencia de la no realización del proyecto, y, finalmente, por el daño moral causado. El Juzgado de Primera Instancia condena a abonar la cantidad de medio millón de dólares USA, valor de los años 1987/1988, (sin que conste que la estimación de la demanda lo haya sido sólo parcial); la Audiencia Provincial rechaza la apelación y el TS desestima el recurso de casación. En la doctrina española cabe reseñar, sobre el tema, las recientes aportaciones de Clara Asúa González, *La culpa «in contrahendo»* (Bilbao 1989), y M.^a Paz García Rubio, *La responsabilidad precontractual en el derecho español* (Madrid 1991). La sentencia anotada ha optado por la vía de la responsabilidad extracontractual, sin duda defendible en ausencia de normativa expresa, y mayoritaria en la doctrina de la Sala 1.^a (amplia exposición del estado de la cuestión por Rive-ro Hernández, en Lacruz *et alii*, *Elementos*, II-1, 3.^a ed. (Barcelona 1994) p.399 ss. (G. G. C.)

15. Identificación entre la acción en fraude de acreedores y la de rescisión de los contratos.—A pesar de los recelos iniciales a identificar el fraude de acreedores con la rescisión de los contratos, la jurisprudencia ha advertido que, en realidad, el artículo 1111 y los artículos 1291.3 ss, regulan la misma acción que aparece enunciada en el primero y desarrollada en estos últimos, poniendo además de relieve la íntima relación que existe entre ambos preceptos (SSTS de 25 de junio de 1927, 10 de julio de 1928, 21 de junio de 1945, 7 de enero de 1958).

Acción pauliana: requisitos para su ejercicio.—Establece la STS de 28 de noviembre de 1994 que la acción rescisoria o pauliana viene a consistir en un remedio de carácter subsidiario «habiendo declarado reiteradamente la doctrina de esta Sala (SSTS de 12 de marzo de 1984, 24 de noviembre de 1988 y 27 de mayo de 1992), que el Código civil la establece a favor de los acreedores para proteger y lograr la efectividad de sus créditos en bienes del deudor demandado».

Son innumerables las SSTS que enumeran los requisitos necesarios para el ejercicio de esta acción. De forma clara y concisa los recoge la STS de 12 de julio de 1940 al establecer que «la doctrina científica y la jurisprudencia viene señalando como supuestos y requisitos necesarios para que pueda ésta ser ejercida, los siguientes: *a*) que exista un crédito a favor del actor; *b*) que el deudor haya celebrado un acto o contrato posterior que beneficie a un tercero proporcionándole una ventaja patrimonial; *c*) que el acreedor resulte perjudicado por la disposición a favor del tercero –*eventus damni*–, y a la vez se beneficie con la declaración de ineficacia, sin tener otro recurso legal para obtener la reparación de dicho perjuicio; *d*) que el acto que se impugne sea fraudulento –*consilium fraudis*–; *e*) que el tercer adquirente, caso de ser la enajenación onerosa, haya sido cómplice en el fraude. A continuación, realizaremos algunas matizaciones en torno a la concepción de los mismos por la jurisprudencia actual y su evolución.

En relación al primer requisito el problema se centra en la exigibilidad del crédito. No parece acertado requerir que el crédito tenga que ser exigible en el momento en que se realizó el acto de disposición. De hecho, la jurisprudencia no suele prestar atención a este requisito; en todo caso lo exigible es «la existencia de un crédito vencido, líquido y exigible» en el momento en que se ejercita la acción (STS de 13 de febrero de 1993). Incluso un cuerpo formado de jurisprudencia estima la acción aunque el crédito no esté vencido ni siquiera en el momento de su ejercicio, actuando entonces como un medio para recomponer la disminuida garantía que para el acreedor constituye el patrimonio del deudor (SSTS de 15 de abril de 1955, 28 de enero de 1966, 17 de marzo de 1972, 13 de mayo de 1974, 20 de diciembre de 1978, 2 de marzo de 1981, 6 de abril de 1992).

Dos caracteres importantes derivan del tercer requisito: el *eventus damni* y la subsidiariedad de la acción. Respecto al primero de ellos el acto produce un perjuicio al acreedor cuando provoque, en el patrimonio del deudor, una disminución que lo deje insuficiente para atender al crédito, es decir, una insolvencia a la que a la jurisprudencia le basta con que sea relativa. Entonces será revocable el acto que haya provocado en el patrimonio del deudor una disminución que imposibilite el cumplimiento íntegro de la obligación contraída, por lo que «la insolvencia del deudor se determinará no sólo por la imposibilidad de pago completo, sino también por la disminución de posibilidades económicas efectivas para dar satisfacción a la exigibilidad integral del crédito» (SSTS de 28 de octubre de 1993 y 7 de enero de 1958, 7 de febrero de 1991, 6 de abril de 1992, 31 de octubre de 1994, 31 de diciembre de 1997, 15 de junio de 1998). Inicialmente la insolvencia quedaba justificada por la prueba del hecho negativo de la carencia absoluta de los bienes del deudor (SSTS de 9 de mayo de 1896, 20 de marzo y 9 de diciembre de 1908, 30 de enero de 1917, 1 de mayo de 1922, 4 de junio de 1928). Sin embargo, suavizando esta prueba, la jurisprudencia ha afirmado reiteradamente que lo que debe quedar justificado es que han sido perseguidos los bienes de los directamente responsables, para acreditar así la ausencia de bienes libres (STS de 21 de abril de 1964). La necesidad de acreditar el daño va unida al carácter subsidiario de la acción, que impone una doble limitación o actividad por parte del acreedor: por un lado, sólo procede en defecto de bienes del deudor tal y como lo entiende actualmente la jurisprudencia, por otro lado sólo cabe ejercitarla a falta de todo otro remedio que le permita cobrar. Esta última concepción de la subsidiariedad significa que se haya procedido a la reclamación y

que posteriormente, según los casos haya tenido lugar la solicitud de embargo preventivo de los bienes del deudor o la iniciación del procedimiento de apremio que acabe en la reclamación judicial del mismo. En este sentido se pronuncian las SSTS de 15 de febrero y 17 de febrero de 1986, 14 de octubre de 1987, 27 de mayo de 1992, 5 de diciembre de 1994, 4 de septiembre de 1995 y 28 de octubre de 1997 entre otras.

Finalmente, nos centraremos en el significado del *consilium fraudis* que exige el cuarto requisito. Durante un tiempo la jurisprudencia entendió que existía fraude cuando había intención de perjudicar a los acreedores con el acto fraudulento exigiendo, por tanto, la intencionalidad fraudulenta de los participantes en el acto. En este sentido se pronunciaron las SSTS de 10 de julio de 1886, «a propósito de defraudar», 13 de marzo de 1902, «obrar a sabiendas y de mala fe»; o 25 de octubre de 1895, «partícipe en el engaño». Teniendo en cuenta que el mayor problema que presenta el fraude es su dificultad probatoria identificarlo con una determinada conducta o *animus* del deudor sólo sirve para crear una dificultad de prueba para el actor que utiliza la acción. Por eso de forma paralela aparece otra línea jurisprudencial más avanzada, que se va imponiendo en los últimos años, y se caracteriza por rechazar la exigencia de cualquier *animus* y entender que hay *consilium fraudis* cuando el deudor se percata de que es insolvente o deviene tal por el acto que proyecta y, sin embargo, lo realiza, lo que implica conciencia del perjuicio que ocasiona. En ese sentido se pronuncian las SSTS de 10 de julio de 1928, 14 de enero de 1935, 9 de octubre de 1966, 23 de julio y 23 de octubre de 1990. (STS de 25 de enero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Los acreedores-actores interponen demanda como ejercicio de una acción pauliana o revocatoria por vulneración de sus expectativas de cobro del crédito ante la venta de un bien inmueble integrante de su garantía. Estimada en ambas instancias la acción revocatoria, el TS la confirma al concurrir en el supuesto los requisitos constitutivos de la misma.

NOTA.—Procede el ejercicio de la acción revocatoria o pauliana por concurrencia de todos los requisitos que la jurisprudencia y la doctrina exigen para su correcto ejercicio. Confirmada su procedencia por el TS y dado el carácter personal de la acción no se perseguirá directamente los bienes, sino que se irá contra el acto que provocó su salida del patrimonio, en este caso la compraventa, y una vez restituido podrán los actores cobrarse el crédito. (M. F. N. C.)

16. Relación entre la acción de cumplimiento y la acción de resolución del artículo 1124 CC.—El precepto 1124 CC establece la facultad de resolver las obligaciones cuando uno de los obligados no cumple lo que le incumbe. Se faculta al perjudicado por ello a escoger u optar entre exigir el cumplimiento o la resolución, unido en ambos supuestos a la indemnización de daños y perjuicios. Se otorga la posibilidad de escoger por la resolución tras haber optado por el cumplimiento en un principio, cuando éste resultare imposible.

Ejercicio de las acciones en casos de compraventa con pago aplazado.—En los casos de impago del precio en compraventa es usual pretender ambas situaciones, no obstante la acción resolutoria y la de cumplimiento son incompatibles o contradictorias. El que puedan ejercitarse de manera alternativa o subsidiaria, después de haber optado por el cumplimiento, no conlleva

que quepa la posibilidad de ejercitarse de manera conjunta disgregando el contrato en distintas partes. El contrato es único y no cabe escindirlo en partes. La circunstancia del pago aplazado no acarrea necesariamente que sea posible reclamar por el impago de unos su abono, y por otros la resolución. (STS de 17 de enero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte demandante, antes de interponer la demanda solicitando la resolución por incumplimiento del contrato de compraventa, ante el impago parcial del primer plazo del precio y la falta de abono del segundo, estaba ejercitando la acción de cumplimiento del contrato exigiendo el plazo. La demanda se desestimó en primera instancia, al considerarse que no pueden ejercitarse simultáneamente las acciones de cumplimiento y resolución. Idénticos motivos alega la Audiencia para desestimar el recurso. El TS desestima el recurso de casación. (P. S. S.)

17. Compraventa: calificación: civil y no mercantil: por agricultores respecto de sus productos.—Siendo los demandantes agricultores que venden a la demandada una cosecha de patatas procedentes de fincas que aquéllos cultivaron con tal fin de mercado, no puede calificarse la operación, al amparo del artículo 325 CCO., por el simple hecho de que el comprador las adquiriera para revenderlas transformadas, pues la norma que así lo dispone con carácter general tiene una excepción en el artículo 326-2.º CCO al establecer que no se reputarán mercantiles «las ventas que hicieran los propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganados»; así se ha resuelto en SSTs de 4 de febrero de 1925, 30 de octubre de 1981 y 30 de junio de 1982, habiendo de regirse el contrato en litigio por las normas del Código civil en todas las consecuencias que del mismo se deriven.

Venta de cosa futura: *emptio rei speratae*.—El contrato de 28 de octubre de 1991 tiene por objeto la venta de una cosecha de patatas, no dañadas, ni verdes, con calibres de 45 milímetros en adelante, y aptas para ser destinadas al frito de chips y consumo humano, correspondientes a las variedades Turia y Agria que los demandantes tenían sembradas en el cortijo La Tercia; tal descripción contractual nos lleva a calificarlo como venta de cosa futura, entendiéndose por tal aquella cosa que se espera según el curso natural de las de su especie, y que por lo tanto ha de venir aunque no existe en el momento de la celebración del contrato; lo que se corrobora en este caso al consignarse que la cosecha de patata así vendida en octubre de 1991 había de entregarse en los meses de mayo, junio y julio de 1992. Además se trata de venta de cosa esperada, que no de esperanza, con las consecuencias diferentes que en el cumplimiento imponen una y otra desde el contrato conmutativo y obligación recíproca que comporta la de la primera modalidad, y del aleatorio en el segundo tipo de contrato. Se aplica el artículo 1271 CC y la doctrina contenida en SSTs, entre otras, de 17 de febrero de 1967, 3 de junio de 1970, 23 y 30 de octubre de 1981, y 30 de octubre de 1989.

Incumplimiento de los vendedores: mercancía no apta para el fin convenido: resolución *ex* artículo 1124 CC.—Se declara probado que la mercancía vendida no era apta para el fin convenido, pues aunque inicialmente se retiraron 135.200 kilogramos de patatas, de los 600.000 contratadas, liquidándose en la forma que las partes convinieron, lo cierto es que reanudada la recogida se comprobó la inidoneidad del resto, no pudiéndose rebatir esta última alegando la no presencia de hongos y bacterias en las patatas vendidas

y con la mera afirmación de ser aptas para el consumo, ya que lo pactado fue el destino al frito de chips.

Estimación de motivos que no conducen a la estimación del recurso.—Dado que el recurso de casación se da contra el fallo y no contra sus razonamientos, la estimación de motivos que no van a producir un nuevo fallo, no permite casar en parte aquella sentencia, según SSTs de 7 de abril de 1993 y 30 de diciembre de 1998, y las que en ellas se citan, por lo que procede desestimar el presente recurso. (STS de 31 de diciembre de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—¿Contrato de suministro o de compraventa? A lo primero parece inclinar la periodicidad de entregas y la liquidación de la primera o primeras entregas realizadas; pero en el contrato se habla de una cantidad total correspondiendo a la cosecha de un determinado año. Por lo demás, no hay unanimidad, ni doctrinal ni jurisprudencial, para definir el contrato de suministro y establecer su régimen. Me parece razonable la postura de Rivero Hernández (en Lacruz, *et alii Elementos*, II-2, Madrid 1999, p. 66) para quien, en caso de considerarse autónomo el contrato de suministro, cada prestación parcial, y su precio proporcional correspondiente, son prestaciones de carácter principal, independientes y de ejecución autónoma, en relación sinalagmática recíproca con el precio, y con valor y entidad propia y principal a efectos de resolución del contrato por incumplimiento, particularmente cuando el dejarse de cumplir alguna prestación suponga una frustración del fin del contrato para su acreedor. Esta situación se ha dado indudablemente en el presente caso. Pero el TS no plantea el tema, y se limita a calificar, sin más, el contrato de compraventa civil, con base en el artículo 326-2.º CCO siguiendo una línea interpretativa tradicional, que la doctrina civilista no cuestiona (a diferencia de la doctrina mercantilista: Broseta, Manual, 9.ª ed., Madrid 1991, p. 434; también a nivel de la *praxis*, así Cano Rico, *Manual práctico de contratación mercantil*, I, 4.ª ed., Madrid 1999, p. 259) y sin que tampoco haya motivos para alterarla (puede verse el estado de la cuestión desde la perspectiva civilista, García Cantero, *Comentarios Albaladejo y Silvia Díaz Alabart*, t. XIX, 2.ª ed., Madrid 1991, p. 19 s.). Por lo demás, parece correcto, en la indicada línea jurisprudencial, calificar el contrato de *emptio rei speratae*, aunque bajo esa perspectiva habría que considerar, el aquí enjuiciado, de incumplimiento parcial. (G. G. C.)

18. Compraventa. Resolución por incumplimiento.—El TS ha declarado que es requisito necesario para resolver cualquier contrato conforme al artículo 1124 CC que la parte que resuelve haya cumplido sus obligaciones, por lo que el vendedor no puede resolver un contrato de compraventa con base en el artículo 1504 del Código civil si ha rehusado recibir el precio sin causa impeditiva para ello.

Venta de bien ganancial. Anulación.—La venta de un bien ganancial es anulable si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges, si bien la transmisión puede ser subsanada si el consentimiento se presta posteriormente o por el aquietamiento del cónyuge interesado.

Litisconsorcio pasivo necesario. Existencia.—La acción de nulidad del contrato debe dirigirse contra todos los intervinientes en el mismo. La reconVENCIÓN no es la vía procesal adecuada para solicitar la nulidad del contrato

en el que intervinieron el actor y los codemandados ya que solamente puede ser contestada por el actor reconvenido y no por los demás demandados. (STS de 15 de julio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Ángel M.C. adquiere bienes inmuebles en documento privado pactándose el precio en forma aplazada. Al rehusar los vendedores, don Miguel S. F. y su hijo don Ricardo S. G., recibir el precio pese al ofrecimiento y posterior consignación del mismo por el comprador, el mismo interpone demanda solicitando el cumplimiento del contrato y su elevación a escritura pública. Los demandados se oponen y formulan reconvenición solicitando que se resuelva el contrato por incumplimiento del comprador en el pago del precio. Formula igualmente reconvenición doña Clemen-tina G.R., esposa y madre respectivamente de los vendedores, solicitando la nulidad del contrato de compraventa por transmitir bienes gananciales sin su consentimiento.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (LL. C. S.)

19. Compraventa: resolución. Requerimiento del artículo 1504 CC. En el supuesto de incumplimiento de la obligación de pago por parte del comprador, se resuelve el contrato previo requerimiento judicial o notarial del vendedor lo que implica una intimación al comprador para que se avenga a resolver la obligación y a no poner obstáculos a ese modo de extinguirla, no constituyendo una intimación al pago con resolución por ministerio de la ley si éste no se produce.

Efectos de la resolución.—La resolución produce efectos retroactivos salvo lo dispuesto en los artículos 1124, 1295 y 1298 CC respecto de los terceros adquirentes de buena fe y de los amparados por la fe pública registral, produciéndose igualmente respecto a éstos la resolución pero transformándose la obligación de restitución en obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados al vendedor. (STS de 24 de julio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—El señor L.C. vende una planta de garaje a don Agustín N.N. y a don Camilo T. R. en escritura pública en 1980, incumpliendo los compradores la obligación de pago del precio en los términos pactados. Posteriormente el señor L.C. vende la misma planta de garaje a don Valeriano R.C. en escritura pública inscrita. Don Agustín N.N. y don Camilo T.R. interponen demanda contra don L.C. y don Valeriano R.C. solicitando que se declare la nulidad de la escritura pública otorgada por los dos demandados así como su inscripción registral. Los demandados se oponen alegando falta de acción por haber quedado resuelta la primitiva compraventa por impago del precio, formulando don L.C. reconvenición para que se declare la resolución de la primitiva compraventa por aplicación del artículo 1504 del CC.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirmó la anterior sentencia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (LL. C. S.)

20. Tercería de dominio. Concepto y naturaleza jurídica.—La tercería de dominio es una acción declarativa de propiedad cuyo objeto es la declaración de propiedad del demandante tercerista y el levantamiento del embargo trabado a instancia del codemandado sobre el bien que aparecía como propiedad del otro codemandado.

Leasing. Concepto y naturaleza jurídica.—El *leasing* o arrendamiento financiero es un contrato que tiene por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos por la empresa de *leasing* para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas, a lo que se añade una opción de compra a su término en favor del usuario. Se trata de un contrato complejo y atípico, gobernado por sus propias estipulaciones y jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes con reserva de dominio. La entidad de *leasing* es la titular dominical del bien que si es embargado podrá ejercitar con éxito la tercería de dominio.

Interpretación de los contratos. Función del juzgador de instancia.—La función de calificar e interpretar el contrato compete al Tribunal *a quo*, estando cerrada en principio al control casacional y sólo accede a ello si la interpretación hecha por el órgano de instancia ha sido ilógica, absurda o contraria a Derecho. En el presente caso, la calificación hecha por la Audiencia Provincial es perfectamente fundada ya que se trata efectivamente de un contrato de *leasing* y no de una compraventa a plazos de bienes muebles. (STS de 19 de julio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Banco Bilbao Vizcaya Leasing, S.A.*, interpone demanda de tercería de dominio contra la mercantil *Comercio, S.A.*, entidad embargada, y contra la *Tesorería General de la Seguridad Social*, entidad embargante, solicitando que se declare que el bien embargado es propiedad de la demandante en virtud a un contrato de *leasing* celebrado entre ambas mercantiles y que se alce el embargo trabado. La mercantil *Comercio, S.A.*, se allana a la demanda y la *Tesorería general de la Seguridad Social* se opone a la misma.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (LL. C. S.)

21. Interpretación de contratos. Función del Juzgador de instancia.—El TS ha establecido de manera reiterada que la interpretación de los contratos es una función propia de los Juzgadores de instancia sin que dicha interpretación pueda ser modificada en casación salvo que sea absurda, ilógica o contraria a las normas que regulan los criterios interpretativos. En el presente caso, el TS entiende que la interpretación realizada en la instancia es correcta ya que se trata de un contrato de *leasing* o arrendamiento financiero y no de una compraventa a plazos.

Leasing. Naturaleza jurídica.—No es suficiente para desvirtuar la calificación de un contrato como de *leasing* o arrendamiento financiero el importe más o menos elevado de la cuota residual para ejercitar la opción de compra ni el pacto consistente en que en caso de incumplimiento de la arrendataria ésta deba pagar a la arrendadora los efectos vencidos o pendientes de vencer, incluso el representativo de la cuota residual. (STS de 15 de junio de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Lico Leasing, S.A.*, interpone demanda de tercería de dominio contra la mercantil *Transportes J.J.R., S.L.* con la cual había celebrado un contrato de *leasing* o arrendamiento financiero cuyo objeto era un vehículo marca Pegaso, tipo tractocamión, y contra la *Tesorería General de la Seguridad Social* solicitando que se declare que el vehículo Pegaso embargado por la *Tesorería General de la Seguridad Social* a la mercantil codemandada es propiedad de la demandante y que se proceda al alzamiento del embargo. La mercantil codemandada no se personó en el proceso declarándose en rebeldía y la *Tesorería General de la Seguridad Social* se opuso a la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia. El TS declaró haber lugar al recurso de casación, casó y anuló la sentencia recurrida y confirmó la dictada en primera instancia. (LL. C. S.)

22. Interpretación de contratos. Función del Juzgador de instancia.—El TS ha establecido de manera reiterada que la interpretación de los contratos es una función propia de los Juzgadores de instancia sin que dicha interpretación pueda ser modificada en casación salvo que sea absurda, ilógica o contraria a la ley. En el presente caso, el TS entiende que la interpretación realizada en la instancia es correcta ya que la transmisión de los locales comerciales al hijo de la demandada consistió en una donación y no en una cesión a título oneroso como pretendía la recurrente.

Donación de bienes inmuebles. Escritura pública: requisito *ad solemnitatem*.—El TS tiene establecido que el otorgamiento de escritura pública es un requisito esencial (*ad solemnitatem*) para la validez del contrato de donación de bienes inmuebles de tal modo que una donación hecha en documento privado carece de validez. (STS de 19 de junio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Antonia T.B. y la mercantil *Espiral Penedés, S.A.*, celebran un contrato de permuta por el que se ceden mutua y respectivamente dos solares edificables y varios locales comerciales. Dichas partes hacen constar en documento privado que la propiedad de los citados locales se transmite a un hijo de doña Antonia T. B., don Gabriel G.T. Tras el fallecimiento de este, doña Isabel O.R. y doña Meritxell G.O., viuda e hija respectivamente, interponen demanda de menor cuantía contra doña Antonia T. B. solicitando que se declare que la transmisión de los locales comerciales a don Gabriel G.T. es una cesión válida y eficaz y que se condene a la demandada a la entrega de los mismos y a la formalización de escritura pública de cesión a favor de las demandantes. La demandada se opone a la demanda y formula reconvencción.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la reconvencción. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirmó íntegramente la sentencia de instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (LL. C. S.)

23. Naturaleza jurídica de la donación. Requisitos formales.—El contrato de donación, aunque regulado en nuestro Código civil como un modo de adquirir la propiedad —art. 609— no cabe la menor duda que ha de tener la

consideración y tratamiento de un contrato y, así, es casi unánime la doctrina moderna en la que predomina la concepción contractualista de la donación, que tiene su actual reflejo legislativo en el actual Código civil alemán. Ahora bien, dentro de esa estimación indiscutible, hay que proclamar que el contrato de donación sobre bienes inmuebles exige unas formalidades muy concretas y *sui generis*, como son su plasmación en escritura pública y la necesidad de la aceptación por parte del donatario. La necesidad de la plasmación de la donación en escritura pública, es un requisito *ad solemnitatem*, o sea, esencial para la eficacia del mismo que exige nuestro Código civil, concretamente en su artículo 633, y con ello se rompe la norma general de nuestro sistema contractual, absolutamente impregnado por un principio espiritualista, para el que la forma escrita se exige únicamente como requisito *ad probationem*. Nunca podrá producir efectos y ni siquiera estimarse como válida una donación sobre bienes inmuebles, si no se ha plasmado la misma y, asimismo, la aceptación del donatario en escritura pública. (STS de 31 de julio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Don G.R.C pretendía declararse usufructuario de un local de negocio en virtud de una donación verbal que había celebrado con su propietario. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestiman la demanda y el TS no da lugar al recurso de casación. (M. B. R. B)

24. Contrato de prestación de servicios de bar-cafetería en una estación ferroviaria en la que RENFE facilita el local. No puede calificarse como arrendamiento de negocio y queda sujeto a la legislación común.—La STS de 31 de marzo de 1993, en un caso idéntico al que nos ocupa en el que también solicitaba RENFE la resolución de un contrato de similar contenido, entendió excluido el mismo del ámbito de aplicación del Decreto 4101/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la LAU, por entender que no se trataba de un arrendamiento de local de negocio. Precisamente de esta última sentencia, reproducida literalmente en este punto, procede la calificación del contrato en litigio que establece la de 24 de enero de 2000: «aun si se reconoce la afinidad existente entre este atípico contrato de prestación de servicios en una “estación de ferrocarril”. y el arrendamiento, nunca podría aceptarse que se reconduzca a un arrendamiento de local de negocio, pues, en cualquier caso, nos hallaríamos ante un arrendamiento complejo excluido de la Ley de Arrendamientos Urbanos por cuanto el arrendatario se obliga a realizar prestaciones que no son propias y específicas de la relación arrendaticia, supuesto éste de exclusión reconocido jurisprudencialmente».

Las razones que llevan a esta exclusión, tomadas de la Audiencia Provincial de Barcelona son que «la esencia y finalidad del contrato litigioso vienen determinadas por la colaboración en el servicio ferroviario prestando servicios a los viajeros —no importa que a la cafetería instalada en la estación de ferrocarril tengan acceso otras personas, pues ello es algo accidental— y a tal fin, se facilita por RENFE el local adecuado (...) sin que exista indicio alguno de que haya tratado de eludirse subrepticamente la sujeción del contrato a la Ley de Arrendamientos Urbanos para obviar derechos irrenunciables de los supuestos arrendaticios, sino que las condiciones generales del contrato son coherentes con la evidente finalidad de aquél, relacionada, en el presente caso con el servicio público propio de la arrendadora en cuanto viene a complementarlo, al estar orientado principalmente, dada su ubicación, a los usuarios

del mismo, consideraciones todas ellas que evidencian que la relación aquí analizada forma parte de un complejo armónico del que no puede desligarse para quedar sometido a la especialidad arrendaticia».

De esta forma, se une la presente sentencia a otras muchas que excluyen la aplicación de la LAU, y en consecuencia del sistema de prórrogas forzosas, a determinados contratos que no encuentran un adecuado acomodo a la finalidad arrendaticia exclusiva propia de la misma Ley. Así, las SSTS, algunas citadas por la que nos ocupa, de 29 de mayo de 1950 y 26 de marzo de 1979 (arrendamiento *ad meliorandum* o *ad aedificandum*), 29 de diciembre de 1986 (arrendamiento complejo de explotación de restaurante, bar, hotel y apartamentos, con cita de las de 3 de abril de 1984 y 10 de junio de 1986), 4 de octubre de 1995 (arrendamiento de local para máquina de hacer retratos con signos, que formaba parte de un parque de atracciones) y 29 de julio de 1996 (arrendamiento de local para pastelería en un centro comercial).

La interpretación y calificación de los contratos. Facultad del juzgador de instancia.—Constituye doctrina consolidada del TS que la interpretación y calificación de los contratos es una facultad que corresponde exclusivamente al juzgador de instancia, no siendo admisible, por regla, su revisión en casación, salvo que haya llevado a un resultado del todo ilógico o irracional. El TS cita en su apoyo, como ya lo había hecho la S de 31 de marzo de 1993, las SS de 19 de enero de 1990 y 16 de octubre de 1992. A éstas pueden añadirse las más recientes de 11 y 19 de junio, 27 de julio, 2, 9 y 25 de octubre, 11 de noviembre y 14 y 18 de diciembre de 1999 y 20 de enero de 2000.

No obstante reconocer esta facultad al juzgador de instancia, al final no podemos llegar a saber cuál ha sido la calificación que ha merecido el contrato litigioso; solamente sabemos que queda excluido del ámbito de aplicación de la LAU, a tenor de las palabras siguientes: «no se trata aquí de diferenciar las categorías de arrendamiento de industria y de local de negocio, sino de que, tanto si se califica el contrato como de prestación de un servicio auxiliar de colaboración con el general ferroviario como si entiende que merece la conceptualización de arrendamiento complejo, se halla excluido de la legislación especial, por lo que no está sujeto a la prórroga forzosa en la misma establecido».

Aplicación preferente de la ley civil común sobre la especial de arrendamientos urbanos.—Afirma la presente sentencia, en lo que parece *un obiter dictum*, que la legislación especial de arrendamientos urbanos es una normativa de carácter excepcional (STS de 21 de abril de 1951) frente a la común representada por el Código civil, por lo que en caso de duda sobre la aplicación de una u otra, debe otorgarse preferencia a esta última en cuanto dictada para la mayoría de los casos en lugar de seguir el criterio de la especialidad (STS de 10 de febrero de 1986).

En nuestra opinión y no obstante el hecho de que corresponde a los tribunales la calificación de los contratos y la determinación de la normativa aplicable a los mismos, no parece que pueda decirse, cualquiera que sea la norma que finalmente resulte aplicable, que las leyes llamadas especiales, como la existente en materia arrendaticia, deban tenerse por normas excepcionales. Las normas especiales acogen los principios de las normas generales; son las normas excepcionales, sean generales o especiales, las que se apartan de estos principios y las que exigen ser interpretadas restrictivamente (art. 4.2.º CC). (STS de 24 de enero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Red Nacional de Ferrocarriles Españoles* (RENFE) interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra don Antonio L.C. y doña Pilar R.L. solicitando se declarase resuelto el contrato de prestación de los servicios de barcafetería de la estación de Mataró y una indemnización de daños y perjuicios. Los demandados, contestada esta demanda, formularon reconvencción solicitando se declarase que el contrato que vinculaba a los litigantes lo era de local de negocio y no de prestación de servicios, quedando sujeto por tanto, a la legislación especial urbana de 1964 y a la prórroga forzosa que establecía su artículo 57. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y declaró la resolución de dicho contrato y la indemnización solicitada por los demandantes; asimismo desestimó la demanda reconvenccional íntegramente.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona revocó esta resolución en lo relativo a la indemnización de daños y perjuicios concedida a la demandante, modificando los criterios a los que debía ajustarse. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo. (A. G. C.)

25. Arrendamientos urbanos. El cambio de denominación social de la arrendataria no es traspaso ilegal de local de negocio.—El cambio en la denominación de una sociedad anónima (*Banco Espirito Santo*, por *Banco Industrial del Mediterráneo, S.A.*) no conlleva la pérdida o alteración de su personalidad jurídica. Por ello, si esta sociedad es arrendataria de un local de negocio, dicho cambio no supone cesión o traspaso arrendaticio alguno que pueda dar lugar, a voluntad del arrendador y sobre la base jurídica de los artículos 32 y 114 del texto refundido de la LAU aprobada por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, a la resolución del contrato.

Esta doctrina encuentra su apoyo, a juicio del Alto Tribunal, en la STS de 29 de diciembre de 1992, en un caso en el que el arrendador condicionó su consentimiento a la subrogación en el arrendamiento del local de negocio de su propiedad a la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad que habría de subrogarse. La inscripción se llevó a cabo, pero el nombre social adoptado presentaba una pequeña modificación en relación al que, según el documento de subrogación, tendría la sociedad. Por ello, el propietario solicitaba se declarase la resolución del arrendamiento, lo que fue declarado tanto en primera como en segunda instancia, pero rechazó el TS por entender que se trataba de la misma sociedad cuyo traspaso había sido consentido, y por tanto, que éste no era ilegal.

Estos supuestos deben distinguirse de aquellos en los que un tercero ajeno a la relación jurídica, arrendatario subrepticio dice el TS, usa y aprovecha el local sin el consentimiento expreso o tácito de la parte arrendadora (SSTS de 30 de enero de 1995, 20 de junio de 1996, 30 de septiembre de 1997, y las que ésta cita, de 7 de enero, 2 de marzo y 13 de noviembre de 1991), lo que da derecho al arrendador a resolver el contrato.

Arrendamientos urbanos. La venta de la totalidad de las acciones de una sociedad a otra tampoco supone traspaso ilegal.—Aunque de forma poco clara a tenor del relato fáctico que hace la presente sentencia, parece que con posterioridad al cambio de denominación social se produce la venta de todas las acciones de la nueva sociedad a otra distinta (*Banco Espirito Santo e*

Comercial de Lisboa), lo que la parte demandante y recurrida en casación interpretaba como un caso de traspaso in consentido conforme a la legislación especial arrendaticia urbana representada por la Ley de 24 de diciembre de 1994. Tal argumentación es rechazada por el TS: «la venta de todas las acciones de una sociedad anónima a otra sociedad de la misma naturaleza (sin que exista fusión entre ellas) no entraña, por sí sola, la pérdida de la personalidad jurídica de aquélla cuyas acciones fueron vendidas, sino que ambas (transmisor y adquirente) conservan sus respectivas personalidades jurídicas, por lo que no puede en modo alguno decirse que la sociedad adquirente se haya introducido en el arrendamiento del local del que era arrendataria la sociedad cuyas acciones han sido vendidas, sino que ésta continúa conservando la condición de arrendataria del referido local, con su propia personalidad jurídica».

Aunque en ningún momento se afirma que se trata de una fusión de sociedades, la Sala declara, a mayor abundamiento, que aunque tal fusión se hubiere producido tampoco esto sería motivo determinante de la resolución del contrato, pues a ello se opone la redacción que en el momento de dictar la sentencia que anotamos presentaba el artículo 31.4 de la mencionada LAU: «No se reputará causado el traspaso en los casos de transformación, fusión o escisión de sociedades o entidades públicas o privadas, pero el arrendador tendrá derecho a elevar la renta como si el traspaso se hubiese producido». Esta redacción procede, como se dice en esta sentencia, del artículo 19 la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades y de la DA 5.ª de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria. (STS de 4 de octubre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Doña Beatriz, doña María Dolores, doña Silvia y doña María del Carmen A.V. interpusieron demanda de juicio de cognición contra las entidades *Banco Industrial del Mediterráneo, S.A.*, y *Banco Espirito Santo e Comercial de Lisboa* solicitando se declarase resuelto el contrato de arrendamiento de un local de negocio, del cual las demandantes eran las propietarias, por traspaso, subarriendo o cesión in consentidos que la primera entidad había hecho a la segunda. Se basaba la demanda en el hecho de que el primer banco había vendido todas sus acciones al segundo, aunque conservaba su personalidad jurídica, lo que a su juicio conllevaba traspaso que no había sido consentido. Contestada la demanda, el Juez de Primera Instancia la desestimó íntegramente.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Albacete estimó el recurso y declaró resuelto el contrato de arrendamiento y haber lugar al desahucio del arrendatario. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró haber lugar al mismo, revocó la sentencia dictada en apelación y confirmó íntegramente la de primera instancia. (A. G. C.)

26. Responsabilidad civil médica. Naturaleza jurídica de la relación médico-paciente.—La relación jurídica de demandante y demandado deriva de contrato de paciente y médico, consistente en un tratamiento dental, intervención quirúrgica con anestesia general y colocación de prótesis; contrato que tiene la naturaleza de contrato de obra, que, como define el artículo 1544 CC

en relación con el 1583 CC, es aquél por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto.

Obligación de actividad u obligación de resultado.—Si bien es cierto que la relación contractual entre médico y paciente deriva normalmente de contrato de prestación de servicios y el médico tiene la obligación de actividad (o de medios) de prestar sus servicios profesionales en orden a la salud del paciente, sin obligarse al resultado de curación que no siempre está dentro de sus posibilidades, hay casos en que se trata de obligación de resultado puesto que el médico se obliga a producir un resultado: son los casos, entre otros, de cirugía estética, vasectomía y odontología; este último supuesto lo recoge la STS de 7 de febrero de 1990, que, tras referirse al contrato habitual de prestación de servicios, añade: «...salvo en el caso de que la relación jurídica concertada sea reveladora de un contrato de ejecución de obra, como sucede en el caso, entre otros, de prótesis dentarias...».

Indemnización.—Se aprecia el incumplimiento de la obligación de resultado que había contraído el médico en el contrato de obra, cuyo incumplimiento imputable al mismo, produce la responsabilidad que consistirá, en el cumplimiento por equivalencia, *id quod interest* que comprende la indemnización de los daños materiales y de los daños morales. (STS de 28 de junio de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Doña M.^a Rosario C.G. acude a la clínica dental del médico odontólogo don Enrique B.C. para someterse a un tratamiento con el fin de obtener el saneamiento o rehabilitación de su boca tras la colocación de una prótesis dental. Después de nueve años de doloroso tratamiento no se consigue el resultado pretendido, lo cual obliga a la paciente a acudir a otros médicos.

La sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado núm. 12 de Barcelona es revocada por la Audiencia Provincial, sección 4.^a de la misma ciudad y contra ella, la actora alza recurso de casación que viene a confirmar la dictada en primera instancia en todos sus pronunciamientos. (M. B. R. B.)

27. Contrato de obra: vicios ruinosos: defecto de construcción: doctrina general.—Acreditada la merma de coeficientes de seguridad en los pilares, indudablemente la estabilidad y firmeza del edificio no resulta completa si los mismos no se refuerzan adecuadamente en sus dimensiones y disposición, por lo que la sentencia recurrida, partiendo de la prueba pericial más conveniente, alcanzó la conclusión de tratarse de defecto constructivo instaurado por la mala ejecución de la obra, toda vez que, al ser defectuosos dichos pilares, resultan vulnerables a las brusquedades eólicas y movimientos sísmicos, frecuentes en la zona donde se halla levantada el edificio, por lo que se trata de estructura endeble e inadecuada que ya de por sí representa un vicio ruinoso con carga potencial suficiente para poder causar efectivos daños materiales, por desplazamiento del centro de gravedad de la construcción y del centro geométrico de la misma.

Concepto moderno de ruina.—La más moderna doctrina de esta Sala sobre el concepto de ruina, en proyección progresiva, entiende que la conforman todos aquellos vicios que impidan, y también dificulten, el disfrute, la normal utilización y habitabilidad, por representar riesgo potencial de llegar a hacer inútil la edificación, incrementándose con el transcurso del tiempo si no se adoptan oportunamente las medidas correctas y efectivas necesarias,

debiendo considerarse que a los compradores de las viviendas también les asiste el derecho de su uso con la tranquilidad que aporta una construcción correcta, no estando obligados a soportar las inquietudes y desasosiegos que proporcionan estados edificativos imperfectos, como el del pleito.

Solidaridad.—En la producción de los daños han convergido diversas causas que pueden ser tanto de concurrencia simultánea o sucesiva, generadoras de una causa total eficiente; no cabe considerar como no eficiente la que, concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última, y las mismas no permiten individualizar las competencias profesionales de los que han sido demandados y objeto de la pronunciada. La sentencia de apelación con todo detalle enumera los plurales vicios o defectos constructivos y no particulariza, por la ausencia de datos probatorios suficientes, la naturaleza de las diversas causas que instauraron los mismos, por lo que no se pudo alcanzar criterios decisivos para imputar con exclusividad determinados resultados dañosos a cada uno de los partícipes responsable de la actuación constructiva llevada a cabo. De este modo la doctrina jurisprudencial consolidada resultó correctamente aplicada, en cuanto tiene dicho que la reponsabilidad solidaria ha de aplicarse cuando se da convergencia de actividades plurales que confluyen en la formación de vicios constructivos constitutivos de ruina, pues todos, desde diversas posiciones, han contribuido, en mayor o menor grado que no se puede precisar, a los defectos funcionales y ruina del edificio.

Responsabilidad del arquitecto técnico.—El arquitecto técnico asume la función de colaborador especializado de la construcción y las actividades de inspeccionar, controlar y ordenar la correcta ejecución de la obra impuestas por la ley, siendo el profesional que debe mantener más contactos directos, asiduos e inmediatos con el proceso constructivo, conservando la necesaria autonomía profesional operativa; por lo que habiéndose establecido como hecho probado, defectuosa vigilancia y control, así como en el empleo de los materiales correctos, su responsabilidad concurrente se impone conforme a SSTS de 15 de octubre de 1991, 11 de julio y 12 de noviembre de 1992, 5 de febrero de 1993 y 2 de diciembre de 1994, alcanzándole cuando se produce no sólo mala ejecución de la obra, sino defectuosa dirección de la obra (STS de 22 de setiembre de 1994), extendiéndose a los mismos la responsabilidad del artículo 1591 CC por razón de obra deficientemente ejecutada, o en forma descuidada (SSTS de 29 de noviembre 1993 y 2 de febrero de 1996).

Plazo de garantía y de prescripción.—La obra se concluyó el 13 de junio de 1983 y la demanda se presentó el 12 de junio de 1993; para que resulte inaplicable el artículo 1591 CC ha de tratarse de vicios posteriores al plazo decenal, operando la prescripción cuando manifestado el vicio ruinógeno dentro del plazo de garantía de los diez años contados desde la terminación de la construcción, y nacida, por tanto, la correspondiente acción para exigir esta responsabilidad *ex lege*, la demanda se interpone dentro del plazo de quince años que establece el artículo 1964 CC (SSTS de 14 de febrero y 15 de julio de 1991, 21 de marzo y 17 de setiembre de 1996, entre otras).

Responsabilidad del arquitecto proyectista y del arquitecto director de la obra.—La Audiencia Provincial absolvió al arquitecto, autor del proyecto básico, al confirmar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, pero tal pronunciamiento no puede extenderse al arquitecto superior encargado de la ejecución y dirección de la obra, en razón a su acreditada mala gestión de la misma, de conformidad al *factum* demostrado, teniendo al respecto decla-

rado la doctrina de esta Sala que su responsabilidad ha de exigírsele cuando se producen vicios en la dirección, al no haber solucionado satisfactoriamente los problemas edificativos y su realización adecuada conforme al proyecto básico, encontrando apoyo la responsabilidad exigida en la especialidad de sus conocimientos, y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en el proceso de la obra, lo que le impone desplegar la diligencia suficiente, acomodada al preciso rigor técnico para lograr el éxito consolidado del proyecto y ejecución que se le encargó (SSTS de 16 de junio de 1991, 27 de junio de 1994, 15 y 25 de mayo de 1995, 10 de octubre y 9 de noviembre de 1996).

Incongruencia: no se da.—Se invoca la incongruencia de la sentencia de la Audiencia Provincial en cuanto a que la condena a hacer que se peticionó en la demanda no lo fue con el alcance de condena solidaria y el fallo no incluyó este concepto jurídico, si bien en el FD 2.º se declara que procede la responsabilidad solidaria de los demandados que resultaron condenados. Ahora bien, lo que efectivamente se suplicó fue la condena de los procesalmente interpelados a reparar el edificio del pleito, y la misma opera como solidaria al no poderse individualizar las concurrentes responsabilidades, conforme a jurisprudencia reiterada; el recurso no puede acogerse, no obstante la omisión en la literalidad del fallo de que se trata de responsabilidad solidaria, la que se impone, pues del escrito de demanda se desprende de forma inequívoca que lo que se suplicó fue la solidaridad responsable de los demandados, y no llevar a cabo ahora condena solidaria supondría una contradicción frontal a los hechos probados, aceptados por esta Sala, cuando el fallo de la sentencia no excluyó expresamente la solidaridad y no contradice radicalmente lo razonado en los fundamentos. (STS de 18 de diciembre de 1999; no ha lugar.) (G. G. C.)

28. Responsabilidad del arquitecto por vicios ruinógenos en la construcción de edificios. Aplicación de los artículos 1214 y 1591 CC.—A los recurrentes les basta acreditar la realidad de los vicios ruinógenos constructivos y el origen de los mismos que no fue otro que las deficiencias de edificación acontecidas en el plazo decenal que señala el artículo 1591 CC, correspondiendo al arquitecto demandado demostrar que en la causación de los daños intervino actuar imputable exclusivamente a los actores o que no procede atribuirle responsabilidad alguna, por ser correcta su actuación profesional, lo que no sucedió, conforme se deja dicho y ello acarrea la infracción del artículo 1214 CC que se denuncia en el motivo segundo, y se acoge, por no haber demostrado quién le correspondía el hecho impeditivo u obstativo esencial, desde el momento en que el arquitecto no aportó prueba suficiente para acreditar haber llevado a cabo también en forma correcta la dirección de la obra, sin perjuicio de su planificación deficiente.

El principio de responsabilidad solidaria en la construcción.—Al no poder individualizarse las responsabilidades de los diversos intervinientes en el proceso constructivo, se impone la condena solidaria de los demandados, y con ello del arquitecto-director, conforme a la reiterada doctrina jurisprudencial que proclama que la solidaridad viene impuesta a constructores y técnicos que hayan contribuido a la producción de los daños, ante la ausencia de conductas y actuaciones concretas atribuibles a identificadas personas. Dicha solidaridad, establecida como impropia, lo es en beneficio de los perjudicados y actúa como medio apto para que los acreditados como implicados y res-

ponsables en deficiente hacer edificativo no puedan eludir sus obligaciones reparadoras. (STS de 25 de junio de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Se plantea demanda contra la entidad *Nova Promotora S.L.*, y el arquitecto de la obra don Juan Bautista A.S. por la apreciación en el edificio de agrietamientos, zonas de humedad en techos y paredes, deterioros en pinturas y escayolas, así como deficiencias en el asentamiento y diferencias en la cimentación. Todo lo cual conforma el concepto de ruina funcional tantas veces reiterado por la doctrina jurisprudencial.

El Juzgado de Primera Instancia de Elda estimó íntegramente la demanda. Interpuesto el recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Valencia revocó la sentencia apelada para absolver al arquitecto y mantener la condena de la entidad promotora. El TS estimó el recurso de casación y confirmó la sentencia de primera instancia. (M. B. R. B.)

29. Contrato de obra. Responsabilidad decenal del promotor por vicios en la construcción constitutivos de ruina.—La jurisprudencia ha llevado a cabo una labor integradora para incluir en la llamada responsabilidad decenal del artículo 1591 CC a la moderna figura del promotor. En esta línea debe situarse la presente sentencia, que sigue en este punto, entre las más recientes, a las SSTS de 26 de junio y 3 de septiembre de 1997, 21 de octubre y 20 de noviembre de 1998 y 21 de junio de 1999 (esta última, para otorgar legitimación activa, además de pasiva, al promotor). Esta responsabilidad de los promotores, bien por culpa *in vigilando*, bien *in eligendo*, no es extracontractual sino que se deriva del artículo 1591 CC por tratarse de un supuesto de ruina (STS de 30 de diciembre de 1998, en el mismo sentido).

Las razones para incluir al promotor en aquel precepto también han sido expuestas, entre otras, por las SSTS de 8 de octubre de 1990, 1 de octubre de 1991, 28 de enero de 1994, 20 de noviembre de 1998 y 1 de octubre de 1999, y reiteradas por la que nos ocupa: «a) que la obra se realiza en beneficio del promotor; b) que se destina al tráfico mediante la venta a terceros; c) que los adquirentes confían en su prestigio profesional; d) que es el promotor quien elige y contrata a los técnicos y al constructor y e) que al adoptar criterio contrario produce desamparo o limita a los futuros compradores, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción».

Responsabilidad solidaria del promotor y arquitecto cuando no pueden individualizarse las respectivas responsabilidades.—También es doctrina consolidada entender a los responsables que participaron en el proceso constructivo como responsables solidarios (SSTS de 29 de mayo, 5 de julio y 3 de septiembre de 1997, 4 de marzo, 2 y 8 de junio, 19 de octubre y 20 de noviembre de 1998 y 6 de marzo de 1999), excepto cuando sea posible delimitar e individualizar con facilidad las concretas responsabilidades de aquéllos (así, SS de 27 de abril de 1995, 3 de octubre de 1996, 22 de marzo de 1997 y 31 de enero de 1998).

La presente sentencia también lo establece así siguiendo casi literalmente a la de 21 de marzo de 1996, del mismo Ponente: «La doctrina jurisprudencial reiterada establece la solidaridad de los intervinientes en el proceso constructivo que con su actuación determinaron la situación de ruina, calificándola como impropia y lo es en beneficio de los perjudicados para cuando no resulta posible individualizar responsabilidades concretas, pero actuando no

en forma siempre automática y definitiva, sino como medio para evitar que los implicados responsables, debidamente acreditados como tales, puedan eludir sus obligaciones, atentando al sentido y literalidad del artículo 1591 CC, que como enseña la S de 21 de marzo de 1991, resulta anticipado y también previsor en la protección de consumidores y usuarios». (STS de 13 de octubre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Surya, S.A.*, propietaria de una nave industrial declarada ruinoso por defectos en la cimentación, interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra el arquitecto y director de la obra, don Rafael R. B., contra la entidad promotora, *Suministros de Arcilla, S.A.*, y contra la constructora, *Construcciones Sivel, S.A.*, solicitando se les condenase a pagarle, en concepto de daños y perjuicios, la cuantía de setenta millones de pesetas más intereses. Contestada la demanda, el Juez de Primera Instancia la estimó parcialmente y condeno al arquitecto a pagar algo más de cincuenta millones de pesetas, absolviendo al resto de los demandados.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó parcialmente el recurso y condenó solidariamente al arquitecto y a la promotora a pagar a la actora más de veintitrés millones. Recurrida en casación la sentencia por la demandante y la promotora, el TS desestimó el recurso de la primera y estimó parcialmente el de la segunda exclusivamente en cuanto al pronunciamiento sobre costas. (A. G. C.)

30. Contrato de obra. Incremento del precio por aumento de la obra: necesidad del consentimiento del propietario.—El artículo 1593 CC establece que, cuando se celebra un contrato de obra por un ajuste alzado que ha de ser ejecutado conforme a un plano previamente convenido con el propietario de la obra, el contratista no puede pedir un incremento del precio aunque se hayan incrementado los gastos derivados de la mano de obra o materiales que deban emplearse. La excepción a esta regla es el caso en el que se produce un aumento de la obra que ha sido consentido por el propietario.

En este sentido, la jurisprudencia ha llevado a cabo un flexible interpretación del precepto en cuanto a la exigencia de este consentimiento del propietario. Se ha admitido en forma verbal, a pesar de que el artículo 1593 *in fine* CC se refiera a «autorización del propietario» (SSTS de 21 de julio de 1993, 28 de marzo de 1996 y 13 de octubre de 1999), de forma tácita (entre otras, SS de 28 de marzo de 1996, 2 de julio y 26 de junio de 1998 y 6 de abril de 1999), reiterando esta doctrina recientemente las de 16 y 20 de marzo y 26 de junio de 1998. Incluso se ha llegado a decir que vale como consentimiento del propietario el haberse realizado las obras sin su oposición o reparos (SS de 2 de diciembre de 1985, 28 de febrero de 1986, y muy especialmente, de 23 de noviembre de 1987). Es más, en la S de 26 de junio de 1998 el actor había realizado, fuera de proyecto, los trabajos de electricidad y fontanería que eran necesarios para dotar de habitabilidad al inmueble y se entendió que ha de apreciarse la concurrencia del consentimiento en quien la aprovecha concurriendo tales circunstancias.

Frente a éstas, hay que citar dos sentencias: la de 7 de mayo y la de 13 de julio de 1997. En la primera se entendió que no concurrió el consentimiento

del propietario porque una cláusula expresa del contrato impedía el aumento de la obra; en la segunda, otra cláusula expresa exigía unos determinados requisitos, que no se cumplieron, para el aumento de la obra, como que fuera por escrito y con proyecto adicional (en idéntico sentido, la de 22 de diciembre de 1977).

Como puede observarse en definitiva, la jurisprudencia se inclina por interpretar de forma flexible el artículo 1593 CC a efectos de considerar el asentimiento del propietario al aumento de la obra, rechazándose solamente cuando de forma expresa se hubiere pactado su exclusión o se sometiere a determinadas condiciones que no se hayan observado. A pesar de ello, la sentencia que anotamos, confirmando la apreciación de la Audiencia Provincial, parece abrir una vía intermedia, restrictiva en cuanto a la apreciación de este consentimiento, puesto que el incremento de la obra parece que, aunque no consentido por la comunidad propietaria, sí lo fue por la dirección técnica de la misma, el arquitecto que ésta había nombrado y que actuaba como delegado suyo, lo que en el caso resuelto por la STS de 20 de marzo de 1998 sí se tuvo en cuenta a estos efectos. En cualquier caso, entiende el Tribunal que esta es una cuestión de hecho que fue apreciada por el Juzgado de Instancia y debe mantenerse, por tanto, en casación.

No cabe apreciar enriquecimiento sin causa.—No prospera la alegación de enriquecimiento injustificado o sin causa del recurrente, y ello a pesar de que, según se dice en el relato de hechos, el incremento del precio de la obra por aumento de la misma lo fue en un cincuenta y cuatro por ciento cuando apenas había transcurrido un mes desde su inicio. Sobre esta cuestión es claro el TS cuando afirma: «la causa deja de ser injusta y se torna en justa y suficiente cuando existe una clara disposición legal y cuando existe, como en este caso, resoluciones judiciales, que definen los derechos litigiosos».

Probablemente no era esta la vía más adecuada, dada la excepcionalidad que cabe predicar de su aplicación, para que el contratista pudiera obtener alguna indemnización por el exceso o aumento de la obra declarado como no consentido por el propietario. Quizá quepa en estos casos la aplicación de las normas Código civil en materia de liquidación del estado posesorio, y más concretamente, en cuanto a las mejoras, bien útiles, bien necesarias; en concreto, del artículo 453 CC.

Cuantía exigible a efectos de interposición del recurso de casación.—En los dos recursos de casación que dan lugar a la presente sentencia se plantea la cuestión de si lo reclamado en la demanda excedía los seis millones de pesetas que exige el artículo 1687.1.º c) LEC, en la redacción dada al mismo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma procesal, a efectos de la interposición del recurso de casación. En el primero de los recursos (interpuesto por don José Antonio D. U.) quedó claro que la cuantía excedió de los ocho millones, aunque la parte demandada y recurrida en casación sostenía lo contrario sobre la base de una presunta oferta que había sido dirigida a la demandante para llegar a un acuerdo amistoso, que finalmente no prosperó. En el segundo de los recursos (interpuesto por don Rafael N. R.) se acogió la postura de la parte recurrida porque la cuantía litigiosa superaba los seis millones como consecuencia de la acumulación de autos, pero la cuantía reclamada por el recurrente, que consistía en sus honorarios profesionales, no superaba el millón de pesetas y además ya le había sido abonada en parte. En esta línea se cita la STS de 29 de julio de 1993: «cuando se trata de actuaciones acumuladas, pero inde-

pendientes, cuando se admite la acumulación para no alterar la continencia de la causa y no alcanza la cuantía exigida por el artículo 1687.1.º c), (...), procede la desestimación del motivo». (STS de 18 de enero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Rafael N. R. interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra la Comunidad de Propietarios de la calle Subida al Castillo, núm. X, de San Sebastián, y solidariamente contra doña María del Carmen P.B. Posteriormente se acordó la acumulación de estos autos a los que se venían tramitándose como consecuencia de las demandas, también sobre reclamación de cantidad, interpuestas por don José Antonio y don Ignacio D.U. contra dicha Comunidad y contra don Rafael N.R., respectivamente. Contestadas las demandas, el Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando en parte la interpuesta por don Rafael contra la Comunidad de Propietarios, resultando absuelta de la misma doña María del Carmen P.B. En cuanto a las otras demandas, se estimó también parcialmente la interpuesta contra la Comunidad, condenando a los copropietarios al pago de la cantidad fijada en proporción a las respectivas cuotas de participación en los gastos comunes, con responsabilidad solidaria de la comunidad, y se desestimó la demanda interpuesta contra don Rafael N.R.

Apelada la sentencia por don Rafael N.R. y don José Antonio D.U., la Audiencia Provincial de San Sebastián desestimó los recursos y confirmó íntegramente la resolución de primera instancia. Interpuestos sendos recursos de casación, el TS declaró no haber lugar a los mismos. (A. G. C.)

31. Concepto y contenido del contrato de mandato.—El artículo 1709 CC define el contrato de mandato, entendiéndolo por tal un contrato mediante el cual «se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra». Doctrina y jurisprudencia subrayan que ninguna de las características que definen el mandato en el texto codificado son esenciales al mismo, por lo que las partes pueden adaptar y configurar el mandato a sus particulares necesidades. Teniendo en cuenta este premisa aclaratoria la jurisprudencia, cuando ha analizado el concepto de mandato, ha hecho algo más importante que poner al día el texto codificado, pues ha cambiado radicalmente la estructura de la institución, sin llegar a elaborar una teoría general de la misma. De hecho, el análisis de la misma se hace desde la perspectiva que ofrecen cuatro presupuestos que concurren en todo mandato: la voluntad del mandante o del comitente, el poder, el negocio concertado por el mandatario o comisionista y, finalmente la imputación de efectos al mandante o comisionista. En primer lugar analizaremos el contenido del poder, pues la particularidad de la sentencia anotada deriva de la relación del mismo con los otros tres presupuestos.

El poder es un acto expreso y formal del mandato que incorpora unas garantías de origen (quién es el mandante), de contenido (cuál es la voluntad), y de identificación del mandatario. Es llamativo que la jurisprudencia española no se ha dejado tentar por las modas de los debates doctrinales sobre la naturaleza y alcance del poder. Por el contrario, reitera que el mandato y el poder están basados en la voluntad, que es esencialmente revoca-

ble. No admite la abstracción, la independencia formal entre poder y mandato, y las teorías extremas sobre la representación. En definitiva, la jurisprudencia ha sabido salvaguardar la noción básica de mandato como voluntad y no como poder; el poder por sí mismo no se puede caracterizar como negocio sino como instrumento formal de ejecución de un mandato, y de garantía frente a terceros.

Extralimitación del apoderamiento.—La jurisprudencia se plantea reiteradamente el valor del contrato otorgado por el mandatario sin poder o extralimitándose el poder, es decir, cuál es el destino de un acto jurídico realizado por el mandatario que excede de la voluntad del mandante y cuál la vinculación y responsabilidad del mandante y mandatario en relación al tercero con quien se ha celebrado el acto que extralimita el poder otorgado. En relación con el primer interrogante no es fácil determinar cuándo la extralimitación produce la nulidad del acto por falta de poder, o se considera como una mera irregularidad interna entre mandante y mandatario, sin limitar la eficacia del acto realizado con un tercero. Generalmente, la jurisprudencia no admite la validez del mismo cuando la desviación es sustancial. Esta es la opción que sigue la sentencia anotada al analizar la extralimitación, no atendiendo a la literalidad del poder, sino a la intención y voluntad del otorgante «las facultades concedidas a los mandatarios para realizar negocios jurídicos por cuenta de la mandante tiene su origen en la conforme declaración de voluntad que proviene del mismo, a la que deben de acomodarse y ajustarse, lo que no autoriza al mandatario a realizar negocios con terceros que no eran los previstos, ni queridos y, por tanto, autorizados por quién concedió el poder. El exceso del mandato repercute en las relaciones creadas por consecuencia del ejercicio abusivo, en el sentido de que el mandante puede considerarse ajeno a los mismos, los que carecen de validez y eficacia frente al principal, por no conformarse con su voluntad (STS de 27 de enero de 2000)». También declararon la nulidad del acto otorgado con poder insuficiente las SSTS de 27 de octubre de 1958, 23 de febrero de 1963, 15 de enero de 1989, 25 de junio de 1990 así como la de 24 de febrero de 1995. En otras ocasiones la jurisprudencia declara que el contrato realizado con extralimitación de poder no es ni inexistente, ni nulo. En estos casos la extralimitación se estudia en relación con una interpretación amplia del poder otorgado; a falta de delimitación exacta de su contenido, el acto es imputable al *dominus negotii*. En este sentido se pronuncian las SSTS de 29 de enero de 1945, 17 de mayo de 1968, 5 de febrero de 1969 y 12 de diciembre de 1989.

Responsabilidad del mandatario.—La extralimitación es sustancial cuando se traiciona mediante ella el fin esencial del contrato de mandato, bien por error, bien conscientemente. Pero esta extralimitación lleva implícito un problema como es la protección de los terceros con los que el mandatario ha celebrado el negocio. De la interpretación conjunta de los artículos 1101, 1718, 1725, 1726 y 1727 todos del CC deducimos la solución al mismo y así lo expresa la sentencia anotada al establecer que estos terceros «no resultan totalmente desamparados por la actuación del mandatario que sobrepasa lo encargado, pues si bien en estos casos el mandante no queda vinculado, salvo que otorgue su aprobación, es entonces cuando se produce la responsabilidad del mandatario, en forma personal y directa, conforme al artículo 1725 y con el alcance que establece el artículo 1726, ya que su actuación resulta desprovista de los poderes necesarios y suficientes». Esta fue la solución por la que

optó el TS en ss. como la de 23 de marzo de 1949, 8 de febrero de 1968 o 12 de marzo de 1993. (STS de 27 de enero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Interpuesto recurso de casación por el mandatario, demandado originario, argumentando la inexistencia de extralimitación en sus actuaciones en base al poder otorgado por el mandante, el TS desestima el recurso y confirma la sentencia de apelación que repetía la de primera instancia cuyo contenido consistía en la declaración de nulidad de los negocios jurídicos por excederse el mandatario del mandato recibido.

NOTA.—La declaración de nulidad de los negocios realizados sin poder o extralimitando el mismo, así como la responsabilidad que de esta actuación deriva hacia el mandatario es consecuencia del principio general de responsabilidad por la apariencia creada y por la confianza generada en los terceros que exige un deber de positivo del mandante de destruir y denunciar aquella apariencia jurídica que, inicialmente, le puede ser imputable. (M. F. N. C.)

32. Mandato verbal expreso: requisitos para su existencia. Actuación *nomine proprio* del mandatario.—«Para que un contrato pueda ser válidamente concluido en nombre de otro, el mandato ha de ser expreso, aunque no sea por escrito, o ha de resultar de actos inequívocos o concluyentes (STS de 21 de julio de 1994)»; alejándose con ello nuestro código en sede de mandato del código Napoleónico que deroga expresamente el llamado mandato tácito.

En la sentencia anotada la relación comercial existente entre demandante y demandado se identifica con el contrato de mandato que define el artículo 1709 CC, es decir, «como efectiva cooperación que tiene por objeto cumplir el encargo recibido para llevar a cabo cualquier acto, servicio o realización del alguna cosa (STS de 18 de enero de 2000)». El encargo se transmite de modo verbal expreso y para un cometido concreto, cual es la compra de la finca objeto del pleito, entregando el mandante cierta cantidad dineraria para el pago de lo adquirido. La voluntad concorde del mandatario exigida por el artículo 1710 CC se produce tácitamente.

El problema se suscita por la actuación *nomine proprio* del mandatario ante la dificultad de determinar cuándo se actúa como mandatario en nombre de otro y con efectos para otro, y cuando se actúa en nombre propio y con efectos para sí mismo. Este problema generalmente se presenta entre nuestra jurisprudencia ante una actividad que ha producido importantes plusvalías y que el mandatario pretende alegar que se efectuó en su nombre. De hecho, no se pretende la nulidad ni la ineficacia del acto, sino la imputabilidad del mismo a este sujeto con efectos generales (SSTS de 27 de marzo de 1967, 6 de mayo de 1972, 26 de noviembre de 1974, 30 de marzo de 1990).

De los hechos de la sentencia anotada queda totalmente esclarecido que en el mandatario concurre actuación en nombre propio y en nombre del mandante. El recurrente compra la finca objeto del pleito como mandatario del actor respecto a la porción indivisa que este reclama (6/16 partes), no respecto a la totalidad, ya que por el resto (10/16 partes) actúa en nombre propio.

Prescripción adquisitiva.—La prescripción adquisitiva conduce a la adquisición de la propiedad por la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida durante el tiempo establecido por la ley, diez o vein-

te años si además concurre justo título y buena fe o por un período de treinta años cuando estos últimos están ausentes.

El justo título que se requiere para la prescripción adquisitiva ordinaria ha de ser un título que legalmente baste para transmitir la propiedad (art. 1952 CC), pero que no la ha transmitido ante la falta de poder de disposición del tradente. Sin embargo, es capaz de generar una posesión en concepto de dueño apta para usucapir. Por lo tanto, el título de la usucapión es un acto de adquisición posesoria con el que normalmente debía coincidir una adquisición del derecho. En virtud de la compra efectuada por el recurrente adquirió para sí y para su hermano, por lo tanto, su posesión respecto a las 6/16 partes de la finca correspondientes al mandante no es en concepto de dueño único sino como coposesión en nombre de otro hasta que la división se efectuase. Además, en ningún caso concurriría la buena fe exigida por el artículo 1950 CC y completada por el 433 CC al ser consciente el mandatario de que esa porción de finca corresponde a su hermano. (STS de 18 de enero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El TS confirma el pronunciamiento de la sentencia de apelación que a su vez se hace eco del que fue pronunciado por el Juzgado de Primera Instancia reconociendo que el actor es propietario proindiviso de seis dieciseisavas partes de la mitad indivisa de siete fincas compradas en su nombre en virtud de un mandato verbal expreso por el recurrente mandatario que lo aceptó tácitamente. (*M. F. N. C.*)

33. Culpa extracontractual: muerte por disparo de arma asignada a policía nacional: responsabilidad del Estado: competencia de la jurisdicción civil: derecho transitorio.—La competencia de la jurisdicción civil en este caso viene determinada tanto por la naturaleza meramente civil de la acción, como por lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la derogada LRJAE de 1957, vigente en la fecha del suceso originador de este pleito. Corresponde recordar la presencia de dudas en la práctica forense sobre la concreción del orden jurisdiccional correspondiente para sustanciar las reclamaciones indemnizatorias contra la Administración, propiciadas, muchas veces, por los propios Tribunales, con la argumentación de que no existe una clara delimitación competencial en este espacio, pues, frente a la generalidad del artículo 3 b) de la Ley de 1956, se encuentra el alcance de la responsabilidad extracontractual contenida en el artículo 1902 CC, relativa a que el conocimiento del orden civil, en materia de daños producidos por una Administración Pública, procede cuando ésta no ha ejercitado potestades soberanas, y la del orden contencioso-administrativo en caso contrario. La normativa actualmente aplicable, aparte de las disposiciones aprobadas por las respectivas CCAA se encuentra en los artículos 106.2 y 149. ap. 1, regla 18.ª, CE, en el artículo 2, letra e) de la Ley de 13 de julio de 1998, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y en los 139 ss. de la Ley de 26 de noviembre de 1992, desarrollado por RD de 26 de marzo de 1993. Se evidencia un cambio del panorama competencial, con la tendencia en la nueva legislación, de conformidad con el espíritu imperante en las pautas administrativas recién dictadas, y en el artículo 215 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de concentrar las reclamaciones contra la Administración en la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, por razones de seguridad jurídica, conviene respetar los criterios competenciales precedentes para los asuntos iniciados antes del cambio legislativo aludido, pues su quiebra perjudicaría el

principio de la tutela jurídica efectiva y produciría indefensión, con clara vulneración del artículo 24.1 CE.

Responsabilidad del Estado por muerte ocurrida por disparo de arma perteneciente a miembros de la seguridad del estado.—La acción culposa con el resultado lesivo objeto de este debate, de la que fue responsable un funcionario público, se encuentra dentro de las previsiones del artículo 1902 CC, alcanzando al Estado las consecuencias de esa conducta por aplicación de los artículos 40 y 41 LRJAE, así como de la Ley de 4 de diciembre de 1978, que impone la obligación de vigilancia y seguridad a los cuerpos y miembros de Seguridad del Estado, de considerarse y estar siempre de servicio permanente, aunque se hallen libres o francos de servicio ordinario; como asimismo le cabe al Estado por aplicación del artículo 1903 CC. (STS de 31 de diciembre de 1999; no ha lugar.) (G. G. C.)

34. Yuxtaposición de responsabilidad contractual y extracontractual: admisibilidad.—La yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual, respecto a un mismo hecho dañoso es perfectamente posible en nuestro Derecho (SSTS de 26 de diciembre de 1997, de 18 de mayo y 5 de julio de 1999, entre otras). Su fundamento radica en que el hecho dañoso supone una violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, se infringe el deber general de no dañar a otro.

La jurisdicción civil es la competente para conocer de las cuestiones relativas a las reclamaciones sobre responsabilidad extracontractual.—En los supuestos de coexistencia de responsabilidades, contractual o extracontractual, el perjudicado podrá optar entre ejercitar la acción aquiliana o la acción de responsabilidad contractual. Puede darse la circunstancia de que el conocimiento de estas acciones estén atribuidas a diferentes órdenes jurisdiccionales. En estos casos, y con independencia de cual sea el orden jurisdiccional a quien corresponda la competencia para conocer de las reclamaciones nacidas dentro del ámbito contractual, el conocimiento de las cuestiones relativas al ejercicio de la acción aquiliana es competencia de la jurisdicción civil (SSTS de 15 de febrero de 1994, 26 de diciembre de 1997 y, 23 de julio de 1998). (Auto TS de 11 de enero de 2000; inadmisión del recurso de casación.)

HECHOS.—El actor reclama indemnización de daños y perjuicios que le han sido producidos por la falta de efectividad de un contrato de trabajo. El recurso de casación se articula en un único motivo: exceso de jurisdicción por razón de la materia al entender que el litigio era competencia de la jurisdicción laboral. El TS dicta auto de inadmisión del recurso de casación. (C. O. M.)

35. Accidente de trabajo con resultado de muerte de un operario de la mimería del carbón. Jurisdicción civil.—Lo acontecido fue la plasmación de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede de la órbita específica del contrato de trabajo, y permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil por su carácter residual y extensivo, máxime cuando en la demanda se hace alusión a que la acción ejercitada es la personal de resarcimiento de daños y perjuicios con cobertura en los artículos 1902 y 1903 CC (SSTS de 21 de marzo de 1997 y 13 de octubre de 1998).

Indemnización de daños y perjuicios: factores determinantes del cálculo resarcitorio.—Se ha de aceptar en el caso la indemnización reclamada, toda vez que se han ponderado el salario medio que percibía el trabajador fallecido, las pensiones de viudedad y orfandad reconocidas a los actores, el perjuicio económico real habido por la fatal secuela del fallecimiento del esposo y padre de los demandantes y la particularidad de la *pecunia doloris*, con la incidencia, además, de la circunstancia de que la víctima dejara viuda y huérfanos menores de edad en el tiempo del suceso, y del agravamiento de la evolución del tratamiento médico-psicológico de la esposa.

Requisitos de la responsabilidad extracontractual.—Uno, subjetivo, consistente en la existencia de una acción u omisión generadora de una conducta imprudente o negligente atribuible a la persona o entidad contra la que la acción se dirige; otro, objetivo, relativo a la realidad de un daño o lesión; y, por último, la relación causal entre el daño y la falta.

Ausencia de medidas eficaces para la evitación del daño en la actividad preventiva: la diligencia reglamentaria no es suficiente.—Las tareas laborales en las minas de carbón ofrecen clara y singular peligrosidad, de manera que la actividad preventiva ha de manifestarse con mayor sensibilidad que en otros campos del trabajo, mediante la rigurosa adopción no sólo de las previsiones reglamentarias, sino de otras *ad hoc*, y, según la *lex artis*, en verdad, técnicamente imaginativas para evitar y reducir los efectos de los desfavorables acontecimientos que pueden producirse. La falta de tal diligencia preventiva en el supuesto de autos, provoca la declaración de culpabilidad civil de la empresa, debido a que, según reiterada doctrina jurisprudencial no resulta suficiente la diligencia reglamentaria, si la realidad fáctica evidencia que las garantías adoptadas para evitar los daños previsibles han resultado ineficaces.

Diligencia exigible en el artículo 1902 CC.—Si bien el artículo 1902 CC descansa en un principio básico culpabilista, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para evitar el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación, dentro de prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirla en fundamento único de la obligación a resarcir (SSTS de 31 de enero de 1982 y 1 de octubre de 1985, entre otras).

Proceder conforme a las disposiciones legales no implica inexistencia de culpa.—No siendo suficiente para la inexistencia de culpa acreditar que se procedió con sujeción a las disposiciones legales que, al no haber ofrecido resultado positivo, revelan su insuficiencia y la falta de algo por prevenir, estando por tanto incompleta la diligencia (SSTS de 12 de febrero de 1981 y 3 de diciembre de 1983, entre otras). (STS de 13 de julio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Los dos hijos y la esposa de un picador en la minería del carbón, que muere por una explosión de grisú, demandaron a la empresa minera, en la que el fallecido prestaba sus servicios cuando se produjo el accidente, para que les indemnizara conjuntamente con catorce millones de pesetas la muerte de su padre y esposo. El Juzgado estimó parcialmente la demanda. La Audiencia revocó la sentencia de instancia al declarar de oficio la incompetencia

del orden jurisdiccional civil para conocer del asunto. El TS da lugar a la casación planteada por la parte demandante. (I. D.-L.)

36. Responsabilidad civil extracontractual de entidad pública.—El artículo 41 LRJAE, de 26 de julio de 1957, vigente al tiempo de ocurrir los hechos impone la responsabilidad del Estado o, en su caso, como el presente, de la Comunidad Autónoma cuando actúa en relaciones de Derecho privado. Además, en el presente caso no se ha aplicado el artículo 1903 CC sino el artículo 1902 CC por considerar que la conducta omisiva de la Comunidad Autónoma ha causado el daño consistente en el incendio de la máquina del demandante.

Cuantía de la indemnización.—Es reiterada la doctrina jurisprudencial que afirma que el *quantum* indemnizatorio no es revisable en casación; se trata de una función atribuida a la Sala de instancia, salvo que, se hayan combatido las bases o presupuestos de dicha cuantificación, cuestión que no se plantea en el presente caso. La solidaridad pasiva en el caso de la indemnización que deben satisfacer las demandadas tiene su fundamento en la imposibilidad de determinar su grado de causalidad en la producción del resultado dañoso. (STS de 21 de junio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—El 23 de junio de 1987 se encontraba el señor J.C.R. utilizando su máquina cosechadora en el campo cuando, al entrar ésta en contacto con el cable de conducción eléctrica, que no se encontraba en las condiciones de seguridad adecuadas, se incendió.

La Audiencia Provincial de Madrid resolvió el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia condenando solidariamente a *Iberdrola, S.A.*, y a la Comunidad Autónoma de Madrid al pago de 2.500.000 pesetas. Ambas demandadas interponen sendos recursos de casación contra dicha sentencia pero el TS declara no haber lugar al recurso. (M. B. R. B.)

37. Lesiones de espectador en partido de fútbol-sala: por explosión de petardos: responsabilidad del Patronato Municipal de Deportes.—El Patronato Deportivo Municipal de T. fue constituido al amparo del artículo 85.3 de la Ley de 1985 reguladora de las Bases del Régimen Local, previsor de una de las formas de gestión directa de los servicios públicos municipales, adoptando la forma de un organismo autónomo municipal, con personalidad jurídica propia, si bien con dependencia y subordinación funcionales al Ayuntamiento; el artículo 68 de la Ley del Deporte de 1990 atribuye a los organizadores y propietarios de las instalaciones deportivas la obligación de garantizar las medidas de seguridad en sus recintos deportivos de acuerdo con lo legal y reglamentariamente establecido, y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por incumplimiento de tales prescripciones; en el presente caso, el Patronato, cuando cedía sus instalaciones municipales al Club de fútbol-sala T., se limitaba a enviar al lugar un par de empleados que aseguraban sólo la apertura, cierre y control de mantenimiento, pero que no se hacían cargo del deber de vigilancia y seguridad; se declara probado que en el interior del recinto deportivo se expendían bebidas alcohólicas, y que ese día, y para tal espectáculo, no se avisó a la Delegación del Gobierno por parte del Club. En conclusión, puede considerarse una actuación paradigmática de negligencia, por parte de un ente municipal, el permitir la celebración en su recinto, sin presencia de la fuerza pública que garantice el orden y la seguri-

dad en dicho lugar, de tales competiciones deportivas, patentizándose así su negligencia, desinterés y descuido.

Alcance de la responsabilidad.—No puede pretenderse que el artículo 68 de la Ley del Deporte se refiera sólo a la seguridad de las instalaciones, con lamentable olvido de que en la escala axiológica que marca nuestro ordenamiento jurídico, desde la norma fundamental al resto de las disposiciones, las personas son más importantes que las cosas; ni que la vigilancia de los asistentes a los espectáculos deportivos de propiedad municipal sólo incumbe a las fuerzas de seguridad del estado; entre las medidas de cautela y custodia figura la de no permitir espectáculo sin tal presencia para evitar que un espectador sufra lesiones y secuelas permanentes como en el caso.

Exoneración de la Liga Nacional de fútbol-sala.—Según el artículo 25 del Real Decreto de 20 de diciembre de 1991, sobre Federaciones Deportivas Españolas, no incumbe a éstas organizar «espectáculos deportivos» sino «competiciones», debiendo encargarse del orden de los partidos, señalamiento de fechas, arbitrajes y demás de su incumbencia, pero no se extiende a la concreta actividad deportiva en cuanto espectáculo, ni a los terceros, que incumbe exclusivamente a los Clubes respectivos y a los propietarios de los recintos; es decir, no le compete la vigilancia de un concreto evento deportivo, sino la organización de una liga nacional.

Exoneración del Ayuntamiento.—Cierto que el Patronato Municipal de Deportes presenta una subordinación y dependencia funcional respecto del Ayuntamiento, pero ostenta personalidad propia y cometidos determinados, incumbiéndole la gestión, promoción, administración y regulación de las instalaciones deportivas del municipio; la propiedad de tales recintos por parte del Ayuntamiento no es la propiedad de un bien cualquiera, sino una titularidad de bienes de uso público y con finalidad pública, y para la administración, gestión, explotación y ejercicio de las facultades municipales en bienes de esta clase, tales bienes se atribuyen a un ente público, con independencia del Ayuntamiento, a saber, el Patronato Deportivo Municipal de T.; las obligaciones de seguridad y vigilancia de los recintos no pueden imputarse al Ayuntamiento, pues no es la mera titularidad de bienes de uso y servicios público la generante de responsabilidades, cuando existe un ente público municipal *ad hoc*, con personalidad pública, diferente del Ayuntamiento, a quien incumben las obligaciones del propietario en esta clase de recintos. (STS de 22 de diciembre de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Con ocasión de un partido de fútbol-sala un espectador sufrió lesiones, con secuelas, en un oído, por explosión de una traca o petardo, y reclama una indemnización de 19.800.000 pesetas al Ayuntamiento, al Patronato Municipal de Deportes, al Club organizador de la competición y a la Liga Nacional de fútbol-sala. El Juzgado de Primera Instancia absuelve al Ayuntamiento y a la Liga Nacional de fútbol-sala, condenando al Patronato y al Club organizador, al abono solidario de una indemnización de poco más de dos millones de pesetas. La Audiencia Provincial elevó la indemnización a casi cinco millones pesetas. Recurren en casación, tanto el Patronato como el espectador lesionado, desestimándose ambos recursos con base en la doctrina extractada. Los hechos ocurren en mayo de 1991. (G. G. C.)

38. Responsabilidad extracontractual por ocultar la paternidad de un menor. Inaplicabilidad del artículo 1902 CC.—Ciertamente, los supuestos que comportan la aplicación del artículo 1902 del texto legal sustantivo, vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la señora C., ya que fue a comienzos del año 1990 cuando ésta tuvo conocimiento de que la paternidad de su hijo Jorge Ignacio no correspondía, realmente, a su marido. Por tanto, es imposible calificar de dolosa la actuación y conducta de la señora C. en torno a ocultar al señor R. la identidad del padre del menor nacido dentro del matrimonio. (STS de 22 de julio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Gustavo R.S y doña M.^a Concepción C.S contraen matrimonio en 1956 del cual nacen siete hijos. Después de trece años de convivencia, los cónyuges acuerdan su separación y, posteriormente, consiguen la nulidad de su matrimonio otorgada por el Tribunal eclesiástico de Rabat. En 1990, uno de sus hijos, don Jorge Ignacio R.C. se somete a una prueba para investigar su paternidad y el resultado de la misma excluye a don Gustavo R.S. y señala a don Jesús I. de M. como su verdadero padre. Posteriormente, don Jorge Ignacio presenta demanda para impugnar la paternidad de don Gustavo, el cual, decide, a su vez, interponer demanda contra doña M.^a Concepción para reclamarle los alimentos abonados a don Jorge Ignacio y el daño moral causado por la actitud dolosa de la demandada.

Tanto en primera instancia como en apelación se desestima la demanda y doña M.^a Concepción es absuelta de todas las pretensiones deducidas contra ella. El TS desestima el recurso de casación. (M. B. R. B.)

39. Accidente ferroviario. Muerte de una persona al ser alcanzado por el tren cuando andaba. En los casos de muerte por un acto ilícito, el destinatario directo de la indemnización junto a la vía. Responsabilidad civil. Personas legitimadas para entablar la acción en caso de muerte de la víctima: los perjudicados.—Era la propia víctima y por sucesión sus herederos (SSTS de 30 de diciembre de 1932, 27 de noviembre de 1954 y 24 de febrero de 1968). Esta tesis está hoy superada por el propio TS, que ha rectificado su anterior postura, al afirmar categóricamente que, en estos casos, los destinatarios inmediatos y directos son los perjudicados, que reciben la indemnización por derecho propio y no por vía hereditaria, cualidad que puede o no coincidir con la de heredero, pero que en cualquier caso es distinta y con efectos jurídicos muy diferentes, debiendo entenderse por perjudicado aquella persona ligada a la víctima por vínculos próximos de familia, afecto, relaciones de convivencia real, dependencia económica y otras situaciones de recíproca asistencia y amparo que determinen real y efectivamente perjuicios derivados directamente de la muerte producida por el hecho delictivo (SSTS de 24 de noviembre de 1970, 10 de febrero de 1972, 25 de marzo de 1983 y 23 de marzo de 1985). En todo caso se impone en estos supuestos considerar en los reclamantes una doble cualidad, como perjudicados *iure* propio y como herederos de la víctima (STS, de 1 de julio de 1981).

Diligencia exigible en los supuestos de accidentes ferroviarios.—Para que la conducta del agente pueda ser calificada de diligente y exenta, por tanto, de toda connotación de antijuricidad, no basta con que se hayan adoptado las exigencias que reglamentariamente vengan impuestas, sino que ha de atemperarse a las medidas de prudencia y precaución que vengan impuestas por las circunstancias (de personas, tiempo y lugar) concurrentes en cada caso concreto para evitar la producción del resultado dañoso. En el caso, a la producción del evento dañoso contribuyó decisivamente la conducta de la dirección de RENFE al no haber adoptado las medidas procedentes para evitar el acceso indiscriminado de personas a la vía a su paso por la localidad de Salou, como hubiera sido la colocación de vallas que impidieran ese acceso, así como la instalación de pasos subterráneos o elevados para el cruce de las vías.

Daño moral por pérdida de un hijo: cuantificación.—Se fijó una indemnización de dos millones de pesetas como compensación del daño moral sufrido por la pérdida de su hijo. (STS de 4 de noviembre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El 1 de julio de 1992 don Francisco S.R., soltero y de veinticinco años de edad, falleció a consecuencia de haber sido golpeado por una de las unidades de un tren cuyo recorrido era Málaga-Barcelona. El accidente tuvo lugar a la altura del paso a nivel de la calle Barcelona de la localidad de Salou. El fallecido se encontraba andando paralelo a la vía del tren en el momento de ser alcanzado por el mismo. En el lugar en que ocurrieron los hechos existe la posibilidad de acceso a la vía de cualquier persona, ya que la misma no tiene protección alguna, solamente el paso a nivel de la citada calle, que se cierra automáticamente al paso de los convoyes.

La víctima vivía con su padre el cual demandó, en nombre de la herencia yacente de su hijo, a RENFE en solicitud de una indemnización de veinte millones de pesetas. Tanto el Juzgado como la Audiencia desestimaron la demanda al apreciar falta de acción a favor de la invocada herencia yacente. El TS da lugar al recurso de casación y condena a RENFE a indemnizar al actor con dos millones de pesetas como compensación del daño moral sufrido por la pérdida de su hijo. (I. D.—L.)

40. **Culpa extracontractual: responsabilidad de RENFE: viajero accidentado al arrancar súbitamente el tren; negligencia de los empleados.**—Se considera probado que el tren fue arrancado sin cerciorarse por los encargados del mismo de que no habían terminado de subir los pasajeros que se proponían hacerlo; conducta de los empleados de RENFE que encaja plenamente en el concepto de acción u omisión causante de daño, con intervención de culpa o negligencia que contempla el artículo 1902 CC.

Consorcio de Compensación de Seguros: inaplicabilidad del artículo 24 CE.—En la narración de hechos probados se deduce la existencia de una actuación culposa de los encargados del tren, lo que impide aplicar la presunción de inocencia del artículo 24 CE. (STS de 14 de diciembre de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—En primera instancia se desestima la reclamación del viajero, pero en apelación se estima parcialmente el suplico de la demanda reduciendo los dieciséis millones solicitados a dos millones y medio aproximadamente; es curioso que se rechazan los

argumentos de los demandados, basados en la culpa exclusiva de la víctima, omitiendo toda referencia a culpa compartida por ésta, aunque *de hecho* viene a darse el mismo resultado; habiendo amputación del pie izquierdo, incapacidad para el trabajo y *reducción de la personalidad en un 20 por ciento* no parece que esa cuantía indemnizatoria estimada sirva para reparar razonablemente los daños causados hace ya una decena de años. Un criterio más *realista* en cuanto a la cuantía de los daños se mantiene en sentencia dictada al día siguiente por la misma Sala e idéntico Ponente. (G. G. C.)

41. Culpa extracontractual: accidente de trabajo en empresa al servicio de RENFE: negligencia al no cortar fluido en reparaciones: sentencia penal absolutoria por estimar prescripción.—No produce cosa juzgada civil la sentencia penal que absuelve por estimar la concurrencia de prescripción, según la doctrina contenida en SSTs de 12 de julio y 23 de mayo de 1998 y STC de 25 de abril de 1994; resulta inoperante que la sentencia penal haga reserva de acciones civiles respecto de la RENFE y no en relación con la empresa a cuyo servicio estaba, ya que ambas habían sido inculpadas.

Culpa de la víctima: elevación de la cuantía por la Audiencia Provincial.—El Tribunal de instancia ha motivado o explicado las razones de conceder una mayor indemnización que el Juzgado de Primera Instancia, declarando que la experiencia del trabajador ha de ser entendida desde su categoría profesional de peón, y aun cuando el encargado de la obra pueda tener bajo sus órdenes a muchos trabajadores —lo que no sucedía el día del accidente—, no consta que el lesionado, en el trabajo que estaba desarrollando, tuviese de modo continuo un trabajador de categoría profesional superior, que diera las instrucciones oportunas en cada momento acerca de la forma de realizar el trabajo; por todo ello eleva la indemnización de veinticinco a cuarenta millones. (STs de 15 de diciembre de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—Los hechos ocurren en 1987 cuando el lesionado, con otros compañeros, trabaja en la estación de Abando pasando cables de comunicación, recibiendo una descarga de 3.000 voltios, quedándole secuelas en miembros superior derecho e inferior izquierdo, y el llamado pie equino, que le obliga a llevar bastones para deambular, alternando con el uso de silla de ruedas, así como alteraciones de la sensibilidad táctil y dolorosa, dificultades en la expresión oral y diversas cicatrices, con obligación de realizar ejercicios de rehabilitación. Partiendo de la facultad moderadora que el artículo 1103 CC atribuye a los Tribunales de instancia, no parece que la Audiencia Provincial se extralimitara al elevar, de forma notable, la cuantía de la indemnización, valorando adecuadamente la negligencia propia con que contribuyó a la producción del daño. Aunque las circunstancias fácticas no son idénticas, llama la atención la gran diferencia de cuantía (de dos millones y medio a cuarenta) respecto de la sentencia dictada el día anterior, en la que había amputación de un miembro inferior e incapacidad laboral permanente. Si la baremación de las indemnizaciones no convence mayoritariamente, la notable disparidad que resulta del arbitrio del Tribunal de instancia tampoco parece de recibo. (G. G. C.)

42. Culpa extracontractual: accidente de trabajo con resultado de lesiones graves de una trabajadora agrícola. La presunción de culpa del agente: excepciones.—En materia de culpa extracontractual debe presumirse la existencia de negligencia en el causante del daño, salvo en los supuestos de fuerza mayor y cuando el autor de la acción y omisión acredite debidamente haber actuado con el cuidado que requieren las circunstancias del lugar, tiempo y que la culpa del perjudicado, en la hipótesis de que concurra, se presente con caracteres de exclusividad o con tan acusado relieve como para absorber a otra culpa concurrente.

Concurrencia de culpas: moderación de la responsabilidad del agente.—En este caso sólo puede apreciarse cierta compensación (de la responsabilidad mejor que de la culpa, como precisó la STS de 15 de diciembre de 1984) traducible en moderación del montante económico a satisfacer. (STS de 18 de enero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Un tractor que circulaba sobre el terreno de labor de una finca agrícola, que hacía difícil el paso al estar plantada de árboles frutales, rozó el árbol donde estaba subida una trabajadora agrícola recogiendo fruta, lo que produjo que ésta cayera al suelo y fuese arrollada por el vehículo ocasionándosele lesiones graves. La trabajadora demandó a los dos propietarios de la finca, al propietario del tractor, que era uno de los anteriores, y al conductor del mismo. La demanda fue desestimada en el Juzgado. La Audiencia admitió el recurso presentado por la actora y el TS no dio lugar a la casación. (C. O. M.)

43. Responsabilidad extracontractual por daños causados en un edificio colindante. Diferencias entre la acción ejercitada con base en los artículos 1902 y 1903 CC y la ejercitada basándose en el artículo 1591 del mismo texto.—La actividad desarrollada en este caso por la entidad promotora no se corresponde con la figura clásica de la promotora en los términos que la jurisprudencia consideró adecuado, cuando se ejercita la acción de los artículos 1591 y ss. CC; que, en definitiva, es distinta la responsabilidad que puede exigirse al amparo de lo dispuesto en los artículos 1902 y 1903 CC, a la que se puede derivar de la responsabilidad de la promotora, cuando interviene en el proceso de construcción del propio edificio en el que se causan los daños. Se insiste en las diferencias entre la aplicación del supuesto de hecho del artículo 1591 CC sobre las promotoras, a cuando se ejercita una acción análoga a la presente, porque, en definitiva, habida cuenta la diferente intervención de los interesados, esto es, promotor, técnico y constructor, habrá de señalarse que las obras se llevaban a término por el constructor de la obra, el cual, no era el promotor, bajo la dirección técnica y facultativa de forma directa del arquitecto de la obra, por lo que debe excluirse la responsabilidad de la promotora.

Responsabilidad del arquitecto.—La condena impuesta a la promotora ha de atemperarse para su adecuada apreciación a las características de la acción ejercitada y, sobre todo, a las circunstancias integradoras de la figura del susodicho promotor, y para ello, se subraya: 1.º) que la acción ejercitada lo es con base a la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC, esto es, precisamente, la acción que ejercen los perjudicados o dañados como propietarios de sus viviendas, que se han visto perjudicados por obras realizadas en una edificación colindante o anexa a la misma; 2.º) que la causa de las

obras, naturalmente, fueron por defectos de la excavación y la responsabilidad, en principio, se imputa a los técnicos intervinientes en la misma, fundamentalmente, al arquitecto director de la obra, que no sólo fue el encargado del proyecto, sino, el que debía asumir la dirección técnica al respecto.

No es aplicable la doctrina que equipara la figura del promotor a la del contratista.—La jurisprudencia, en torno al artículo 1591 CC, considera responsable a la figura del promotor, y sin perjuicio de que lo sea el contratista ejecutor de la obra, por su decisiva intervención en todo el proceso de construcción, bien, a través de una labor de intermediación coordinando los intereses de los posibles adquirentes o usuarios de la vivienda, o bien a través de una decisiva intervención en la elección de las empresas ejecutoras de las obras. La doctrina de esta Sala fue desde un principio unánime y pacífica, equiparando la figura del promotor con la del contratista, a efectos de incluirlo en la responsabilidad decenal establecida en el artículo 1591 CC; y las razones que motivaron este criterio fueron las siguientes: *a)* que la obra se realiza en su beneficio; *b)* que se encamina al tráfico de la venta a terceros; *c)* que los terceros adquirentes han confiado en su prestigio comercial; *d)* que fue el promotor quien eligió y contrató al contratista y a los técnicos; y *e)* que adoptar criterio contrario supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción. Sin embargo, esta doctrina no puede ser aplicable al caso, en donde se imputa responsabilidad a quien es en exclusiva promotor de las obras en el edificio originario o contiguo, porque, precisamente de cuya ejecución, se derivan las causadas en el edificio colindante objeto del presente litigio, por lo que es preciso, pues, en este supuesto, apartar aquella integración de la figura del promotor como persona que, de modo intermediario, conexiona los intereses de los usuarios, o bienes de las viviendas, con todas las entidades y técnicos intervinientes en la ejecución, por cuanto, en este litigio debe estimarse como relevante la esfera de subjetividad en la relación de causalidad productora del daño, siendo el principal causante del daño, básicamente, el arquitecto y sin que se cuestione la existencia de dependencia alguna entre la susodicha promotora y el arquitecto responsable. (STS de 3 de julio de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—A causa de una excavación inadecuada en un solar se producen daños a los propietarios de una finca colindante. Los vecinos del inmueble afectado interponen demanda contra el arquitecto don Javier R.V. y la entidad promotora *B. de Obras y Garajes, S.A.*, ante el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, el cual estima la demanda y condena a la reparación del 50 por ciento de los daños causados. La Audiencia Provincial de Barcelona estima parcialmente el recurso de apelación presentado por la parte actora y condena al pago de la totalidad de los daños a los responsables solidarios. Se interpone recurso de casación por parte de la aseguradora de la entidad promotora y el TS lo admite. (*M. B. R. B.*)

44. Culpa extracontractual: responsabilidad por los menores confiados por sus padres al Instituto Catalán de Servicios a la Juventud: inversión de la carga de la prueba.—Esta Sala tiene declarado que los padres que confían sus hijos a una determinada institución que los acoge, los someten y entregan a la tutela y cuidado ajenos, que ha de ser suficiente y dotado de las mayores seguridades para evitar todo suceso negativo, y al producirse

estos resultados acreditan la insuficiente de las medidas o disposición que presentan las cosas, es decir, que falta algo por prevenir, presentándose por tanto incompletas las diligencias tomadas, recayendo la carga de la prueba de haber obrado con la completa diligencia que debe concurrir en aquél al que se le atribuye la causación del daño ocasionado.

Muerte por caída desde balcón, al intentar saltar una joven interna-da en albergue de centro dependiente de la Generalidad de Cataluña: concurrencia de culpas.—El acto inicial desencadenante del accidente mortal hay que atribuirlo a la víctima, tratándose de una joven de trece años de edad y por tanto con capacidad suficiente para discernir el peligro que suponía saltar de balcón a balcón, lo que pone de manifiesto una actuación, no sólo temeraria, sino evidentemente peligrosa, cuando lo adecuado era utilizar la vía correcta y normal de comunicación entre las habitaciones que facilitaba el pasillo interior.

Responsabilidad del Centro de Acogida.—La entidad recurrente no resulta totalmente ajena al suceso, pues no se está ante un caso fortuito claro y que se imponga, ya que no adoptó —se hizo con posterioridad al accidente (suplementos y enrejados en los laterales de los balcones)—, las medidas de seguridad suficientes y necesarias, dada la disponibilidad estructural que tenían los voladizos, para evitar el paso de uno a otro por los usuarios del albergue, tratándose de personas jóvenes, proclives a afrontar peligros de forma irreflexiva. Concorre una clara y decidida falta de previsión de la entidad recurrente, la que, al tomar para su custodia, tutela y protección a los jóvenes que se alojaban en el edificio, debió de disponer todas las medidas de seguridad posibles a su alcance para evitar accidentes que resultaban convenientes y fáciles de ejecución, llevando a cabo cerramientos útiles protectores de los balcones, a los que se abrían los dormitorios de los internos. Se trata de una omisión dotada de la suficiente intensidad causal en relación al accidente, que determina la responsabilidad concurrente del Instituto con la de la víctima; si bien la disposición de los balcones no contravenía normativa alguna, no resulta ello suficiente cuando se trata de edificaciones destinadas a acoger personas menores de edad, por resultar del todo necesario evitar todo peligro, evitando las facilidades que lo anuncian. (STS de 30 de diciembre de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—La sentencia extractada (Pte. Villagómez Rodil) pone a cargo de las instituciones al servicio de la Juventud (la víctima tenía trece años) un especial deber de precaución en relación con las habitaciones que pongan a disposición de la misma; había una distancia superior a un metro entre los balcones, que la joven intentó franquear, saltando y cayendo al vacío. Para quedar exento de responsabilidad, según la doctrina de esta Sentencia, la institución debía haber colocado obstáculos que impidieran dicho salto. Cualquiera, sea el motivo que impulse a realizar tal acción (por juego, por evitar una reprimenda como parece ser la del caso, ¿si se declara un incendio?) es evidente que una adolescente de trece años, normalmente educada, debe saber que no se entra a las habitaciones por el balcón; por ello acertadamente se califica de temeraria su conducta. Sin embargo, no parece tan razonable que, en lugar de asumir las consecuencias de sus actos, se condene al Albergue por no haber impedido materialmente el hecho de saltar, causa única del daño que sufrió la víctima. (G. G. C.)

45. **El caso fortuito: presupuestos. La ausencia de culpa.**—Para que se estime el caso fortuito es necesario demostrar que el resultado dañoso fue imprevisible o inevitable. En caso contrario, posibilidad de prever o evitar el daño, no se puede hablar de caso fortuito, pues habría culpa, y la simple presencia de la misma excluye la apreciación del caso fortuito.

El deber de diligencia. Valoración.—El deber de diligencia exigible en orden a prevenir o evitar el resultado dañoso se mide en función de la específica situación en la que se ha producido el daño. En atención a éstas circunstancias se valorará si el causante del daño ha incurrido o no en culpa.

Especial referencia a la diligencia exigible en los supuestos de daños sufridos por menores.—En relación con los daños sufridos por menores en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia exige un mayor grado en el cumplimiento del deber de diligencia, esto es, medidas de previsión, vigilancia, atención y cuidado (SSTS de 13 de septiembre de 1985, 11 de julio de 1990, 5 y 22 de febrero, 28 de mayo y 4 de junio de 1991, entre otras). En este sentido, se estima, que se ha incumplido el deber de prevenir cuando el daño se produce en el desarrollo de una actividad por sí peligrosa (SSTS de 10 de junio de 1983, 10 de noviembre de 1990, 3 de diciembre de 1991, 20 de mayo de 1993, 30 de junio de 1995, 10 de diciembre de 1996). Por el contrario, se admite la ausencia de culpa cuando: el daño era difícilmente previsible dentro de un orden cotidiano y normal (SSTS de 21 de noviembre de 1990 y de 10 de marzo de 1997); se trata de un juego sin peligro (STS de 8 de marzo de 1999) ; o si concurre culpa exclusiva de la víctima (SSTS de 18 de febrero de 1985, 17 de julio de 1986 y 2 de abril de 1988).

Responsabilidad de los titulares de los Centros de Enseñanza: fundamento (arts. 1902 o 1903 CC).—Los titulares de los Centros de Enseñanza responden por los daños causados por sus alumnos durante los períodos de tiempo que estén bajo su control o vigilancia. Dicha responsabilidad se puede fundamentar tanto desde la perspectiva del artículo 1903 CC —culpa *in vigilando* o *in eligendo*—, como desde el artículo 1902 —culpa *in omitiendo*— (SSTS de 10 de noviembre de 1990, 3 de diciembre de 1991, 30 de octubre de 1992, 15 de diciembre de 1994, entre otras).

Módulo para determinar el *quantum* indemnizatorio: las secuelas. Quedan excluidas las expectativas de futuro sin base científica actual.—En el concepto de secuelas se incluyen todos los aspectos que sean consecuencia permanente de la lesión, tales como: minoración orgánica, funcional o estética. En la valoración de las mismas se habrá de tener en cuenta los daños de carácter físico y psicológico. No cabe incluir dentro del *quantum* indemnizatorio las expectativas de futuro sin base científica actual, pues no es conforme con la seguridad jurídica. (STS de 18 de octubre de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Con ocasión de hallarse varios niños jugando en el patio de un colegio y como consecuencia de dichas actividades infantiles un menor, de siete años de edad, sufre una grave lesión con pérdida del glóbulo ocular. En concreto el referido entretenimiento consistía en el manejo de unos palos con el propósito de imitar el juego de «marcianos». En el momento de producirse el suceso, los niños estaban de actividades extraescolares organizadas por un centro de titularidad pública. Los padres del menor lesionado demandan a la entidad pública de la que depende el centro, al profesor que los vigilaba en el momento de producirse el daño, y a los padres del niño que lanzó el palo. En primera instancia se estima la

demanda en lo que se refiere al ente público y se absuelven a los demás codemandados. En segunda instancia se confirma la sentencia salvo en lo referente a la indemnización solicitada que fue elevada. El TS no da lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

46. Culpa extracontractual: lesiones sufridas por menor en clase de gimnasia: centro docente dependiente de Junta de Andalucía: competencia civil.—El desarrollo concreto de la actividad docente por una profesora de educación física, no supone un servicio público *stricto sensu*, es decir, no es una actividad propiamente administrativa; aquella era una funcionaria pública, pero no actuaba en funciones de imperio, no estaba revestida, ni directa, ni por delegación, de prerrogativas de índole pública; no concurría una actuación de poder público en uso de las potestades públicas. La actividad en que se produjo el daño encajaba más en el ámbito del artículo 41 LRJAE que en el del artículo 40, tanto más si se tiene en cuenta que el ámbito del segundo ha sido objeto jurisprudencialmente de una interpretación restrictiva, especialmente cuando la Administración se ocupa de actividades paralelas, sustitutiva de ésta, o en las que se dan en la sociedad las dos posibilidades operativas (por la Administración y por los particulares), como ocurre con las sanitarias y las docentes, tal y como tiene señalada esta Sala (por todas STS de 23 de diciembre de 1997). No tienen similitud con el presente los supuestos resueltos por SSTS de 3 de octubre de 1994 (actuación de la Gerencia Municipal de un Ayuntamiento), 29 de diciembre de 1995 (accidente atribuido a defectuosa instalación de valla protectora en vía pública), y 2 de febrero de 1996 (muerte por disparo de la Guardia Civil con ocasión de huelga), que se invocan en el recurso.

Demanda dirigida contra compañía de seguros en cumplimiento de contrato privado: vis atractiva de la jurisdicción civil.—Presentada la demanda después de la entrada en vigor de la Ley de 1992, hay que aplicar la doctrina de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil; no se trata del seguro obligatorio, sino del celebrado por el Centro abarcando los accidentes corporales y/o materiales causados a terceros, teniendo esta consideración los alumnos. Esta asunción de competencia se halla en línea de cabal coherencia con SSTS de 16 de mayo de 1987, 7 de abril de 1989, 10 de noviembre de 1990, 3 de diciembre de 1991, 5 de octubre de 1995, 22 de noviembre de 1996, 23 de diciembre de 1997, 28 de diciembre de 1998 y 24 de febrero y 6 de mayo de 1999; no es aplicable la STS de 16 de diciembre de 1998 por que en ella se demanda únicamente a un ente administrativo.

Estimación del recurso: efecto positivo de jurisdicción.—Al estimar el recurso y asumir esta Sala las funciones del juzgador de instancia, pese a la redacción imperfecta del núm. 1.º, ap. 1.º del artículo 1715 LEC, que prevé el exceso de jurisdicción, pero no el defecto, rige en nuestro sistema casacional el denominado efecto positivo de jurisdicción, implícito en dicho artículo y reconocido por reiterada doctrina de esta Sala (SS de 2 de junio de 1989, 26 de marzo de 1991 y 30 de mayo de 1998).

Culpa de la profesora: salto sobre trampolín elástico.—La producción del accidente se debió a no haberse observado por la profesora que ordenaba y dirigía el ejercicio, la diligencia media que le era exigible, dado que no adoptó las medidas de precaución y seguridad que la prudencia imponía en atención a un riesgo previsible en relación con la naturaleza de la actividad y las demás circunstancias concurrentes, obrando con evidente descuido y exce-

so de confianza, sin dar la debida consideración al peligro que entrañaba la clase de educación física que había mandado efectuar a los alumnos, riesgo que por su preparación y titulación no le era ajeno. La apreciación culposa se fundamenta en una estimación subjetiva pura, sin que sea preciso en el caso acudir a ninguno de los expedientes que admite la jurisprudencia en orden al acogimiento de la responsabilidad cuasi-objetiva.

Exoneración del director del colegio.—En el director del colegio no se aprecia la existencia de un comportamiento con incidencia en el nexo causal; es cierto que es el coordinador de las actividades del centro, y el encargado de hacer las compras (entre ellas, la del aparato de autos), y ordenar los pagos, y asimismo que debía conocer que el uso del trampolín estaba previsto en la programación escolar; no consta que este último hubiera sido vedado por las Autoridades responsables de Educación y Ciencia; no cabe descargar en el director una especie de responsabilidad genérica por todo lo que ocurre en el mismo, con el riesgo de convertir la *culpa in vigilando* en un expediente que conduzca a la responsabilidad objetiva pura, que la regulación positiva no admite y la jurisprudencia rechaza.

Cuantía de la indemnización: gran invalidez.—Para fijar la indemnización en la suma de ciento veinte millones de pesetas la Sala ha tenido especialmente en cuenta las gravísimas secuelas físicas y psíquicas que le han quedado al demandante, según resulta de las diferentes pruebas practicadas, sin que resulte preciso concretar los graves padecimientos que afectan al lesionado, sin que obste que la cantidad expresada sea superior a la interesada en el Juicio de Faltas previo, porque es doctrina de esta Sala que cuando se trata de daños corporales o personales, la cifra indemnizatoria pedida en un proceso penal anterior no vincula respecto de la solicitada después en vía civil.

Prescripción de la acción: efectos de la interrupción.—No puede estimarse la excepción de prescripción porque si bien el hecho ocurrió el 13 de enero de 1988, y la demanda no se presentó hasta el 19 de julio de 1993, el transcurso del plazo prescriptivo fue interrumpido por la tramitación de una causa penal por el mismo hecho, y por la reclamación previa en la vía gubernativa; efecto interruptivo que no sólo paraliza el transcurso del plazo, sino que deja sin efecto el tiempo transcurrido con anterioridad, de tal modo que el computo se inicia *ex novo* una vez producida la interrupción, o cesados sus efectos.

Sentencia penal absolutoria.—Dichas resoluciones, en cuanto que no declaran la inexistencia del hecho, no vinculan al juzgador que conoce del proceso civil, el cual goza de total soberanía, no ya sólo para valorar el material probatorio practicado en los autos, sino incluso los datos de hecho que obren en el testimonio del proceso penal incorporado a aquéllos.

Responsabilidad de la Administración autonómica.—Viene determinada por la aplicación de la normativa sustantiva de la LRJAE de 1956, vigente al tiempo del accidente, ya que el artículo 1903, párrafo 5.º, CC (por culpa *in vigilando* o *in eligendo*) que habla del Estado, pero es aplicable a todas las Administraciones Públicas, aunque en realidad su contenido resultó absorbido por el artículo 41 de la LRJAE; y tal responsabilidad tiene carácter directo, operando prácticamente, según la doctrina de esta Sala, con el efecto del vínculo de solidaridad respecto a los otros responsables.

Responsabilidad de la compañía de seguros.—Deriva del artículo 70 de la Ley de 1980, y también tiene carácter directo según el artículo 76 de dicha

Ley, debiendo responder hasta el límite de la cantidad máxima asegurada. (STS de 22 de diciembre de 1999; ha lugar.)

NOTA.—La importancia de este fallo (Pte. Corbal Fernández) viene avalada por haber sido absolutorias las sentencias de instancia, la elevada cuantía de la indemnización concedida (se otorgan 120 millones frente a los 160 solicitados), la reiteración de la jurisdicción civil siguiendo una doctrina habitual anterior a la Ley de 1992, y el fino análisis jurídico de la responsabilidad en que ha incurrido la profesora de gimnasia, mientras se exonera al director del Centro.

Para matizar tal responsabilidad la sentencia toma en consideración: la edad de los alumnos; el tipo de aparato que entraña, no una excesiva, pero sí una cierta peligrosidad; la dificultad del ejercicio, harto patente (breve carrera de ocho metros aproximadamente para, a continuación, tomar impulso sobre el trampolín y botar en posición vertical sobre una colchoneta), que además se revela por las caídas producidas y el temor de los alumnos a realizar el salto; la falta de técnica en la realización del ejercicio, el que habría requerido una mayor y lenta preparación, sin que sea suficiente una mera explicación verbal; la presión añadida que pesaba sobre los alumnos que temían no aprobar la asignatura si no lograban, o al menos intentaban el ejercicio; y, sobre todo, el no haber estado la profesora más cerca del lugar del salto, o de la caída, bien personalmente o por medio de personas expertas que le auxiliaren para el caso de producirse el desequilibrio, pues éste era previsible, incluso por la causa de pisar mal el trampolín, algo posible dadas las circunstancias expuestas, y todo ello con mayor razón todavía si se tiene en cuenta que era la primera clase en que los alumnos del grupo actuante realizaban el ejercicio (FD 6.º).

Aunque en el extenso FD 3.º se alude brevemente a la resolución del problema en la perspectiva jurisdiccional afectada por la Ley de 26 de noviembre de 1992, en realidad los hechos acaecen con anterioridad, por lo cual se enjuicia el hecho a la luz de la LRJAE siendo de destacar la calificación que recibe la actividad docente aunque se desarrolle en centros dependientes de la Comunidad Andaluza; parece claro que la profesora responsable del daño es funcionario público pero su actividad no está revestida de *imperium*; como último argumento se invoca la *vis atractiva* de la jurisdicción civil derivada del hecho de demandarse simultáneamente a la compañía aseguradora.

No hay datos específicos que permitan inculpar al director del centro en el caso de autos; a mi juicio, se hubiera implicado en los hechos de haber estado presente de modo activo en la clase de gimnasia, o de haber dictado instrucciones para su impartición, o de haber adquirido un material no homologado. Hay que dar la razón a la sentencia cuando advierte de los riesgos de convertir el deber de vigilancia que pesa sobre el director, en una responsabilidad genérica que sirviera para cubrir toda clase de actividades escolares.

La gran invalidez que afecta al lesionado, nacido en 1973, es coherente con la cuantía de la indemnización fijada en la suma de

ciento veinte millones pesetas, cifra que, según las circunstancias, no parece excesiva. (G. G. C.)

47. Responsabilidad extracontractual de los titulares de centros docentes por los daños causados por sus alumnos. Límite temporal.—La responsabilidad de las personas y entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior que establece el artículo 1903 CC, en su apartado quinto, por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad, se halla condicionada temporalmente en el sentido de que tales daños y perjuicios han de ser causados «durante los períodos de tiempo en que los mismos (los alumnos menores de edad) se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias», lo que encuentra su razón de ser en que, tratándose de una responsabilidad por culpa *in vigilando*, las funciones de guarda y custodia sobre aquellos alumnos sólo se transfieren a los profesores o cuidadores del centro desde el momento de la entrada en el mismo de los alumnos hasta su salida de él finalizada la jornada escolar. Por ello, era requisito necesario para la prosperabilidad de la acción indemnizatoria ejercitada, la prueba de que las lesiones sufridas por la menor hija de los actores se produjeron durante ese lapso de tiempo en que los alumnos quedaban sujetos a la vigilancia del personal del centro, lo que no se ha conseguido en autos ya que los hechos ocurrieron al acceder la menor al recinto exterior del colegio por una cancilla situada a unos veinte metros de la entrada principal del edificio en que se encuentran las aulas, cancilla que separa ese espacio exterior del colegio de la vía pública, por lo que no puede afirmarse que los hechos se produjeron cuando el personal del centro había asumido ya las funciones de vigilancia de los alumnos a ellos encomendados. (STS de 4 de junio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La menor Estefanía L.S. se encontraba jugando con otros niños a unos veinte metros de la entrada principal del Colegio público de Educación General Básica de Chantada, cuando uno de sus compañeros la empuja y ella se agarra a la cancilla que separa el colegio de la vía pública, siendo ésta cerrada por otro de los niños, lo cual le supuso el aplastamiento de la mano derecha.

Los padres de Estefanía interponen demanda contra el Ayuntamiento de Chantada y la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria. La demanda es desestimada por el Juzgado de Primera Instancia de Chantada, de forma que, los demandantes interponen recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Lugo obteniendo el mismo resultado. El TS desestima el recurso de casación. (M. B. R. B.)

48. Responsabilidad civil médica. Negligencia del médico anestesista como causa del resultado dañoso.—El eje de la cuestión gravita en si la parada cardíaca fue detectada rápidamente y se tomaron las medidas adecuadas o pasó inadvertida en un principio y hubo un retraso en la aplicación de las maniobras de reanimación. Desde el punto de vista técnico, se puede afirmar en esencia, que se trata de una monitorización a través de una pantalla que recoge dos tipos de datos, unos dígitos que recogen la frecuencia cardíaca en cada momento y un registro osciloscópico de un trazado electrocardiográfico. La información aparece en pantalla pero no queda almacenada en ningún tipo de memoria ni queda recogida en ningún registro gráfico en papel

o en otro soporte. Este sistema de monitorización exige un control directo por parte de un profesional para verificar que la frecuencia cardíaca y el trazado se encuentran dentro de la normalidad y detectar los posibles problemas que surjan con relación a los parámetros sometidos a control e iniciar el tratamiento adecuado. La importancia del tiempo de duración de la parada cardíaca se erige en el elemento nuclear del caso que nos ocupa para establecer si hubo una actitud diligente por parte de los profesionales en detectar la parada cardíaca con la suficiente precocidad y aplicar las medidas terapéuticas necesarias. La cuestión debe conducirse, por ello, al tema central, esto es, que la monitorización permitía a un anestesista atento detectar, con suma rapidez, las anomalías del ritmo cardíaco, de manera que una intervención inmediata con los fármacos adecuados hubiera evitado la prolongación de la bradicardia y procurado la rápida reanimación, según los patrones normales, y sin necesidad de acudir al concepto de «labilidad» que entraña una hipótesis no demostrada. La valoración de la prueba lleva a establecer que fue la negligencia del médico anestesista, causa eficaz del daño que se desencadenó, por la tardanza en la aplicación de los medios terapéuticos adecuados.

Reparación del daño causado. Condena solidaria.—Obviamente, acreditada como está la relación de dependencia del médico anestesista con el Servicio Andaluz de la Salud en uno de cuyos centros tuvo lugar la desdichada intervención quirúrgica, procede que la condena correspondiente se extienda con carácter solidario, al expresado demandado. Consecuentemente con lo razonado, debe condenarse a don Francisco R.C. y al Servicio Andaluz de la Salud, con carácter solidario, a abonar a don Francisco T.R., en la representación que ostenta, la cantidad pedida de 25.000.000 de pesetas. Tal cantidad se conceptúa, sin embargo, no como una suma dineraria sino como la cantidad que en la fecha en que se pide resulta equivalente con la reparación indemnizatoria. Tiene, en definitiva, carácter de deuda de valor que requiere, en todo caso, su actualización a la fecha de esta sentencia mediante su conversión al valor en pesetas constantes, o lo que es lo mismo, exige su conversión a pesetas actuales, teniendo en cuenta la depreciación monetaria. Consiguientemente, la condena comprende: *a)* la cantidad de 25.000.000 de pesetas, que deberá hacerse efectiva inmediatamente, conforme al artículo 921, en relación el artículo 927, ambos LEC; *b)* también debe pagarse el exceso de capital que resulte, previa su determinación en ejecución de sentencia, por la actualización de la cantidad de 25.000.000 de pesetas, en pesetas constantes a la fecha de esta sentencia, tomando en consideración para establecerla, la depreciación monetaria experimentada, desde la fecha de interposición de la demanda hasta el momento indicado. Es decir, que una vez establecida la cifra del capital actualizado deberá restarse de la misma la cantidad de 25.000.000 de pesetas, y la diferencia es el exceso que asimismo se debe satisfacer. Todas las cantidades devengarán, en su caso, los intereses del artículo 921 LEC desde que son líquidas o, desde que se liquiden por resolución judicial. (STS de 15 de julio de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El menor Antonio T.O. se somete a una intervención quirúrgica que se practica para corregir un estrabismo y durante ésta, sufre una parada cardíaca que le provoca lesiones irreversibles (tetraparesia espática con afectación extrapiramidal) debido a la ausencia de control por el anestesista del monitor que indicaba la frecuencia cardíaca.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Almería dictan sentencia desestimando el recurso. El TS estima el recurso de casación de la parte actora y condena solidariamente al anestesista y al Servicio Andaluz de Salud. (M. B. R. B.)

49. Responsabilidad médica: doctrina general.—Examinada la actuación de los diversos médicos intervinientes, se llega a la conclusión de que no se ha probado una conducta productora, en nexo causal, del daño, y se ha acreditado, en cambio, que su actuación fue correcta. Ha lugar a reproducir la STS de 29 de junio de 1999 referida a la doctrina jurisprudencial muy reiterada de la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato de prestación de servicios (distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en supuestos de cirugía estética, odontología, o vasectomía) como si deriva de una relación extracontractual, que es obligación de actividad (o de medios), y no de resultado.

Responsabilidad del Servicio Andaluz de Sanidad: resultado desproporcionado: *res ipsa loquitur*.—En cambio, a la actuación del Servicio Andaluz de la Salud hay que aplicar la doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del autor, que corresponde a la regla *res ipsa loquitur*, que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia, y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana, y a la regla del *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual), lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de acción del demandado, aunque no se conozca el detalle exacto, y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima (SSTS de 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1998 y 29 de junio de 1999). En el presente caso una mujer se somete a una operación relativamente sencilla, consistente en la extirpación quirúrgica del cristalino para remediar una afección de cataratas, y pierde el ojo izquierdo, sin que el centro médico le facilite explicaciones coherentes sobre ello; en verdad se trata de un resultado desproporcionado, y la cosa habla por sí misma, habiendo clara apariencia de prueba de la culpa, culpa virtual que si no consta la negligencia de médicos concretos, sí aparece una presunción desfavorable que puede generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización.

Responsabilidad de la empresa por sus dependientes: aplicación de la Ley de Consumidores.—La responsabilidad del Servicio Andaluz de la Salud se fundamenta en el artículo 1903, párrafo. 4.º, CC, es decir, en la de los dueños o directores de un establecimiento o 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, constituyendo un supuesto de responsabilidad sanitaria manifestada en la responsabilidad del centro médico por deficiencias de funcionamiento u organización, negligencias del personal, etcétera; según indica la STS de 29 de junio de 1999, es una subespecie de la responsabilidad médica, más cerca de la responsabilidad sanitaria en general,

la derivada de conductas que supongan una falta de coordinación entre los especialistas que tratan a una paciente, y con mayor razón si ocurre dentro del mismo centro sanitario. Por lo demás son aplicables a este supuesto los artículos 1, 28 y 29 de la Ley de 19 de julio de 1984, debido a que la demandante es consumidora, ha utilizado unos servicios entre los que se incluyen los sanitarios, y la producción de un daño genera la responsabilidad objetiva que desarrollan los artículos 25 ss. de la indicada Ley, tal como lo consideran las SSTS de 1 y 21 de julio de 1997 y 29 de junio de 1999. (STS de 9 de diciembre de 1999; ha lugar.) (G. G. C.)

50. Responsabilidad médica: solidaridad entre el médico y el INSA-LUD.—Acreditada una conexión causal en la producción del daño, consistente en la paraplejía parcial consecuenta a la intervención de un accidentado laboral, entra en juego el vínculo de solidaridad que se presenta como el más adecuado y apto para que el derecho a ser indemnizado, que corresponde al perjudicado, en una situación que no provocó ni tuvo parte alguna, sea efectivo y no resulte vaciado en su contenido económico compensador, como tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia; existente solidaridad entre los codemandados, a todos ellos afecta el efecto interruptivo del plazo de prescripción por la reclamación efectuada a uno de ellos por acto de conciliación.

Responsabilidad por resultado anormal y desproporcionado.—Si bien la intervención quirúrgica para la instauración en el accidentado laboral de la instrumentación de Cottrell-Dubousset para la estabilización de su columna vertebral era el tratamiento correcto para la curación de la lesión sufrida por aquél, las pruebas obrantes en los autos acreditan que durante la colocación de las placas se produjo la lesión de la médula detectada a través de la resonancia magnética, determinante de la paraplejía apreciada inmediatamente después de desaparecer los efectos de la anestesia suministrada al paciente, y que obligó a una segunda intervención quirúrgica al siguiente día para la retirada del aparato instalado; tal consecuencia, derivada directamente de la primera intervención, constituye un resultado anormal y desproporcionado a la naturaleza y entidad de la intervención realizada, no obstante la gravedad de ésta, pues no constituye un riesgo normal o previsible inherente a la misma, lo que ni siquiera se ha intentado probar, revelador de una conducta negligente del médico que practicó la intervención. (STS de 21 de diciembre de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—Se trata de un supuesto complejo, pues inicialmente se produjo un accidente laboral de cuyas resultas el obrero sufre determinada fractura de vértebra, siendo asistido en un centro de la Seguridad Social por un facultativo al servicio de ésta, quien le practica una estabilización con instrumentación de Cottrell-Dubousset; la intervención es adecuada pero su realización resulta defectuosa, como se comprobó al extinguirse los efectos de la anestesia, debiendo procederse a la extracción del material, pudiendo comprobarse que se habían producidos lesiones irreversibles en la columna vertebral que obligarán al paciente a deambular en silla de ruedas, y a precisar asistencia de terceros para realizar sus necesidades fisiológicas. Se trata de daños sucesivos acumulados con distintos responsables, y, probablemente, hasta con distintas modalidades de responsabilidad (en el accidente parece que hubo concurrencia de

culpa en el lesionado). Procesalmente también hubo complejidad, pues la demanda se interpone por separado contra la empresa, y contra el médico y la Seguridad Social, si bien se solicita y obtiene la acumulación de autos. El Juzgado de Primera Instancia se declaró incompetente en cuanto al accidente laboral y declaró prescrita la acción por daños sanitarios, pero la Audiencia Provincial estimó ambas demandas, aunque redujo la cuantía de la indemnización, de sesenta millones a cuarenta; la empresa se aquietó, pero tanto el médico como la Seguridad Social recurrieron en casación, quedando en cuanto a aquélla confirmada la sentencia de apelación. Los hechos transcurren a lo largo de 1990 por lo cual no hay cuestión, ni se suscita, sobre la posible competencia de la jurisdicción contenciosa.

Bajo la perspectiva laboral se dan claramente en el caso los requisitos del incumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo; el obrero trabajaba en una empresa de limpiezas, y, desarrollando sus funciones con los cristales de una ventana, se sube al alfeizar, sin cinturón de seguridad, ni instalación para engancharlo de haber existido, cayendo al exterior al cerrarse aquélla; pudo contribuir con su propia negligencia a producir el accidente (nada se dice de ello en la sentencia pero cabe deducirlo de la reducción de la indemnización concedida). Ocurre, por tanto, que el daño producido al caerse de la ventana se agrava por la deficiente intervención médica; aquí habría incidentalmente una poderosa razón para rechazar la competencia de la jurisdicción laboral, al estar implicadas personas distintas del empresario; pero en la sentencia extractada ni siquiera se plantea esta cuestión. La doctrina del resultado desproporcionado, o de la falta virtual, en realidad viene a ser un modo de facilitar la prueba de la conducta negligente del médico (últimamente SSTS de 29 de junio y 9 de diciembre de 1999, esta última extractada en este fascículo del *ADC*); se declara que el procedimiento empleado era el correcto según la *lex artis ad hoc*, pero la prótesis se colocó mal, originándose secuelas anormales e irreversibles. Similar solución en derecho francés, si bien sobre la base de considerar que en la colocación de cualquier prótesis se da una obligación de resultado (Chabas, «Cents ans de responsabilité civile», en *Gazette du Palais*, 23-24 août 2000, num. 76). Correcta la declaración de solidaridad, si bien debe predicarse existente no sólo entre el médico y la Seguridad Social, sino también entre la Empresa de Limpieza, que ya había aceptado la sentencia condenatoria de apelación; acertada igualmente extender a todos los deudores solidarios la eficacia de la interrupción de la prescripción frente a uno sólo de ellos. (G. G. C.)

51. Responsabilidad civil del INSALUD por intervención quirúrgica con resultado de muerte.—La base jurídica del presente caso se concreta en la responsabilidad por hecho ajeno del párrafo 4.º del artículo 1903 CC y que con frecuencia se ha aplicado al INSALUD. La responsabilidad del empresario, en general, tiene un matiz marcadamente objetivo, fundándose en la responsabilidad por riesgo y en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*.

Por otra parte, se concreta el tema de la responsabilidad médica, que es un apartado del capítulo más general de la responsabilidad sanitaria (respon-

sabilidad del centro médico, por deficiencias de funcionamiento u organización, negligencias del personal, etc.). Como una subespecie de la responsabilidad médica más cerca de la responsabilidad sanitaria en general, se sitúa la derivada de conductas que supongan una falta de coordinación entre los especialistas que tratan a una paciente, más aún cuando tal evento sucede dentro del mismo centro hospitalario, o cuando determinados elementos de información que constan en el historial del paciente no son considerados o se soslayan en el tratamiento o en la intervención quirúrgica, tal como expresan las SS de 1 y 21 de julio de 1997.

Resultado dañoso desproporcionado. El principio *res ipsa loquitur*.—Como dice la sentencia de 13 de octubre de 1997 y reitera la de 9 de diciembre de 1998, la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato (contrato de prestación de servicios; distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos, como cirugía estética, odontología, vasectomía), como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad (o de medios), no de resultado. Sin embargo, es distinta la responsabilidad del INSALUD, a la que debe aplicarse la doctrina jurisprudencial también reiterada y que es preciso recordar, sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor, que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual); lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima.

En el caso presente, una mujer relativamente joven (cuarenta y cuatro años) se somete a una operación relativamente sencilla (extirpación de la vesícula biliar) y fallece de una parada cardiorrespiratoria, sin que el centro médico dé la más mínima explicación coherente sobre ello. Es un resultado desproporcionado, la cosa habla por sí misma (*res ipsa loquitur*) y hay clara apariencia de prueba (*Anscheinsbeweis*) de la culpa, culpa virtual (*faute virtuelle*) que si no consta la negligencia de médicos concretos, sí aparece, como dice la S de 2 de diciembre de 1996, una presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización.

Aplicación de los artículos 1, 26 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios.—Los preceptos de la ley son aplicables en cuanto que la demandante es consumidora (art. 1), ha utilizado unos servicios (art. 26), entre los que se incluyen los sanitarios (art. 28.2), y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el Capítulo VIII (arts. 25 y ss.). Dicen las sentencias de 1 y 21 de julio de 1997 que: «esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la

garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el "servicio sanitario", entre otros. Producido y constatado el daño... se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario». (STS de 29 de junio de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Doña Paula D.S. se somete a una operación de colestectomía (extirpación de vesícula biliar) en el Hospital de Medina del Campo. Aunque el resultado de la operación fue satisfactorio, poco después su situación empeora de forma que es trasladada al Hospital del Río Ortega, donde ingresa en la UVI y posteriormente fallece de una parada cardiorrespiratoria.

Las hijas de la fallecida interponen demanda contra los médicos intervinientes en la operación, el director del centro donde ésta se practicó, así como contra el INSALUD, puesto que ambos centros médicos dependen de este organismo.

La demanda fue desestimada tanto por el Juzgado de Primera Instancia de Valladolid como por la Audiencia Provincial de la misma ciudad por falta de prueba de la negligencia médica. El TS dio lugar al recurso de casación interpuesto por las demandantes. (M. B. R. B.)

52. Transfusión de sangre infectada de virus de sida con resultado de muerte. Responsabilidad extracontractual: evolución progresiva hacia la objetivización: causas.—La responsabilidad o culpa extracontractual, está sufriendo, en el fondo y en la forma, una evolución progresiva, no sólo en el campo de la doctrina sino también en el de la jurisprudencia, hacia objetivar la responsabilidad, con pérdida de importancia en el campo sustantivo de la teoría culpabilista, y en el campo procesal, con la imposición de la inversión de la prueba. Todo ello es debido a dos datos remarcables, como son: a) un sistema de vida acelerado y de enorme interrelación, y b) la tendencia a maximizar la cobertura, en lo posible, de las consecuencias dañosas de la actividad humana.

La evolución progresiva hacia la objetivización de la responsabilidad extracontractual lleva a ampliar la obligación *in viligando* y a un «plus» en la diligencia exigible.—La atenuación culpabilista e incluso de la antijuridicidad, que alguna doctrina moderna rechaza como elemento constitutivo así como, la inversión de la carga probatoria, lleva inexcusablemente a una enorme ampliación de la obligación *in viligando* y a un «plus» en la diligencia normalmente exigible.

Artículo 1902 CC: responsabilidad cuasiobjetiva.—La jurisprudencia del TS tiende hacia el establecimiento emblemático de la responsabilidad objetiva, en la derivada de los eventos concretados en el artículo 1902 CC, pero nunca lo ha realizado hasta establecer dicha responsabilidad objetiva de una manera absoluta y radical, y así, como epítome de una doctrina jurisprudencial pacífica y ya consolidada, hay que señalar la STS de 16 de diciembre de 1988, cuando dice que la doctrina de esta Sala no ha objetivado en su exégesis del artículo 1902 CC su criterio subjetivista y sí, únicamente, para su más adecuada aplicación a las circunstancias y exigencias del actual momento histórico, ha procurado corregir el excesivo subjetivismo con que venía

siendo aplicado; por otra parte, dicha corrección, bien se opere a través de la aplicación del principio del riesgo, bien de su equivalente de inversión de la carga de la prueba, nunca elimina en dicha interpretación los aspectos, no radical sino relativamente subjetivista con que fue redactado.

No habrá responsabilidad indemnizable cuando la conducta del que sufrió el daño sea determinante del resultado.—Es de tener muy en cuenta la conducta del que sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente de dicho resultado, indudable resulta por aplicación de los principios de justicia distributiva, conmutativa y social, así como de la seguridad jurídica, que no pueda hablarse de responsabilidad indemnizable reprochable a un tercero.

Cuando se habla de la responsabilidad del Estado, se puede decir de las Administraciones Públicas y, en concreto, de las CCAA.—Hay que afirmar que el artículo 1903.5 CC ha sido derogado por la Ley 1/1991, de 7 de enero, y se puede asegurar que la responsabilidad patrimonial del Estado en la actualidad se encuentra regulada en la CE (art. 106.2) y en la legislación administrativa; y cuando se habla de la responsabilidad del Estado, se puede decir de las Administraciones Públicas, y en concreto de las Comunidades Autónomas, y así la nueva Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, proclama el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

El grave incumplimiento del contrato de servicios sanitarios lleva consigo la lesión de derechos del paciente, que justifica la aplicación de normas extracontractuales.—Cuando se habla de responsabilidad patrimonial del Estado, se refiere a la extracontractual, perfectamente ejercitable, en el presente caso, con autonomía propia o relacionada con la responsabilidad contractual del artículo 1104 CC, pues no puede haber duda que en un caso de tanta gravedad como el que nos ocupa, el núcleo del mismo constituye el incumplimiento de una obligación, así como, al tiempo, un acto ilícito, por lo que el perjudicado puede utilizar expresa o tácitamente en su pretensión el ejercicio de dichas acciones, pues el grave incumplimiento del contrato de servicios lleva consigo la lesión de derechos del paciente, que justifica la aplicación de normas extracontractuales.

A la responsabilidad derivada de servicios sanitarios es aplicable la LGDCU.—Pero además, en el presente caso es perfectamente aplicable lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 28.1 y 2 LGDCU, que proclaman el derecho que tienen el consumidor y usuario de productos farmacéuticos y servicios sanitarios a ser indemnizados por parte de los que los suministran o facilitan dichos productos o servicios, cuando sean defectuosos.

Valoración del daño: criterios.—Para ello no se tendrá para nada en cuenta las tablas o baremos contenidos en la OM de 5 de marzo de 1991. Sin embargo dada la edad del fallecido y de los hijos menores que en número de dos constituían la descendencia del mismo; el daño moral del enfermo y de familiar, sabedores que la infección padecida no tenía remedio y abocaría ineludiblemente a la muerte, es correcto el parámetro de 20.000.000 de pesetas que establece la sentencia de primera instancia. (STS de 10 de noviembre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El 8 de agosto de 1986 un padre de familia fue ingresado de urgencias en el H.Z. de Cádiz, al haber sufrido un accidente de tráfico. Tras ser intervenido quirúrgicamente se le transfundió un total de 3.124 ml. de sangre. Seis días después del ingreso fue dado de alta. El 8 de septiembre del mismo año tiene que volver a ingresar diagnosticándosele una «hepatitis C» post-transfusional. A partir de 1987, dicho enfermo empieza a ser tratado hospitalariamente donde se le diagnostica finalmente que está infectado por el virus del sida. El 7 de agosto de 1991 fallece. Su esposa e hijos demandan al Ente Público, responsable del Centro hospitalario, los daños y perjuicios sufridos. En primera instancia se estima parcialmente la demanda al condenar al demandado a indemnizarles con veinte millones de pesetas. En segunda instancia se estima el recurso y desestima la demanda. El TS da lugar al recurso de casación interpuesto por los actores al entender correcto el parámetro de veinte millones de pesetas que establecía la sentencia de primera instancia. (I. D.—L.)

53. Responsabilidad médico-sanitaria de las entidades gestoras de la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social: jurisdicción civil.—Cuando las entidades gestoras de la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, bien sea el INSALUD, bien las que han venido a sustituirle en las CCAA a las que se ha transferido la competencia en la materia, realizan actuaciones de atención médico-sanitarias respecto a particulares, no lo hacen en el marco de una relación jurídico-pública, pues ni se encuentran orladas del *ius imperium*, ni ejercitan actividad de servicio público, sino en el de una relación de Derecho privado, a modo de empresarios obligados a procurar la curación de un enfermo, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 41 LRJAE, según el cual cuando la Administración del Estado actúe en relaciones de Derecho privado responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes (STS de 18 de febrero de 1997).

«Vis atractiva» de la jurisdicción civil.—No obstante las dificultades que en la práctica vienen existiendo en punto a la adscripción, en casos de reclamación de daños y perjuicios dirigidos contra las Administraciones Públicas en relación a la prestación médico-sanitaria, al orden jurisdiccional civil o al contencioso-administrativo, procede conceder preferencia a la jurisdicción civil, atendiendo, especialmente, a la *vis atractiva* que se le reconoce en el artículo 9.2 LOPJ y a un elemental principio de economía procesal, para evitar el «peregrinaje jurídico-judicial» que de otra forma se produciría (STS de 25 de octubre de 1989). En definitiva, la cuestión antedicha está resuelta de una manera definitiva según se determina en el artículo 2 e) LJCA, de 13 de julio de 1998.

Responsabilidad médico-sanitaria de un servicio público de prestación médica a una persona particular: naturaleza subjetiva.—Esta responsabilidad es de naturaleza subjetiva, no objetiva, pues se halla enmarcada en el concepto clásico de la culpa en el sentido subjetivo, como omisión de la diligencia exigible en cada caso (SSTS de 13 de julio de 1987, 12 de febrero de 1988, 28 de febrero y 8 de octubre de 1992). Al no existir en el obligado actuación u omisión negligente, no puede hablarse de la exigencia de indemnización de daños físicos o morales y mucho menos de perjuicios, pues otro

enfoque llevaría ineludiblemente a una incongruencia, absolutamente incompatible en una tutela judicial efectiva.

La doctrina de la *lex artis ad hoc*.—Esta doctrina supone una norma de valoración que es la adecuada a la generalidad de actuaciones profesionales médicas ante casos similares y que debe ser aplicada a una concreta y determinada actuación médica, sin que ello pueda significar una apuesta segura de sanación o curación médica total o parcial. (STS de 18 de septiembre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Doña R.E.R. fue sometida a dos operaciones de hernias discales practicadas por médicos de la seguridad social. A pesar de ello persistieron las molestias por lo que la paciente acudió a un médico privado el cual le practicó una nueva intervención lo que le produjo una indudable mejoría y su curación total. Doña R.E.R. demandó al Servicio Andaluz de Salud, del que dependía el centro y los médicos que la intervinieron en las dos primeras ocasiones, en reclamación de daños y perjuicios. El Juzgado estimó en parte la demanda. La Audiencia la revocó al apreciar parcialmente los recursos del demandante y demandado. El TS dio lugar a la casación al entender que la desaparición de dolores y curación de la actora pudiera ser debido a una mayor competencia del médico privado, pero nunca quedó demostrado que la actuación de los facultativos de Servicio Andaluz de Salud hubieran errado en el diagnóstico o actuado negligentemente en su actividad quirúrgica. (I. D.—L.)

54. Responsabilidad médica: asistencia médica en un parto con resultados de lesiones graves para la madre. Responsabilidad por hecho ajeno del INSALUD: carácter objetivo.—La base jurídica de la acción contra el INSALUD es la responsabilidad por hecho ajeno del párrafo 4.º del artículo 1903 CC y que con frecuencia se aplica a este Instituto (SSTS de 7 de junio de 1988, 11 de octubre de 1995, 3 de septiembre de 1996, 21 de julio de 1997 y 29 de junio de 1999, entre otras muchas).

La responsabilidad del empresario, en general, tiene un matiz marcadamente objetivo, fundándose en la responsabilidad por riesgo y en la culpa *in vigilando* o *in eligendo* (SSTS de 4 de febrero de 1986, 16 de abril de 1993, 27 de septiembre y 6 de octubre de 1994, entre otras).

Aplicación también al INSALUD del régimen de responsabilidad objetiva prevenido en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios: incumplimiento de los niveles de eficacia, pureza y seguridad exigidos al servicio sanitario.—Tal y como ha proclamado la jurisprudencia, son aplicables al supuesto enjuiciado los artículos 1, 26 y 28 LGDCU, y ello, en cuanto la demandante es consumidora, ha utilizado unos servicios, entre los que se incluyen los sanitarios, y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva. Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el servicio sanitario, entre otros. Así, pues, en el caso, producido y constatado el daño, se

dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario.

Indemnización de daños y perjuicios: factores determinantes del cálculo resarcitorio.—La edad de la actora, el daño sufrido y el daño que puede sufrir dada la situación de riesgo en la que permanece, y, asimismo, atendidos otros casos de daños corporales cuya cuantía de la indemnización ha fijado esta Sala.

Prescripción de la acción derivada del artículo 1968.2.º CC.—Al plantearse una acción de reclamación del cumplimiento de la obligación de indemnizar el daño que sufrió la demandante en un hospital, es decir, ejercita su derecho de crédito respecto a dicha obligación, es claro que se está ante el plazo de prescripción anual que contempla el artículo 1968.2.º CC.

Prescripción: presupuestos, efectos, fundamento y aplicación restrictiva.—En virtud del instituto de la prescripción se produce, si concurren sus presupuestos (inactividad del derecho y transcurso del tiempo), la extinción del derecho subjetivo (SSTS de 30 de mayo de 1992, 14 de julio de 1993 y 26 de septiembre de 1995). El instituto de la prescripción, en tanto que no se funda en estricta justicia, debe ser objeto de trato cauteloso y aplicación restrictiva (SSTS de 14 de julio de 1993, 20 de junio de 1994 y 26 de septiembre de 1995).

Comienzo del cómputo del plazo: cesación de los daños.—Si realmente persiste el daño, no se ha producido inactividad del derecho ni ha comenzado el tiempo de la prescripción (la acción «sigue viva»). El plazo debe comenzar desde que cesaron los mismos (STS de 19 de septiembre de 1986).

Comienzo del cómputo del plazo: fijación del resultado dañoso; conocimiento del quebranto padecido.—El cómputo del plazo de prescripción del artículo 1968.2.º CC comienza desde el momento en que se fija con toda exactitud y en toda su extensión el resultado dañoso (STS de 25 de febrero de 1987).

La idea que se reitera constantemente por la jurisprudencia es que para el cómputo del plazo de prescripción previsto en el artículo 1968.2.º CC hay que atenerse al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido según el alta médica (SSTS de 8 de junio de 1987, 15 de julio de 1991 y 14 de febrero de 1994).

La fecha inicial del cómputo, *dies a quo*, del plazo de prescripción prevenido en el artículo 1968.2.º CC no es la del alta de enfermedad cuando quedan secuelas, sino cuando se sabe exactamente su alcance, es decir, a partir del conocimiento del quebranto padecido (SSTS de 26 de mayo de 1994, 31 de marzo y 22 de abril de 1995). (STS de 22 de noviembre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El 28 de septiembre de 1988, la actora, de treinta años, tuvo un parto normal. Al día siguiente se le retiró un catéter colocado en el parto dándose la circunstancia que un segmento de éste se le quedó dentro del cuerpo. Tras varios intentos de extracción sin éxito, se le localiza en una arteria pulmonar. El 15 de octubre de 1988 se da el alta hospitalaria a la demandante en la que se advierte lo siguiente: a) de momento no se recomienda la intervención quirúrgica; b) la posibilidad de complicación; y c) la necesidad de tratamiento y controles periódicos. El 31 de julio de 1992, después de haber pasado los controles indicados, presenta demanda en la que reclama cien millones de pesetas de indemnización al INSA-LUD (de quien dependen los hospitales donde fue atendida), al fabricante del catéter, al Jefe de Servicio del Hospital en que fue

atendida del parto, y a la compañía aseguradora. Tanto el Juzgado como la Audiencia desestimaron la demanda al estimar la excepción de prescripción. El TS da lugar en parte al recurso de casación al condenar al INSALUD a indemnizar a la actora con treinta millones de pesetas. (I. D.-L.)

55. Implantación de anticonceptivos defectuosos: aplicación de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (art. 28, párrafo 2.º, Ley 26/1984, de 19 de julio).—El régimen especial de responsabilidad establecido en los artículos 26, 27 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios es plenamente aplicable en los supuestos de prestaciones de servicios sanitarios (art. 28, párrafo 2.º, de la mencionada ley). Entre los servicios sanitarios cabe incluir la implantación de dispositivos intrauterinos anticonceptivos.

Responsabilidad ex artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio.—Del artículo 28, párrafo 1.º, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, se deduce la presunción *iure et de iure* de que los servicios prestados reúnen las garantías exigidas en orden a la eficacia y seguridad del producto suministrado (SSTS de 1 de julio de 1997 y 9 de junio de 1998).

Daños producidos por gestación no deseada a consecuencia de la implantación de un anticonceptivo defectuoso. Responsabilidad del titular del centro que realizó el implante: fundamento (art. 1902 CC).—El régimen normativo establecido en los artículos 26, 27 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio no excluye la aplicación de los artículos 1902 o 1903 CC, o del artículo 1101, del mismo cuerpo legal, en los casos de culpa contractual. En el supuesto de daños derivados por la gestación no deseada a consecuencia de la implantación de un anticonceptivo defectuoso, el titular del centro que realizó el implante es responsable directo. Dicha responsabilidad se fundamenta en el artículo 1902 CC, pues, ha realizado una conducta negligente consistente en suministrar y disponer de anticonceptivos con deficiencias sin percatarse previamente si los mismos resultaban aptos para el uso que se destinan. Lo cual es constitutivo de una grave omisión contemplada en el artículo 1902 CC.

Responsabilidad directa del titular del centro y del fabricante del anticonceptivo. Aplicación de la Ley 22/1994, de productos defectuosos.—El titular del centro que realizó el implante es responsable directo. Queda excluida la aplicación del artículo 1903 CC, en cuanto que entre el referido centro y la entidad que fabricó el anticonceptivo o lo distribuyó, no existe relación de dependencia ni cualquiera otra de las previstas en el artículo 1903 CC. En consecuencia, tanto el referido centro, como el fabricante del anticonceptivo defectuoso son responsables directos y solidarios, ya que, los dos han tenido una intervención conjunta y decisiva en la producción del daño (art. 8 de la Directiva Comunitaria de 25 de julio de 1985, transpuesta al Derecho español por la Ley 22/1994 de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos). (STS de 24 de septiembre de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—A consecuencia de la implantación de un anticonceptivo defectuoso, la receptora del mismo queda en estado de gestación. En concreto, se trataba de un anticonceptivo intrauterino modelo DIU S.A. de plata. La receptora de dicho dispositivo demanda conjuntamente al titular del Centro de Planificación Fami-

liar que realizó el implante y a la empresa que lo fabrica. En primera y segunda instancia prosperó la reclamación de la actora. El TS no da lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

56. Responsabilidad objetiva: daños originados por la utilización de productos farmacéuticos en general y en fase de investigación clínica. Aplicación del artículo 28.2 de la LGDCU.—Queda sometido al régimen de responsabilidad puramente objetiva del artículo 28.2 LGDCU, el daño sufrido por el consumidor debido a la utilización del producto farmacéutico; el uso y consumo de tal producto farmacéutico en fase de investigación clínica debe estar rodeada de requisitos, garantías y consentimiento informado, con un régimen de responsabilidad reforzada, lo que ha desarrollado la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento.

La responsabilidad objetiva es ajena a la cuestión de la culpa y es esencial en ella la del nexa causal.—La casación debe ser estimada al quedar acreditado el nexa causal entre la actuación (fabricación de producto farmacéutico) de la sociedad demandada y el daño personal y moral que sufre el demandante, siendo intrascendente jurídicamente el elemento de la culpabilidad en esta responsabilidad objetiva.

Daños personales, materiales y morales. Cuantificación: criterio de discrecionalidad.—El daño es el menoscabo que soporta una persona, en su misma persona, vida e integridad física, como ser humano (daño personal) o en el patrimonio de que es titular, daño emergente y lucro cesante (daño material) o en su espíritu (daño moral). La cuantía de los mismos se fija a partir de criterios de discrecionalidad, comparativos con situaciones semejantes incluso más graves. (STS de 5 de octubre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El actor interpuso su acción contra unos laboratorios que fabricaron un producto farmacéutico que contenía virus productores de «hepatitis C». Ello fue debido a la materia prima empleada, plasma sanguíneo infectado de dicho virus, suministrada por Bancos de sangre, que la obtenían de los donantes de sangre. Tal producto fue suministrado al demandante que sufrió gravísimas alteraciones en su salud hasta quedar con hepatitis crónica activa. El Juzgado desestimó la demanda al negar la existencia de culpa o negligencia y no admitió la aplicación de los artículos 25 a 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios. La Audiencia confirmó la resolución de instancia y el TS estimó el recurso de casación de la demandante al quedar acreditado el nexa causal y condenó a los laboratorios a indemnizar al perjudicado con treinta y cinco millones por daños personales y quince millones por los morales. (I. D.—L.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

57. Buena fe.—La buena fe, en el campo de los derechos reales, no es un estado de conducta, como ocurre en las obligaciones y contratos (arts.1269 y ss. CC), sino de conocimiento, según se evidencia con las dicciones de los artículos 433 y 1950 del citado código, que nada tiene que ver con las maqui-

naciones y el engaño, sino pura y simplemente con el creer o ignorar si la titularidad dominical del transferente era o no exacta.

Usucapión.—El título adquisitivo (contrato de compraventa) no adolece de ningún vicio invalidante del mismo, careciendo de dicha condición el hecho de no haber pagado los compradores el precio total de la compraventa, pues dicha falta de pago (que afectaría, más que a la buena fe en los sentidos antes expuestos, al requisito del justo título), si bien hubiera podido dar lugar a una resolución del contrato (si la misma hubiera sido ejercitada oportunamente), no impide que se pueda consumir la usucapión ordinaria en favor del comprador, ya que por justo título ha de entenderse el que legalmente baste para transmitir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate y en este concepto podrán comprenderse los contratos anulables, rescindibles, revocables o resolubles. (STS de 17 de julio de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Don Justino C.M., formuló ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valladolid, demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don Rafael J.R. y doña Magdalena C.G., sobre resolución de contrato de compraventa por impago de precio aplazado. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en fecha 19 de octubre de 1992 desestimando la demanda. La Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid dictó sentencia en fecha 21 de marzo de 1994 estimando el recurso de apelación. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

58. Prescripción adquisitiva.—La prescripción ordinaria como la extraordinaria no pueden tener lugar, en armonía con el artículo 1941 CC sin la base cierta de una posesión continuada durante todo el tiempo necesario para prescribir en concepto de dueño (SS de 17 de febrero de 1894, 27 de noviembre de 1923, 24 de diciembre de 1928, 29 de enero de 1953 y 4 de julio de 1963, que «la posesión en concepto de dueño como requisito esencial básico, tanto de la usucapión ordinaria como de la extraordinaria, no es un concepto puramente subjetivo o intencional», ya que el poseedor por mera tolerancia o por título personal, desconociendo el dominio en otra persona, no puede adquirir por prescripción, aunque quiera dejar de poseer en un concepto y pasar al *animus domini* (S de 19 de junio de 1984). Para que pueda originarse la prescripción adquisitiva, incluso la extraordinaria, como medio de adquirir el dominio, se requiere, no sólo el transcurso de los treinta años sin interrupción en la posesión, sino también que esta posesión no sea simple tenencia material o la posesión natural, sino que sea civil, es decir, la tenencia a la intención de haber la cosa como suya, en concepto de dueño.

Negocio fiduciario.—El negocio o contrato fiduciario jurisprudencialmente ha sido definido como aquel convenio anómalo en el que concurren dos contratos independientes, uno, real, de transmisión plena del dominio, eficaz *erga omnes*, y otro obligacional, válido *inter partes*, destinado a compelel al adquirente a actuar de forma que no impida el rescate de los bienes cuando se dé el supuesto obligacional pactado. (STS de 16 de noviembre de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Don José G.L., doña Juana G.L. y don Avelino R., formularon demanda de menor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Vigo, contra doña María Fernanda G.S., doña Josefa S.R. y contra los demás herederos desconocidos de don Fer-

nando G.L. sobre elevación a escritura pública de documento privado otorgado por don Fernando G.L. y por doña Especiosa L.C. en Vigo el día 16 de junio de 1947 en el que reconoció como de la propiedad exclusiva de doña Especiosa L.C. las fincas nombradas «Ladeira» o «Arena» y «Vista Alegre» en la parroquia de Santa Cristina de La Ramallosa. El Juzgado de Primera Instancia en sentencia de 16 de marzo de 1988 desestimó la demanda. La Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña dictó sentencia en fecha 10 de mayo de 1991 estimando el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

59. Construcción extralimitada.—El artículo 361 CC regula la posibilidad de incorporación dominical de quien no es propietario de la finca (terreno o suelo), por haber realizado en la misma obras constructivas, empleando materiales propios y contando con el consentimiento y autorización de quien era el dueño en dicho momento. Acreditada la construcción extralimitada, actúa, en cierto sentido, como una modalidad de acceso a la propiedad de la obra levantada para quien resulte ser dueño del terreno y también, en su caso, a favor del edificante respecto al suelo en que se asienta la construcción incorporada, obediendo la solución de la ley a razones de política y economía social y de buena voluntad.

Acción reivindicatoria.—«La opción que establece el artículo 361 excluye la procedencia de la reivindicatoria total ejercitada. La extralimitación constructiva es evidente y real, concurriendo las demás circunstancias y requisitos exigidos por la ley y los que la jurisprudencia civil ha ido precisando. El derecho indemnizatorio del demandado no se le puede desconocer al referirse la cuestión a accesión inmobiliaria por edificación concurriendo buena fe, así como indivisibilidad entre el suelo propio y lo construido sobre el mismo.» También resulta insuficiente el hecho de que las recurrentes, en un intento último de legalizar las construcciones, ante el fracaso del procedimiento del artículo 41 LH que promovieron, hubieran otorgado la escritura pública de 21 de enero de 1986, de declaración de obra construida, por carecer de adverbación probatoria en cuanto a que hubieran llevado a cabo las edificaciones a sus expensas. (STS de 19 de julio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña María del Carmen y doña Gertrudis Elena Lucía M. de la R. formularon demanda ante el Juzgado núm. 3 de los de La Laguna contra don Roberto Saturnino M. G. sobre acción declarativa y reivindicatoria de dominio (accesión inmobiliaria por edificación). El Juez de Primera Instancia núm. 3 de La Laguna dictó sentencia el 11 de julio de 1994, desestimando la demanda. La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, pronunció sentencia con fecha 29 de octubre de 1994, desestimando el recurso de apelación. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

60. Accesión invertida.—En el presente supuesto, estamos como sostiene la parte recurrente, en una situación no contemplada en la normativa legal, en cuanto que en ordenamientos extranjeros se contemplan los supuestos de la llamada construcción extralimitada, y aunque «la doctrina jurisprudencial ha llenado este vacío con la llamada accesión invertida, atribuyendo la propiedad del suelo al constructor que ha invadido ilegalmente la propiedad ajena, previa la correspondiente indemnización, sin embargo, para que tal

suceda ha requerido siempre la existencia de la buena fe en el constructor, esto es que la invasión se haya producido, en la creencia de que se estaba construyendo sobre terreno propio o sobre el cual se tenía derecho a construir», situación que no se ha producido en el caso de autos, por lo que partiendo de que se entiende que no son de aplicación los artículos 361 y ss. CC que contemplan, supuestos en los que se ha construido enteramente en terreno ajeno; ni tampoco sirven los principios mantenidos por el recurrente en su recurso, que son los que han servido para la creación de la doctrina de la accesión invertida, en la que se exige como uno de los requisitos fundamentales, la buena fe, que no se da en el caso de autos, por lo que «hay necesidad ante la existencia de una laguna legal, de colmar la misma con los preceptos del Código referentes a la edificación o plantación con mala fe en terreno ajeno», por lo tanto hay que declarar que la propiedad de lo edificado en terreno del actor, pertenece a éste y proceder a lanzar del mismo a los demandados. Cuestión distinta es lo que puede ocurrir en ejecución de sentencia en atención a la indivisibilidad de lo edificado, no tanto por no poderse hacer tal división por imposibilidad física, por dificultades arquitectónicas, sino también por el considerable perjuicio económico que tal división supondría, debido a la funcionalidad del pabellón construido en relación con el resto del complejo que, en atención a la sanción a la mala fe que mantienen los preceptos aludidos, no sería sólo el valor del suelo, sino también el valor de lo edificado en el solar del actor. Por lo que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 924 LEC, al no poder ejecutar la sentencia en sus propios términos, se procederá de acuerdo a lo establecido en los artículos 928 y ss. y no como pretenden los recurrentes con el pago del valor del solar invadido y el menoscabo patrimonial que repercute sobre el resto de la finca a causa de la segregación, que en este supuesto y atendido a la extensión de la parcela de 580 metros cuadrados, y al haber invadido la mayor parte de ella, lo que ha supuesto según el dictamen pericial el dejar nulo de valor el resto de la finca del recurrido, al no ser el mismo susceptible de edificación y aprovechamiento urbano, lo que ha supuesto funcionalmente la invasión total de la finca, indemnización que ha de temperarse al ejercicio normal del derecho reconocido al dueño del solar invadido; actuación de los constructores mantenida no obstante a la oposición constante del dueño del predio invadido, que fue manifestada: primero, mediante un requerimiento notarial, seguido después, de dos procedimientos judiciales: un juicio de obra nueva, y finalmente de un procedimiento declarativo de deslinde. (STS de 27 de enero de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Don Marcos T.Ch., formuló ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ibiza demanda contra don Juan C.T., doña María del Carmen C.G. y contra don Agustín A.L., ejercitando la acción declarativa de dominio y consiguiente reivindicatoria de lo edificado indebidamente por los demandados sobre los terrenos propiedad del actor, suplicando que se declare que todo lo construido por los demandados sobre la porción de terreno propiedad de don Marcos T.Ch. es propiedad de este último, sin que por ello deba indemnizar a los demandados en cantidad alguna. A su vez los demandados formularon demanda contra don Marcos T.Ch produciéndose la acumulación de autos. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en fecha 15 de febrero de 1993, estimando la demanda formulada por don Marcos T.Ch. contra don Juan C. T., doña María del Carmen C.G. y don Agustín A.L. La Sección 4.ª de la

Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dictó sentencia en fecha 6 de marzo de 1995, desestimando el recurso de apelación. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

61. Privación de la propiedad por incautación. Prescripción de la acción reivindicatoria.—El acto de fuerza realizado el 25 de agosto de 1936 por el Delegado Civil del municipio de Muxía, con el apoderamiento e incautación de la casa cuestionada en perjuicio de sus legítimos dueños y despojo de su uso a los socios del «Casino de Artesanos», fue un acto ilegal, sin que cupiera efectuar reclamación alguna por los despojados y perjudicados, los cuales fueron calificados como miembros de Izquierda Republicana, no sólo contra la privación, sino tampoco contra quienes, protegidos por la situación, ocuparon la casa, debido a que el ordenamiento político entonces surgido carecía de garantías para toda persona contraria al mismo, de donde sobrevino la imposibilidad de ejercitar la acción correspondiente hasta la publicación de la CE el 29 de diciembre de 1978, de modo que la posesión del inmueble por don Manuel V.S. no pudo generar la propiedad, ni la extinción de la acción por su prescripción. El acto de ámbito público referido derivó de una acción política efectuada durante las circunstancias extraordinarias concurrentes en los primeros momentos de la guerra civil de España, y no hay duda que significó un acto de fuerza, arbitrario e ilegal, y, una vez finalizada la contienda, el inmueble fue utilizado, entre otros usos, como comedor de auxilio social, hasta que, aproximadamente en el año 1950, fue abandonado por los incautadores, empero no devuelto a sus legítimos propietarios, y más tarde de la indicada dejación, en una época no concretada con exactitud, más situada durante la década iniciada en el año 1950 ha sido detentada por don Manuel V. S., padre de uno de los codemandados, hasta el fallecimiento de aquél, ocurrió el 14 de enero de 1983. Habida cuenta de que el edificio no fue reintegrado a sus legítimos propietarios, la cuestión estriba en determinar si la acción reivindicatoria pudo ser utilizada por los dueños del inmueble, no sólo en el ciclo de la guerra civil, sino después, durante la permanencia del régimen político instaurado en España. Es evidente la situación coactiva y de omisión de Estado de Derecho que prevaleció en España hasta la publicación de la CE en fecha de 29 de diciembre de 1978. De lo explicado, se deduce que los dueños del inmueble objeto del debate tenían imposibilitado el ejercicio, pero no prescrita la acción que les asistía, y que recobró plena eficacia a partir del 29 de diciembre de 1978, en que se publicó la CE (DF) —en cuyo art. 33.3, por cierto, se establece que «nadie puede ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública e interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes»—, y España se constituyó en un Estado social y democrático de derecho, cuya fecha ha de tenerse en cuenta como el momento inicial desde el que pudo ejercitarse la acción de recobro esgrimida en el pleito. (STS de 25 de enero de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Doña Julia V.L., doña María del Carmen L.A. y don Juan José M.M., promovieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre declaración de herederos y cancelación de inscripción registral, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Corcubión, en fecha 3 de julio de 1991, contra don José Ramón V.V. y doña Hermitas R.C. sobre la cuestión ya reseñada. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Corcubión dictó sentencia, en fecha 16

de julio de 1993 desestimando la demanda. La Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de A Coruña dictó sentencia, en fecha 22 de noviembre de 1994 y estimó parcialmente el recurso interpuesto. El TS estimó el recurso. (A. J. C.)

62. Propiedad horizontal. Libro de Actas.—El libro de actas constituye el mejor medio de prueba en cuanto que en él constan los acuerdos formados con las previsiones legales, «pero la falta de constancia no implica la inexistencia del acuerdo, sino la necesidad de probarlo de una manera mucho más laboriosa y difícil. La expresión se reflejarán» del artículo 17 LPH no significa que se establezca una forma sustancial para la existencia y validez del acuerdo ni así puede entenderse por su trascendencia, sino una obligación a cumplir por los órganos rectores en beneficio de los comuneros, que pueden exigirles aquel cumplimiento.

Impugnación de acuerdos.—No se puede impugnar obviamente un acuerdo de Junta de Propietarios cuya existencia no aparece probada por parte alguna según se ha dicho con anterioridad. Aunque hipotéticamente existiese, como la Audiencia afirma que fue mayoritario nada hay que impugnar, pues afectante a elementos comunes (subsuelo, conducciones, bajantes, etc.) debió de ser tomado por unanimidad (la LPH de 1960 es la que regía en el momento en que se inició este proceso). Si el acuerdo no alcanza la unanimidad no puede decirse jurídicamente que hay que impugnarlo para evitar su eficacia; le falta para esto último un requisito sustancial. Que el servicio del nuevo espacio sea ya no sólo común sino privativo de los demandados nada significa en cuanto al beneficio que éstos obtienen a costa de la Comunidad. Que las obras no alteren elementos estructurales sustanciales nada significa para que un comunero no cumpla la prohibición de hacer obras en elementos comunes; la LPH no condiciona ni subordina a nada aquella prohibición (art. 7, párrafo 2) y por tanto se requiere la unanimidad. (STS de 7 de octubre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Don Carlos T.M. y otros, propietarios todos ellos de distintos pisos situados en el edificio de la calle Poniente de Granollers, demandaron en juicio declarativo de menor cuantía a don Elías M.S. y doña Elisabet B.R., copropietarios por mitades de los locales de la planta baja del citado inmueble, alegando que han construido sótanos en el subsuelo, con acceso directo desde sus locales, vaciando las tierras correspondientes a esos sótanos y afectando a servicios comunes de la edificación, como desagües, instalaciones de agua potable y de suministro eléctrico, el trazado de los cuales ha tenido que ser rectificado, así como tirando paredes y cámaras y alterando pendientes de los bajantes, todo ello en aras de obtener más espacio para un mayor aprovechamiento comercial. Solicitaban que se declarase que los demandados habían actuado sin permiso de la Comunidad de Propietarios y se les condenase solidariamente a que deshagan lo mal hecho para que vuelva a su estado anterior el subsuelo e instalaciones, o en su caso corran con los gastos de las obras necesarias para ello. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Granollers estimó la demanda, que fue apelada por los demandados, revocando la Audiencia la sentencia de primera instancia. El TS estimó el recurso de casación. (A. J. C.)

63. Propiedad intelectual. Legitimación activa de la Sociedad General de Autores y Editores.—«En torno a dos principios, existencia de un interés general en la protección de la propiedad intelectual en España y de protección real, concreta y efectiva de los derechos de autor, ha de girar la interpretación de los preceptos de la Ley de Propiedad Intelectual». La Ley 22/1987, regula las entidades de gestión colectiva pues, afirma el Preámbulo, «es un hecho reconocido por las Instituciones de la Comunidad Europea, que los derechos de propiedad intelectual únicamente pueden lograr su real efectividad actuando colectivamente a través de organizaciones que ejerzan facultades de mediación o gestión de los derechos mencionados, siendo una de las condiciones para la concesión de la autorización administrativa a estas entidades el que la autorización favorezca los intereses generales de la protección de la propiedad intelectual en España»; si es cierto que la Ley de 11 de noviembre de 1987 puso término a la situación de monopolio legal de la SGAE derivada de la Ley de 24 de junio de 1941, no es menos cierto que la única entidad de gestión que en la actualidad se encuentra autorizada por la Administración para la gestión de la modalidad de derechos de autor a que este litigio se refiere es la recurrente SGAE y, por tanto, la única que en virtud de esa situación monopolística de facto, se halla en condiciones de conceder, de conformidad con el régimen jurídico que a las mismas sujeta la Ley de Propiedad Intelectual, autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados y de celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio —art. 142.1 a) y c)—, autorizaciones y contratos que la entidad de gestión viene obligada ineludiblemente a conceder y celebrar. Cuando el artículo 135 LPI, redacción de 1987, establece que «las entidades de gestión una vez autorizadas, estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales», debe entenderse partiendo de lo antes dicho, que la expresión «derechos confiados a su gestión» puesta en relación con la de «en los términos que resulten de sus estatutos», se refiere a aquellos derechos cuya gestión in genere constituye, de acuerdo con los estatutos, el objeto de actuación de la entidad de gestión, no a los concretos derechos individuales que, mediante contratos con los titulares de los mismos o acuerdos con otras organizaciones de idéntica finalidad, les hayan sido encomendados para su gestión; «se atribuye así a la SGAE legitimación para la defensa en juicio de los derechos a que se extiende su actividad». El legislador, unas veces de forma expresa y otras de forma presunta, con presunción que ha de entenderse *iuris tantum*, atribuye legitimación a las entidades y asociaciones encargadas de la protección y defensa de determinados derechos e intereses, sin necesidad, por tanto, de acreditar la representación de cada uno de sus miembros y asociados. Entre esas entidades a las que se reconoce legitimación presunta, nacida del régimen jurídico a que están sometidas y de los derechos que gestionan, están las entidades de gestión de los derechos de autor para cuando se trata de la defensa de los derechos de comunicación que requieren una autorización global [art. 142.1 a) de la Ley de 1987]. (STS de 29 de octubre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—La Sociedad General de Autores de España, formuló demanda de menor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Puerto del Rosario, contra *Inmobiliaria Samimar, S.A.*, sobre cumplimiento de obligaciones legales y demás responsabilidades. Emplazada la demandada, contestó suplicando al Juzgado

dictase sentencia por la que acogíendose la excepción de falta de legitimación activa, se desestime la demanda sin entrar en el fondo de la cuestión litigiosa. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 del Puerto del Rosario, dictó sentencia en fecha 31 de mayo de 1995, estimando la demanda. La Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas dictó sentencia en fecha 2 de noviembre de 1996, estimando el recurso de apelación. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

64. Hipoteca de máximo.—La hipoteca de máximo viene caracterizada porque garantiza únicamente la existencia de un gravamen sobre finca identificada, de importe cierto, pero sin referencia sobre la existencia de una obligación afianzada por la hipoteca (Resolución de la DGRN de 16 de marzo de 1929). El título para su ejecución no es por sí solo la escritura de constitución, ya que no acredita de modo fehaciente la existencia, vencimiento y exigibilidad de la deuda, resultando el pacto sobre la determinación del saldo válido, conforme al artículo 153 LH.

Cancelación.—Si bien la escritura de hipoteca se refiere y grava dos apartamentos (uno de ellos el discutido en la litis), sucede que la responsabilidad hipotecaria y el crédito garantizado aparecen distribuidos respecto a dichos inmuebles, lo que facilita su inscripción registral y cancelación consecuente, aunque se trate de acto jurídico constitutivo único (art. 124 LH). De no tener lugar dicha cancelación voluntaria —en este caso por causa de la oposición del acreedor—, puede obtenerse judicialmente, operando en virtud de sentencia firme, pues como acertadamente dice la RDGRN de 18 de mayo de 1992 es regla general de nuestro ordenamiento hipotecario que la rectificación registral, y cancelación no son más que una modalidad específica y precisa el consentimiento del titular registral, y si no se da o no lo presta, procede por resolución judicial dictada en juicio correspondiente, dotada de firmeza, conforme a los artículos 38 y 40 LH, en relación con su artículo 38. (STS de 3 de julio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Apto Limite* presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella contra el *Banco Exterior de España, Sociedad Anónima*, solicitando la cancelación de la hipoteca que grava la finca propiedad de *Apto Limited*, con la consiguiente cancelación de su inscripción registral. El Juzgado de Primera Instancia de Marbella núm. 3 dictó sentencia el 24 de diciembre de 1993, estimando íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.ª, pronunció sentencia con fecha 27 de octubre de 1994, desestimando el recurso de apelación. El TS no dio lugar a la casación. (A. J. C.)

65. Prioridad registral.—«El principio registral de la prioridad en el tiempo —prior in tempore, potior in iure— y que supone, lisa y llanamente, que el derecho inscrito anterior es preferente respecto al posterior. Ahora bien, el caso de la concurrencia de dos o más hipotecas sobre una finca, es uno de los ejemplos emblemáticos dentro de la prioridad registral; y hay que afirmar paladinamente que la hipoteca inscrita anteriormente prevalece sobre la inscrita después»; teniendo en cuenta, además, que a efectos de la prioridad, la fecha de la inscripción es la del asiento de presentación del documento correspondiente, según preconizan los artículos 24 y 25 LH, y sobre todo teniendo

en cuenta que la inscripción registral de la hipoteca tiene naturaleza constitutiva, según se determina en el artículo 1875.1 CC y el artículo 145 LH.

Posposición de rango.—El acreedor que hubiera tenido que posponer debe consentirlo expresamente, requisito ineludible que establece para esta actividad negocial el artículo 241 RH ya que «el dato de hacer constar en la segunda escritura de hipoteca que ya había otra anterior de préstamo hipotecario no implica, en caso alguno, un negocio jurídico de posposición de rango».

Buena fe.—La buena fe tiene una especial importancia en el Derecho registral inmobiliario, donde puede ser estimada como un verdadero principio hipotecario. Cierta doctrina especializada, por su parte, afirma que dicha buena fe registral que debe exigirse al titular inscrito es lisa y llanamente una buena fe de tráfico, una falta de intención dolosa, una carencia de ánimo fraudulento. Y ciertamente, que si para estar amparado el adquirente del titular registral precisara el requisito de una previa investigación a ultranza de las vicisitudes extrarregistrales por las que atraviesa o ha atravesado la finca comprada, para el reconocimiento exacto de la libertad y pureza de la transmisión, «el instrumento jurídico del Registro de la Propiedad no tendría más valor que el de una mera oficina informativa sin alcances vinculatorios en el orden de las transmisiones de titularidad», lo que está en discordancia con la letra y el espíritu de las normas que lo regulan. Y en el presente caso nunca se podrá hablar de mala fe-fraude, ni siquiera de mala fe-conocimiento que es la que debe configurar el principio registral en cuestión; desde el instante mismo que transcurrieron cinco meses desde que se otorgó la primera escritura a favor de la parte recurrente sin tener acceso al Registro de la Propiedad, por causas, se vuelve a repetir, sólo achacables a la referida parte recurrente. (STS de 26 de enero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—*Citibank España, Sociedad Anónima*, formuló demanda contra *Banco Pastor, S.A.*, y contra don José Julián G. ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de los de Zaragoza, suplicando al Juzgado que dicte en su día sentencia por la que declarando que existe un negocio jurídico de posposición entre los demandados a favor de *Citibank España, S.A.*, aceptado por éste, condene a los demandados a otorgar escritura pública en la que conste que la hipoteca constituida a favor de *Citibank España, S.A.*, inscrita ya en el Registro de la Propiedad de Zaragoza, núm. 2 que grava la finca registral núm. ... de dicho Registro para responder de un principal de 30.000.000 de pesetas y 15.000.000 de pesetas más para intereses y costas con un plazo de duración de hasta el 5 de agosto del año 2001, es preferente respecto de la hipoteca de máximo constituida a favor del *Banco Pastor, S.A.*, que consta en la inscripción de dicha finca núm. ... del Registro de la Propiedad núm. 2 de Zaragoza. Para el hipotético caso de que no se aprecie la existencia del negocio jurídico referido en el párrafo anterior se declare que *Banco Pastor, S.A.*, no puede, en relación con la hipoteca constituida a su favor constante en la inscripción de la finca núm. ... del Registro de la Propiedad núm. 2 de Zaragoza, ostentar la prioridad registral sobre la hipoteca constituida a favor de mi mandante constante en la inscripción de la misma finca, por carecer de buena fe, ordenando al Registro de la Propiedad citado haga constar la prioridad registral de la carga hipotecaria consti-

tuida a favor del demandante. El citado Juzgado con fecha 14 de diciembre de 1993 desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza, en Sentencia dictada por la Sección 4.ª, con fecha 25 de octubre de 1994 desestimó el recurso de apelación. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

66. Doble venta.—El problema, referente a la venta de una misma cosa a diferentes compradores, está resuelto claramente por el artículo 1473 CC: si el bien transmitido fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. El precepto es imperativo (pertenecerá) y no deja lugar a dudas. Deben compararse las dos adquisiciones en pugna y reconocer la titularidad del que tenga un asiento más antiguo.

Doble inmatriculación.—Existe una jurisprudencia muy reiterada de esta Sala según la cual en los supuestos de doble inmatriculación se neutralizan los efectos registrales de las inscripciones contradictorias. Ello es lógico: mientras no se decida cuál de los registros particulares de las fincas (aparentemente diferentes) debe prevalecer, ambos deben beneficiarse de la cobertura de los principios hipotecarios y por ello, estando todos los asientos en pugna protegidos por el principio de veracidad registral es por lo que se anulan, se enervan, se neutralizan los resortes protectores del sistema y debe replegarse de la controversia el derecho hipotecario, reservando la resolución del contencioso al derecho civil puro y en concreto al artículo 1473 CC. Puede ocurrir que por una simple adulteración de los linderos de las fincas o por manipulaciones de otro tipo, una misma finca geográfica, una misma superficie real haya provocado un doble reflejo registral, dando lugar a la apertura de dos folios diferentes, como si se tratara de dos inmuebles distintos, cuando en la realidad física se trata de un solo predio. Surge así una discordancia entre el registro y la realidad jurídica extrarregistral. Y siempre (salvo que se demuestre la nulidad de la transmisión más pretérita) deberá prevalecer el asiento más antiguo, tanto si la disparidad tabular viene provocada por una doble venta, como por cualquier otra causa. Si la duplicidad registral fue producida por una doble venta, porque así lo impone, sin contemplaciones, el artículo 1473 CC. Si la dualidad tabular se originó en diferentes momentos transmisivos, porque así lo impone el juego de los principios hipotecarios básicos. La doble inmatriculación puede surgir por enajenaciones cronológicamente dispares aunque no provengan de una doble venta provocada por un mismo vendedor fraudulento. El artículo 313 RH es amplio y comprensivo y abarca en su regulación cualquier tipo de supuestos: basta para que entre en juego este precepto con que un titular inscrito crea que otra inscripción de finca señalada bajo número diferente se refiere al mismo inmueble. Al neutralizarse los efectos hipotecarios de las inscripciones en pugna, la más antigua no puede refugiarse en el *prior in tempore* registral ni en los otros principios hipotecarios, pues la resolución del problema hay que deferirla al Derecho civil puro. Y lo irónico del caso es que la solución civil conecta perfectamente con las exigencias del principio de prioridad. El artículo 1473 CC declara, sin paliativos, que la propiedad pertenecerá al que antes la haya inscrito en el Registro de la Propiedad, pero no hay que confundir neutralización de los asientos con la nulidad de los mismos.

Usucapión.—Al haberse neutralizado los efectos registrales de los asientos enemigos, no pueden invocarse ni las presunciones del artículo 35 LH, ni las reglas del artículo 36 del mismo cuerpo legal. Para resolver la cuestión planteada hay que acudir a la normativa del artículo 1949 CC. (STS de 19 de julio de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Don Jaime R.R., interpuso demanda en ejercicio de acción reivindicatoria, frente a los cónyuges don Marino Benjamín S. del C. y su esposa doña Laureana P. H., y frente a la entidad *Textimar, S.L.*, que a su vez reconvinieron, ya que la finca de los codeemandados don Marino Benjamín S. del C. y doña Laureana P.H., inscrita al núm. 3511, del Registro de la Propiedad núm. 2 de La Laguna, Libro de Tegueste, es físicamente la misma finca que la registral 4754, perteneciente al demandante. El Juez de Primera Instancia núm. 1 de los de La Laguna, dictó sentencia el 30 de junio de 1994, desestimando la demanda interpuesta por don Jaime R.R. y estimando la reconvencción formulada por los demandados. La Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia el 29 de octubre de 1994 estimando parcialmente el recurso interpuesto por don Jaime R.R. y doña Concepción F.S. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

DERECHO DE FAMILIA

67. Modificación del régimen económico matrimonial. Efectos respecto de terceros. Publicidad.—La mutabilidad del régimen económico matrimonial, admitido por el Código civil desde 1975, encuentra su necesaria limitación en el respeto a los derechos adquiridos con anterioridad por terceras personas, consecuencia de la relatividad del pacto capitular (arts. 1317 y 1257 CC). Esta modificación por vía capitular, del régimen económico matrimonial, requiere como requisito de oponibilidad frente a terceros de buena fe, la publicidad registral, por medio de la mención que de su otorgamiento debe hacerse en el Registro civil, al margen de la inscripción del matrimonio (arts. 77 LRC y 266 RRC). Mención, cuyos efectos son los propios de la publicidad negativa, esto es, lo no *indicado* no perjudica a tercero de buena fe que tiene derecho a considerar exacto el Registro, y, por tanto el régimen económico será el que determine la Ley en ausencia de pacto capitular, por ende, lo indicado perjudicará a tercero desde la fecha de la indicación en el Registro civil (arts. 1333 y 1317 CC) y RDGRN de 3 y 4 de junio y 18 de julio de 1991.

Ahora bien, la consideración de tercero, no la puede tener ninguno de los cónyuges, que precisamente son parte del pacto capitular y en la modificación del régimen económico de él resultante; el tercero protegido es aquel ajeno al pacto que con anterioridad a la publicidad de la modificación, haya adquirido algún derecho sobre bienes afectados por esa modificación del régimen económico matrimonial, ya por haber contratado con los cónyuges, ya por ser titular de un derecho digno de protección.

Siendo la finalidad de esta normativa la de prevenir una actuación defraudatoria para los terceros, entre ellos principalmente, los acreedores, el TS, en

numerosísimas sentencias, siendo la que nos ocupa, una de las más recientes, permite aplicar el artículo 1317 directamente, sin tener que plantearse el ejercicio de la acción rescisoria del artículo 1291-3 y 1297 CC, ni la previa declaración de nulidad o ineficacia de las capitulaciones matrimoniales. Ello determina que si la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio, lo ha sido con la intención de sustraer bienes de un patrimonio afecto a responsabilidad para trasladarlos a un patrimonio no sujeto a la misma, esa modificación es fraudulenta; fraude que subsiste y permanece aunque no se ejercite la acción rescisoria de ese negocio modificativo, pues, en todo caso la modificación va a implicar necesariamente la liquidación del régimen matrimonial anterior, en este caso, de la sociedad de gananciales, tanto del activo como del pasivo, que subsistirá, no obstante la adjudicación de bienes singulares a los cónyuges, en tanto no sea totalmente liquidado (art. 1401 CC).

Igualmente el TS distingue con claridad entre las condenas pecuniarias y la responsabilidad civil inherentes a un ilícito penal, aquéllas siguen el principio de la responsabilidad de la pena, mientras que para éstas hay que tener en cuenta las circunstancias del acto del que derivan; por ello, si esa responsabilidad es consecuencia de una actuación realizada por un cónyuge, en el ejercicio ordinario de su profesión, con conocimiento y sin oposición del otro —la misma *ratio* de los arts. 6 y 7 CCO—, y, máxime habiéndose beneficiado la propia sociedad de gananciales de esa actividad, ello determina que sea el patrimonio ganancial el que responda, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1373 CC, cuestión en que la sentencia que nos ocupa, no entró a considerar, al no haber sido oportunamente alegada en tiempo. (STS de 25 de septiembre de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Se formula demanda de tercería de dominio sobre cuatro fincas que, habiéndose adquirido durante la vigencia de la sociedad de gananciales, en virtud de capitulaciones matrimoniales se adjudicaron a la esposa. Estas fincas habían sido embargadas para garantizar la responsabilidad civil derivada de un delito de apropiación indebida en concepto de autor, por el marido, durante la vigencia de la sociedad de gananciales. Tanto el Juzgado de Primera Instancia, como en apelación, la Audiencia Provincial, declaran la preferencia del embargo debidamente anotado en el registro de la Propiedad, sobre las cuatro fincas que al tiempo eran gananciales, bajo la consideración de que la modificación del régimen matrimonial es inoponible a terceros en tanto no se le da publicidad, por lo que el pacto capitular no inscrito carece de trascendencia como título apto para levantar un embargo anterior de bienes gananciales, sin olvidar que difícilmente, el cónyuge que pacta dicha modificación no tiene el carácter de tercero protegido por el artículo 1317 y concordantes del Código civil, cuando claramente la modificación encierra un ánimo defraudatorio. El TS confirmó las sentencias de instancia y de apelación, y declaró no haber lugar al recurso de casación. (ML. V. A.)

68. **Sociedad de gananciales. Derecho de reembolso.**—El recurso se interpone al efecto de determinar el carácter que tienen las acciones nominativas recibidas como contraprestación a la aportación que hizo del negocio, explotado por el recurrente, a la constitución de la S.A., en estado de casado.

El motivo único del recurso, acusa infracción del artículo 1346.1.º, 2.º y 3.º CC, en relación con el artículo 1352 del mismo cuerpo legal. La tesis que se sostiene por el recurrente es que la sociedad ... S.A., es de carácter privativo, por haberse constituido aportando él el negocio heredado de su padre ... recibiendo a cambio las correspondientes acciones ... El motivo plantea el problema de si es aplicable al supuesto litigioso el artículo 1347.5.º CC ... Este encaje del supuesto litigioso en el previsto en el precepto citado no es acertado. En realidad, «lo que existió fue transformación y ampliación del negocio privativo durante la vigencia de la sociedad de gananciales y con cargo a los fondos de la misma y antes de su aportación y ello no hace perder al aportante su titularidad para pasar a compartirla con la sociedad, pues con arreglo a los artículos 1359 y 1360 CC, la mencionada sociedad sólo tiene derecho al reembolso del valor satisfecho actualizado (art. 1397.3.º CC). En suma, un derecho de crédito contra el aportante». Además, es indudable que no se creó ninguna nueva sociedad sino que se vistió como anónima la explotación privativa ..., el artículo 1347.5.º CC, no se refiere sino a la creación de empresas individuales con fondos comunes, o con fondos privativos o comunes, no a la de sociedades con personalidad jurídica propia distinta de la de los socios ..., la aportación dará derecho a obtener las acciones o participaciones correspondientes ..., pero la sociedad creada no será en sí misma ni ganancial ni privativa ... (STS de 18 de septiembre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Se formula recurso para la determinación del carácter privativo o ganancial de unas acciones de una S.A., que el recurrente sostiene ser de carácter privativo, por haberse constituido la S.A. aportando el recurrente, entonces casado, el negocio heredado de su padre, que con anterioridad a su muerte lo explotaba, recibiendo a cambio las correspondientes acciones. En el juicio declarativo instado por la esposa contra su cónyuge para la determinación y liquidación de los bienes de la sociedad de gananciales, recayó sentencia en primera instancia declarando el carácter ganancial de las referidas acciones. Entablado el correspondiente recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia de primera instancia estimando privativo un veinte por ciento de las repetidas acciones y el ochenta por ciento restante ganancial. El TS declaró haber lugar al recurso de casación. (ML. V. A.)

69. Matrimonio. Incumplimiento del deber de fidelidad. Desestimación de indemnización por daños morales.—En el recurso de casación se denuncian como infringidos los artículos 67 y 68 CC, en relación con el 1101 CC, y se viene a argumentar en síntesis, cuanto sigue: la Sala considera que si el legislador hubiese querido sancionar jurídicamente la infracción del deber de fidelidad conyugal, no sólo con la separación y el divorcio sino también con un específico resarcimiento del daño moral irrogado por la infidelidad, hubiese de alguna forma recogido tal posibilidad entre los efectos propios del divorcio o de la separación ... no sólo no lo ha hecho así sino que ha procurado en lo posible «descausalizar» tanto la separación como el divorcio ... el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los arts. 67 y 68 CC, son merecedores de un innegable reproche ético-social ... «es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación substantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infrac-

tor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderles dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97, e, igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, ... pues de lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar». (STS de 30 de julio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Se formula recurso por incumplimiento del deber de fidelidad, con infracción de los artículos 67 y 68 CC, exigiendo indemnización por daños morales al amparo del artículo 1101 CC. Por sentencia de 15 de febrero de 1988, se estimó la demanda interpuesta por doña M.A. contra don A. sobre disolución del matrimonio por divorcio, decretándose la resolución, por divorcio, del matrimonio, y se acordó no conceder pensión compensatoria por desequilibrio económico a don A. (el cual había sido demandado por su esposa en el año 1984, impugnando su paternidad respecto a dos hijos que habían nacido durante la vigencia de su matrimonio, recayendo sentencia en 18 de marzo 1986, en la que se declaró que don Vicente S.L., era el padre de los niños). El Juzgado de Primera Instancia en sentencia de 5 de octubre de 1992, condenó a doña M.A. a abonar a don A., en concepto de daños morales, la cantidad total de 10.000.000 de pesetas absolviéndola del resto de las peticiones formuladas contra ella, siendo revocada dicha sentencia por la dictada en 28 de noviembre de 1994 por la Audiencia Provincial. El TS declara no haber lugar al recurso. (ML. V. A.)

70. Disolución de la sociedad de gananciales desde la separación de hecho, libremente consentida por los cónyuges.—El TS, interpretando el artículo 1393-3, de conformidad con el artículo 3.1 CC «las normas deben interpretarse de conformidad a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» reconoce a la separación de hecho por mutuo acuerdo, la virtud de producir por sí, sin necesidad de declaración judicial, la disolución, que no liquidación, del régimen matrimonial, en este caso el de la sociedad de gananciales, bajo la consideración de que si no hay convivencia conyugal, no puede haber adquisiciones comunes, en este caso gananciales. Confirma con ello, el cambio del criterio tradicionalmente mantenido, entre otras en S de 7 de marzo de 1980, de que «la sociedad de gananciales subsiste, a pesar de la vida separada de los esposos, en tanto no recayese pronunciamiento judicial al respecto».

Disuelta la sociedad de gananciales, cualquiera de los cónyuges puede disponer, no de bienes concretos, sino de su cuota ganancial —en el mismo sentido STS de 8 de junio de 1999— y esta disposición exigirá las formalidades propias del negocio de que se trate.

Ello obliga, primero, a determinar la naturaleza de la renuncia. Entiende el TS que no toda renuncia traslativa de un cónyuge en favor del otro, entraña una donación, pues, ésta solo existirá si existe el *ánimus donandi*, esto, es, si una persona por voluntad propia, se empobrece en una parte de su patrimonio en beneficio de otro que se enriquece con ella, así ss. de 26 de septiembre de 1986 y 24 de junio de 1998, de tal manera que si el acto no es gratuito, sino que es el interés de las partes el que lo determina, falta uno de los requisitos necesarios para que pueda tenerse como donación (SS de 5 de mayo de 1896, 16 de febrero de 1899 y 7 de diciembre de 1948). En el caso de

autos, según la voluntad expresa del renunciante –art. 1281–, la finalidad de la renuncia era que «su cónyuge pudiera arreglarse para una buena temporada», esto es, pretendía la subsistencia no obstante el abandono, dando cumplimiento al deber de socorro mutuo entre los cónyuges. No estamos por tanto ante una donación que obligue al cumplimiento de las formalidades propias de la misma, estamos ante una cesión de una cuota cuyos requisitos formales son los exigidos por el artículo 1280 CC en relación con el artículo 1279 (SS de 3 de julio de 1943, 6 de octubre de 1965) entre otras. Cesión, que por lo demás fue aceptada, pues dicha aceptación se deriva de actos concluyentes y manifiestos respecto de terceros, cuya eficacia no podía quedar pendiente de que llegase al conocimiento del cedente, máxime como en este caso que se encontraba en paradero desconocido.

Pero además, hay que tener en cuenta que la renuncia se refiere a la cuota que al cónyuge le corresponda en la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada, y, no implica renuncia de bienes concretos y determinados, por lo que, aunque esa renuncia se configure como un negocio dispositivo gratuito, este negocio no tiene que estar sujeto a las formalidades exigidas por la Ley para determinados bienes (art. 633 CC), aunque dicha cuota renunciada a favor del otro recaiga sobre un patrimonio integrado por bienes inmuebles. (STS de 11 de octubre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.–Se formula demanda en la que, por el marido se solicita se liquide la sociedad de gananciales, con arreglo al inventario presentado por el demandante en que, entre otros bienes, se incluía el inmueble que había sido hogar familiar, y, a los que previamente el demandante, por escrito, había renunciado, cediéndoselos a su cónyuge para que pudiera subsistir cuando le abandonó, bajo una primera consideración, cual es, que la disolución de la sociedad conyugal se había producido no al tiempo del abandono del hogar, sino al tiempo que con base al mismo se había declarado judicialmente su disolución; sin olvidar que la renuncia efectuada por el demandante, adolecía de ineficacia al no cumplir los requisitos de forma preceptuados por los artículos 623 y 629 CC, en cuanto a la aceptación y su conocimiento por el donante, y del artículo 633 CC respecto al inmueble ganancial; formalidades que eran necesarias para su existencia, habida cuenta que esa renuncia entrañaba una donación del marido a favor de su mujer abandonada.

La demandada reconvino interesando se declarase el carácter privativo de tales bienes, fundamentando sus pedimentos en la validez del documento de renuncia de bienes, firmado por su cónyuge, renuncia que recaía sobre una cuota ganancial de la sociedad disuelta pero no liquidada, y no sobre bienes concretos.

El Juzgador de instancia estimó parcialmente tanto la demanda principal como la reconvencional distinguiendo entre el inmueble ganancial, respecto del cual declaró la ineficacia de la renuncia traslativa, que por implicar donación, exigía con carácter constitutivo escritura pública que fue omitida, y los demás bienes muebles y créditos de la sociedad de gananciales contra la demandada respecto de los cuales se habían cumplido los requisitos de forma escrita exigidos legalmente, por lo que no debían incluirse en el inventario de la sociedad de gananciales disuelta. Recurrida la sentencia en apelación, fue confirmada por la Audiencia Provincial, interponiéndose

contra ella, por ambas partes recurso de casación. El TS casó la sentencia recurrida, anulándola parcialmente, desestimando completamente la demanda y estimando la reconventional. (ML. V. A.)

71. Derecho de visita de los abuelos. Primacía del interés del menor.—En esencia lo que se debate es, si son conciliables los artículos 154 y 156 CC, relativos al ejercicio y contenido de la patria potestad, con el artículo 160, párrafo 2.º, CC, cuando en su aplicación lo que se determina, es la relación de los abuelos maternos con su nieto, mediante un régimen de visitas.

Se reitera la doctrina sentada en S de esta Sala de 11 de junio de 1996, de que «ninguna justa causa impide las relaciones personales entre el menor y sus abuelos paternos». Antes bien, este tipo de relaciones que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata, por su privilegiado grado de parentesco, dado que la personalidad se forja también entre las contradicciones que emanan, a veces, de los planteamientos y opiniones de los parientes, siempre que revistan un carácter de normalidad. Ha de tenerse presente, como recoge la STS de 17 de septiembre de 1996 que «no se discute en el mismo una cuestión jurídica, sino unos hechos cuales son las circunstancias más favorables al menor, a valorar por los Tribunales de instancia ... En suma,» de acuerdo con la STS de 11 de junio de 1996, debe mantenerse que «las medidas que los jueces pueden adoptar, ex artículo 158 CC, se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales ...». (STS de 23 de noviembre 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Se formula recurso por vulneración de los artículos 154 y 156 CC al haberse realizado una interpretación errónea del artículo 160, párrafo 2.º, CC. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda interpuesta por los abuelos maternos, solicitando el derecho a poder relacionarse con su nieto nacido de una hija ya fallecida, mediante un régimen de visitas y breves permanencias en el domicilio de éstos, además de una semana de vacaciones durante el verano. Recurrida por los abuelos la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha de 14 de febrero de 1995, revocó la sentencia y reconoció a los abuelos maternos el derecho a relacionarse con el nieto regulando su forma y extensión. Recurrida por el padre del menor, la sentencia de la Audiencia Provincial, el TS declara no haber lugar al recurso. (ML. V. A.)

72. Filiación. Reclamación de maternidad. Asentimiento para la adopción del *nasciturus*. Identidad de la madre. Inconstitucionalidad sobrevinida. Nulidad de actuaciones.—El recurso resuelve sobre un conjunto de «vicisitudes históricas que desembocan en la todavía no establecida identificación judicial de la menor, cuya filiación reclama su madre, a causa, sobre todo, de los entorpecimientos que han introducido en el esclarecimiento de los hechos los órganos administrativos correspondientes» que figuran como parte demandada, contando en ocasiones, con la activa cooperación de la representación del Ministerio Fiscal, ante los «órganos jurisdiccionales de instancia, y con cierta pasividad conformista de estos últimos.....». Lo único que consta es que la «Administración autonómica asumió la tutela automática de la niña nada más nacer, según lo previsto en el artículo 172 CC». La falta

de colaboración de la Administración autonómica demandada, con el «poder judicial», resulta patente, con infracción de lo dispuesto en el artículo 118 de la vigente CE. Pero, además, esta falta de colaboración no es explicable, ni está justificada, pues ni la alegada renuncia al cumplimiento de sus deberes por la madre es válida, ni son de recibo posibles interpretaciones anticonstitucionales de las disposiciones reglamentarias sobre el Registro civil. En efecto, en la comparecencia documentada, la renuncia anticipada-con un mes y medio de antelación-a unos derechos y deberes expectantes pugna expresamente con lo dispuesto en el artículo 177.2 CC, que claramente determina que el «consentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido 30 días desde el parto». Esto es, como remarca el Fiscal dictaminante..., el último párrafo del artículo 172-2, dispone imperativamente que «el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto». No existe viabilidad alguna de que el asentimiento a la adopción pueda ser prestado con anterioridad al parto ... Desde esta interpretación, nuestra conclusión resulta unívoca: «el asentimiento ... resulta radicalmente nulo» por su patente contradicción con una norma imperativa. El efecto de la contravención a una norma imperativa no es otro que la nulidad de pleno derecho (art. 6.3 CC). La entidad del vicio es de tal naturaleza que se extiende a todo el contenido del documento ... Compartimos plenamente los criterios expuestos por el dictamen del Ministerio Fiscal, ... Debemos precisar-dice-el marco normativo específico del Registro Civil amparador de la ocultación de los datos de la filiación materna, y del que deriva la entrega en acogimiento y adopción de la recién nacida: 1) El artículo 167 RRC, ... enumera los extremos que debe contener el cuestionario de declaración de nacimiento ... y entre ellos los relativos a la identidad de la madre. El párrafo 2.º del precepto precisa que «el parte o declaración de los profesionales y personal de establecimientos sanitarios que tengan obligación de guardar secreto no se referirá a la madre contra su voluntad», añadiendo la nota 17 del modelo oficial de 1958: «En este supuesto, póngase: desconocida», redacción intacta en la actualidad ahora recogida en la nota 15 de la redacción de 1988. «El artículo 182 RRC permite a la madre no matrimonial desconocer el hecho de su maternidad si en el parte facultativo se hubieran puestos sus datos de identidad.» Estos preceptos del RRC parecen constituir el desarrollo del artículo 47-1 y ss. LRC de 8 junio de 1957 ... Complementan el sentido de esta norma los preceptos sobre formalización del desconocimiento de la filiación por la madre (art. 47-2 y 3 LEC). A su vez el artículo 120-4 CC ... previene que la filiación matrimonial quedará determinada legalmente, «respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la LRC ...» 2) Nos encontramos por ello, ante una «regulación normativa registral anterior a la CE, que posibilita la ocultación de la identidad biológica, por su propia decisión, confirmada por los desarrollos reglamentarios posteriores a 1978 ...» 3) Sin embargo, en la actualidad, y tras la vigencia CE de 1978 entendemos que «tal limitación elusiva de la constancia clínica de la identidad de la madre, ha quedado derogada por su manifiesta oposición a lo en ella establecido, y no debe ser aplicada por los Jueces y Tribunales (art. 6 LOPJ), siendo nulos», por ende, los actos producidos bajo su cobertura. En concreto el sistema diseñado en los artículos 167, 182 y ss. RRC, y sus disposiciones de desarrollo pugnan con el principio de libre investigación de la paternidad (art. 39-2 CE), y con el de igualdad (art. 14), «además de erosionar grave-

mente el artículo 10 CE, al afectar a la misma dignidad de la madre e hijo ... y al libre desarrollo de su personalidad y al mismo 24-1..... La coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales ... a regulación reglamentaria del Registro civil supone una contradicción con el principio constitucional de igualdad e investigación libre de la paternidad, al situar a la madre biológica en situación relevante frente al padre, e incluso frente al mismo hijo, ... La Sala, por tanto, estima, de conformidad con el Ministerio Fiscal, que el artículo 47-1 LRC de 8 de junio 1957(y sus cc) están derogados por inconstitucionalidad sobrevenida ...» En consecuencia, se consideran inaplicables, por derogación de la cobertura legal, en el mismo sentido, los arts. 167 y 187 del Reglamento ... Con suspensión del término para dictar sentencia, «el órgano jurisdiccional, acuerda para mejor proveer la prueba de una práctica encaminada a precisar la identidad de la niña que dio a luz la actora ...» El éxito de este medio de prueba queda truncado por la «contumaz oposición del órgano administrativo que debía evacuarlo –reiterando su posición al respecto mantenida constantemente a lo largo del proceso–» con apoyatura básica en la dicción literal del artículo 167 RRC; y sin aportar dato alguno respecto al expediente de adopción ... 1) Nos encontramos en presencia de una «prueba biológica propuesta en forma por la actora ..., y acordada su práctica ..., y sin embargo no efectivizada en primera instancia por causas no imputables a la parte que la promovió ...» Al mantener esta actitud pasiva de aquietamiento frente a la Administración, «el órgano jurisdiccional de instancia, no solo incumplió su deber constitucional de prestar tutela efectiva (art. 24.1 CE), sino además el de remover los obstáculos que se oponían por aquella a la plenitud real y efectiva de aquel derecho» (art. 9.2 CE)... En esta perspectiva deben ser invocadas tanto la STC núm. 227/1991 (FJ 5.º) como la relevante STC 7/1994 de 17 enero, que viene a abrir nuevos cauces en la viabilidad de las pruebas esenciales ... En definitiva, la misma relevancia y fuerza expansiva de los derechos constitucionales en juego (arts. 24.1 y 14 y 39 CE) justificaba sobradamente, ... que la Sala, ... acordase, ... la realización de la prueba biológica, necesaria de todo punto para esclarecer una posible filiación materna que había sido instada reiteradamente ... Con STC 7/1994 podemos sostener que «la infracción constitucional se ve agravada desde el momento en que se dejan sin tutela judicial los derechos del menor reconocidos en el artículo 39.1 CE, ...». (STS de 21 de septiembre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Se formula recurso para establecer la identificación judicial y reclamación de maternidad, de una menor nacida el día 4 de noviembre de 1991. La actora (madre de la citada menor), el día 24 de septiembre del mismo año, en el Centro de la Milagrosa, de Baeza, de la Junta de Andalucía, suscribió en documento, que encontrándose embarazada, en el octavo mes de gestación, y ponderando sus circunstancias concurrentes –familiares, sociales, emocionales y económicas– estima que no podrá hacerse cargo de su futuro hijo, y ante ello, hace renuncia anticipada del mismo, una vez que nazca, en favor de la Entidad Pública, a los efectos de su guarda inmediata al parto, acogimiento familiar y adopción; y anticipando su asentimiento a la adopción, que adquiriría plena validez transcurridos treinta días desde la fecha de nacimiento de la menor. Se consignaba la voluntad de la madre de mantener oculta su identidad, tanto a los efectos registrales civiles, así como en el procedimiento

de acogimiento y adopción, que debería tramitarse respecto del nacido, como si de un menor desamparado y de padres desconocidos se tratase. A los treinta días aproximadamente después del parto, la madre de la recién nacida, en situación algo desesperada por la renuncia anticipada de la menor, quiso recobrar a su hija recién nacida, a la que se había inscrito en el Registro Civil como hija de padres desconocidos. En primera instancia, el Tribunal estimó la demanda y condenó a la entrega de la hija para determinar su identidad en trámite de ejecución de sentencia. La Audiencia Provincial revocó la sentencia y desestimó la demanda de reclamación de filiación. Recurrida por la actora, madre de la menor, la sentencia de la Audiencia Provincial, el TS declara haber lugar al recurso. (ML. V. A.)

DERECHO DE SUCESIONES

73. Albaceazgo. Funciones personalísimas. Delegación y colaboración.—Se reitera la doctrina ya sentada por el TS, entre otras, por citar las más recientes, en SS de 13 de abril de 1992 y 20 de febrero de 1993, acerca del carácter indelegable de las funciones encomendadas al albacea, en atención a su caracterización como un *vir bonus* «ejecutor e integrador de intereses no exclusivamente patrimoniales», cargo, cuyo desempeño está basado en la confianza, por lo que, salvo que esa confianza se extienda, expresamente, a la facultad de delegar, el albacea tiene la obligación de ejercitar personalmente su *oficium*, una vez que voluntariamente lo ha aceptado (arts. 899 y 909 CC).

Este carácter personalísimo y obligatorio (una vez aceptado) del cargo, que implica el deber de cumplirlo, y, de cumplirlo por sí, no impide que, si con posterioridad concurriere causa justificada, el albacea, pueda renunciar su función, pero ello no le justifica para delegar la misma. Este desempeño personal, tampoco le impide recabar la colaboración y auxilio de terceras personas —abogados o peritos— para la redacción material, formalización o realización de alguna operación concreta de las que integran su *oficium*, siempre que éstas se verifiquen con arreglo a los datos proporcionados por el albacea, que en definitiva, es el ejecutor y valedor de la voluntad testamentaria.

En el caso de autos, los albaceas contadores-partidores, se limitaron a aprobar una partición efectuada por un letrado a quienes éstos, le habían encomendado esa partición ante la imposibilidad de realizarla por sí, y, ello, como entendió el TS, supone algo más que recabar el auxilio y colaboración para el ejercicio de su cargo, se desentendieron de él, trasladando sus funciones a un tercero, para lo que no estaban autorizados, con lo que infringieron la prohibición de delegación, excediéndose de la confianza en ellos depositada por el testador. (STS de 20 de septiembre de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Se formula demanda sobre nulidad y subsidiariamente modificación por omisión de bienes, de una partición hereditaria que, aunque encomendada solidariamente a tres albaceas-contadores-partidores, es hecha por letrado en ejercicio, por encargo de aquéllos. La sentencia de instancia estimó la demanda, declarando la nulidad de la partición realizada por el letrado, en consideración a

que se había producido una delegación no autorizada por el testador. La Audiencia Provincial, en apelación, en aras al principio de *favor partitionis*, revocó la sentencia del Juez de Primera Instancia, y estimó la petición subsidiaria de modificación, acordando la adición de los bienes omitidos, y considerando que la intervención del letrado implicaba una colaboración, no una delegación del cargo. Recurrida en casación la sentencia, el TS revocó la sentencia de la Audiencia y confirmó la de instancia. (ML. V. A.)

74. Nulidad de partición hereditaria que incluye bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada. Licitud de la cláusula testamentaria que prohíbe la intervención judicial en la partición siempre que no perjudique los derechos legitimarios.—Son dos las cuestiones resueltas, en esta sentencia, por el TS, respecto a la partición hereditaria.

En primer lugar, reitera el carácter de presupuesto previo de la obligación de liquidar la sociedad de gananciales del causante para poderse practicar las operaciones particionales. Se acoge con ello, un principio fundamental, derivado de la propia esencia de la sociedad de gananciales, cual es, que los cónyuges, o en su caso el sobreviviente y los herederos del premuerto, en tanto que la sociedad de gananciales no está liquidada, tienen una titularidad que recae *conjuntamente* sobre todo el patrimonio ganancial, no sobre bienes singulares, pudiendo, por tanto, disponer de esa titularidad pero no de bienes concretos, así, entre otras, STS de 8 de octubre de 1990 y RDGRN de 8 de junio de 1991.

Disuelta pero no liquidada la sociedad de gananciales, no corresponde a los cónyuges una participación indivisa en todos y cada uno de los bienes que integran dicha sociedad, sino que la participación de los cónyuges (o la de sus herederos) «recae globalmente respecto de la masa ganancial», por lo que en tanto no se liquida la sociedad no es posible una adjudicación singular o individualizada de la cuota correspondiente en cada uno de los bienes ... y, esta liquidación de la sociedad de gananciales, supone «algo más» que distribuir bienes, pues, implica todas las operaciones necesarias para la determinación del pasivo y activo, y, con ello, la determinación del remanente líquido, de la ganancia partible adjudicable.

Junto con la reiteración de este principio esencial, el TS confirma los límites del principio imperante en materia testamentaria relativo a que la voluntad del testador expresada en su testamento es la ley que rige la sucesión —art. 675—, señalando que el límite del mismo hay que encontrarlo en el carácter intangible de las legítimas —arts. 813, 1056—. Ello determina que, aunque tradicionalmente se haya mantenido la validez de aquellas cláusulas testamentarias por las que el testador intenta preservar de la intervención judicial, la partición realizada por él mismo o por un contador-partidor por él designado, ello, no obsta, para que si esa partición adolece de algún vicio de nulidad —como sucedía en el caso de autos en el que se había omitido la imprescindible liquidación previa de la sociedad de gananciales del causante—, o lesiona derechos legitimarios, puede ser impugnada judicialmente, pues, caso contrario, dicha cláusula coaccionaría de manera injusta la voluntad de los herederos —en este caso legitimarios— impidiéndole impugnar actos que adolecen de nulidad. (STS de 8 de junio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Se formula demanda en la que, entre otros pedimentos, se interesa la declaración de nulidad de una partición testamentaria, hecha por el propio testador, en la que se incluyen bienes singulares pertenecientes a la sociedad de gananciales del causante, disuelta pero no liquidada; subsidiariamente se solicita la nulidad de una cláusula testamentaria por la que el testador condicionaba, a modo de sanción, el llamamiento de los herederos-legitimarios a una porción de la herencia mayor que lo que le correspondería como legítima estricta, a que éstos no solicitasen la intervención judicial en la partición. El Juzgado de Primera Instancia de Vigo desestimó la demanda interesando la nulidad, bajo la consideración de que el cuaderno particional incluía bienes que perteneciendo a la sociedad de gananciales, habían sido adjudicados previa determinación del haber social y división entre los herederos.

Igualmente, declaró la validez de la cláusula testamentaria que impide la intervención judicial en la partición, pues ésta había sido hecha por el propio testador.

La Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia, declarando la nulidad tanto de la partición así efectuada, cuanto de la citada cláusula testamentaria; esta sentencia fue confirmada por el TS no dando lugar a la casación. (ML. V. A.)

DERECHO MERCANTIL

75. Contrato verbal de concesión de duración indefinida. Efectos de la resolución unilateral.—Uno de los aspectos más problemáticos de este tipo de contrato se encuentra en su extinción. Si las partes no establecen ningún plazo de duración de la relación contractual, es doctrina jurisprudencial reiterada que las partes no deben verse perpetuamente vinculadas, de manera que cualquiera de ellas puede, dentro de los parámetros de la buena fe, resolver unilateralmente (entre otras, SSTS de 9 de octubre y 14 de febrero de 1997 y 25 de enero de 1996). Para apreciar la existencia de una vulneración del principio de buena fe, es decir, para determinar si la resolución unilateral era injustificada y, por tanto, constituyó un abuso de derecho, en cuyo caso daría lugar a una indemnización, se han de tomar en consideración todas las circunstancias que rodearon a la relación jurídica entre las partes (conversaciones previas a la extinción, avisos, etc.). Si el contrato también calla en lo que respecta a la fijación de un plazo de preaviso, la actuación de las partes adquirirá peso definitivo, de manera que un plazo corto no es, por sí mismo, suficiente para determinar la ilegitimidad de la resolución contractual. Para que acontezca al deber de indemnizar han de producirse actuaciones con intención de dañar o perjudicar, o utilizarse las normas en forma contraria a la convivencia social ordenada (STS de 9 de octubre de 1997).

La configuración del contrato de concesión. La improcedencia de la compensación con las mercancías.—Por el contrato de concesión, la parte concesionaria se compromete a adquirir productos de la concedente y revenderlos bajo determinadas condiciones, integrándose así en la red de distribución de esta última. El concesionario actúa en nombre y por cuenta propia, lo que supone una diferencia esencial con respecto al contrato de agencia. Aun-

que el propósito del contrato sea, en última instancia, la distribución de los productos del concedente, el mecanismo de esta relación bilateral hace que, en una etapa intermedia, el concesionario adquiera la propiedad de aquéllos por medio de la debida concurrencia del título (la compraventa) y del modo (la entrega); sin una previa declaración de ineficacia de dichas compraventas, no es posible ordenar una nueva transmisión dominical de la concesionaria a la concedente. No procede, pues, la obligatoria compensación de la deuda por medio de una eventual devolución al concedente de los productos no distribuidos. (STS de 17 de mayo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Entre la sociedad *Fr., A.G.*, y *AF, S.A.*, existía un contrato verbal de distribución de piezas de implante dental, en exclusiva para el mercado español, por tiempo indefinido. Ante la disminución en las ventas por parte de la concesionaria (*AF, S.A.*) y la reiteración de pagos a la concedente (*Fr., A.G.*) esta última opta por rescindir unilateralmente la relación contractual y demanda, por el cauce procesal de menor cuantía, la cantidad de las mercancías adquiridas e impagadas, así como los intereses devengados. La concesionaria, tras reconocer la deuda, solicita la compensación de las cantidades adeudadas con las mercancías adquiridas de la demandante y aún en posesión de la demandada; a su vez, formula reconvencción a la demanda y solicita una indemnización por resolución unilateral injustificada del contrato. En primera instancia se estima íntegramente la demanda y se desestima la reconvencción, con costas. En apelación se declara que la concedente-demandante debe hacerse cargo de la mercancía sobrante en poder de la concesionaria-demandada, compensándose así su valor con la deuda y estima parcialmente la demanda reconvenccional, fijando una indemnización. El TS estima íntegramente el recurso de *Fr., A.G.* y casa y anula la sentencia de apelación, restableciendo en su totalidad la de instancia. (*I. T. M.*)

76. Reclamación del capital asegurado por hundimiento de la nave. Cláusula de sumisión a arbitraje.—La existencia en el contrato de seguro de una cláusula por la que las partes acuerdan someterse a arbitraje conforme al artículo 11 de la Ley 36/1988, no permite su invocación como motivo casacional al amparo del artículo 1692.1 LEC por inaplicación del artículo 533.8 del mencionado texto normativo, es decir, por exceso de jurisdicción, en tanto que las partes contratantes pueden en todo momento convenir la renuncia al arbitraje pactado, lo que, en todo caso, se entenderá tácitamente hecho siempre que el demandado, una vez personado en juicio, haya realizado cualquier actividad procesal que no consista en alegar en forma la oportuna excepción dilatoria. Aunque en la contestación a la demanda se alegue la excepción mencionada, si a ésta se añaden otras argumentaciones sobre el fondo, el resultado será la renuncia a la vía arbitral (entre otras, SSTS de 1 y de 13 de marzo y de 10 de diciembre de 1996).

Bien asegurado objeto de hipoteca. Sujeto legitimado activamente para reclamar la cantidad debida bajo el contrato de seguro.—La existencia de una cláusula por la que la aseguradora se compromete a no pagar cantidad alguna sin consentimiento de la entidad bancaria titular de un derecho real de hipoteca sobre el buque, no implica la falta de legitimación del tomador del seguro para reclamar la cantidad debida tras el acaecimiento del

siniestro sino, tan sólo, viene a dar destino cierto a los pagos a realizar. La no privación al tomador de su derecho a la reclamación directa no implica la inaplicación del artículo 1257.2 CC referido a los efectos de los contratos con estipulación a favor de terceros, ya que en ningún momento se realiza pronunciamiento alguno en lo que respecta al destino del capital a indemnizar, con lo que, ni se niegan, ni se desconocen los derechos de aquél, lo que indudablemente acontecería en caso de eximir a la demandada de la obligación de pago si prosperase la excepción planteada. (STS de 13 de mayo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—J.A.C., asegurado, entabla demanda sobre reclamación de cantidad contra la entidad aseguradora *M.R.M., S.A.*, por hundimiento de nave, en virtud del contrato sobre seguro de cascos de buque suscrito válidamente entre ambos. El contencioso surge debido a la existencia de dos cláusulas contractuales que sirven de base para excepcionar la demanda: por una de ellas, la cuestión litigiosa debe ser sometida a arbitraje; por la otra, en caso de siniestro, la aseguradora no pagaría cantidad alguna sin consentimiento de la entidad bancaria titular de un derecho real sobre el buque. La demanda se estima en primera instancia, desestimándose con posterioridad tanto el recurso de apelación como el de casación interpuesto por la mercantil demandada. (*I. T. M.*)

77. **Los límites cuantitativos de la obligación del Consorcio de Compensación de Seguros.**—Conforme al Decreto-Ley 18/1964 y al Decreto 2532/1967, el Consorcio de Compensación de Seguros (antiguo Fondo Nacional de Garantías de Riesgos de la Circulación) cuenta entre sus funciones con la de responder del cumplimiento de las obligaciones de las entidades aseguradoras cuando éstas se encuentren en situación de quiebra. El articulado de las disposiciones legales enunciadas se expresa en términos generales, de manera que la determinación de los límites cuantitativos de la obligación del Consorcio queda abierta a la interpretación. La falta de pronunciamiento expreso obliga a recurrir a los criterios hermenéuticos del artículo 3.1 CC; así, el preámbulo del Decreto-Ley 18/1964 señala que «la finalidad esencial de la Ley (*Ley de 24 de diciembre de 1962 sobre uso y circulación de vehículos a motor*) es la de obtener el resarcimiento inmediato de los daños y perjuicios sufridos por las víctimas... reparación que se opera ... a través del seguro obligatorio». La conclusión debe ser, pues, que el Consorcio viene obligado a suplir la inoperancia de las entidades aseguradoras dentro de los límites cuantitativos legalmente establecidos por el seguro obligatorio. Esta argumentación se ve reforzada por la legislación posterior en la materia (Real-Decreto Legislativo de 28 de junio de 1986 y la Ley de 19 de diciembre de 1990), que recoge expresamente la solución propuesta, y la reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS (SSTS de 30 de mayo y de 2 de julio de 1991, de 27 de octubre de 1992 o de 19 de febrero de 1996). (STS de 18 de mayo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—J.L.B. sufrió un accidente de circulación por el que fue condenado a indemnizar a un tercero daños y perjuicios por una cantidad cercana a los 11.000.000 de pesetas. La compañía aseguradora con la que tenía contratado un seguro obligatorio y otro voluntario de cobertura de riesgos sobre daños a terceros entró en quiebra y fue consecuentemente liquidada. El Consorcio de Compensación

de Seguros (CCS) se hizo cargo, tan sólo, del pago de la cantidad cubierta por el seguro obligatorio (3.000.000 pesetas), ante lo que J.L.B. demandó al mencionado organismo reclamándole la cantidad restante (8.000.000) más intereses. La demanda fue desestimada en primera instancia, siendo, sin embargo, la sentencia recurrida, revocada en apelación. El TS casa y anula parcialmente la sentencia de la Audiencia, declarando al CCS responsable únicamente del pago de la cantidad correspondiente al seguro obligatorio. (I. T. M.)

78. **Distinción entre modelo industrial y dibujo industrial.**—Un modelo industrial otorga a su titular un derecho exclusivo sobre la forma nueva u original dada a un producto o artículo tridimensional; en cambio, y pese a que se trata de una modalidad de propiedad industrial ciertamente análoga a la anteriormente considerada, el dibujo industrial otorga protección sólo a los objetos bidimensionales. El hecho de que la protección jurídica pueda recaer sobre los aspectos estéticos u ornamentales en ambos casos no permite ignorar la diferencia mencionada: cuando el diseño protegido no constituya una «forma» en sí, es decir, con relieve, sino tan sólo una mera «decoración» bidimensional (en este caso una letra adornada sobre el lateral de un zapato, superpuesta, de manera que la existencia de tridimensionalidad es inapreciable), la figura jurídica registrada debe ser el dibujo industrial; el error en la elección puede dar lugar a la nulidad y, con ello, a la pérdida del derecho de propiedad industrial.

Postulación: inexistencia de la distinción entre falta e insuficiencia de poder.—Para poder interponer recurso de casación por irregularidad procesal es necesario que ésta haya producido indefensión y que se haya pedido la subsanación en la instancia en que se produjo. La presentación de poder adecuado en el acto de la comparecencia en primera instancia debe entenderse, en aplicación del principio *pro actione* que guía la jurisprudencia del TC como una subsanación adecuada. No puede admitirse la existencia de una diferencia entre insuficiencia de poder e inexistencia del mismo, de manera que la primera se entienda subsanable e insubsanable la segunda: la insuficiencia significa que el procurador actúa sin poder. (STS de 24 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—J., S.A., interpone demanda sobre declaración de nulidad de marca contra M.B.M., por presentar el mencionado signo distintivo propiedad del demandado una semejanza clara con un modelo industrial del demandante previamente registrado. M.B.M. se opone y formula reconvencción alegando la nulidad del modelo industrial del demandante-reconvenido por no ser el diseño registrado admisible como tal, sino como dibujo industrial. En primera instancia se desestima la demanda y la reconvencción se tiene por no formulada por «falta de postulación» del demandado. El recurso interpuesto por J., S.A., es de nuevo desestimado en apelación, instancia en la que se estima la reconvencción de M.B.M. La sentencia dictada en apelación es confirmada íntegramente en casación, con costas. (I. T. M.)

79. **Impugnación de acuerdos sociales por defectos formales.**—La falta de aprobación del acta de una Junta de accionistas no trae consigo la nulidad de los acuerdos adoptados en ella, sino, bajo ciertas circunstancias,

interpretando el artículo 113.2 LSA *a sensu contrario*, la falta de fuerza ejecutiva de los mismos. Por otro lado, en caso de celebración consecutiva, sin solución de continuidad, de una Junta ordinaria y de otra extraordinaria, no existe obstáculo legal alguno para que sus acuerdos se recojan en una sola acta, siempre que los mismos se refieran a la totalidad de los extremos presentados en los respectivos «órdenes del día»; del mismo modo, tampoco presenta problema alguno que en el supuesto fáctico anterior se forme una sola lista de asistentes, en especial si a ambas asisten los mismos accionistas, con el mismo porcentaje del capital.

Restricción a la libre transmisibilidad de las acciones. El establecimiento de un derecho de adquisición preferente y su ejercicio.—En virtud del artículo 63 LSA, es legal el establecimiento de cláusulas que restrinjan la libre transmisibilidad de las acciones nominativas siempre y cuando no las hagan prácticamente intransmisibles. Una manifestación plenamente legal de dicha potestad de autorregulación societaria consiste en el establecimiento de un derecho de adquisición preferente a favor de la propia sociedad (dentro de los requisitos contenidos en los arts. 75 y ss. LSA). En lo que respecta al ejercicio de este derecho, en caso de falta de acuerdo en torno al precio entre el accionista-transmisor y el eventual adquirente (tanto si se trata de otro accionista, como de la propia sociedad), será legal la determinación estatutaria de un método de resolución de la controversia siempre y cuando contemple unas bases preestablecidas que permitan su fijación conforme a métodos objetivos o se remita al juicio discrecional de un tercero imparcial. (STS de 30 de abril de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—M.LL., accionista de la demandada, promueve juicio declarativo de menor cuantía contra la mercantil C. y E., S.A., solicitando la nulidad de los acuerdos aprobados en sendas Juntas ordinaria y extraordinaria celebradas de manera consecutiva, alegando irregularidades en la convocatoria y la infracción de ciertos preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas relativos a la modificación de los estatutos y al establecimiento de restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones. Se desestima íntegramente en primera instancia, en apelación y en casación, con costas. (I. T. M.)

80. La responsabilidad de los administradores sociales por deudas de la sociedad. Régimen de responsabilidad por actos contrarios a la Ley, los estatutos o sin la diligencia adecuada.—A diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia de la LSA de 1951, cuyo régimen de responsabilidad de los administradores sociales exigía la concurrencia de una actuación maliciosa, gravemente negligente o, en fin, un claro abuso de funciones, la actual Ley reguladora de las sociedades anónimas es mucho más generosa a la hora de tutelar los intereses de los sujetos dañados por la conducta del órgano de administración. Se establece, en el artículo 133 LSA, que los administradores responderán —solidariamente— frente a la sociedad, los accionistas y los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley, los estatutos o los realizados sin la diligencia debida. A su vez, tras la enunciación del principio general, se prevé la acción social (art. 134) y la acción individual (art. 135) de responsabilidad en función de que la actuación haya causado daño a la sociedad, en cuyo caso la legitimación activa corresponde a la sociedad —por acuerdo de la Junta—, a los accionistas o, subsidiariamente, a los acreedores, o bien a socios o terceros cuando sean éstos los que vean sus inte-

reses dañados. La aplicación de estos preceptos requiere, pues, una actuación con las características enunciadas, la producción de un daño y el nexo causal; la *praxis* judicial viene apreciando la existencia de estos requisitos de manera laxa, hasta el punto de que se está «cerca de la responsabilidad objetiva o por riesgo, porque, en cuanto se produzca el daño y se acredite el nexo causal, la responsabilidad del administrador será inevitable».

La prescripción de la acción. Su naturaleza jurídica.—La determinación de la naturaleza jurídica de la acción de responsabilidad de los administradores sociales se hace necesaria a la hora de establecer su plazo de prescripción. En efecto, si se trata de una responsabilidad contractual, el precepto aplicable es el 949 CCO, es decir, cuatro años a contar desde que los responsables cesaran en el ejercicio de la administración; si, por el contrario, se está ante una responsabilidad extracontractual, el artículo 1968.2 CC recorta el plazo a un año. La sentencia se pronuncia por la primera solución.

La relación de causalidad y el supuesto del artículo 262.5 LSA.—Cuando la sociedad se encuentra incurso en el supuesto de hecho contemplado por el artículo 260.4 LSA, esto es, ha acumulado pérdidas que han reducido el patrimonio neto a la mitad del capital social, los administradores tienen el deber de promover la disolución social; el incumplimiento de esta obligación legal, prevista en el artículo 262.5 LSA, trae consigo la responsabilidad solidaria de los administradores por las deudas de la sociedad en su totalidad, no sólo las que surjan tras el incumplimiento. Con independencia de que pueda apreciarse que el incumplimiento de un deber legal —la disolución social— acarrea *per se* la responsabilidad derivada del artículo 133 LSA, la mencionada transgresión tiene señalada sanción específica en la Ley, sin necesidad de que medie prueba de causalidad. Si, transcurrido el plazo, los administradores no promueven la disolución, serán solidariamente responsables por las deudas sociales con independencia del juicio de valor que las causas de la insolvencia o la propia actuación del órgano merezcan. (STS de 29 de abril de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El *B.U., S.A.*, entabló juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra *J.A.L., administrador de L., S.A.*, atribuyéndole la responsabilidad solidaria por las deudas impagadas a la parte actora por parte de la sociedad por él representada, en aplicación de los preceptos 262.5, 133 y 135 LSA. Desestimada la demanda y posterior recurso por no apreciarse la suficiente relación de causalidad entre la actuación del administrador y el estado de insolvencia de la sociedad, el TS declara haber lugar al recurso de casación y condena solidariamente al administrador y a la sociedad al pago de la deuda más los intereses desde el momento de la sentencia. (*I. T. M.*)

81. Sociedad anónima. Responsabilidad de los administradores. Acción directa a favor de los socios y de los terceros: requisitos.—El artículo 81 LSA —art. 135 TR LSA— reconoce una acción individual a favor de los socios y de los terceros, distinta de la acción social que regula en su artículo 80, y tendente no a la indemnización por los administradores del daño causado al patrimonio social y ordenada a obtener la reconstitución del mismo, como garantía indirecta para el cobro por los demandantes de sus créditos, sino a indemnizarles de los daños directamente sufridos en su patrimonio, requiriéndose en su consecuencia para la viabilidad de esta acción

directa dos requisitos: un acto del administrador y una lesión directa a los intereses del accionista o del tercero demandante. A ello ha de añadirse que al establecer el precepto una responsabilidad civil de los administradores la misma ha de establecerse con fundamento en la concurrencia de la culpa, el daño y la relación de causa o efecto entre aquélla y éste (STS de 21 de mayo de 1985).

Consejo de Administración: los acuerdos adoptados dentro de sus facultades de representación son imputables directamente a la sociedad y no a los miembros del Consejo.—Los acuerdos adoptados por el Consejo dentro de las facultades de representación, obrando, por tanto, en nombre de la sociedad y no en nombre propio, directamente imputables a ésta y no a los miembros del Consejo de Administración.

Doctrina de los actos propios: presupuestos.—La doctrina de los actos propios proclama el principio general de derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los propios actos, constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurren los requisitos o presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, cuales son que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior (STS de 6 de febrero de 1998), en la conducta del agente no ha de existir ningún margen de error por haber actuado con plena conciencia para producir o modificar un derecho (SSTS de 14 de noviembre de 1994 y 27 de enero de 1996) y ha de tratarse de actos o declaraciones de significación concluyente e indubitada, no ambigua o incorrecta (STS de 23 de julio de 1997). (STS de 9 de julio de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El Consejo de Administración de una sociedad anónima que tiene por objeto la prestación de servicios médicos y que exige a los facultativos exclusividad en su actividad, acuerda dar de baja a varios médicos por incumplir con su obligación de exclusiva. En consecuencia, éstos demandaron a la entidad mercantil y a los miembros de dicho Consejo, solicitando a grandes rasgos: 1.º) la nulidad de los acuerdos del Consejo de Administración de la entidad mercantil que exigen la exclusividad a sus facultativos; 2.º) indemnización de los daños y perjuicios causados y 3.º) su reincorporación al cuadro médico de la entidad. En primera instancia se estimó la excepción de prescripción de la acción de nulidad de los acuerdos y se desestimó la acción de responsabilidad contra los miembros de dicho Consejo. La segunda instancia admite en parte el recurso de apelación de los actores al resolver a favor de la reincorporación al cuadro facultativo de los demandantes y condenar a varios miembros del Consejo a indemnizar a los actores los daños y perjuicios. El TS da lugar al recurso de casación al declarar la falta de legitimación de los actores para impugnar los acuerdos del Consejo y desestimar la acción de responsabilidad contra los miembros del Consejo al haber actuado dentro de sus facultades de representación. (I. D.—L.)

82. **Hipoteca constituida en el período de retroacción. Declaración de nulidad: competencia funcional para conocer de la demanda.**—En virtud del artículo 53.2 LEC, para que los jueces tengan competencia se requiere que les corresponda el conocimiento del pleito con preferencia a los demás jueces o tribunales de su mismo grado. En el caso de la demanda de nulidad de hipoteca constituida en el período de retroacción, la Ley procesal no establece ningún procedimiento específico, lo que obliga a determinar la competencia acudiendo a las características propias del juicio universal de quiebra. El Código de comercio establece una diferencia entre los actos llevados a cabo por el quebrado en el «período sospechoso» (arts. 879 y 880), que dan lugar a acciones cuya tramitación está específicamente prevista por la Ley ritual (arts. 1371 a 1375), y los actos efectuados con un ánimo fraudulento, la substanciación de cuyas acciones se hará de acuerdo con el juicio declarativo correspondiente (art. 1377 LEC). Por último, existe una última categoría de actos, los de dominio y administración posteriores a la época en que se retrotraigan los efectos de la quiebra, que son nulos de pleno derecho (art. 878 CCO), sin necesidad de expresa declaración judicial. Ante estos últimos actos, al no establecer la Ley procesal civil ningún procedimiento al efecto, y en virtud tanto de la *vis atractiva* que se desprende del estado de quiebra, como de las reglas concernientes a la acumulación de autos (art. 161.3 LEC) y, en fin, de la interpretación del artículo 1322.1 y 3 LEC, el cauce procesal adecuado es la interposición de la demanda ante el propio Juez de la quiebra. (STS de 27 de mayo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—R.C., comerciante, encontrándose en una difícil situación económica, constituyó a favor de la *Caja de Ahorros de C.* una hipoteca sobre una nave industrial de su propiedad en garantía de una línea de descuento con un máximo de 50.000.000 de pesetas. Algunos meses después se declaró en suspensión de pagos y, posteriormente, entró en quiebra. La mencionada hipoteca quedó dentro del período de retroacción. La sindicatura concursal promovió juicio declarativo de menor cuantía solicitando la nulidad de la misma, ante lo que la *Caja de Ahorros C.* opuso falta de competencia funcional del Juzgado. La demanda se estimó en primera instancia y se confirmó en la apelación. En casación se estimó el recurso y se revocó la sentencia, acogiéndose la excepción de falta de competencia funcional.

NOTA.—La doctrina del TS ha venido siendo clara en lo que respecta al órgano jurisdiccional competente para conocer de las demandas de nulidad de hipotecas constituidas en el período de retroacción, señalando que la inexistencia de un procedimiento específico al respecto obliga a acudir al juicio ordinario que corresponda, determinándose la competencia funcional por el reparto (entre otras muchas, SSTS de 23 de enero de 1997 y 10 de noviembre de 1983). La sentencia reseñada es, pues, excepcional y ha sido ya inaplicada por la SAP de Asturias de 18 de febrero de 2000. (*I. T. M.*)