

II. SENTENCIAS

Coordinador: Antonio CABANILLAS SANCHEZ
Colaboran: Esther ALGARRA PRATS
Antonio CABANILLAS SANCHEZ
Gabriel GARCIA CANTERO
Carmen JEREZ DELGADO
Luis Miguel LOPEZ FERNANDEZ
Antonio Manuel MORALES MORENO
Juan Antonio MORENO MARTINEZ
Alma M.^a RODRIGUEZ GUITIAN

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Doctrina de los actos propios.—El pago parcial efectuado por un deudor de Procavic a la recurrente, no constituye un acto propio, pues para ser tenido como expresión del consentimiento y obligar a su autor a respetarlo, ha de realizarse con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo unilateralmente la situación jurídica del autor del mismo (Sentencias de 22 de junio, 25 de septiembre y 5 de octubre de 1987; 16 de febrero de 1988; 25 de enero de 1989.) (STS 6 de noviembre de 1990; ha lugar.)

2. Condición de la maquinaria y utillaje industrial: inmuebles.—No se consideran tal y como pretendía el recurrente, como bienes muebles que por accesión pasan a pertenecer al conjunto del inmueble. Estimando el Tribunal que las normas deben aplicarse atendiendo a la «realidad social» del momento (art. 3.1 del Código Civil), considera que no es de aplicación en este caso el tenor literal del artículo 334.3 y 5 del Código Civil. El Tribunal optó por la individualización de la maquinaria y utillaje industrial como inmuebles en sí mismos y no por accesión puesto que el valor de tales bienes excede, muchas veces, incluso al valor de los locales en que se encuentran.

Tercería de dominio.—Como es sabido, para que pueda estimarse la tercería de dominio, se debe demostrar no sólo título de dominio válido sino también anterior a la fecha de aquél al que pretende oponerse. (STS 25 de febrero de 1991; ha lugar.)

HECHOS.—Bagusa adquiere en subasta pública unos bienes adjudicados por la Magistratura de Trabajo. Por otro lado, se lleva a cabo la subasta pública de determinados bienes en cumplimiento de un exhorto de ejecución de embargo. Bagusa interpone una tercería de dominio, alegando que dichos bienes coinciden en los cuatro primeros lotes con los que ella había

adquirido puesto que, por tratarse de maquinaria y utillaje instalados en los locales y parcela que le habían sido adjudicados, entiende que por accesión y por su finalidad industrial pertenecen al conjunto del inmueble. Bagusa pide que se declare quién es titular del dominio de tales bienes. Los Tribunales de Instancia desestiman la demanda. En casación ha lugar por motivo de incongruencia de las sentencias, puesto que no declaraban de quién eran los bienes objeto del conflicto. Sin embargo, no se admite la tercera de dominio. (C. J. D.)

2. DERECHO DE LA PERSONA

3. Derechos fundamentales. Derecho al honor y derecho de información. Límites.—Resulta necesario en cada caso concreto determinar y establecer una graduación jerárquica del bien protegible según su importancia, utilizando técnicas interpretativas que no coarten ni restrinjan la información, ni imposibiliten o reduzcan la crítica o el debate público, ciertamente necesario en toda sociedad democrática, pero evitando la divulgación de expresiones innecesarias o hechos concernientes a una persona cuando impliquen difamación o desmerecimiento en la consideración ajena; desmerecimiento que el artículo 2.1 de la Ley 1/82 somete a condición al proclamar que «la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia»; por lo que quien malbarate esos derechos, o no sea celoso custodio de los mismos, no podrá ser acreedor a la protección jurídica, si bien ésta ha de predicarse de toda persona, mientras no se demuestre lo contrario en relación con sus propias pautas de comportamiento. (STS de 13 de noviembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—A raíz de una noticia divulgada en un medio periodístico donde con motivo de una muerte se hacían constar supuestas relaciones sentimentales del difunto con la actora, ésta vino a solicitar que fueran condenados los demandados como responsables solidarios de las supuestas intromisiones ilegítimas llevadas a cabo sobre su vida privada. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia confirmó el fallo. No prospera el recurso de casación-interpuesto. (J. A. M. M.)

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

4. Valoración del silencio.—El silencio tiene un valor negativo salvo que, por ley, o expresa manifestación de voluntad se establezca lo contrario.

Consentimiento tácito.—Para que pueda valorarse el silencio como consentimiento tácito es preciso que se realice un acto que, de modo inequívoco, ponga de manifiesto la voluntad del que lo causó.

Conocimiento y consentimiento.—El conocimiento es un acto del intelecto y, por tanto, no está sometido a Derecho. El consentimiento es un acto de la voluntad que se regula conforme a Derecho. De la consideración de ambas afirmaciones se concluye que el conocimiento es irrelevante a efectos de valoración del silencio como consentimiento.

Voto particular.—El conocimiento puede ser relevante a los mencionados efectos cuando las circunstancias del caso (como la relación entre las partes o el tiempo trans-

currido) puedan determinar una presunción de voluntad (STS 19 de diciembre de 1990; no ha lugar).

HECHOS.—D. Juan y D. José realizaron obras sin el consentimiento de los demandantes en elementos comunes (fachada) del edificio del que son comuneros. Se trata de dos puertas que se han colocado en el hueco que ocupaban antes dos ventanas. Sin embargo, estos cambios no se operan a la vez: hay un intervalo de nueve años desde que se convirtió en puerta la primera ventana hasta que se hizo lo mismo con la segunda. En este periodo de tiempo hay silencio por parte de los demandantes, que sólo una vez producido este último cambio solicitan la demolición de las obras realizadas y el reestablecimiento de la fachada a su situación original. El Juez de primera Instancia ordenó la reposición de la fachada a la situación que tuvo después de la primera modificación y antes de la segunda. La Audiencia Territorial de Valencia revocó la sentencia anterior y no estimó consentimiento tácito, por lo que se ordena devolver la fachada a su situación original. (C. J. D.)

5. Simulación contractual.—Esta Sala tiene reiteradamente declarado que, independientemente de las dificultades que encierra la prueba plena de la simulación de los contratos, por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y reflejo de la realidad, así como prescindiendo también de los problemas que la doctrina plantea en orden a la hipótesis de la simulación de una compraventa y la licitud y validez de la donación insita en el mismo contrato, lo incuestionable es, en todo caso, que para la efectividad de esas donaciones encubiertas es preciso que en ellas concurren las condiciones y los requisitos, tanto formales como sustantivos, imprescindibles para su validez jurídica, entre los cuales debe constar destacadamente el *animus donandi*, o aquellas circunstancias de las que puede deducirse.

Prueba de la simulación contractual.—Para conseguirse una prueba plena de la simulación contractual puede utilizarse cualquiera de los medios que recoge el artículo 1215, y en especial la prueba indirecta de presunciones, para llevar a la convicción del juzgador la falta de veracidad en el contrato y la ausencia en el mismo de la causa, con lo que entraría en juego el artículo 1275 del mismo cuerpo legal; y todo ello sin que, por otra parte, sea exigible al demandado de tercera que accione una pretensión de nulidad del contrato, cumpliendo simplemente con excepcionar la nulidad del documento invocado de contrario como base de sus pretensiones (STS de 22 de febrero de 1991; ha lugar).

HECHOS.—Los actores interpusieron demanda sobre tercera de dominio solicitando que se declarase el dominio de las fincas a su favor. Asimismo, se instaba a que el embargo sobre los bienes fuera declarado indebido, así como nulas e ineficaces las anotaciones preventivas de los mismos —con la consiguiente cancelación de las mismas en el Registro de la Propiedad

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda al apreciar haber lugar a sólo dos, de las cuatro tercerías, que fueron promovidas por parte de los actores. La Audiencia Territorial revocó parcialmente la sentencia al admitir también el resto de tercerías sobre las demás fincas. Prospera el

recurso de casación, en el sentido de confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (J. A. M. M.)

6. Error de Derecho: carácter excepcional, aplicación restrictiva.—El error de derecho «ha de ser aplicado con extraordinaria cautela», pues tiene «carácter excepcional, en aras de la seguridad jurídica y del fiel y exacto cumplimiento de lo pactado».

«El hecho normal de la aceptación de contratos por personas no peritas» aconseja evitar la “generalización”; practicar una aplicación restrictiva del error de derecho.

Error de derecho: prueba, sujeto al que incumbe.—«Exige una prueba plena» de su existencia («del error jurídico»).

«Tanto la prueba del dolo como la del error incumbe a quien alega esos vicios del consentimiento». Dicha prueba no se ha logrado en este pleito.

Error de derecho: requisitos: carácter sustancial.—El error jurídico debe recaer «sobre la esencia o sustancia de lo convenido», con «independencia de los motivos o intenciones de los contratantes».

Error de derecho: requisitos: excusabilidad.—«No se puede alegar error [«para anular la declaración»] si se hubiese podido evitar con una normal diligencia».

La negligencia se pone de manifiesto en este caso, atendiendo a las siguientes circunstancias:

- a) Se ha acreditado el asesoramiento de un letrado.
- b) No se ha probado que quien invoca el error (extranjero) «no tuviese oportunidad y tiempo suficiente para hacerse traducir fielmente los términos del contrato».
- c) Tampoco se ha acreditado «maquinación fraudulenta» del otro contratante en la firma del contrato.

Invocación en casación del dolo o el error.—Tanto en el dolo como en el error hay que distinguir la prueba de los hechos en que se basan, de la valoración o apreciación de esos hechos a efectos de determinar la clase de error o dolo comprobados, su carácter sustancial o accidental, y si es grave o leve.

Estos extremos son ampliamente censurables en casación, pero no pueden ser examinados en este caso, «por no aparecer hechos acreditados en que puedan basarse», y no haber sido impugnados los que recogió la sentencia, por la vía oportuna del número 4 del art. 1692 LEC.

Actos propios.—Actúa contra sus propios actos el contratante que reclama judicialmente que se declare la validez de un contrato de compraventa, cuando anteriormente (diez meses antes), en un requerimiento notarial que practica al otro contratante, admite «que se ha producido el desistimiento bilateral» de dicho contrato.

Resolución de la compraventa, por mutuo acuerdo de los contratantes: efectos jurídicos.—Es improcedente la petición de declaración de validez del contrato de compraventa que con anterioridad fue resuelto bilateralmente por ambos contratantes.

Resolución de la compraventa por mutuo acuerdo: recuperación de la propiedad por el vendedor y posterior arrendamiento de la cosa al comprador.—Resuelto el contrato de compraventa, por mutuo acuerdo de los contratantes, «el vendedor recobró la propiedad del inmueble» y «pudo darlo en arrendamiento, en la forma que lo hizo», al que fuera comprador.

Por tanto, no cabe invocar la ineficacia del arrendamiento, como pretende el recurrente (comprador, arrendatario), por no ser propietario el arrendador (vendedor). (STS 4 de diciembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiéndose celebrado entre los litigantes (el día 21 de octubre de 1984) un contrato de compraventa de un local comercial, los compradores no atendieron, en su momento, al pago del precio aplazado. Como consecuencia de esto, posteriormente, el día 8 de febrero de 1985, los mismos contratantes suscriben un documento en el cual, desisten mutuamente de la compraventa celebrada y pactan un arrendamiento con opción de compra en favor del comprador. En dicho convenio se admite que el vendedor retenga la parte del precio recibida, y que el comprador (ahora arrendatario), en caso de ejercicio del derecho de opción, abone sólo el resto del precio fijado en el primitivo contrato de venta. La validez de este segundo pacto, y el hecho de que los arrendatarios no atienden al pago de la renta, va a dar lugar a la discusión que subyace en este litigio.

Una de las partes (vendedor, arrendador, demandante, recurrido) entiende que, resuelta la primitiva compraventa, por acuerdo de los contratantes justificado en la falta de pago del precio, es válido el arrendamiento posterior. Su demanda precisamente se orienta a pedir al declaración de validez y subsistencia de ese contrato, y a reclamar las rentas adeudadas.

La otra parte (compradores, arrendatarios, demandados, reconvinientes, recurrentes), por el contrario, mantiene que la única relación existente es la derivada del contrato de compraventa. Lo justifica en el error y dolo padecido al suscribir el documento en el que se contenía el contrato de arrendamiento. «No se enteraron de lo que firmaron, por desconocer totalmente el idioma español y, por supuesto, la legislación española.» Por ello, el 15 de noviembre de 1985 los compradores/arrendatarios habían requerido al vendedor/arrendador para que, «ante el “desistimiento bilateral” del contrato de compraventa (...) se restituyeran las recíprocas prestaciones», y les fuera devuelta por el vendedor la suma entregada en pago parcial del precio.

Cada una de las partes traslada su pretensión al proceso: el vendedor/arrendador, en su demanda; los compradores/arrendatarios, en reconvenición. La sentencia recurrida considera válido el arrendamiento y condena a los arrendatarios al pago de las rentas adeudadas; pero, de otro lado, también condena al vendedor/arrendador a devolver la cantidad recibida a cuenta del precio.

NOTA.—1. La cuestión central que se plantea en esta sentencia es una cuestión de error; pues, aunque se invoque, también, la existencia de dolo, esto tiene escasa trascendencia, ya que los razonamientos del TS no se refieren al dolo (que no se prueba) sino al error. De la solución que se dé al problema del error dependerá en este caso la situación jurídica en que se encuentren las relaciones jurídicas establecidas entre las partes.¹

2. El error que se invoca se considera por el propio TS como un error de derecho. Esto tiene interés; permite extraer de la sentencia cierta doctrina implícita, como vamos a ver.

Es cierto que los argumentos del TS para rechazar el error, dejando aparte algún matiz, son los mismos que los que podría utilizar en el caso de un error de hecho. Pero de ahí, precisamente, es de donde podemos extraer esa doctrina implícita de la sentencia, que, en realidad, no hace más que corroborar una orientación jurisprudencial ya consolidada. Esa doctrina podemos formularla así: El

tratamiento del error de derecho, como causa de impugnación de un contrato, es (al menos en los puntos sobre los que se pronuncia la sentencia: carácter excepcional, esencialidad, excusabilidad) el mismo que el aplicable al error de hecho.

Conviene recordar cómo en este punto la jurisprudencia del TS ha experimentado una evolución. En una primera fase, es contraria a la eficacia del error de derecho, sea cual fuere el efecto que se pretenda conseguir a través de él. Con posterioridad, en una etapa más reciente, admite que el error de derecho pueda producir los mismos efectos que el de hecho; y, tratándose de la anulación del contrato, le aplica los mismos requisitos (SSTS 16 de mayo de 1907, 6 de abril de 1962, 16 de mayo de 1907. Sobre esto, Morales, «La incidencia del error de derecho en el contrato», en *Centenario del Código Civil*, Madrid, 1990, II, p. 1470).

3. El error que alega el recurrente se manifiesta como un error en la declaración. Se produce al firmar un documento, que no entiende, pues desconoce el idioma, y cuya trascendencia jurídica no puede calibrar, porque ignora el derecho español. Se proyecta sobre los efectos jurídicos de su declaración de voluntad, e incide, por tanto, en el régimen jurídico por el que debe regirse su situación. Mas, a pesar de ello, no puede afirmarse que sea, completamente, un error de derecho, ya que, en una parte se refiere al contenido del contrato, y en otra (indeterminada) a las normas jurídicas aplicables. Sólo en este segundo sector es, propiamente, error de derecho. Pero, el que sea de hecho o de derecho es en este caso indiferente, ya que no está en juego la necesaria aplicación de una norma jurídica que pudiera impedir excluirla, a través de la anulación del contrato.

4. El TS no da ninguna trascendencia al carácter de error en la declaración que tiene el que se invoca, por contraposición al que la doctrina denomina error vicio. No califica al error padecido como tal, sino que simplemente habla del error, cosa, por otra parte, bastante frecuente en la jurisprudencia. Y de otro lado, exige en él los mismos requisitos del error vicio. Esto pone de relieve que la diferencia entre el error en los motivos y el error en la declaración, sea cual fuere la postura que se mantenga en torno a los efectos de uno y otro, en muchos casos, por el momento o el modo en que se plantea el problema carece de significado práctico.

5. El problema que se plantea en esta sentencia en torno al error no se refiere tanto al puro hecho de su existencia psicológica (aspecto que no se discute), cuanto a si reúne los requisitos necesarios para su eficacia jurídica (carácter esencial e inexcusabilidad). El razonamiento de la sentencia se circunscribe al requisito de la excusabilidad y llega a apreciar que el error es inexcusable. Estrechamente unido a este razonamiento, se utiliza, también, el de la protección de la confianza del otro contratante.

6. El error del contratante (comprador, arrendatario) es inexcusable, se debe a su propia negligencia, pues no fue engañado por la otra parte, y tuvo medios a su alcance para deshacerlo. Siéndole el error imputable, debe cargar con las consecuencias desfavorables que le produce. Porque en definitiva ese error pertenece a la esfera de riesgos (defectuosa información) que pudo y debió controlar.

7. Al argumento de la inexcusabilidad une esta sentencia el de la protección de la confianza del otro contratante. La justifica en la culpa. De este modo, el argumento de la protección de la confianza conecta plenamente con el de la inexcusabilidad del error. Podríamos decir que, precisamente, porque el error es inexcusable se protege la confianza del contratante en la declaración de voluntad. Es un argumento que carece de independencia.

En otros casos el TS ha llegado más allá en la protección de la confianza; la ha objetivado, derivándola, no de la culpa, sino de la existencia misma de la declaración de voluntad imputable a un sujeto (STS 17 de octubre de 1989). En tal caso, la referencia a la protección de la confianza se es a un supuesto nuevo, distinto del de inexcusabilidad del error.

7. Efectos del contrato. Legitimación para solicitar la nulidad. Valor de las actas notariales. Capacidad jurídica de los esposos.—No habiendo intervenido la recurrente en el contrato de afianzamiento ni en el otorgamiento de la póliza de préstamo que aquél garantizaba, conforme al artículo 1257 del Código Civil, que declara que el contrato «sólo produce efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos», no puede deducir acción para su cumplimiento o para obtener su nulidad, no sólo contra las personas firmantes, sino también contra las no firmantes. Y siendo así carece de acción para entablar la que ha ejercitado, en cuanto el concepto de legitimación *ad causam*, según doctrina de esta Sala, implica la atribución subjetiva del derecho y la obligación deducidos en juicio (...) y, por tanto, afecta al fondo de la cuestión para traducirse en la falta de acción o de poder de disposición sobre un derecho que es ajeno a la recurrente, cual es el derecho de pedir la nulidad de un contrato en el que no han sido partes ni ella ni su esposo, lo cual implica que no puede ninguno de los dos invocar el artículo 1302 del Código Civil y, por tanto, la acción de nulidad no puede ser estimada, por carecer de legitimación activa la esposa y pasiva el esposo, ya que, como ha declarado esta Sala, la esencia de la obligación contraída por escrito es la firma de la persona obligada.

Los efectos que la ley atribuye a las escrituras públicas no son equiparables a los de las actas notariales, como se ve por su reglamentación (arts. 15 y ss., y 197 y ss. del Reglamento del Notariado de 2 de junio de 1944, en relación con los arts. 1217 y 1218 del Código Civil), aunque sólo sea teniendo en cuenta que mientras la escritura, al recoger contratos y dar fe de ellos, crea directamente unos efectos jurídicos, de los que carecen, al menos por sí solas, las actas notariales.

Esta Sala ha declarado (STS de 20 de enero de 1989) que el matrimonio no limita la capacidad jurídica de los esposos, sino que ambos pueden obligarse individualmente y responden con sus respectivos bienes, y si el esposo adquirió por documento privado el compromiso de devolver un préstamo, ello no significa en sí un acto de disposición de los gananciales que determine la nulidad de dicho acto, ya que siempre tendrá el otro cónyuge la posibilidad de ejercitar la facultad del artículo 1373 del Código Civil si se dirige apremio contra tales bienes. (STS de 10 de diciembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiéndose suscrito una póliza de crédito, afianzada solidariamente mediante una cláusula adicional, entre una entidad bancaria y una S. A., de la que son socios tanto demandante como demandados (entre los que se encuentra el esposo de la actora), pero no habiendo suscrito ni la demandante ni su esposo los mencionados documentos, entabló aquélla demanda solicitando la nulidad de la póliza de crédito.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. No prospera el recurso de casación. (E. A. P.)

8. Interpretación del contrato.—Es constante doctrina de esta Sala la de que la interpretación de los contratos es función que compete a los órganos de instancia, cuyas conclusiones no pueden ser combatidas en casación sino en los casos en que se acredite que son ilógicas o contrarias a la ley. (STS 13 de noviembre de 1990; no ha lugar.)

9. Comunidades de regantes. Naturaleza jurídica. Corporaciones de derecho público y no sociedades civiles.—Estas Comunidades están integradas por todos los usuarios con derecho a utilizar un caudal de aguas públicas, con destino al riego, bajo la tutela de la Administración, a las que se atribuye personalidad jurídica, siendo casi unánime la doctrina que les reconoce el carácter de corporaciones, es decir, de entidades jurídico-públicas de base asociativa y, generalmente, de constitución y pertenencia necesarias, como resulta de los artículos 228 y ss. de la Ley de Aguas de 1879 y de los artículos 73 y ss. de la vigente Ley de 1985, debiendo regirse por tales disposiciones a tenor del artículo 37 del Código Civil, sin que a las mismas sean de aplicación las normas reguladoras del contrato de sociedad para regir las relaciones entre los miembros de la Comunidad, individuales o colectividades, que quedan sometidos a las Ordenanzas que habrán de formar con sujeción a las bases establecidas en la ley, una vez aprobadas por el Gobierno (art. 231 Ley de 1879).

Transacción sobre contribución a gastos de 1782. Nulidad por causas sobrevenidas. Disposición Transitoria 2.ª del Código Civil.—El vicio o defecto determinante de la nulidad de pleno derecho de un contrato de transacción celebrado el 27 de abril de 1782, ha de concurrir en el momento de la celebración del contrato, no procediendo por causas sobrevenidas a ésta, y, en consecuencia, ha de tenerse en cuenta la legislación vigente en cada momento para concluir si concurre o no la denunciada infracción de normas imperativas y prohibitivas origen de la nulidad; así resulta de la Disposición Transitoria 2.ª del Código Civil, a cuyo tenor «los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas a estas reglas», al tiempo que la Disposición Transitoria 3.ª ordena que «las disposiciones del Código que sancionan con penalidad civil o privación de derechos, actos u omisiones que carecían de sanción en las leyes anteriores, no son aplicables al que, cuando éstas se hallaban vigentes, hubiesen incurrido en la omisión o ejecutado el acto prohibido por el Código».

Violación del artículo 1713 del Código Civil. Ratificación.—Aunque se aprecie que las personas que otorgaron el contrato de transacción de 1782, en nombre del Heredamiento de Regantes de Molina de Segura, carecían de poder suficiente, o bien que las mismas se excedieron en sus facultades, se ha producido una ratificación por parte del Heredamiento, dando cumplimiento a lo pactado e incorporando expresamente tales acuerdos a sus Ordenanzas aprobadas en 20 de enero de 1925, quedan, por tanto, obligados a su cumplimiento de acuerdo con los artículos 1727, párr. 2.º y 1259, párr. 2.º, ambos del Código Civil.

Ignorancia de las Leyes.—Aunque de forma poco clara parece darse a entender que hubo un desconocimiento por parte de los Rectores de ambos Heredamientos acerca de la verdadera naturaleza del dominio que a los mismos correspondía sobre la Acequia Mayor por la que discurren las aguas por ellos aprovechadas; pero siendo obligación de los miembros de las Comunidades de Regantes la de contribuir al mantenimiento y obras de reparación de las acequias, tal contribución ha de realizarse cualquiera que sea la titularidad que ostenten los Heredamientos sobre esas acequias, en la forma prevista en las Ordenanzas, y al establecerse en las Ordenanzas del Heredamiento de Molina de Segura la forma de esa contribución, no se ha dado la ignorancia de ley que ahora se alega.

Doctrina general sobre la cláusula *rebus sic stantibus*.—El desequilibrio entre las recíprocas prestaciones que se produce en los contratos a largo plazo, o de ejecución

diferida, a consecuencia de la constante pérdida del valor adquisitivo de la moneda, ha pretendido corregirse a través de distintos remedios jurídicos como son la aplicación de la implícita cláusula *rebus sic stantibus et aliquid novo non emergentibus*, la teoría de la quiebra o desaparición de la base del negocio, la de la equivalencia de las prestaciones, o la de la equidad al amparo del artículo 3.2. del Código Civil; la reiterada jurisprudencia de esta Sala viene admitiendo la aplicabilidad de la Cláusula *rebus sic stantibus*, si bien de forma restrictiva por afectar al principio general *pacta sunt servanda* y al de seguridad jurídica, por lo que a partir de la Sentencia de 13 de junio de 1944 se establecen como requisitos imprescindibles para su aplicación: 1.º una alteración extraordinaria de las circunstancias al momento de cumplir el contrato, con relación a las concurrentes al tiempo de su alteración; 2.º desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes y derrumbe del contrato por aniquilamiento de las prestaciones; 3.º que todo ello acontezca por la superveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles, y 4.º que se carezca de otro medio para remediar y salvar el perjuicio.

La alteración ha de ser imprevisible.—Es de destacar, como hace la Sentencia de 15 de marzo de 1972, que la alteración que se requiere es la de la base del negocio, con la cual las partes no contaron, ni pudieron contar, es decir, ha de tratarse de algo imprevisto e imprevisible que como tal, ni siquiera pensaron en la posibilidad de ella; por ello, no es suficiente cualquier cambio de circunstancias o cualquier agravación de la prestación debida; no puede integrar alteración extraordinaria, imprevista e imprevisible, el evento ordinario que las partes pudieron evitar estableciendo convencionalmente los remedios oportunos, tales como la revisión periódica del contrato, cláusulas de estabilización y pago en especie para garantizar al acreedor de las prestaciones pecuniarias que la cantidad a recibir no resultaría afectada por el poder adquisitivo de la moneda; si no fueron adoptados esos remedios, sólo puede atribuirse a no haber previsto lo que puede preverse.

Transacción de 1782 ratificada por ordenanzas del Heredamiento de 1925. Contribución a los gastos fijados en 250 pesetas anuales. Inaplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* por alteración valor de la moneda. Carácter transaccional.—No obstante la devaluación monetaria producida desde el año 1782 en que se formalizó la transacción entre los Heredamientos litigantes, hasta el año 1925 en que se aprobaron las Ordenanzas del Heredamiento de Molina de Segura en cuyo artículo 11 se estableció un régimen excepcional de contribución a los gastos por el Heredamiento de Lorquí, estableciendo su aportación en la cantidad fija de 250 pesetas anuales, sin adoptarse remedio alguno para eliminar los efectos de esa alteración del poder adquisitivo del dinero, que no pudo pasar inadvertido al establecerse la contribución indicada, no ha lugar a hacer aplicación de la *cláusula rebus sic stantibus*, debiendo tenerse en cuenta, además, el carácter transaccional de la obligación de contribución, que resulta así ser contraprestación de lo dado o prometido, contraprestación ésta a la que también habrá afectado esa alteración del valor por el cambio de circunstancias.

Defectos formales del recurso. Incongruencia.—La incongruencia de las sentencias ha de ser alegada por el cauce procesal del n.º 3.º del artículo 1692 LEC. con cita del artículo 359 de dicha ley, no siendo vía idónea el ordinal 5.º de aquél; las sentencias absolutorias resuelven todas las cuestiones planteadas por lo que no pueden ser tachadas de incongruentes, salvo que la absolución provenga de la estimación de excepciones no alegadas oportunamente y que no puedan ser apreciadas de oficio, o se produzca una modificación de la litis. (STS de 10 de diciembre de 1990; no ha lugar.)

NOTA.—La presente sentencia parece un buen ejemplo de esa «resistencia numantina» con que la Sala 1.ª del TS se enfrenta a la cláusula *rebus sic stantibus*, reconociéndola obsequiosamente en extensos fundamentos de derecho, y negándola sistemáticamente en el caso concreto. Los Manuales dan de ello fe sobrada (Lacruz, *Elementos*, II-22, pp. 303 y ss.; Castán, III¹⁵, pp. 619 y ss.). ¿Puede sostenerse seriamente que en 1782 era previsible la pérdida de valor de la moneda? ¿Puede afirmarse, siquiera, que en 1925 hubieran podido adoptarse medidas apropiadas para evitar el perjuicio al acreedor de la prestación pecuniaria? (nada menos: la previsibilidad hubiera debido alcanzar al curso forzoso del papel moneda, una Guerra Civil, otra Mundial, dos crisis petrolíferas y el cambio jurisprudencial sobre la admisibilidad de las cláusulas de estabilización). Aunque la cláusula no debe utilizarse normalmente para solventar problemas derivados de la devaluación monetaria, pues para ello hay otros remedios jurídicos de difundida aplicación, ¿no resulta absolutamente exorbitante abonar la suma de 250 pesetas anuales para contribuir a los gastos de conservación de una acequia? Por otra parte, tampoco parece correcto invocar el sacrificio que la otra parte haya sufrido en la transacción, respecto del cual no hay constancia alguna en el pleito. Lo que se pedía es que los Tribunales declarasen que los 1.000 reales de vellón de 1782, convertidos en 250 pesetas en 1925, era justo y equitativo que tuvieran otra traducción a unidades monetarias de la actualidad. A este paso, la conocida doctrina sobre los requisitos de la cláusula va a convertirse en *obiter dicta* por no guardar relación alguna con el fallo, siempre desestimatorio. (G. G. C.)

10. Competencia de la jurisdicción civil. Equidad. Cláusula *rebus sic stantibus*.—Una cosa es la declaración de nulidad de un acto administrativo, para lo que se carece de competencia, y otra muy distinta el reconocimiento de los efectos que produce el incumplimiento de un convenio civil, que puede ser reconocido por esta jurisdicción.

La aplicación de la equidad sólo es predicable cuando la ley expresamente lo permita, lo que no se dá en el caso en que existe un convenio entre partes, al que hay que concederle fuerza de ley para las mismas y que no puede ser lícitamente desconocido por una de ellas.

Según doctrina constante de esta Sala, se subordina la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a la concurrencia de condiciones de alteración extraordinaria de las circunstancias tenidas en cuenta al contratar, desproporción exorbitante entre las prestaciones e imprevisibilidad de la aludida alteración. (STS de 12 de noviembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—Existiendo un convenio entre un Ayuntamiento y una Agrupación de propietarios de agua potable, relativo a las condiciones y tarifas del suministro de agua y habiendo el Ayuntamiento incrementado las tarifas y denunciado unilateralmente el convenio, la Agrupación de propietarios interpuso demanda solicitando que se declarase que dicho convenio tiene fuerza de ley entre las partes y que es nulo el acuerdo del Ayuntamiento que lo denuncia unilateralmente.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Territorial desestimó el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación. (E. A. P.).

11. Contrato de obra. Graves desperfectos. Responsabilidad del promotor ex artículo 1591.—La figura del promotor-constructor ha sido perfilada por esta Sala,

tanto en orden a determinar su responsabilidad derivada del artículo 1591 del Código Civil, como a determinar a quién ha de calificarse como tal; así la Sentencia de 11 de febrero de 1985 dice que hay un *corpus* de doctrina en torno a la figura del promotor, conștiuido por las Sentencias de 28 de noviembre de 1970, 11, 17 y 24 de octubre de 1977, 9 de marzo de 1981, 1.º de marzo y 13 de junio de 1984, esclarecedoras de que la construcción de un edificio para su enajenación, a veces sobre plano, en régimen de propiedad horizontal, no determina, aun cuando exista otra persona o sociedad que ejecutara la obra materialmente y por encargo de la promotora según el oportuno proyecto, la exoneración de aquella responsabilidad decenal en concepto de contratista, pues esta expresión comprende al promotor-constructor, ostentando tal cualidad el que por su cuenta y en su beneficio, encarga la realización de la obra a un tercero; doctrina recogida asimismo en Sentencia de 6 de marzo de 1990; acreditada la existencia de los defectos constructivos denunciados en la demanda, procede condenar a la demandada a su reparación in natura de conformidad con el artículo 1098 del Código Civil. (STS de 12 de diciembre de 1990; ha lugar.)

NOTA.—Otro caso de legitimación pasiva del promotor reiterando una doctrina jurisprudencial ya consolidada. Véase Cabanillas Sánchez; Com. a Sentencia de 9 de marzo de 1981, en *ADC*, 1982, pp. 878 y ss.; Lucas Fernández, Com. Albaladejo, XX-2, pp. 337 y ss. Ultimamente «Status questionis», en Salvador Coderch, Com. Min. Justicia, II, p. 1195. La reparación in natura empieza a abrirse paso en la jurisprudencia del TS (Sentencias de 17 de enero de 1986 y 22 de octubre de 1987). Sentencia, la extractada plenamente de aprobar. (G. G. C.)

12. Contrato de obra. Responsabilidad por ruina. Encargado de albañilería que se encarga de la fachada. Inaplicabilidad del artículo 1595.—Es infundada la aplicación del artículo 1595 al caso de autos, ya que el contratista de que habla no tiene ninguna relación con la figura del promotor que cabe entender incluida en el artículo 1591, pues la responsabilidad de aquel contratista viene referida a la del trabajo efectuado por las personas (empleados u operarios), que tuviese empleados en la obra que él, a su vez, hubiese contratado con el dueño de ella; responsabilidad que encuentra explicación en la situación de dependencia jerarquizada que afecta a los operarios respecto al contratista que les ocupó, contratándolos, a diferencia de la situación existente entre tan repetido contratista y el dueño de la obra, pues aquí la relación del primero se desenvuelve en un plan o de autonomía e independencia, bien distinta a la mantenida entre los operarios y el principal que les contrató u ocupó en la obra.

Diferencia entre promotor y contratista.—Aunque hay jurisprudencia que equipara la figura del promotor a la del contratista, a efectos del artículo 1591 del Código Civil, ello no impide que tal promotor-constructor contratase con una empresa o conjunto de empresas la ejecución material de la obra, en cuyo caso, la figura de estos empresarios-contratistas no queda embebida o absorbida en la del contratista-promotor, y genera responsabilidades independientes; en este caso no cabe identificar al recurrente, denominado en las sentencias de instancia como «Encargado de las obras de albañilería», «Encargado del Gremio de albañilería», «Albañil general», con el constructor-promotor, ni entender asumida la responsabilidad de aquél, en cuanto persona que realizó las obras de albañilería, por la correspondiente al nominado constructor-promotor.

Vicios ruinógenos.—Los vicios constructivos consistieron en el desprendimiento de las plaquetas que revestían las fachadas del inmueble, obedeciendo a tres causas dis-

tintas, a saber, vicios de la construcción o del material de ejecución de la obra, o vicios o defectos de la dirección, por lo cual se estableció la responsabilidad solidaria de todos los demandados.

La casación se da contra el fallo y no contra los fundamentos de derecho.—El recurso de casación se formula contra el fallo de la sentencia recurrida y no contra lo razonado en sus fundamentos de derecho, cuando de ellos no se deriva necesariamente la parte dispositiva, como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia (Sentencias de 4 de octubre de 1985, 21 de abril y 7 de mayo de 1987, 25 de febrero de 1988 y 14 de julio de 1989).

Interpretación de la solidaridad. No por grupos sino global.—Las deficiencias constructivas obedecieron tanto a vicios de la construcción o al material de la ejecución de la obra, y a vicios de la dirección, sin posibilidad de concretar o separar la influencia que en el resultado final tuvieron las respectivas conductas de los intervinientes, pues todos, con sus respectivos quehaceres, contribuyeron a dicho resultado final.

Duración de la garantía y prescripción de la acción. Plazo quincenal.—A tenor de las Sentencias de 11 de octubre de 1974, 17 de julio y 4 de diciembre de 1989, el plazo que establece el párrafo 1.º del artículo 1591 no es de prescripción, ni de caducidad, sino de garantía, en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad *ex lege*, conocida como decenal, que ese precepto establece, ha de producirse la ruina o exteriorizarse el vicio ruinógeno dentro del plazo de diez años a contar desde la terminación de la obra, de manera que si el plazo transcurre sin haber ocurrido el evento, la acción ya no podrá nacer, por preclusión del plazo de garantía; en cambio, una vez nacida la acción, por producción o exteriorización de la misma dentro del indicado período de tiempo, el plazo de prescripción es el general de quince años; en el presente caso, computando el período de tiempo comprendido entre la declaración de obra nueva y la demanda primeramente ejercitada de las que luego fueron acumuladas, es de concluir que la acción no ha prescrito. (STS de 14 de febrero de 1991; no ha lugar.)

NOTA.—Se reitera una doctrina ya consolidada a propósito de la distinción entre el plazo de duración de la garantía y el de prescripción de la acción, plazo este último que se considera de quince años siguiendo una mayoría doctrinal y jurisprudencial. En cambio, resulta esclarecedora la distinción entre promotor y contratista, no siempre bien perfilada en la doctrina y en la jurisprudencia. Hay que advertir que el promotor de la urbanización había sido condenado en instancia, sin que recurriera en casación; dicho promotor había contratado por gremios la realización de la obra, y según se prueba en el proceso, los daños ruinógenos reclamados se manifiestan en la fachada (concretamente en las plaquetas de revestimiento); el empresario de albañilería pretendía subsumir su responsabilidad personal y directa en la del promotor invocando el artículo 1596. Acertadamente se deslindan ambas figuras, con lo que se contribuye a perfilar mejor la del promotor, que puede ser, a su vez, constructor, o que puede contratar con otros empresarios la ejecución de las cada vez más complejas y diferenciadas tareas de construcción inmobiliaria. (G. G. C.)

13. Contrato de obra. Innovaciones y modificaciones. Prueba pericial.—La autorización del dueño para las innovaciones no requiere constancia escrita ni en forma

determinada (STS de 28 de octubre de 1989), siendo suficiente la verbal e incluso la tácita (SSTS. de 8 de enero y 2 de diciembre de 1985, 28 de febrero de 1986 y 14 de febrero y 23 de noviembre de 1987) y una cláusula inserta en el contrato de ejecución de obra puede ser modificada verbalmente. Así, si hubo modificaciones, si se estuvieron pagando las certificaciones de obra, si se está disfrutando de toda la realizada, si los arquitectos certifican aunque la propiedad no quiera prestar su conformidad a algunas de tales certificaciones y si el informe pericial llega a iguales conclusiones, es indudable que el propietario tiene que pagar el precio correspondiente a lo que ha recibido, sin que pueda prosperar su alegación de incumplimiento de cláusulas que él impide llevar a la práctica.

Es doctrina de esta Sala que los tribunales de instancia, en uso de sus facultades propias, no están obligados a sujetarse totalmente al dictamen pericial, que no es más que uno de los elementos de juicio (STS de 6 de marzo de 1948), sin que existan reglas legales preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial; ni el artículo 1242 ni el 1243 del Código Civil, junto con el 632 LEC, tienen el carácter de preceptos valorativos de la prueba a efectos de casación para acreditar error de derecho, pues la prueba pericial es de libre apreciación por el Juez y no le vincula (SSTS de 9 de octubre de 1981, 1 de febrero y 19 de octubre de 1982 y 13 de mayo de 1983). (STS de 23 de noviembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiéndose celebrado entre las partes un contrato de obra y variándose posteriormente las obras inicialmente previstas, en el sentido de innovaciones y mejoras tanto en la obra como en los materiales, aumento de la superficie construida, etc., interpuso el constructor demanda de reclamación de cantidad contra el propietario, dado que el valor de la liquidación final de la obra ascendía a un importe superior al pagado por el propietario.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Territorial y la Audiencia estimaron parcialmente la demanda. No prospera el recurso de casación. (E. A. P.)

14. Resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio por realización de obras no consentidas.—El permiso dado al arrendatario para que realice las obras necesarias para la mejor adaptación y acomodación de su local de negocio no puede suponer, en ningún caso, una cercenación del derecho de propiedad del arrendador.

Las meras facultades de uso que adquiere el arrendatario en el contrato no le permiten realizar más que obras de «adaptación», y no de «ampliación del local con otros (locales) no pertenecientes al arrendador». (SSTS de 3 de enero y 5 de junio de 1964.)

El permiso para llevar a cabo dichas obras debe entenderse concedido para realizarlas inmediatamente después de la celebración del contrato. Así la frase «realizar en todo momento» no supone una autorización indefinida en el tiempo, y ésta no puede considerarse extendida a obras hechas más de dos años después de concertado el contrato.

Las obras de adaptación del local arrendado exigen el consentimiento del propietario; la falta del mismo será causa de resolución del contrato. (STS de 30 de enero de 1991; ha lugar.)

HECHOS.—El objeto del litigio es la declaración de resolución de un contrato de arrendamiento de local de negocio, amparándose el actor en que se hicieron unas obras en él sin su consentimiento. El Tribunal casa la sentencia de la Audiencia Territorial y confirma la del juez de Primera Instancia, declarando la resolución del contrato de arrendamiento. (A. R. G.)

15. Arrendamiento urbano: obras sin consentimiento del propietario.—Según reiterada jurisprudencia de esta Sala (Sentencias 05-03-1960; 27-10-1961; 11-10-1967; 06-04-1968; 08-06-1974; 14-12-1990), para que las obras realizadas por el arrendatario, sin consentimiento del propietario y que impliquen modificación en la configuración de los locales arrendados, tengan trascendencia a efectos de rescisión del contrato —u otras medidas indemnizatorias— han de ser fijas o «empotradas al suelo y techo y practicadas con materiales de construcción».

Modificación del destino comercial del local arrendado.—No tiene trascendencia a efectos de resolución del contrato de arrendamiento. Si se trata de dos locales contiguos —como es el caso— tampoco tiene trascendencia la dedicación de los mismos a negocios distintos en uno y otro salvo que se hubiese pactado otra cosa. (STS de 30 de enero de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Joaquín arrienda dos locales contiguos a don Juan. En el contrato de arrendamiento se pacta que se destinarán a la exposición y venta de muebles, pudiendo también destinarse a otras actividades posteriormente. Ambos locales estaban comunicados, sin separación alguna por tabique o similar. Don Juan modifica la configuración de los locales, separándolos por unos paramentos verticales. No puede calificarse como «pared» pues no está empotrada al suelo y techo ni ha sido elaborada con materiales de construcción (piedra, ladrillo o argamasa). Además, don Juan ha dedicado cada local a distintos negocios. En base a todo ello, don Joaquín pide la resolución del contrato. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó la sentencia de Instancia. (C. J. D.)

16. Resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio.—En mérito de la doctrina legal que gobierna la materia expresiva de que las causas de resolución del vínculo arrendaticio, sobre necesitadas de una interpretación restrictiva (Sentencia de 20 de enero de 1951), no permiten su extensión más allá de las que en el artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos figuran, sin que quepa la invocación de cualquiera otra que no figure en el ordenamiento especial, limitación que alcanza al Código Civil (Sentencias de 16 de febrero de 1954, 19 de junio de 1965 y 20 de noviembre de 1968) e incluso a las cláusulas establecidas por los contratantes, carentes de todo efecto útil en orden a determinar la resolución de los contratos de arrendamientos en cuanto no se acomoden a las causas que con carácter limitativo establece la Ley de Arrendamientos Urbanos. (Sentencia de 13 de noviembre de 1960) (STS de 12 de diciembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Granada que con revocación de la inicial del Juzgado desestimó la demanda resolutoria del contrato de arrendamiento de local de negocio interpuesto contra el arrendatario, es impugnada en casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto.

17. Arrendamiento de industria. Calificación.—Resulta correcta la calificación de arrendamiento de industria, no sólo porque las partes así lo han específicamente convenido en la estipulación del contrato suscrito, con conciencia plena de la obligación del arrendatario de «poner en marcha el negocio», para lo que percibía en contraprestación una condonación parcial de pago de su renta durante el período de seis meses, sino porque el artículo 3.1. LAU lo prevé en forma expresa o inequívoca cuando dice «[...]

sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas». Corroborata tal doctrina la Sentencia de 18 de junio de 1963 cuando dice «[...] aparte del dato elocuente de que a la fecha del contrato el negocio se encuentre ya funcionando, requisito que puede darse o no, puesto que la Ley no lo exige, habrá de atender a la eficacia de los medios transmitidos junto con el local, para la inmediata puesta en marcha de la industria, sin que al arrendatario le sea preciso aportar otros por su cuenta como necesarios a tal fin, por lo que este problema de la suficiencia o insuficiencia de los elementos transmitidos será una simple cuestión de hecho, a menudo de carácter técnico, pero siempre de la libre apreciación de los Tribunales de instancia».

Plazo de duración.—Dejado indefinido en el contrato, se entiende que lo pactado es un mes, pues por meses se paga la renta. (STS de 13 de diciembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte demandante solicita que el contrato que en su día fue suscrito con la persona que en el pleito aparece como demandado fuera declarado como contrato de arrendamiento de industria y no de local de negocio. Asimismo se insta a que en virtud de cierto requerimiento notarial se considere extinguido dicho contrato, con la obligación de desalojar la industria y la del abono de determinadas cantidades que se especifican en la demanda. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Territorial confirmó el fallo. No prospera el recurso de casación. (J. A. M. M.)

18. Contrato de sociedad.—Además de tener que reunir los requisitos exigidos por los artículos 1665 y siguientes del Código Civil, no puede estructurarse a partir del mero acuerdo en virtud del cual dos empresas convengan en distribuirse al 50 por 100 las consecuencias favorables o adversas generadas para una de ellas y en relación con la ejecución de un contrato en el cual es parte, por las oscilaciones de la paridad entre el dólar y la peseta respecto de una cifra establecida como referencia.

Contrato de seguro.—Tampoco es posible entender el acuerdo citado como un contrato de seguro por cuanto, aún siendo discutible que la infracción de requisitos formales condujera a apreciar la existencia de causa ilícita, no ha de tenerse sólomente en cuenta la asunción del riesgo por una de las empresas contratantes en el caso de devaluación del dólar, sino también su derecho a participar en las ganancias en el supuesto de concurrir el evento contrario.

Existencia de Contrato Aleatorio y análisis causal del contrato examinado.—Para la empresa SAPIG, S. A., viene constituida por la prestación que CADAGUA, S. A., le satisfará en caso de aumentar la cotización del dólar por encima de la cifra de referencia y para esta última sociedad lo será la cantidad que habría de prestar aquélla en el supuesto contrario. Existencia del entrecruce de prestaciones propio de todo sinalagma funcional. La mayor probabilidad de que la cotización del dólar subiera en relación con el acontecimiento inverso, y consecuentemente de que surgiese la obligación a cargo de CADAGUA, estima el Alto Tribunal que responde a la propia razón de ser del pacto, que se conecta a la liquidación con compensación económica por la actividad mediadora de SAPIG en la celebración del contrato establecido entre CADAGUA y terceras empresas y cuya ejecución origina el riesgo de cambio para aquélla.

Contratos sobre el mercado de futuros.—En ellos cada parte se obliga a asumir unos compromisos económicos, cuya exacta cuantificación dependerá de las oscilaciones que acontezcan hasta que se produzca el momento ejecutivo de sus consecuencias, y en razón a las oscilaciones del mercado libre sobre el que recaiga la materia contratada. Posibilidad de inserción del pacto estudiado en el citado esquema. Pacto atípico, pero que responde al posibilismo contractual del artículo 1255 del Código Civil. (STS de 19 de noviembre de 1990; ha lugar.)

HECHOS.—La Sociedad Astilleros CADAGUA concertó con unas sociedades mejicanas dos contratos para la construcción de buques atuneros, cuyo precio se pagaría en dólares y mediante 20 pagarés de vencimientos semestrales.

Actuó durante los tratos preliminares como intermediaria la sociedad SAPIG, socio a su vez de las empresas mejicanas y que, además de una comisión de 60.000.000 de pesetas, obtuvo de CADAGUA el compromiso de que, si esta última conseguía un crédito a la exportación, establecería con SAPIG un acuerdo sobre las consecuencias de las modificaciones en la paridad del dólar USA.

Habiéndole sido concedido a CADAGUA un crédito, al 8,5 por 100 de interés anual, de 744 millones de pesetas y a pagar en 20 semestres, el 8-11-82, tras un complejo iter contractual, se firma entre CADAGUA y SAPIG el convenio litigioso, elevado a escritura pública el 12-4-83 y en el cual se acuerda que ambas empresas compartirían al 50 por 100 los efectos, tanto positivos como negativos, derivados del cambio de paridad de la peseta respecto al dólar USA que pudiese afectar al contravalor de los pagarés representativos del pago aplazado de los buques, habiendo de ajustarse al vencimiento de cada uno de los mencionados pagarés el contravalor en pesetas, comparando con un cambio básico de la paridad de 82,575 pesetas.

NOTA.—Interpreta la sentencia comentada que el pacto suscrito entre SAPIG y CADAGUA respondía a una finalidad práctica compleja, y en este sentido, si por un lado viene a hacerse hincapié en el carácter aleatorio y oneroso del acuerdo, por otro, admitida la posibilidad de que la tendencia alcista del dólar en relación con la peseta tuviera un cierto grado de previsibilidad que convirtiera en más probable el surgimiento de la obligación a cargo de CADAGUA, entiende el Tribunal Supremo que esa diferencia de probabilidad constituye una remuneración adicional (sobre la comisión de 60.000.000 de pesetas abonadas), por la actividad mediadora de SAPIG en la perfección de los contratos de construcción de buques entre CADAGUA y las empresas mejicanas. Parecería, pues, que nos encontramos ante un negocio jurídico de los que una autorizada doctrina denomina complejos, en tanto respondería a una causa mixta, aleatoria y remuneratorio al tiempo.

Sin embargo, es posible mereciera un más detenido análisis la asimilación, hecha por el Alto Tribunal, entre el pacto sometido a su estudio y operaciones tales como las comúnmente denominadas opciones, futuros, permutas de tipos de interés y otras similares, cuya finalidad consiste en asegurar a empresarios y operadores económicos en general, de variaciones en la paridad de las diferentes monedas o en los tipos de interés. Tales operaciones suelen concertarse a través de mercados organizados y autorizados administrativamente, de acuerdo con la vigente legislación sobre negociación de valores, lo cual, entre otras cosas, constituye una garantía para los contratan-

tes (¿cuál es el capital social de SAPIG, única garantía para CADAGUA?). En caso de concertar tales operaciones al margen de la regulación de esos mercados, lo que está por definir es, precisamente, la razón de que aquéllas escapen al recelo manifestado por el legislador en la regulación de determinados contratos aleatorios. La mera asimilación, no resuelve el problema.

Las operaciones bursátiles a plazo, citadas también por el Tribunal Supremo, no constituyen precisamente un buen ejemplo, dado que como es sabido continúan en suspenso en nuestro país desde el año 1940, habiéndose regulado recientemente las operaciones al contado con crédito a comprador o vendedor, sin levantar la suspensión de la contratación a plazo. La desconfianza hacia estas operaciones se debe, en buena medida, a su potencialidad para dar lugar a actuaciones especulativas, en las cuales comprador y vendedor actúen en descubierto (sin tener el vendedor las acciones ni el comprador el importe del precio), liquidando su operación por diferencia y estableciendo así ni más ni menos que una apuesta sobre la evolución del valor de las acciones de determinadas sociedades.

Al actuar el componente causal remuneratorio, de acuerdo con la tesis mantenida en la sentencia, únicamente como justificación de la mayor probabilidad (admitida por el Alto Tribunal) de que surgiera la obligación a cargo de CADARSA, y dudando de que el argumento basado en la mera asimilación con las figuras contractuales antes aludidas sea definitivo, ¿cuál será la regulación aplicable al contrato aleatorio atípico pactado?, ¿merece mayor consideración por parte del ordenamiento jurídico, a efectos de aplicar la inexigibilidad proclamada por el artículo 1798 del Código Civil, la apuesta cruzada entre dos empresas, en relación con la futura paridad del dólar, que la establecida en una partida de naipes en torno a la mejor jugada?, ¿no existiría similar debilidad causal en ambos casos, justificadora de análogos consecuencias? (L. M. L. F.)

19. Contrato de seguro. Póliza de accidentes individual. Reclamación de cantidad.—No puede entenderse que medió dolo o culpa grave en el tomador del seguro por la omisión de la declaración de la cardiopatía padecida, ya que la aseguradora no cumplió con la elemental garantía preventiva en esta clase de contratos de exigir que rellenara en forma positiva o negativa, pero explícita, la casilla de proposición del seguro relativa a enfermedades padecidas, incluso con el examen médico verificador de la manifestación del proponente y no consta «la necesaria influencia en la estimación del riesgo», ya que tampoco se ha hecho uso de la facultad concedida al asegurador por el artículo 89 de la Ley sustantiva de 8 de octubre de 1980 que es aplicable por analogía al seguro de accidentes, por tener la misma naturaleza que el seguro de vida, ya que ambos son seguros de cobertura abstracta. Tampoco puede entenderse que medió dolo o culpa grave en el tomador del seguro por la ocultación de la existencia de otros seguros, ya que tanto por aplicación del artículo 101 de la Ley del Contrato de Seguro como por la condición general 12.ª de la póliza, no hay incompatibilidad en la indemnización por la concurrencia de otros seguros.

No resulta improcedente la reclamación del asegurado por no estar terminado su tratamiento y no querer someterse a una intervención quirúrgica que disminuiría la trascendencia e importancia de las secuelas disfuncionales que padece, por cuanto que la eventual reaparición o incremento de las secuelas que, en forma inequívoca y contundente, fuesen consecuencia del accidente cuyo riesgo estaba asegurado por la póliza en cuestión, siempre podría ser objeto de reclamación indemnizatoria, ya que las reacciones orgánicas son técnicamente imprevisibles, sin poderse establecer certeramente un diagnóstico irreversible. (STS de 1 de febrero de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—Existiendo entre las partes una póliza de accidentes individual, el tomador asegurado sufrió un accidente de automóvil, a consecuencia del cual resultó con lesiones (secuelas de disfuncionalidad en extremidades superior e inferior del lado izquierdo), por lo que interpuso demanda contra la aseguradora, reclamando la indemnización correspondiente.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron parcialmente la demanda. No prospera el recurso de casación. (E. A. P.)

20. Responsabilidad Civil extracontractual. Requisitos de aplicación del artículo 1902 del Código Civil. Evolución de la responsabilidad por culpa. Responsabilidad por hecho ilícito ajeno. Artículo 1903 del Código Civil. Relación de dependencia. Responsabilidad decenal del artículo 1591 del Código Civil. Asimilación jurisprudencial del promotor al constructor. Propiedad horizontal. Configuración; legitimación de la Comunidad de Propietarios para demandar los daños causados a elementos comunes y privativos del inmueble.—La reclamación de resarcimiento de daños por culpa extracontractual con base en el artículo 1902 del Código Civil exige la concurrencia de los siguientes requisitos: una acción u omisión antijurídica o ilícita; una lesión o daño (requisitos estos constitutivos de cuestiones de hecho sujetos a la libre apreciación del Tribunal de instancia); la culpa del agente y una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido (requisitos éstos que son cuestiones de derecho). La responsabilidad extracontractual o aquiliana del artículo 1902 del Código Civil, basada originariamente en el elemento subjetivo de la culpabilidad del agente, ha experimentado una constante evolución en la doctrina jurisprudencial, a partir de la STS de 10 de julio de 1943, que si bien tuvo su origen en el campo de la circulación vial, posteriormente ha sido aplicada a supuestos de mera responsabilidad por riesgo, como los derivados de la explotación de industrias (SSTS de 12 de diciembre de 1980 y 19 de marzo de 1981). La jurisprudencia de esta Sala no ha sancionado en términos absolutos, para los supuestos de aplicación del artículo 1902 del Código Civil, una responsabilidad objetiva, que sólo es exigible cuando el ordenamiento jurídico la impone para procurar un mínimo compensatorio a las posibles víctimas; sin embargo, la evolución jurisprudencial se orienta hacia un sistema que acepta soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por un tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa, y es por ello por lo que se ha ido transformando el principio subjetivista, bien por el cauce de la inversión o atenuación de la carga de la prueba (presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, a no ser que el agente demuestre haber procedido con la diligencia debida a tenor de las circunstancias del lugar y tiempo, para lo que no basta el mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias), bien exigiendo una diligencia específica más alta que la específicamente reglada (entendiendo que la simple observancia de tales disposiciones no basta para exonerar de responsabilidad cuando pese a ello se ha producido el daño previsible y evitable).

Pero la evolución de objetivizar la responsabilidad extracontractual no ha revestido caracteres absolutos y, en modo alguno, permite la exclusión del básico principio de responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo. (STS de 16 de octubre de 1989.)

La responsabilidad por hecho ilícito ajeno (art. 1903 del Código Civil) tiene su fundamento en una presunción de culpa *in eligendo* o *in vigilando* o incluso en la creación de un riesgo. En el supuesto del párrafo 4.º del artículo 1903 del Código Civil, se requiere como presupuesto inexcusable que exista una relación jerárquica o de depen-

dencia, más o menos intensa según las situaciones concretas, entre el ejecutor causante del daño y la empresa o entidad a quien se exige la responsabilidad; no se dá esta relación de dependencia entre quien encarga la redacción de un proyecto de obra y la posterior dirección de ésta y el arquitecto que realiza su cometido, según las reglas de su arte como profesional independiente y sin relación de subordinación jerárquica alguna, pues ninguna mayor diligencia puede exigirse a una persona que encomendar a una determina actividad a quien profesionalmente le corresponde realizarla en aplicación de la técnica de que es titular. (SSTS de 7 de octubre de 1983 y 10 de mayo de 1986.)

La equiparación jurisprudencial del promotor al constructor a los efectos de la responsabilidad decenal del artículo 1591 del Código Civil tiene como finalidad la ampliación de la garantía de los adquirentes de los pisos o locales mediante tal asimilación, función de garantía que no se da frente a quienes no ostenten ese carácter de compradores de los pisos o locales construidos.

En materia de propiedad horizontal, el contenido del derecho singular y exclusivo es el «aprovechamiento independiente» y su concreción material no pasa de ser un espacio susceptible de aquél, ninguno de los cuales es imaginable sin la conjunción con los elementos comunes del edificio y con la existencia de una serie de factores que, sin serlo, interesan a todos; ello permite calificar a aquella titularidad individual como una auténtica propiedad especial, distinta de la clásica del artículo 348 del Código Civil, enmarcada en la serie de obligaciones que establece el artículo 9 LPH y con las limitaciones determinadas en los artículos 7, 8 y 10, que sirven para configurar el régimen que hace posible la coexistencia de las diversas titularidades. Reducir la posibilidad de actuación de la Comunidad como tal a dichos elementos comunes no tendría sentido y tampoco es lo dispuesto en la LPH, que regula expresamente las facultades de la Junta de propietarios, señalando concretamente en su artículo 13.5 las de «conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la Comunidad, acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común». Ello conduce a reconocer legitimación a la Comunidad de propietarios, representada por su Presidente, para demandar la reparación de los daños causados tanto a los elementos comunes como a los privativos del inmueble, siendo de observar, además, que la Junta de propietarios acordó unánimemente facultar al Presidente para este fin, lo que es muestra inequívoca de una específica autorización individualizada y colectiva, suficiente por sí sola para actuar como se hizo. (STS de 29 de mayo de 1984) (STS de 26 de noviembre de 1990; ha lugar al recurso de casación interpuesto por los promotores; no ha lugar al recurso interpuesto por el arquitecto.)

NOTA.—Se formuló recurso de casación por los promotores, de una parte, y por el arquitecto, de otra, y dada la coincidencia de algunos de los motivos de ambos recursos y la similitud de las alegaciones, la Sala procedió a su examen conjunto.

HECHOS.—Habiéndose producido daños en un inmueble como consecuencia de la construcción de otro edificio colindante, la Comunidad de propietarios formuló demanda contra los promotores, el arquitecto y el aparejador, solicitando la condena de todos ellos a la reparación de los daños causados tanto en los elementos comunes como privados de la finca, así como la indemnización de los perjuicios.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial estimó parcialmente el recurso de apelación, absolviendo al aparejador. Prospera el recurso de casación interpuesto por los promotores; no prospera el recurso de casación interpuesto por el arquitecto. (E. A. P.)

21. Culpa extracontractual. Daños y perjuicios sufridos por un menor en el establecimiento del demandado. Determinación de la cuantía indemnizatoria.— Afirmada la existencia de obras de reparación en el local abierto al público, frecuentemente infantil, dada la naturaleza de los artículos en venta, sin que en tal situación de reparaciones existiese otra separación entre la peligrosa zona de obras y la dedicada a atender a la clientela que una señal de stop y una valla «no completamente sujeta, sino meramente apoyada», sin que ni siquiera se advirtiese a la madre, que acompañaba al niño de cuatro años lesionado, del peligro existente, dejándolo circular libremente por el local, es conducta a todas luces negligente en cuanto al dueño del local, sin perjuicio de la de la madre que, en concurrencia con aquélla, está igualmente apreciada y valorada en la sentencia cuyo ajuste a la normativa, en este punto, de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil no es discutible más que con el afán dilatorio en el cumplimiento de un fallo.

La postulación en que se difiere al trámite de ejecución la cuantía indemnizatoria, sólo se impone cuando, conforme al artículo 360 LEC, no sea posible ni la fijación de su importe ni establecer las bases de liquidación, mas no cuando, en la demanda en que se ejercita la acción de reclamación indemnizatoria, aparecen ya cuantificados aquellos daños en cuanto a los objetivamente acreditables, mediante los oportunos datos y recibos, y se exponen las circunstancias suficientes a determinar los morales, de modo que puedan desde el principio, ser tenidos en cuenta los distintos extremos a que la indemnización alcanza, sin otra falta que la de puntualizar el *quantum* de aquéllos, que el juzgador de instancia está llamado a cifrar con discrecionalidad no censurable en casación, así en su ponderada cuantía, como en la moderación consiguiente a una apreciada concurrencia de culpas (SSTS de 13 de febrero y 21 de mayo de 1971, 14 de junio de 1973 y 2 de febrero de 1976). La reserva que supone trasladar la cuantificación de los daños al trámite de ejecución (...) es, sobre indeseable, de utilización excepcional. (STS de 22 de febrero de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiendo sufrido un menor diversos daños como consecuencia del accidente ocurrido al niño en el establecimiento del demandado, la madre de aquél interpuso demanda solicitando la indemnización correspondiente al menor en concepto de daños y perjuicios.

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

22. Responsabilidad extracontractual. Obligación nacida de acto ilícito. Inicio del término prescriptivo.—Una cosa son los daños continuados producidos por diferentes actos, continuados también, y otra el daño permanente producido por un solo acto, cual aquí ocurre con la privación de la posesión y con el contacto de hecho con la cosa que ésta implica, que sí tiene carácter permanente, pues aquél solo acto que produce un daño continuo, mientras el contacto no cese no quiere decir que el perjudicado, con conocimiento de la perturbación, pueda ejercitar su acción resarcidora más allá del año transcurrido desde el *dies a quo* que marca el conocimiento y que fija el artículo 1969 del Código Civil, mandato imperativo que nace desde que se conoce, como aquí ocurre, el quebranto producido, pues no se crearán perjuicios nuevos distintos de los anteriores, debidos todos al acto inicial, de tal manera que el no ejercicio del derecho durante el plazo marcado se equipara, por razones de seguridad jurídica, al abandono del mismo; es decir, la facultad de ejercicio del derecho no es eterna y su falta de actuación conlleva la carga consistente en la prescripción extintiva de la acción. La desposesión es un acto unitario y unitarios son sus efectos, a diferencia de lo que puede ocurrir

en otros ámbitos, cual sucede, por ejemplo, con las lesiones en las que pueden manifestarse con posterioridad secuelas, realidad fáctica que originó el diferente trato jurisprudencial, no aplicable al caso que nos ocupa; en definitiva, la facultad existe durante el tiempo prescriptivo, pero transcurrido el mismo entra en juego la carga de pechar con las consecuencias perjudiciales del no ejercicio, recto sentido de la ecuación derecho-deber, facultad-carga. (STS de 19 de noviembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte demandante solicitó una indemnización por culpa extracontractual o aquiliana, sobre la base de que los que aparecen como demandados, con el fin de cobrar una supuesta deuda, le habían privado de la posesión de ciertas máquinas necesarias para realizar su trabajo. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, al acoger la excepción de que la acción había prescrito. La Audiencia Territorial confirmó el fallo. No prospera el recurso de casación. (J. A. M. M.)

23. Culpa extracontractual. Acción dirigida con ente autonómico y aseguradora privada, Competencia de la Jurisdicción Civil. Doctrina general.—La cuestión acerca de la jurisdicción competente para el conocimiento de las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios causados por culpa extracontractual, dirigidas contra las Administraciones Públicas ha sido resuelta por la jurisprudencia de la Sala Primera con disparidad de criterios originadora de sentencias contradictorias (Sentencia de 1 de julio de 1986 a la que se remite la sentencia de 28 de marzo de 1990); no obstante, la mayor parte de las resoluciones de esta Sala que modernamente han tratado de la cuestión, vienen atribuyendo esta discutida competencia a la jurisdicción civil, no sólo en aquellos supuestos en que la Administración actúa en relaciones de derecho privado, sino también cuando es demandada conjuntamente con personas jurídicas privadas, existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas, y ello por la «vis atractiva» de esta jurisdicción como por el carácter residual de la misma (Sentencias de 15 de octubre de 1976, 22 de noviembre y 7 de diciembre de 1985, 14 de octubre de 1985 y 2 de febrero de 1987); este criterio de la «vis atractiva» se ve reforzado por el principio de unidad jurisdiccional sancionado por el artículo 117.5 CE y recogido en el artículo 3.1. LOPJ de 1985 al afirmar que «la jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos», en tanto que su artículo 9.2 dispone que «los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquéllas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional», funcionando así el orden jurisdiccional civil como residual (Sentencia de 2 de febrero de 1987), competente para conocer de la responsabilidad extracontractual o aquiliana de un particular aun cuando se combine solidariamente con la de una Administración Pública; doctrina aplicable cuando la acción indemnizatoria se dirige contra una Administración Autonómica y contra una entidad aseguradora, persona jurídica privada, que han resultado solidariamente condenados.

Lesiones sufridas por un menor esperando entrar en el comedor. Culpa in vigilando o in eligendo.—Se da como probado que, durante el horario escolar, el alumno Gabriel A. M., poco después de terminar las clases y antes de las horas de comer, se lesionó el ojo izquierdo, al clavar en la tierra una vara con punta en sus extremos, conocida con el nombre de «líma»; la actuación de los profesores del Colegio, presentes en el patio, pone de manifiesto que no observaron la diligencia precisa y exigible en el cumplimiento de su deber de vigilancia de los alumnos a ellos confiados, al no advertir la práctica por el menor lesionado de un juego peligroso que «debería haber sido prohibido incluso por el Profesorado presente en la hora del recreo»; tal deber de vigilancia

sobre los alumnos, entre los que se encontraban algunos de corta edad (como el menor lesionado de seis años), no cesaba por el hecho de haber concluido las horas de clase, estando los alumnos en una dependencia del Colegio esperando a acceder a los Comedores del mismo, puesto que desde el momento en que los alumnos entran en las dependencias del Colegio, hasta que la abandonan por haber concluido la actividad escolar del día, quedan sujetos a la vigilancia de los profesores; se da una culpa «*in vigilando*» suficiente para imponer al amparo del artículo 1903, número 4.º y de la constante jurisprudencia de esta Sala, la responsabilidad civil por culpa «*in vigilando*» o «*in eligendo*» a la entidad, ya sea pública o privada, de quienes los causantes del daño dependían.

Autor indeterminado.—No obsta a la declaración de responsabilidad el hecho de no haberse determinado personalmente quienes eran los profesores presentes en el lugar en que ocurrieron los hechos, probado como está que pertenecían al Colegio Nacional, dependiente de la Junta de Andalucía, no siendo necesario, dado el carácter solidario de la responsabilidad, la llamada a juicio del director del Colegio.

Artículo 1903, número 5.º. Norma anacrónica.—Según se admite por la generalidad de la doctrina, este precepto es norma anacrónica, ante la vigente legislación que permite exigir responsabilidad al Estado y Corporaciones o Entidades públicas, por toda lesión que sufran los particulares en sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Seguro de responsabilidad civil. Responsabilidad de la aseguradora.—Atribuida por la Sentencia la causa del daño sufrido por el menor, a la culpa «*in vigilando*» del Profesorado del Colegio asegurado, es claro que nos encontramos ante uno de los supuestos de cobertura expresamente previstos en la póliza, según el tenor literal de la misma, que establece: «El seguro comprende... la responsabilidad civil que pudiera corresponder a la Dirección, a las personas que formen parte del Claustro de Profesores y de los servicios auxiliares del centro educativo asegurado, por los daños corporales de toda índole que pudieran sufrir los alumnos de dicho centro y que fueran producidos u ocasionados, aún negligentemente, por el indicado personal docente durante el desempeño de sus funciones, tanto en el interior del centro, como en viajes, visitas, excursiones, juegos y similares, programados por el Colegio y bajo la vigilancia del propio Profesorado»; se trata de responsabilidad civil nacida de actos del Profesorado del Centro, y no, como pretende la aseguradora, de responsabilidad civil dimanante de hechos imputables al alumno lesionado.

Cuestión nueva. Excepción de prescripción no alegada oportunamente.—Incomparecida en primera y segunda instancia la Junta de Andalucía, resulta extemporánea la alegación en casación de la prescripción de la acción, sólo oponible a instancia de parte, con lo que pretende introducir una cuestión nueva. (STS de 10 de noviembre de 1990; no ha lugar.) (G. G. C.)

24. Responsabilidad civil del médico. Intervención quirúrgica negligente. Culpa *in operando*.—A consecuencia de una intervención quirúrgica falleció el esposo y padre de los actores, apreciándose en el quehacer del cirujano los clásicos elementos que integran la culpa extracontractual del artículo 1902 del Código Civil: existencia del daño, producción del mismo por culpa o negligencia del sujeto, y relación de causalidad entre uno y otra; existiendo una evidente conducta culposa, o culpa «*in operando*» que motivó la instrucción de expediente disciplinario a dicho cirujano que culminó con la suspensión definitiva del servicio.

Responsabilidad del Insalud. Culpa in vigilando o in eligendo.—No habiéndose discutido la relación de dependencia del causante del daño con el Insalud, se determina la correlativa responsabilidad de este organismo por culpa «in vigilando» o «in eligendo», conforme al párrafo 4.º del artículo 1903 del Código Civil, la cual es directa y no subsidiaria como ha declarado esta Sala con reiteración. (Sentencias de 6 y 9 de julio de 1984, 30 de noviembre de 1985, 16 de marzo de 1987 y 22 de junio de 1988.)

Solidaridad.—Según reiterada jurisprudencia es solidaria la responsabilidad entre causantes y partícipes del artículo 1902, cuando no se puede individualizar la correspondiente a cada uno, y también lo es con quienes sean estimados responsables por aplicación del artículo 1903, pudiendo citarse las Sentencias de 9 de enero de 1985, 8 y 10 de mayo de 1986, 14 de mayo de 1987 y 7 de julio de 1988.

Competencia de la Jurisdicción Civil. Relación jurídica entre el particular y el Insalud: no es administrativa ni laboral.—Es bien diferente la relación entre la Seguridad Social y el personal a su servicio, de la que existe entre el Insalud y el beneficiario de sus prestaciones, figurando entre las mismas la atención médico sanitaria, siendo el enfermo un particular que se ve afectado en su patrimonio personal y privado, susceptible de sufrir daños por culpa o negligencia de quienes le atienden, generándose así una responsabilidad civil cuya efectividad requiere el ejercicio de la acción culposa extracontractual basada en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil; no se trata de impugnar un acto administrativo, pues la actuación del Insalud no acaeció dentro del ámbito de sus facultades soberanas, sino cual entidad privada para atender a la asistencia de un enfermo ingresado en un centro dependiente de aquélla; ni es derivación de un conflicto laboral entre las partes, ni tampoco es un pleito sobre seguridad social, aunque la víctima hubiera sido beneficiaria de este régimen. (STS de 23 de noviembre de 1990; no ha lugar.)

NOTA.—Decisión absolutamente correcta que viene a reiterar una jurisprudencia ya consolidada. No se comprende bien, por ello que el Insalud, después de dos sentencias condenatorias conformes, persista en el recurso de casación; con mayor razón si se considera que el accidente ocurrió hace más de dieciséis años, con apertura de proceso penal que se sobreesió por aplicación de un indulto general de 1975; si la viuda y los seis hijos menores de la víctima, con edades comprendidas entre los catorce y los cuatro años, no han tenido otros medios de subsistencia, la actual indemnización no deja de ser un sarcasmo. (G. G. C.)

4. DERECHOS REALES

25. Distinción entre la acción reivindicatoria y la acción de deslinde.—El derecho a promover el deslinde es una facultad de todo propietario y consiste en «la fijación de hitos, mojones, postes o señales», con el único objeto de individualizar la finca, de manera que queden claros los límites de la misma frente a otros predios colindantes. Bien distinta, por tanto, es la acción reivindicatoria de dominio. Su origen está en el principio romano *ubiquumque sit res, pro domino suo clamat*, y consiste en la reclamación de una cosa cierta y determinada como propia.

Es perfectamente posible la acumulación de ambas acciones en un solo proceso (STS de 30 de abril de 1964, STS de 23 de mayo de 1967, STS de 24 de marzo de 1983, STS de 17 de enero de 1984...). Ahora bien, si en un mismo litigio la propiedad, previamente delimitada, se pretende reivindicar también, ha de hacerse de forma expresa y clara. (STS de 19 de diciembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Territorial, la cual tampoco estimó el recurso de apelación interpuesto contra la resolución del Juzgado de Primera Instancia. Se reconoce, pues, el derecho de la demandante a promover el deslinde y amojonamiento de su finca. (A. R. G.)

26. Propiedad Horizontal: alteración de elemento común.—Se entiende que hay alteración de un elemento común (relevante a efectos de la aplicación del artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal) cuando se produce una ampliación de su superficie. Se entiende también que hay alteración de elemento común a tales efectos cuando se modifica el uso que para el mismo se explicitaba en el título constitutivo. En definitiva, se considera «alteración» de la cosa común toda modificación que afecte a su «naturaleza o composición o el destino de la misma, que adquiere por ello una situación o configuración distinta a la precedente». Para tomar acuerdos que impliquen dichas alteraciones se requiere, considerando que modifican el título constitutivo, unanimidad de los copropietarios. (STS de 19 de noviembre de 1990; ha lugar.)

HECHOS.—Don Gonzalo y otros impugnan un acuerdo tomado por una mayoría de la comunidad de propietarios a la que pertenecen. Por dicho acuerdo se decide el vallado del terrado de la finca modificándose a la vez su uso, que pasa a ser común siendo antes vecinal. En el título constitutivo ese terrado consta como «elemento común» sin que se describa su destino. La comunidad de propietarios alega que no afecta a la estructura del edificio ni al título constitutivo, por lo que no requiere unanimidad el acuerdo sino mayoría. En primera Instancia se estimó la demanda. Se interpuso recurso de apelación y la Audiencia Territorial, revocando la sentencia anterior, desestimó la petición de nulidad del acuerdo. (C. J. D.)

27. Modificación estatutaria del sistema de gastos generales establecidos en el título constitutivo en régimen de propiedad horizontal.—El sistema de distribución de los gastos generales de una comunidad depende, en primer lugar, de la cuota de participación fijada en el título de constitución. Sin embargo, no es éste el único criterio, ya que el sistema especificado en el título puede ser modificado posteriormente en los estatutos, estableciéndose en éstos otro régimen distinto de distribución de gastos o, incluso, excluyendo a determinados elementos privativos —pisos o locales— del pago de los mismos.

Esta doctrina se apoya en el artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal, cuando señala, entre otras obligaciones de cada propietario, el contribuir a los gastos generales del inmueble «con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido».

A dicho sistema estatutario de distribución de gastos deberá someterse la comunidad de propietarios a la hora de tomar sus acuerdos. Si se desea cambiar el sistema será necesario modificar los estatutos, observando para ello la exigencia del acuerdo unánime de todos los propietarios (artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal). (STS de 2 de febrero de 1991; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante, en calidad de propietaria de dos locales comerciales en un edificio, solicita la declaración de nulidad de un acuerdo de la junta de propietarios, en el que se le obliga a pagar determinados gastos generales de la comunidad.

La Audiencia Territorial estima parcialmente el recurso interpuesto por la actora, revocando en parte la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Ha

lugar a la casación, estimando el Supremo el único motivo alegado por la entidad demandante. (A. R. G.)

28. Propiedad intelectual según ley derogada. Competencia residual de la Jurisdicción Civil.—Se reitera la doctrina de la Sentencia de 10 de mayo de 1988, según la cual, aunque hoy día, a tenor del artículo 9.º LOPJ de 1 de julio de 1985, puede resultar un tanto dudoso seguir hablando de la «*vis atractiva*» de la jurisdicción civil frente a las demás, en la medida en que ya no existe, en rigor, una jurisdicción ordinaria y, a su lado, otras jurisdicciones especiales, sino órdenes jurisdiccionales iguales que deben desarrollar e integrar sus competencias respectivas, es lo cierto que cuando no resulta clara la atribución del conocimiento del asunto, el orden jurisdiccional civil funcionará y seguirá funcionando en todo caso como residual, según el fundamental n.º 2.º del citado artículo 9.º, entendiéndose también dicho orden de aquellas materias que no estén atribuidas de modo inequívoco a otro orden jurisdiccional, además de resolver sobre aquéllas que le son propias.

Edición de obras fonográficas en exclusiva. Carácter civil y no laboral.—La Sala considera correcta la calificación de los contratos perfeccionados entre las partes como de edición de obras fonográficas en exclusiva, sin que las relaciones habidas entre las partes tengan carácter laboral, extendiéndose la exclusividad pactada a la edición de canciones o números musicales de que sea autor el demandante, que en modo alguno podría calificarse como actividad laboral, y están ausentes de las relaciones entre las partes algunas de las notas esenciales que caracterizan a las laborales, faltando la «ajenidad» pues la posición del actor respecto a las empresas no es ni siquiera asimilable a la del arrendatario de servicios, sin que tampoco se integrase en la organización empresarial ni estuviera incluido en el círculo disciplinario de la misma.

Resolución por incumplimiento. Voluntad deliberadamente rebelde. Carácter inducido.—El problema del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones bilaterales es de orden fáctico, aunque no la trascendencia resolutoria del mismo; aparece probado que la entidad demandada no cumplió desde el año 1976 sus obligaciones de liquidación y el pago correspondiente al actor, y si bien es cierto que la doctrina jurisprudencial, al interpretar el artículo 1124 del Código Civil en orden a la resolución por incumplimiento establece como regla general la necesidad de una voluntad deliberadamente rebelde, no lo es menos que con la mirada puesta en la realidad social, la equidad y la justicia, al objeto de evitar que una rigurosa aplicación de este criterio pudiera frustrar los legítimos derechos de los acreedores, el TS ha venido elaborando una dogmática matizadora, social y jurídicamente lógica, cual es la de que dicha voluntad deliberadamente rebelde no puede erigirse en un pronunciamiento exclusivo en cuanto no aparece expresamente en la letra ni en el espíritu del artículo 1124, sino que ha de ser coonestada, cuando sea factible, con la posibilidad de que existan actos o conductas del deduro que permitan inducir el incumplimiento. (Sentencias de 6 de junio de 1983, 31 de mayo, 25 de junio y 13 de noviembre de 1985 y 7 de julio de 1987).

Derecho moral de autor. Indisponibilidad.—El derecho moral de autor, en el cual se halla la facultad de reproducción de la obra, es indisponible, de suerte que el actor, como titular de la propiedad intelectual, puede prohibir la reproducción en el sentido de fabricar más elementos fonográficos —discos o cassetes— y en el de distribuirlos o venderlos, pues ello está en el concepto de reproducción y se atiene a lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879, vigente a la sazón. (STS de 15 de febrero de 1991; no ha lugar.)

NOTA.—Sometido el litigio a la legislación derogada y siendo de aprobar el fallo (Pte. Teófilo Ortega Torres) caben las siguientes observaciones: 1.ª) la aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre resolución *ex artículo 1124*, todavía minoritaria, que gradúa o matiza la exigencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, sosteniendo que tal voluntad puede inducirse de la conducta del deudor; 2.ª) que la prohibición pedida por el actor de que la empresa demandada no fabrique más discos suyos y retire del mercado los fabricados se relaciona con la petición de resolución del contrato de reproducción exclusiva que vinculaba a las partes, y no tanto con el derecho moral de autor. Es decir, bajo la ley vigente se estaría en presencia del derecho de reproducción del artículo 17, como modalidad de explotación del derecho de autor, y no en el supuesto del número 6.º del artículo 14. El supuesto litigioso aparece en la nueva normativa expresamente regulado en el artículo 68.1 letra b) (sobre esta forma de resolución véase el comentario de Martínez de Aguirre y Aldaz, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dirigidos por R. Bercovitz, Madrid, 1989, especialmente, p. 1057 y ss.). (G. G. C.)

29. Inmuebles por destino.—Los bienes muebles pueden transformar su naturaleza jurídica, bien por su adhesión o incorporación fija y permanente a un inmueble, bien por razón del destino dado por su propietario, de manera que sirvan para la explotación de una industria y satisfagan las necesidades de la misma. Así, «[...] los instrumentos y maquinarias que se utilizan para el riego por aspersión, pueden estimarse pertenencias de la finca agrícola, si, efectivamente, el acto de destino atribuido a los mismos, responde a las circunstancias objetivas que exigen las normas aplicables...».

Extensión de la Hipoteca.—Para que la hipoteca comprenda los bienes mencionados en el artículo 111 de la Ley Hipotecaria hace falta, o bien una disposición de carácter legal (criterio legal), o bien un pacto expreso (criterio convencional). En principio los bienes muebles al servicio de una industria no son susceptibles de ser objeto de extensión de la hipoteca, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del inmueble.

Para determinar a qué bienes se extiende la hipoteca no se ha de tener en cuenta el momento inicial de constitución de la misma, sino el tiempo de su ejecución. Por tanto, el concepto de extensión no se refiere a una situación estática sino dinámica, en la que suceden multitud de cambios y transformaciones.

La hipoteca, pues, se extiende a los inmuebles por destino cuyo precio, al tiempo de constituirse este derecho real, se estuviera pagando a plazos, pero que en el momento de su ejecución ya hubiera sido totalmente satisfecho. (STS de 21 de diciembre de 1990; ha lugar.)

HECHOS.—Adjudicada una finca hipotecada al acreedor hipotecario, éste interpone una tercera de dominio para que se alce el embargo de diez pivots para riego a los que, según pretende se extiende la hipoteca, conforme a lo pactado. El Supremo casa la sentencia de la Audiencia Territorial y confirma la del Juzgado de Primera Instancia, reconociendo la titularidad del actor sobre los bienes y la cancelación del embargo. (A. R. G.)

5. FAMILIA

30. Carga de la prueba.—No puede alegarse con éxito el artículo 1214 del Código Civil cuando el hecho debatido resulta probado en los autos, y está facultado el Tri-

bunal para apoyarse en los hechos acreditados, prescindiendo de cual de las partes adujo pruebas en tal sentido, y toda vez que la carga de la prueba que regula el artículo 1214 actúa, como es sabido por reiterada jurisprudencia, para el supuesto de que los hechos alegados no resulten probados, es decir, que sólo actúa para señalar las consecuencias de la falta de prueba. (Sentencias, entre otras, de 19 de febrero de 1945 y 5 de octubre de 1955.)

Incongruencia.—No consiste en la supuesta discordancia que se alega entre los fundamentos jurídicos de la sentencia y el fallo, sino entre la súplica de la demanda y esa parte dispositiva de la sentencia.

Responsabilidad de los gananciales.—La circunstancia de que el esposo no interviniese como presentador de la letra no afecta a la reclamación civil que en la demanda se ejercita, pues ya se ha dicho que no se está en el Derecho cambiario sino en la regulación general de los contratos civiles, y por consiguiente los bienes de ambos recurrentes, como matrimonio, en tanto no resulte otra cosa, sometido al régimen de gananciales, responderán, como se deduce del artículo 1367 del Código Civil, de las obligaciones contraídas conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento del otro, luego es indudable la responsabilidad de los dos cónyuges en casos como el debatido. (STS 10 de diciembre de 1990; no ha lugar.)

31. Filiación extramatrimonial. Doctrina Jurisprudencial sobre el artículo 135 del Código Civil.—La interpretación del artículo 135 del Código Civil vino a quedar compendiada en la Sentencia de 5 de abril de 1990 que declaró: «Tras la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la filiación por la Ley de 13 de mayo de 1981 y en fiel concordancia con los principios sentados al efecto por la vigente CE, se ha consolidado ya una conocida línea jurisprudencial, claramente superadora de anteriores actitudes restrictivas y formalistas, que proclama con acentuada unanimidad que los artículos 17 y 135 del Código Civil establecen y propician una amplia gama de procedimientos para llegar a conocer la realidad genética permitiendo que los Tribunales utilicen al efecto cualquier sistema de los previstos por la razón humana, en consonancia con la realidad sociológica y la época en que aquellas relaciones se produjeron, así como con la realidad social en que han de ser aplicadas esas normas de tan amplio espectro inquisitivo, atendiendo, fundamentalmente, al espíritu y finalidad de éstas, que no es otra que la defensa de los derechos prioritarios de los hijos; tal principio de libertad en la práctica de las pruebas y de razonable apreciación y valoración de las mismas por el juzgador tiende, en definitiva, a buscar el principio de verdad material en el proceso, para lo cual resulta decisivo el último inciso del citado artículo 135, que alude a «otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo», frase que, sin duda, remite a pruebas indirectas que son de especial significación cuando no se dan los hechos base que específicamente menciona aquel precepto (reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado y convivencia con la madre en la época de la concepción); desprendiéndose del conjunto jurisprudencial que el artículo 135 establece criterios de gran amplitud acudiendo a presunciones «*seu iudicis*» para declarar o no la filiación reclamada, y que si bien es cierto que las pruebas biológicas pueden no aportar una certeza absoluta, no lo es menos que la ley otorga a los Tribunales su valoración según las reglas de la sana crítica.

Reclamación de paternidad no matrimonial. Pruebas biológicas. Certeza casi absoluta.—El estudio combinado de las pruebas documental, testifical y pericial, llegaron al resultado de haber quedado demostrada la filiación paterna reclamada, merecien-

do destacarse las conclusiones del Instituto Nacional de Toxicología en la prueba biológica que practicó: 1.º) los resultados obtenidos en el estudio de los antígenos eritrocitarios, no permiten excluir la paternidad de don P. P. A. R. con respecto a la niña E. S. V., y 2.º) La probabilidad de paternidad (w) obtenida es de 99,91 por 100, valor que se encuentra dentro del rango considerado por K. Hummel y colaboradores como paternidad prácticamente probada; asimismo el Índice de Paternidad (IP) obtenido es de 1.293,48, valor que se encuentra dentro del rango considerado por los mismos autores como paternidad prácticamente probada; de aquí que proyectando cuanto antecede al caso de que se trata, se consiguió una certeza casi absoluta en el resultado de la valoración de la prueba. (STS de 2 de enero de 1991; no ha lugar.)

NOTA.—Acaso sea la materia de la filiación extramatrimonial y, en particular, la de sus medios de prueba, una respecto de las que, en menor espacio de tiempo, tras lógicos titubeos iniciales, la Sala 1.ª del TS haya formado una doctrina uniforme en relación con al Ley de 13 de mayo de 1981, dictada en desarrollado del principio constitucional de no discriminación por razón del origen. Y ello a pesar de que la fórmula utilizada en el artículo 39 (*posibilitar* la investigación de la paternidad) y su misma ubicación en el Capítulo III del Título primero CE. distaban de facilitar las cosas. Probablemente ello se ha debido a que, en este punto, la Constitución se limitó a reflejar un estado de opinión en la doctrina jurídica y en la sociedad, y también a la bondad del mecanismo legal utilizado para realizar la reforma de nuestro régimen de filiación (sobre este punto vide García Cantero, «*Técnicas legislativas de reforma de la filiación nacida fuera del matrimonio*», Homenaje Batlle, Madrid, 1978, pp. 359 y ss.). Desde un punto de vista práctico puede comprobarse la conveniencia de «especializar» (entiéndase *cum mica salis*) a alguno de los componentes de la Sala 1.ª en determinadas materias (en el presente caso ha sido Ponente el Excmo. Sr. don Alfonso Barcala y Trillo Figueroa, que habitualmente lo es en materia de filiación no matrimonial). Por lo demás, la sentencia extractada ofrece un buen resumen de la que ya es doctrina consolidada, con beneficio de la seguridad jurídica, lo que, a medio plazo, hará disminuir los litigios ante los Tribunales. En cuanto al fondo del asunto, la contundencia del informe pericial excluía cualquier otra solución. (G. G. C.)

6. SUCESIONES

32. La aceptación de la herencia.—La aceptación de la herencia es un acto personalísimo y unilateral, de manera que para la producción de sus correspondientes efectos única y exclusivamente es necesaria la voluntad del llamado a la herencia. De aquí se deduce la imposibilidad de reclamar su ejercicio ante los tribunales por quien está facultado para llevar a cabo dicha declaración de voluntad, frente a cualquier otra persona.

Legitimación y finalidad de la *actio petitio hereditatis*.—De acuerdo con una constante doctrina jurisprudencial (STS de 12 de noviembre de 1953, STS de 18 de mayo de 1932, STS de 7 de enero de 1966), si bien es cierto que la acción de petición de herencia y la reivindicatoria del artículo 348 del Código Civil son diferentes por el carácter universal de la primera y su finalidad principal de obtener el reconocimiento de la cualidad de heredero, sin embargo, no por ello se impide a los legitimados activa-

mente por la misma la petición de restitución de todos o parte de los bienes pertenecientes al patrimonio hereditario del causante, frente a quien los posee sin tener derecho alguno.

Cuestión de derecho intertemporal. Que legislación es aplicable a la renuncia de derechos.—Es doctrina pacífica de esta Sala (STS de 9 de marzo de 1897, STS de 24 de junio de 1897, STS de 5 de junio de 1917, STS de 22 de diciembre de 1973, STS de 13 de abril de 1984) que «[...] los derechos hereditarios han de regirse por la legislación del tiempo del fallecimiento del causante...». Este criterio es seguido igualmente por la Disposición Transitoria, número 12 del Código Civil y por la Disposición Transitoria, número 8 de la Ley 11/1981 de 13 de mayo.

A la renuncia de derechos hereditarios, pues, le es de aplicación la legislación vigente al tiempo de la muerte del causante, la cual determina los efectos de tal renuncia y así, el destino del caudal hereditario. (STS de 21 de diciembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—La cuestión planteada es la petición de que, en primer lugar, se declare a unas menores herederas abintestato de los bienes dejados por su difunto padre, y en segundo lugar, se declare nula la escritura pública —firmada por el padre— en la que renuncia a las herencias de sus ascendientes y, a la vez, prohíbe el derecho de representación de cualquiera de sus hijos en dichas herencias. La Audiencia Territorial revoca la sentencia del juzgado, en la que se reconocía el derecho de las demandantes. El recurso de casación no prosperó, confirmando el Tribunal la resolución de la Segunda Instancia.

NOTA.—El derecho de representación nace en los supuestos de premoriencia o incapacidad del llamado para heredar, pero nunca en la repudiación de la herencia (vid. arts. 924 y 929 del Código Civil). Por consiguiente, no tiene razón de ser un escrito de renuncia a una herencia donde el repudiante prohíbe a sus parientes representarle en dicha herencia. (A. R. G.)

33. Consorcio foral aragonés. Presupuestos; carácter imperativo; derecho de acrecer. Administración de la sociedad de gananciales.—Son presupuestos determinantes del Consorcio Foral al que se refiere el artículo 142 de la Compilación la adquisición por varios hermanos, de un ascendiente, de un inmueble proindiviso y a título gratuito, sin que en su regulación se limite expresamente el acrecimiento a ninguna determinada condición sucesoria que debiera concurrir entre los distintos consortes (no resulta preciso para su constitución que las cuotas consorciales provengan de idéntica titularidad), ni tampoco resulte incompatible con la prohibición temporal de disolución que hubiera sido impuesta en el testamento que originó el consorcio. La redacción gramatical del artículo 142, atendida la totalidad de sus apartados, es demostrativa de su índole imperativa, previa concurrencia de los presupuestos establecidos, lo que no impide que el consorcio pueda nacer de un acuerdo de voluntades y admita una regulación distinta a la del precepto, de existir acuerdo unánime entre la totalidad de los consortes. Pero la específica naturaleza del instituto origina que a partir de su constitución, todas las porciones o cuotas pierden su primitiva sustantividad para quedar sometidas a idéntico régimen (salvo acuerdo contrario de los interesados), y de aquí que el acrecimiento así verificado no suponga vulneración de la regulación de este derecho en los arts. 981 y ss. del Código Civil, de los que se desprende la incompatibilidad entre herederos y legatarios en punto a compartir un mismo acrecimiento.

El artículo 48 de la Compilación confiere al marido la administración de la comunidad y el poder de administrar lleva consigo, a tenor del artículo 49.2, la realización de las actuaciones judiciales y extrajudiciales que exijan su normal ejercicio; además, el artículo 1385 del Código Civil admite que cualquiera de los cónyuges podrá ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción o excepción. (STS de 12 de noviembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—La causante, a quien sucedían tres hijos, dispuso de sus bienes legando a cada uno de sus dos hijos una tercera parte indivisa de la finca objeto del litigio e instituyendo heredera universal a su hija. Esta, siendo soltera y careciendo de ascendientes y descendientes, instituyó heredero universal a uno de sus hermanos. El otro interpuso demanda solicitando que su hermano demandado le entregase la parte indivisa que le correspondía, por entender que la tercera parte indivisa de la hermana fallecida debía acrecer a ambos hermanos por partes iguales, al existir un consorcio foral aragonés.

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

34. Derecho civil catalán. Pérdida de usufructo vidual por vida manifiestamente licenciosa. Artículo 250 compilación según texto de 1960. Inconstitucionalidad sobrevenida.—El derecho a la intimidad personal y familiar no es un derecho absoluto pudiendo sufrir limitaciones aprobadas por la ley, como autoriza el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 8 de mayo, lo cual ocurre especialmente en el ámbito de las relaciones familiares y sucesorias, en que el legislador hace depender el nacimiento, ejercicio o extinción de los derechos, de determinadas conductas de los sujetos cuya divulgación constituiría un ataque ilegítimo a ese derecho fundamental, pero cuya prueba, por medio que en sí mismo no vulneren tal derecho, se hace necesaria en el proceso para alcanzar el efecto jurídico pretendido derivado de esa conducta (así ocurre en los arts. 82 y 86 del Código Civil al describir las causas de separación y de divorcio, en los arts. 756 del Código Civil y 253 Compilación catalana al regular la indignidad para suceder en los arts. 853 y 854 del Código Civil al tratar de las causas de desheredación, y del texto vigente del art. 250.4 de la Compilación según redacción de 1984 que conforme al dictamen del Consejo Consultivo de la Generalidad «no supone ninguna discriminación respecto al ejercicio de los derechos fundamentales»; en cuanto a la redacción primitiva del art. 250, p.º 4.º es de considerar que no ataca la intimidad familiar teniendo en cuenta que en el mismo se requiere un elemento de publicidad de la conducta al usar el adverbio «manifiestamente» lo que elimina toda idea de invasión del ámbito íntimo de la persona; tampoco viola el art. 17 del texto constitucional, pues en modo alguno impide al beneficiario del usufructo la capacidad para tomar la resolución que estime conveniente en orden a su vida, ni constituye un motivo externo que presione la determinación de su voluntad en un sentido distinto del que hubiera decidido de no existir tal precepto; tampoco viola el principio de igualdad, pues establecida con carácter de generalidad la pérdida del usufructo vidual para todo aquel que incurra en la conducta que constituye el supuesto de hecho de la norma, por considerar el legislador que tal conducta es contraria a la finalidad perseguida con la atribución del usufructo, no se produce ningún tipo de discriminación con los viudos que conservan el usufructo al no realizar el supuesto de hecho del que se hace depender su extinción.

Objetivación de la causa de pérdida del usufructo en la redacción vigente. Criterio interpretativo de la realidad social.—La conviencia «*more uxorio*» de una

mujer y un hombre quedaba incluida en el supuesto de hecho descrito como «vida manifiestamente licenciosa» en el apartado 4.º del primitivo artículo 250 Comp. de Cataluña, puesto a tenor de los criterios sociales y morales que regían la vida social en la época en que se promulgó la Compilación, las uniones extramatrimoniales o de hecho eran tenidas «por costumbres inmorales» o «licenciosas» en términos del texto legal; por tanto, las uniones de hecho estaban comprendidas entre las causas de pérdida del usufructo, al igual que se incluyen en la actualidad de forma expresa en la redacción dada al precepto a partir de la Ley de 20 de marzo de 1984; no es aceptable la tesis de la recurrente de que las sucesivas redacciones preven distintas causas de pérdida del usufructo, sino que, por el contrario, existe entre ellas cierta identidad, habiéndose limitado la Ley de 1984 a eliminar del texto las connotaciones morales y subjetivistas, objetivando la causa de pérdida del usufructo al describirla como «vivir maritalmente de hecho con otra persona»; incluida, por tanto, la unión de hecho en el antiguo artículo 250.4, éste ha de ser interpretado de acuerdo con los principios constitucionales vigentes, expresivos de un nuevo orden de valores, lo que permite incluir en su contenido aquellas conductas que, sin ser objeto hoy en día de reproche social, son, objetivamente consideradas, contrarias a la finalidad perseguida de proteger los derechos de los herederos abintestado que podrían verse afectados por esa convivencia análoga a la matrimonial, independientemente de que tales uniones de hecho sean socialmente aceptadas, criterio interpretativo que ha plasmado en la repetida reforma de 1984; por todo ello ha de reputarse correcta la interpretación que hace la Sala recurrida, acorde «con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (las normas)», como impone el artículo 3.1. del Código Civil. (STS de 30 de noviembre de 1990; no ha lugar.)

NOTA.—Tratándose de un supuesto de hecho anterior a la reforma de la Compilación de 1984, la viuda actora trata de sacar partido de la diferente redacción dada al inciso final por el texto primitivo del artículo 250 de la Compilación y por la reforma de 1984. La redacción de 1960 decía: el viudo o viuda perderá este usufructo «por contraer nuevo matrimonio o por llevar vida manifiestamente licenciosa». En el texto actual se dice que «lo perderá por contraer nuevo matrimonio o por vivir maritalmente de hecho con otra persona». Dado que el descalificativo moral que supone la expresión «vida manifiestamente licenciosa», no casa con las actuales tendencias que escinden drásticamente la Ética y el Derecho, se hizo valer una supuesta inconstitucionalidad sobrevenida que invalidara la reclamación interpuesta por una hija del matrimonio. La nueva redacción del artículo 250, según la reforma de 1984 no apoyaba aquella pretensión pues, aunque la redacción haya variado, no así la *ratio* del precepto como destaca la presente sentencia. La reciente doctrina catalana no tiene duda sobre el alcance del nuevo precepto: «Abarca así desde el supuesto del matrimonio válido hasta los casos de pura y simple convivencia (mínimamente estable) matrimonial de hecho pasando por el matrimonio nulo y el *non existens* (por ejemplo, por falta absoluta de celebración) (Salvador Coderch, «Comentarios Albaladejo», XXIX-3.º, p. 112). Aunque aplaudir la racionalidad de la doctrina jurisprudencial, acaso ahora vaya en contra de la corriente legitimadora de la convivencia de hecho. La sentencia hace equivalente el criterio de la realidad social al de nueva legislación, como en otras ocasiones ha hecho el TS. No deja de haber cierta contradicción con el reconocimiento de que en la actual sociedad tales conductas no se consideran reprochables, aunque ello es independiente de que el legislador anude a las mismas consecuencias perjudiciales en otros sectores del ordenamiento. (G. G. C.)

II. DERECHO MERCANTIL

35. Propiedad industrial. Registro de nombre. Confrontación de marcas. Asociaciones.—No sólo se puede y debe utilizar el precepto sustantivo que se dice conculcado (art. 14-1 del Estatuto de la Propiedad Industrial) cuando se trate de pedir la nulidad registral por un tercero dentro de los tres años que expresa, sino que un tercero prioritario en el uso y con buena fe, aun no inscrito, puede ejercitar la acción ejercitada en su contra por el titular inscrito dentro de los tres años siguientes a la publicación de la concesión de la inscripción en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial y de ahí que se mantenga la doctrina de que no se establece en el artículo 14-1 del Estatuto un derecho de usucapión de la marca inscrita, sino el de la prescripción extintiva de la acción o de la excepción de tercero poseedor para defenderse del titular inscrito.

La confrontación de marcas ha de ser global y no fragmentaria, de suerte que la literalidad de las denominaciones y los gráficos o diseños no pueden ser cotejados por separado y el enfrentamiento ha de ser en su triple vertiente, visual, auditiva o fonética y literaria.

Tratándose de una Asociación, no es concebible el ejercicio de un elemento patrimonial mercantil propiciatorio del lucro o granjería —como son estas propiedades especiales susceptibles de ingreso en el Registro de la Propiedad Industrial—, en Asociaciones que están fuera del marco subjetivo al que un tal organismo ampara, como se infiere de los arts. 1-1, 4, 10, 121 y 122 del Estatuto. (STS de 30 de noviembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—Existiendo dos Asociaciones con nombres similares, entabló una de ellas demanda contra la otra, solicitando que se declarase que era titular de la marca en cuestión para todo el territorio nacional y que se condenase a la demandada, por usurpación de marca, al cese inmediato en el uso de su nombre. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. No prospera el recurso de casación. (E. A. P.)

III. DERECHO PROCESAL

36. Recurso de casación en ejecución de sentencia.—Sólo procede esta modalidad de recurso de casación cuando concurre alguno de los supuestos previstos en el artículo 1687.2.º, es decir, cuando los autos dictados en ejecución de sentencia resuelven puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia o contradicen lo ejecutoriado, sin posibilidad de interpretaciones extensivas o analógicas, sin que se dé relación alguna entre este recurso y el normal regulado en el artículo 1692 de la LEC, en el que se comparan la sentencia y la ley para determinar la adecuación de aquélla a ésta, mientras que aquí la confrontación se hace entre el fallo ejecutorio y las actuaciones practicadas para su ejecución, lo que determina que este recurso tenga un ámbito tan limitado que no permite su fundamentación en otros motivos que no sean los taxativamente enumerados en el citado artículo 1687.2.º. (STS de 19 de febrero de 1991; no ha lugar.)

HECHOS.—Se entabla recurso de casación contra un auto dictado en ejecución de sentencia por la Audiencia Territorial, como consecuencia del juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia, sobre incidente en ejecución de sentencia. No prospera el recurso de casación. (J. A. M. M.)

37. Situación de indefensión. Artículo 24 de la Constitución.—La sustitución de las cuestiones o temas objeto de debate por otras distintas y la alteración de la causa de pedir, apartándose de los hechos fijados en los escritos fundamentales de la litis, tienen tal alcance que con ello se coloca a la parte a quien el pronunciamiento judicial perjudica en patente situación de indefensión proscrita por el artículo 24 de la Constitución Española, al privarle de la posibilidad de rebatir lo que en su momento no fue objeto de alegación.

Acción publiciana. Incongruencia.—Se evidencia que la Sala sentenciadora incurrió en incongruencia al entrar a examinar una acción publiciana que no fue ejercitada por las actoras, puesto que las mismas ejercitaron una acción dirigida a obtener la declaración del carácter ganancial de determinados bienes, dentro de la cual no puede entenderse comprendida, como tiene declarado esta Sala respecto de la acción reivindicatoria, la acción publiciana, «medio de carácter real recuperatorio». (STS de 15 de febrero de 1991; ha lugar.)

HECHOS.—La parte demandante solicitó la declaración del carácter ganancial de determinados bienes y realización de inventario y demás operaciones divisorias de la sociedad de gananciales. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial estimó parcialmente la demanda. Prospera el recurso de casación. (J. A. M. M.)

38. Tercería de dominio. Objeto. Exigencia de la condición de tercero frente a la ejecución.—Según uniforme y reiterada doctrina de esta Sala, al ser objeto de la tercería de dominio, no tanto la obtención o recuperación del bien cuanto el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo, con prioridad al examen de la propiedad o titularidad dominical de dicho bien, ha de indagarse si el demandante de tercería es propiamente «tercero» con respecto al deudor, pues si no concurre en el mismo la expresada condición no puede prosperar la tercería de dominio ejercitada. Apareciendo probado que los terceristas en su condición de nudo-propietarios de la empresa «Industrias O.V.», constituyeron con su padre (usufructuario de una tercera parte de dicha empresa y arrendatario del usufructo de las otras dos terceras partes) la entidad mercantil «Industrias O.V., S. A.», la cual quedó subrogada en la posición jurídica de aquella empresa, es evidente que los expresados terceristas, no reúnen la condición de terceros respecto a las deudas por las que se trabó el embargo sobre los bienes integrantes del patrimonio de dicha empresa; por lo que resulta ocioso cuestionarse ahora si el pago de las deudas de la empresa corresponde exclusivamente a los usufructuarios de la misma, o si la consideración legal de empresario, a efectos laborales, corresponde a los usufructuarios de la empresa, o si la empresa primitiva ha pasado o no a integrarse en la entidad mercantil creada; cuestiones éstas que son inoperantes y que son irrelevantes en el proceso de tercería. (STS de 30 de noviembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores en su condición de nudo-propietarios de la empresa «Industrias O.V.», ejercitaron acción de tercería de dominio, con relación a los bienes que, como integrantes del patrimonio de dicha empresa, habían sido embargados para pago de salarios a los trabajadores de la misma en el procedimiento laboral seguido ante Magistratura de Trabajo, siendo demandados en este proceso de tercería de dominio los que fueron partes en el expresado procedimiento laboral. El Juez de Primera Instancia desestimó la ejercitada acción de tercería de dominio. La Audiencia Territorial confirmó el fallo. No prospera el recurso de casación. (J. A. M. M.)

39. Configuración del recurso de casación.—Este extraordinario recurso no es una tercera instancia, sino un mero remedio procesal encaminado a determinar si dados los hechos apreciados que han quedado incólumes, es o no adecuada la solución jurídica dada.

Apreciación *obiter dicta*.—No tiene más trascendencia que la de reforzar la solución dada por el Tribunal *a quo* con base en el reconocimiento de sociedad con participación de los socios a partes iguales.

Incongruencia.—Como tiene declarado esta Sala, la falta de congruencia se pondera, fundamentalmente, entre lo pedido en la demanda y lo discutido en la litis y los pronunciamientos del fallo, toda vez que el principio de congruencia, prohibitorio de toda resolución «*extra petita*», no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que lo fundamentan.

Documento exigible para viabilizar error en la apreciación de la prueba.—La mencionada certificación no tiene este carácter, ya que para ello se requiere que sea revelador del error *per se*, o sea con carácter de literosuficiencia, sin precisión de acudir a apreciaciones interpretativas sobre el alcance del documento alegado, y ese carácter no lo tiene dicho documento del que no se excluye posibilidades distintas a las que el recurrente considera. (STS de 14 de noviembre de 1990; no ha lugar.)

40. Cuestión de competencia.—De las actuaciones aparece que el quebrado ejercía actividades mercantiles dentro del territorio correspondiente al partido judicial de Betanzos. No consta que el comerciante tenga ninguna ejecución pendiente ni en dicho partido judicial ni en el de Logroño, donde el recurrente tiene establecido su domicilio civil desde hace años. Por ello, no es aplicable a la resolución de la cuestión de competencia el párrafo 1.º del número 9 del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en consecuencia, ha de acudirse al último criterio decisor, fijado en el párrafo 2.º del número 9 de dicho artículo y, según él, tener por competente al Juzgado de Betanzos, que es el lugar donde se declaró la quiebra, el lugar donde se ejerce el comercio y, por tanto, el que debe tomarse como domicilio del comerciante de acuerdo con el artículo 65 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para el que el domicilio legal de los comerciantes en todo lo que concierne a actos o contratos mercantiles y a sus consecuencias, será el pueblo donde tuvieren el centro de sus operaciones comerciales. Allí, pues, será donde debe tramitarse la quiebra y todas sus incidencias, por lo que, conforme al dictamen del Ministerio Fiscal, ha de decidirse la cuestión de competencia a favor del Juzgado de Betanzos. (STS de 13 de noviembre de 1990.)

41. Arbitraje. Nulidad del laudo por causas sobrevenidas de recusación de los árbitros.—Aunque cierto sector doctrinal entiende que la causa de recusación existente al hacerse el nombramiento de los árbitros, pero desconocida por los compromitentes, puede ser motivo de impugnación del laudo, a través del recurso de nulidad por el cauce del artículo 1733.1.º de la LEC, reformado por la Ley de 6 de agosto de 1984, no ocurre lo mismo con las causas sobrevenidas, habida cuenta de que el artículo 23 de la Ley de Arbitraje de 1953 refiere la concurrencia de esa especial incapacidad al momento del nombramiento, excluyendo así las circunstancias de recusación sobrevenidas a la designación, y de que en la ley no se establece procedimiento alguno para la tramitación de las causas de recusación que hagan valer las partes, siguiendo así el criterio establecido en la Exposición de motivos de la Ley de que «se somete a un principio general de eventualidad de la recusación de los árbitros»; se sigue así criterio dis-

tinto al de la LEC (art. 798 y 799 derogados) en la que, de forma paralela a lo establecido en los arts. 194 y ss. para la recusación de Magistrados y Jueces de Primera Instancia, regulaba el procedimiento para la recusación de los árbitros; asimismo, difiere la Ley de 22 de diciembre de 1953 del régimen de la recusación contenido en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, en la que además de la causa de incapacidad regulada en el artículo 12.3, en parecidos términos al artículo 23 de la Ley de 1953, se establece la posibilidad de recusar a los árbitros «sólo» por causas que hayan sobrevenido después de su designación o «por causas anteriores cuando no hubieran sido nombrados directamente por las partes o cuando aquéllas fueren conocidas con posterioridad» (art. 17.2 de la Ley de 1988). De todo ello ha de concluirse que la nulidad de compromiso derivada de la incapacidad de los árbitros por concurrir en ellos una causa de recusación sólo se produce, respecto de los arbitrajes regulados por la Ley de 22 de diciembre de 1953, cuando la causa de recusación es anterior al nombramiento del árbitro, no cuando la misma es posterior a esa designación. **(STS de 19 de diciembre de 1990; no ha lugar.)**

HECHOS.—Se interpuso recurso de nulidad contra un laudo protocolizado en escritura pública, alegándose como motivo ciertas causas sobrevenidas de recusación de los árbitros. No prospera el recurso de casación interpuesto. **(J. A. M. M.)**