

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Margarita CASTILLA BAREA, M.^a Carmen CRESPO MORA, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Miriam de la FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACÍA MORILLO, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Laura ZUMAQUERO GIL.**

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Derechos sucesorios respecto de una herencia deferida cuando regía la legislación preconstitucional: filiación extramatrimonial.–Pese a que la prohibición de discriminación por razón de nacimiento (art. 14 CE) debe traducirse en la igualdad entre las distintas clases de filiación, y pese a que, la Constitución, por su carácter normativo, produce una vinculatoriedad inmediata que impide se perpetúe una situación discriminatoria, tratándose de una sucesión abierta con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, resultará válida la declaración de herederos en la que se instituya heredero al único hijo matrimonial del difunto. Ello es debido a que, en el momento en el que se produjeron y agotaron las fases de apertura, vocación y delación sucesoria no estaban en vigor los artículos 14 y 39.2 CE, sino un

sistema de jerarquía de filiaciones con efectos discriminatorios en la sucesión del padre. Como la discriminación agotó sus efectos en la fase preconstitucional, dicha declaración debe ser mantenida en beneficio de la seguridad jurídica, también protegida por el artículo 9.3 CE. En conclusión, ante una situación jurídica agotada, no cabe una aplicación retroactiva de la Constitución y de la legislación ordinaria que recoge los principios que la misma sanciona. (STS de 13 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. M. S. fallece en mayo de 1973. Posteriormente, don A. M. E. (nacido de la unión extramatrimonial de don A. M. S. y doña M. E. A.) interpone demanda contra don E. M. A. (nacido de la unión matrimonial de don A. M. S. con doña I. A. A.), que había sido declarado único heredero abintestato del causante, padre común de ambos. El demandante solicita que se declare a ambos litigantes (don A. M. E. y don E. M. A.) únicos y universales herederos abintestato de don A. M. S., por partes iguales y que se anule el Auto de declaración de herederos dictado por el Juzgado de Primera Instancia. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y anula el Auto de declaración de herederos, por considerar probado que el demandante tiene la condición de hijo legítimo. Sin embargo, la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto y revoca la resolución de Primera Instancia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto. (M. C. C. M.)

2. Declaración de nulidad. Actos que contravengan un precepto legal que no declara expresamente la validez o nulidad de los mismos.—Los actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración expresa sobre su nulidad o validez, que el juzgador ha de analizar la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto realizado, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así permite o aconseja, y sancionándolo con la nulidad si median trascendentales razones que patenticen el acto como gravemente contrario al respeto debido a la Ley, la moral o al orden público (SS de 25 de julio de 1986, 17 de octubre de 1987 y 9 de marzo de 2000, entre otras). (STS de 12 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Lozano S.A.* interpuso demanda contra la entidad financiera *Banco Bilbao Vizcaya S.A.* solicitando se declare que ciertas operaciones fueron incorrectas y el abono de diversas cantidades. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Murcia dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Murcia resolvió desestimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

3. Plazo de caducidad: Principio de aplicación objetiva.—Este criterio responde a razones de seguridad jurídica y rechaza, al menos como regla, la posibilidad de interrupción o de suspensión.

Plazo de caducidad. Aplicación objetiva: excepciones.—Es cierto que, sin desconocer que la caducidad no se impide mas que con la ejecución del acto previsto, el Tribunal Supremo, en alguna sentencia, ha valorado las excepcionales circunstancias concurrentes en algún caso para adaptar a ellas la exigencia de una posibilidad objetiva del ejercicio de la acción, y, así, ha tomado en consideración la concurrencia de ciertos impedimentos (incluso subjetivos, como el error provocado al retrayente, como hizo la S de 30 de septiembre de 1992).

Arrendamientos urbanos. Plazo para ejercitar el retracto: cómputo inicial.—El día inicial del cómputo del plazo establecido en el artículo 48.2 LAU, de caducidad (S de 7 de marzo de 2003), corre desde el siguiente al de la notificación a que dicha norma se refiere o, en su defecto, a aquel en que el arrendatario tenga conocimiento pleno y circunstanciado de la transmisión (SS de 12 de febrero de 1981, 30 de noviembre de 1996 y 6 de marzo de 2000). (**STS de 19 de octubre de 2004**; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. F. D. interpuso demanda contra doña M. C. S. O. de O. solicitando declare el derecho del actor a retraer el local de negocio enajenado. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Vitoria dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Vitoria resolvió estimando el recurso y revocando la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

DERECHO DE LA PERSONA

4. Responsabilidad civil derivada de falta de naturaleza pública.—Recaída sentencia penal firme de condena por falta, el ofendido no dispondrá de la acción de protección civil de su derecho al honor, sino que únicamente contará con la de responsabilidad civil derivada de delito o falta a la que se refiere de forma genérica el artículo 1092 CC y, para los delitos que ofendan al honor, el apartado 2 del artículo 1 de la LO 1/1982. Lo contrario supondría una vulneración del principio prohibitivo de la doble sanción de un mismo hecho, ya que la LO 1/1982 no tiene una finalidad exclusivamente indemnizatoria. (**STS de 14 de julio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don E. P. A., cuyo bar había sido cerrado por el Ayuntamiento, tira desde el balcón de su casa tres huevos a don V. A. V. R., alcalde de su pueblo, cuando éste encabezaba una comitiva y le grita e insulta. Por todo ello, el alcalde agredido presenta denuncia en el cuartel de la Guardia Civil. Incoadas actuaciones de juicio de faltas, el denunciante presenta escrito por el que, haciendo uso de la facultad reconocida en el artículo 109 CP, se reserva las acciones civiles para solicitar la indemnización de los daños materiales y morales sufridos. La sentencia del juicio de faltas califica tales hechos como constitutivos de una falta contra el respeto y consideración que se debe a toda autoridad en el ejercicio

de sus funciones del artículo 634 CP y condena al denunciado a una pena de multa.

Posteriormente, el alcalde incoa las correspondientes actuaciones por protección civil del derecho al honor. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia por la que declara la intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante y condena a don E. P. A a satisfacer al actor quinientas mil pesetas en concepto de indemnización por el daño moral causado. Se obliga igualmente a que se publique la parte dispositiva de la sentencia en el periódico *El Correo* a costa del demandado. Don E. P. A. interpone recurso de apelación que resulta estimado por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por don V. A. V. R. (*M. C. C. M.*)

5. No se aplica la presunción de inocencia a la responsabilidad por intromisión ilegítima en el derecho al honor.—Dice la S de esta Sala de 8 de julio de 1999: «El artículo 24 de la Constitución no ha resultado vulnerado, pues la presunción de inocencia invocada, conforme a la reiterada doctrina de esta Sala de casación civil, no es aplicable al caso de culpa extracontractual, ya que la indemnización que contemplan los artículos 1902 y 1903 CC es de naturaleza reparadora del daño ocasionado y mediante la misma lo que se pretende es obtener en lo posible en compensación (SS de 27 de septiembre de 1994, 27 de noviembre de 1995 —que cita las de 20 de febrero de 1989, 25 de marzo de 1991, 7 de enero de 1992 y 28 de junio de 1993— y 25 de mayo de 1996 y 19 de junio de 1997) habiendo matizado debidamente el Tribunal Constitucional que el principio de presunción de inocencia se aplica a otros campos del Derecho, además del penal, pero siempre que se trata de una norma sancionadora o represiva».

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, no es una norma de carácter sancionador o represiva, sino que su finalidad es la de establecer una reparación del daño causado por la intromisión ilegítima en los derechos fundamentales objeto de su protección, reparación que se obtiene a través de las medidas que establece el artículo 9, ninguna de las cuales tiene carácter sancionador o privativa de derechos. No debe olvidarse que antes de la promulgación de la Ley Orgánica 1/1982, estos ilícitos civiles se consideraban supuestos de culpa extracontractual del artículo 1902 CC. (**STS de 7 de julio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante alegaba la vulneración de su derecho al honor al publicar un periódico las manifestaciones de un demandado, que aludía a la persona que había dado el nombre de Gran Canaria a una variedad de *salmonella* como «tipejo» y «sinvergüenza». El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, condenando a dos de los demandados a indemnizar solidariamente al demandante y a publicar la sentencia en el periódico en la misma sección y sin añadido alguno, y absolviendo al tercer demandado —la persona a quien se atribuían las manifestaciones—. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó el recurso y condenó al tercer demandado a indemnizar solidariamente al demandante. Recurrída la sentencia ante el Tribunal Supremo, éste declaró no haber lugar al recurso. (*L. F. R. S.*)

6. Protección del derecho al honor. Colisión con libertad de información.—Las doctrinas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo han señalado los requisitos necesarios para que una determinada información periodística goce de protección constitucional con prevalencia sobre el derecho individual al honor. En primer lugar, la información ha de ser veraz, lo que equivale a información comprobada según los cánones de profesionalidad y la exclusión de invenciones y rumores, extendiéndose la comprobación a la fiabilidad de la fuente. Ahora bien, según jurisprudencia reiterada (entre otras, SSTs de 25 de enero, 31 de julio y 4 de noviembre de 2002), no es necesario que la verdad sea absoluta; esto es, información veraz no equivale a realidad incontrovertible de los hechos, ni es sinónima de verdad objetiva e incontestable. Basta con que la información sea veraz en lo esencial, lo que permite que ésta contenga inexactitudes de carácter circunstancial. De igual forma, es reiterada la doctrina jurisprudencial que exige tener en cuenta el contexto, el conjunto y totalidad del texto publicado, así como las circunstancias concurrentes en cada caso. (STS de 9 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don D. L. A. G. interpone demanda de protección civil del derecho al honor contra don P. J. R. (director del periódico *El Mundo del Siglo XXI*), la entidad mercantil *Unidad Editorial, S.A.*, y contra don F. L., don F. G. y don J. C. E. (firmantes de la noticia), solicitando que se declare que las informaciones que se citan en la demanda son constitutivas de intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante. Se solicita igualmente que se obligue a los demandados a publicar a sus expensas el texto íntegro de la sentencia en el diario *El Mundo del Siglo XXI*, así como que se les condene solidariamente al pago de la correspondiente indemnización.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Dicha resolución es confirmada en su integridad por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. C. C. M.)

7. Publicación de un libro en el que se describe a una persona fallecida. Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor.—El Tribunal Supremo considera que existe intromisión ilegítima en el derecho al honor cuando en la publicación tenga lugar una descalificación, desmérito o vejación hacia la persona aludida, con entidad tal que pueda ser considerada atentatoria jurídicamente y constitutiva de responsabilidad civil. (STS de 12 de julio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda por parte de la actora solicitando se declare la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la intimidad, por la publicación de un libro en el que se hace referencia al fallecido esposo de la actora, en un párrafo en el que se ponían al descubierto las fobias obsesivas del difunto, y los supuestos juegos sexuales practicados por el esposo de la actora y las mujeres de sus amigos. El Juzgado de Primera Instancia considera que no se puede apreciar que el relato tenga entidad suficiente para producir un resultado difamatorio. La Audiencia Provincial, sin embargo, estimó que en el caso concreto había existido sin duda

una intromisión en el derecho al honor, conteniéndose expresiones que suponen de forma clara un menoscabo en su consideración social y un evidente desmerecimiento y descrédito. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo confirma la desestimación de la demanda acordada en primera instancia.

NOTA.—Se plantea ante el Tribunal Supremo un caso que no deja de llamar la atención por la supuesta fusión entre ficción y realidad. La publicación objeto de controversia relata acontecimientos ficticios que dan a entender que el género literario al que nos enfrentamos es el de una novela. Sin embargo, la incorporación de personajes reales plantea dudas acerca de si los comentarios vertidos en dicho relato atentan contra el derecho al honor del fallecido. A juicio del Tribunal Supremo esa incorporación de personajes reales y la valoración que se realiza de ellos «no deja de ser un mero juicio personal u opinión subjetiva del autor que no tiene ni puede tener carácter definitorio de sus respectivas personalidades». No dando importancia alguna a comentarios tales como «usaba un taparrabos rojo y solía calentarse jugueteando bajo los pinos con las mujeres de los amigos para después poder funcionar con la suya», o «tenía cuatro fobias obsesivas: los homosexuales, los poetas, los curas y los catalanes», el Tribunal Supremo considera que lejos de tratar de humillar, el autor desde el reconocimiento de la superior apreciación intelectual del afectado, señala algunos aspectos contradictorios con esas cualidades, sin utilizar en ningún caso manifestaciones injuriosas o denigrantes. (*L. Z. G.*)

8. Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión.—Las libertades del artículo 20, apartados *a)* y *d)* CE, no protegen la divulgación de hechos que sean simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni dan cobertura a expresiones formalmente injuriosas o innecesarias. A pesar de ello, el derecho fundamental al honor está limitado por los derechos fundamentales a opinar e informar libremente. En algunas ocasiones la reputación ajena deberá soportar restricciones en atención a la relevancia pública de aquello sobre lo que se informa u opina (SSTC 171/90, 189/99).

Falta de intromisión ilegítima en el honor profesional. Manifestaciones vertidas en un contexto de debate político.—Es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que la intromisión en el derecho al honor se desenvuelve tanto en el marco interno de la propia persona afectada, como en el externo o ámbito social, y por tanto, profesional o mercantil. En el mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional declarando que «el prestigio profesional tiene cabida en el concepto constitucional del derecho al honor, ya que la crítica respecto a la conducta profesional de un ciudadano puede suponer un ataque a su honor profesional» (SSTC de 27 de noviembre de 2000, 11 de octubre de 1999; FJ 2.º, STS de 8 de julio de 2004). La libertad de expresión no puede justificar la difusión o atribución a una persona, identificada por datos o detalles difundidos, de hechos que hagan desmerecer del público aprecio y respeto (SSTS de 23 de marzo de 1987, 30 de marzo de 1988, 23 de febrero de 1989, 29 de noviembre de 1991, 8 de octubre de 2003). La difusión de hechos relativos a la actividad profesional de una persona pueden ser constitutivos de intromisión ilegítima en el derecho al honor si exceden de la sim-

ple crítica a la labor profesional, en el sentido de desmerecer en la consideración pública de su dignidad como persona.

Para poder valorar la posible existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor, han de tomarse en consideración todas las circunstancias concurrentes en el caso objeto de controversia. Por este motivo, no puede pasarse por alto que las manifestaciones vertidas en el curso de un debate político con una finalidad clara de autodefensa frente a acusaciones por actuaciones ilegales, no puede considerarse ataque al prestigio profesional de la parte actora. (STS de 8 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora interpone demanda sobre protección jurisdiccional del derecho al honor por cuanto el demandado, Concejal de Urbanismo y Primer Teniente Alcalde del mismo Ayuntamiento donde la actora desempeñaba sus funciones de Ingeniera Jefe de Servicio, había imputado a la actora en el Pleno Municipal celebrado falta de lealtad, honradez y profesionalidad por ocultación de un informe que la propia actora había elaborado. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por no apreciar responsabilidad del demandado. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial consideró inexistente la intromisión ilegítima en el derecho al honor de la apelante. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación al entender que el demandado con sus valoraciones no sobrepasó el ámbito de libertad de expresión. (L. Z. G.)

9. Confrontación de derechos fundamentales: libertad de información y protección al honor.—«En relación con el problema de la colisión entre los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal, de un lado, y los de libertad de información y de expresión, del otro, la doctrina del Tribunal Constitucional se ha decantado sobre las siguientes directrices: que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos, que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica y absoluta, que sobre los derechos llamados de la personalidad del artículo 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20.1 d), en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen, que cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que puedan afectar a otros bienes constitucionales como son el honor y la intimidad es preciso para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues solo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad, que tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionada por la difusión de determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de la valoración para dirimir en estos supuestos, el conflicto

entre el derecho al honor y a la intimidad, de una parte, y la libertad de información, de la otra (SSTS de 19 de septiembre de 1994, 15 de julio de 1995, 26 de junio de 1996, 15 de noviembre de 1998, 15 de enero y 25 de septiembre de 1999)».

Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad. Las actuaciones delictivas anteriores del actor no anulan la parcela privada de su intimidad.—El artículo 7.3º de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 considera que se produce intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad cuando se divulgan hechos de la vida privada o familiar de una persona que afectan a su reputación y buen nombre. El hecho de que el actor se trate de «un personaje público y en cierto sentido notorio por sus actuaciones políticas profesionales y privadas que han sido enjuiciadas como delictivas y se encuentre privado de libertad, ello no anula por completo la parcela privada de su intimidad personal y familiar que garantiza el artículo 18 CE a todas las personas de modo general, sin dejar de lado las restricciones que puedan afectar a las personas encarceladas por la normativa penitenciaria y penas impuestas que no afectan a la cuestión debatida (STS de 7 de julio de 2004)». «Si bien en un principio la noticia sobre que el actor deseaba congelar su semen no resulta afrentosa a su reputación y buen nombre, no hay que dejar de lado la consideración en su conjunto de la información, que se presenta claramente atentatoria a la dignidad de la persona, que proclama el artículo 10 CE, sobre todo al darse publicidad al deseo del actor de mantener relaciones íntimas con su esposa, aspecto de la sexualidad que pertenece al ámbito de la intimidad y así la noticia rebasa el ámbito de la objetividad ponderada y neutral y se trata de presentar como actuación censurable, dotándola de un interés general del que carece, habiendo generado comentarios desviados respecto a la vida privada de dicho litigante, pues la intromisión practicada tuvo repercusión negativa que sirvió para satisfacer la curiosidad malsana de las gentes, ya que en definitiva se difundió un aspecto de la vida sexual que está incluido en el ámbito de lo privado y en ningún caso resulta justificada su publicidad (STS de 7 de julio de 2004)».

Responsabilidad.—La responsabilidad no es exclusiva del medio que creó y difundió la noticia como primero, sino que también se extiende a los demás que contribuyeron de forma acreditada a ampliar la publicidad y ante este bien precisado ilícito civil y aunque pueda corresponder a hechos sustancialmente veraces, no prevalece el derecho a la información que establece el artículo 20.1 del texto constitucional. (STS de 7 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El programa *Hora 25* de la *Cadena Ser* del 12 de marzo de 1996 dirigido por el demandado J. P. V. M. divulgó un mensaje informativo inicial en los siguientes términos: «Un preso encarcelado desde hace meses ha pedido a la dirección del centro en el que se encuentra que le permitan mantener un vis a vis. No con el objeto que pudiéramos pensar, sino con otro bien distinto: quiere congelar su semen. ¿Saben quién es el preso?... pues es Luis Roldán. La referida noticia fue publicada también por *Canal Plus* y por el *Diario El País* así como por el periódico *Diario 16*. El actor interpuso demanda contra los referidos medios de comunicación y sus directivos. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial revoca la sentencia de primer

grado y estima parcialmente la interpuesta por la representación legal del actor. El Tribunal Supremo confirma apelación.

NOTA.—Las personas con notoriedad pública no por eso dejan de ser personas como los demás que pueden hacer valer sus derechos a defender su intimidad contra los ataques que lesionen su ámbito propio y reservado, sobre todo cuando sucede que la noticia no tiene relación directa con la conducta sancionada en vía penal, con actuaciones políticas y potestades que el cargo que desempeñó el actor le habían conferido, siendo por tanto, noticia sin relevancia comunitaria y de interés público. (*M. F. N. C.*)

10. Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor. Aplicación de la doctrina del reportaje neutral.—En relación al reportaje neutral ha declarado el Tribunal Constitucional que el objeto de la noticia debe consistir en declaraciones que, aunque imputen hechos lesivos del honor, sean noticias por sí mismas, declaraciones que han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas, siendo el medio informativo mero transmisor de dichas declaraciones, limitándose a narrarlas sin dar más o menos importancia a la referida noticia (SSTC 41/94, 28/96, 52/96, 190/96, 3/97, 144/98, 134/99). Estaríamos ante un reportaje que recoge declaraciones u opiniones donde el informador no realiza valoración alguna (STS de 24 de enero de 1997). El periodista debe limitarse a narrar literalmente, con total y absoluta imparcialidad, el comentario expresado (STC 159/86). Por tanto, la noticia difundida encaja en lo que la jurisprudencia ha venido a denominar «reportaje neutral», cuando el medio de comunicación reproduce lo que un tercero ha dicho o escrito, limitándose a dar cuenta de tales afirmaciones o declaraciones que ciertamente pueden ser, eventualmente, atentatorias contra los derechos del artículo 18.1 CE. (**STS de 9 de julio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—La noticia objeto de controversia versaba sobre las declaraciones de una Juez de Instrucción de Marbella que se había dado a conocer por haber instruido unas Diligencias Previas en relación a una estafa presuntamente cometida en la compraventa de un casino y un hotel. La Juez concedía una entrevista a un periódico, en la cual aportaba datos concretos de sujetos implicados en la mencionada operación, estando entre ellos el actor y posterior recurrente. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de protección del derecho al honor, al entender que el periodista al difundir la información observó los tres requisitos exigibles que evitan la existencia de intromisión ilegítima: la relevancia pública en relación a los hechos, el carácter noticiable de la comunicación, y la «veracidad relativa» por referirse a declaraciones que «oyó que dijo la entrevistada». Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima al entender que no existía intromisión ilegítima en el derecho al honor, a pesar de que la información aportada no era exacta al no tener el ofendido implicación alguna en el asunto. Entiende la Audiencia que el requisito de veracidad aparecía en parte cumplido porque la noticia no era inexacta por inventada sino que estábamos ante un artículo neutral en el que la información había sido contrastada. Se interpone recurso de casación por parte del ofendido. El Tribunal Supremo lo desestima al

entender que se han cumplido, pese a la inexactitud de fondo de la información, los requisitos del reportaje neutral. (L. Z. G.)

11. Valoración de la prueba.—Una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo rechaza la posibilidad de realizar una nueva valoración de la prueba en casación (SSTS de 6 de mayo y 13 de septiembre de 2002).

Prueba del consentimiento expreso para que exista intromisión legítima.—Existe un derecho innato a cada persona para que no se reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin su consentimiento. El hecho de que sea necesario el consentimiento expreso para que no exista intromisión, da lugar a que quien lo alega ha de probarlo, según doctrina general sobre la carga de la prueba (STS de 7 de octubre de 1996.) La existencia de un consentimiento expreso para una determinada situación, limitado en el tiempo, no es equiparable a la prestación de un consentimiento indefinido e indiscriminado para la difusión de fotografías.

Ataque al derecho al honor.—El hecho de que la imagen sea reconocible en una fotografía asociada a un texto relativo al ejercicio de la prostitución de lujo afecta negativamente al honor de una persona, en la doble vertiente de su propia persona y en la consideración ajena (SSTS de 23 de marzo y 20 de octubre de 1987, 5 de diciembre de 1989, 11 de junio de 1990, 20 de marzo, 9, 10 y 13 de octubre de 1997, 27 de enero y 31 de diciembre de 1998). (STS de 18 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—En enero de 1992, *Ediciones Tiempo* solicitó a la *Agencia de modelos C.* que le facilitara un modelo publicitaria para realizar unas fotografías que ilustrarían un reportaje sobre el divorcio, siendo elegida doña M.^a R. M. C., tras cuya sesión fotográfica presentó la factura correspondiente la *Agencia a Ediciones Tiempo*, que fue satisfecha. El 22 de febrero de 1993 publicó la revista un reportaje bajo el título «así funciona la química del amor, el sexo y el divorcio» reproduciendo una fotografía de la demandante. Transcurridos más de tres años, en el sumario de la misma revista aparecía un recuadro de otra fotografía de la demandante, obtenida en la sesión fotográfica, resultando su rostro identificable, con la leyenda a su pie: «El nuevo *marketing* del sexo. Las últimas tendencias del mercado del sexo ofrecen una cita íntima con conocidas artistas, según diferentes anuncios de prensa». En su interior, mostrando fotografías de otras modelos en ropa interior, se desarrollaba el texto considerándose aludida la demandante en el epígrafe de televisivas. El subdirector de *Ediciones Tiempo* remitió una carta a la demandante presentando sus excusas, y admitiendo que la sesión fotográfica se realizó para el reportaje de divorcio y las rupturas de pareja. La modelo presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia por vulneración de su derecho al honor y a su propia imagen porque las fotografías obtenidas solo podían ilustrar el reportaje que se contrató y durante ese año, declarando la sentencia la existencia de intromisión ilegítima, y condenando al resarcimiento por daños morales, a la inutilización de los negativos y a la publicación del fallo. Fue confirmada íntegramente por la Audiencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—La presente resolución determina la exclusión de la normativa de la intromisión ilegítima en los casos de consentimiento expreso. Pero dicho consentimiento se encuentra limitado según las circunstancias pactadas. (P. S. S.)

12. Derecho a la intimidad.—«El derecho fundamental a la intimidad reconocido por el artículo 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el artículo 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada (STC 115/2000, de 10 de mayo, reiterada por la STC 83/2002, de 22 de abril)».

Derecho a la intimidad versus derecho a la información.—«El derecho a la intimidad no es absoluto y puede ceder ante intereses constitucionales relevantes, siempre que el recorte que haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (STC 57/1994, doctrina reiterada en la STC 143/1994, de 9 de mayo)».

No obstante y según resulta de lo dispuesto en el artículo 20.4 de la CE, límite a la libertad de información lo es el derecho a la intimidad. No obstante, este límite debe a su vez ser limitado. Es lo que se llama la doctrina del límite del límite o interacción del derecho y su límite recogido en la STC 19/1986, de 12 de diciembre. «No concurren estos requisitos en la difusión de una conversación telefónica, pues si bien el conflicto social y laboral creado con motivo de un ajuste de plantilla en una fábrica de tabacos es noticiable y de interés para la opinión pública, en modo alguno puede justificar la publicación del contenido de una conversación telefónica grabada clandestinamente entre el presidente de la empresa y su abogado sobre estrategias a seguir para lograr la reconversión de la plantilla, aunque las estrategias pudieran calificarse como poco ortodoxas e incluso ilícitas o ilegítimas (STS de 29 de junio de 2004)».

Reportaje neutral.—«Se excluye de la consideración de reportaje neutral cuando el medio de comunicación reitera la información elaborada por otro medio en forma que va más allá de la mera transcripción, al presentar hechos en forma distinta a los retransmitidos por el medio de comunicación (STS 7 de julio de 2004)». (STS de 29 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Se publica en el periódico *La Provincia* así como en *La Gaceta de Canarias* una conversación telefónica mantenida entre el actor y su abogado que fue legalmente intervenida y grava-

da por una persona cuya identidad se ignora. Así mismo los autores de sendos artículos periodísticos se valen en los mismos de expresiones que difaman o hacen desmerecer la consideración ajena del actor. Por este motivo se demanda a los citados medios de publicación, así como a los autores de los comentarios periodísticos. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y condena a los codemandados al pago de una indemnización. La Audiencia Provincial conforma el pronunciamiento de la instancia. El Tribunal Supremo ratifica las instancias anteriores.

NOTA.—Una conversación captada de forma clandestina por medios no lícitos, por ejemplo, mediante la intervención de un teléfono sin autorización, es ilegal impidiendo que el supuesto de hecho encaje en el concepto de reportaje neutral. El recibir la información a través de una agencia oficial no constituye un medio de subsanación de la ilicitud para la divulgación de la captado. (M. F. N. C.)

13. La celda difícilmente puede equipararse al domicilio a efectos del derecho a la intimidad.—Difícilmente puede sostenerse una equiparación entre el domicilio —sede física en que se desarrolla la vida privada— y la habitación destinada a celda, además compartida con otras personas.

La fotografía del demandante, obtenida mientras comía en el interior de la celda, no vulneraba el derecho a la intimidad.—La captación de la imagen física no se produjo en un espacio respecto del cual el demandante dispusiera de un derecho a impedir la entrada de (*sic*) y su reproducción, que permitía verle detrás de una venta (*sic*) enrejada en el acto de comer, no descubriría actos íntimos de su vida. Es igualmente relevante, en el sentido expuesto, la utilización de la fotografía —explícita en su pie— como medio usual y normal en la cultura actual para completar y resaltar la información escrita, como lo evidencia los ulteriores usos de la misma fotografía en las informaciones posteriores.

Relevancia pública del hecho divulgado.—Como ha establecido el Tribunal Constitucional, en la situación de aparente confrontación entre la libertad de información y la intimidad, es elemento decisivo la relevancia pública del hecho divulgado, en cuyo conocimiento está interesada por motivos legítimos la opinión pública (STS —*sic*— 187/1991, 20/1992). Doctrina aplicable a este caso concreto en el que lo esencial era la transmisión a la opinión pública del hecho de la prisión del demandante y del lugar donde se hallaba, operada, como se señaló antes, en la forma gráfica y escrita que habitualmente utilizan los medios de comunicación.

Primacía del derecho de información sobre el derecho a la propia imagen.—Si bien ha de admitirse que no se está ante un lugar abierto al público, supuesto a que se refiere el artículo 8.2 de la Ley Orgánica citada, las circunstancias en que se logra la fotografía y la finalidad con ella perseguida, en la que está ausente todo interés crematístico o publicitario, hace que prime el fin de información sobre el derecho a la imagen. (STS de 8 de julio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Un diario publicó la foto de un conocido financiero mientras comía un bocadillo en el interior de la celda en la que había ingresado en régimen de prisión provisional. El financiero

demandó al empresario periodístico, al director del periódico y al fotógrafo por intromisión ilegítima en sus derechos a la intimidad y a la propia imagen. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron íntegramente la demanda, pero el Tribunal Supremo acogió el recurso de casación de los demandados y desestimó íntegramente la demanda.

NOTA.—Aunque argumentaba el Tribunal Supremo que la fotografía cubría la noticia del ingreso en prisión del financiero, lo que estaba dando a conocer no era solamente esa noticia, sino lo que estaba comiendo el preso y en qué situación lo hacía, algo que no era en absoluto de interés público. (*L. F. R. S.*)

14. Derecho a la imagen conculcado en una fotografía que forma parte principal de un reportaje comercial.—Se trata de una fotografía de gran tamaño, con la imagen de personas (grupo familiar realizando compras), perfectamente identificables, que sirve de base al reportaje, para la publicidad (atracción del público, familiar esencialmente) del Centro con motivo de su apertura, y por ello, la misma es más bien principal que parte accesorio de tal reportaje (así se deduce de dicha fundamentación jurídica, que se hace), pues los afectados no aparecen en un grupo indiferenciados de una mayor concurrencia, deduciéndose de ello que son los fotografiados los que vienen a hacer propiamente la propaganda, al menos en parte importante.

Relación del derecho a la propia imagen con el derecho a la intimidad.—No se trata, lo comentado por la revista de prensa, de un acto público en sí, con resonancia política o social, ni los personajes aparecen en el *ranking* de los políticos, públicos, personajes institucionales, artísticos o famosos, por lo que aquellos tienen perfecto derecho a mantener su intimidad y a no aparecer, de cara a los lectores o del resto del público, en imágenes bien de conocimiento inmediato, bien en la relación histórica de las hemerotecas o del propio *dossier* de la firma comercial de que se trata, o en las posibles reproducciones, incluso para otros fines, aún lícitos, que de ello se hagan.

Apreciación del daño moral implícito en las intromisiones ilegítimas.—En cuanto a la apreciación del «daño moral», al que también se refiere dicho precepto, como adicionado al del perjuicio económico individualizado, la jurisprudencia lo entiende siempre implícito en la protección de estas intromisiones ilegítimas (SS de esta Sala, de 23 de abril de 1987, 16 de diciembre de 1988, 23 de febrero, 18 de abril y 27 de septiembre de 1989, 19 de marzo de 1990 y 24 de octubre de 1994, citadas por el Ministerio Fiscal), habiendo sido advertida esa falta, en otro aspecto, por la Sala de instancia, a los solos efectos de aminorar la cuantía indemnizatoria, pero no el de no partir de ella. (**STS de 2 de julio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Un empresario de grandes superficies encargó un publicreportaje con motivo de la apertura de un Centro Comercial, cuyo resultado se acompañó como cuadernillo en un periódico local. En dicho reportaje se publicaba una foto de gran tamaño de un grupo familiar comprando en el establecimiento que se inauguraba, efectuada sin el consentimiento expreso de los fotografiados, que reclamaron judicialmente que se declarase la violación del derecho a la propia imagen y se condenase a los empresarios periodísticos y comercial y al fotógrafo a la publicación íntegra de la

sentencia en el mismo medio de comunicación y se condenase con carácter subsidiario a los demandados a indemnizar por el daño causado. El Juez de primera instancia admitió parcialmente la demanda, condenando solidariamente a los demandados a indemnizar el daño moral. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso, rebajando la indemnización en un cincuenta por ciento. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por ambos litigantes. (*L. F. R. S.*)

15. Prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la propia imagen.—En el presente caso se presenta como prevalente el derecho a la libertad de comunicar información ejercitado lícita y correctamente por todos los demandados, y ello por cuanto la información transmitida acerca de un concreto acto judicial públicamente celebrado, en la que quedaba insertada complementándola gráficamente como se decía la publicación de la expresada fotografía, que en modo alguno consta, ni aun indiciariamente, fuese obtenida por la demandada de forma subrepticia, solapada o con engaño o ardides, fue veraz, exacta y objetiva, cual se establece en la sentencia de instancia y se desprende de los testimonios que de tal causa penal se han aprobado (*sic*) a este proceso; y por cuanto además se refería a un hecho con innegable trascendencia pública, en el sentido de noticiable o de interés general, por la persona a la que se concretaba la información, que si bien no tenía la condición de funcionario público, desempeñaba trascendentes y delicadas funciones frente a terceros usuarios en un importante establecimiento público sanitario, el *Hospital Universitario*, y por la materia sobre la que versaba; y desde otro punto de vista no puede olvidarse que informaba acerca de un acto en el que el Tribunal ejercía la potestad jurisdiccional en los términos que señala el artículo 117 CE y que asimismo se desarrolló públicamente por así exigirlo el artículo 120 del propio texto constitucional, publicidad de los actos judiciales establecida pues legalmente que, con independencia de lo expuesto, supone deviene también operativa la previsión genérica contenida en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982 cuando establece que no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en ámbito protegido (derecho al honor, la intimidad y la propia imagen) cuando estuviere expresamente autorizada por Ley, e igualmente que a los fines de justificar y reputar legítimas las conductas que a los demandados han sido imputadas en esta litis deviene aplicable la más concreta previsión que se establece en el artículo 8.2.a) de la citada Ley Orgánica 1/1982 puesto en correlación con el art. 120 CE, antes invocado, dado que las imágenes captadas durante un acto público, o en lugares abiertos al público, lo que es aplicable a una vista judicial celebrada en una Sala de Administración de Justicia no se reputan intromisiones en el derecho a la propia imagen. (**STS de 9 de julio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—El celador de un hospital reclamó una indemnización por intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen por haber publicado un periódico una fotografía suya para ilustrar la noticia del juicio celebrado por hurto, con este pie: «Uno de los encausados». El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, pero la Audiencia Provincial admitió el recurso de apela-

ción y desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (L. F. R. S.)

16. Intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen aun existiendo consentimiento del afectado.—Se plantea ante el Tribunal Supremo la problemática de discernir si la ilustración de un reportaje sobre prostitución y trata de blancas, en el cual aparece retratado el actor como la viva imagen de un proxeneta, resulta atentatorio del derecho a la imagen.

El Tribunal Supremo se pronuncia respecto a la posibilidad de que, atendiendo al caso concreto, aun existiendo consentimiento por parte del afectado, sea posible considerar el hecho como atentatorio del derecho a la imagen. El hecho de servirse de la fotografía en cuestión para ilustrar un reportaje sobre la prostitución y trata de blancas, «dista mucho de ser neutra o inocua para los derechos fundamentales de las personas identificables en la imagen publicada, pudiendo incluso ser ilícita aún siendo tomada con el consentimiento del afectado» (FJ 3º, STS 9 de julio de 2004).

Imposibilidad de desplazar la responsabilidad a la agencia o profesional libre por parte del medio que publica las imágenes.—Para el Tribunal Supremo, aceptar las pretensiones de la recurrente, entendiendo que la fotografía procede de una agencia y, por tanto, se presume el consentimiento del afectado para su captación y difusión, llevaría al absurdo de exención total de responsabilidad de las cadenas de televisión, debiendo comprender que no puede existir un desplazamiento de responsabilidad a la agencia o profesional libre por parte del medio que publica las imágenes, cuando la experiencia demuestra que una cadena de televisión tiene absoluta libertad para adoptar la decisión que considere más pertinente en orden a la mayor o menor identificabilidad del afectado (FJ 3º, STS de 9 de julio de 2004). (STS de 9 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone por la parte actora demanda solicitando la declaración de intromisión ilegítima en su derecho fundamental a la propia imagen por la publicación en una revista de una fotografía en la que aparece el actor en el interior de un local junto a otras personas no identificables. Dicha fotografía ilustra un reportaje titulado «Prostitución/Temor a la trata de blancas. El Gobierno prepara una Ley para despenalizar la figura del proxeneta». El Juzgado de Primera Instancia condena a la empresa editora a indemnizar al actor por considerar que existió intromisión ilegítima en el derecho a la imagen. Interpuesto recurso de apelación por parte de la empresa editora, la Audiencia Provincial lo estima, reduciendo la indemnización en parte. La empresa editora interpone recurso de casación, solicitando la exención de toda responsabilidad por proceder la fotografía de una agencia, circunstancia que haría presumir que existió consentimiento por parte del afectado. El Tribunal Supremo desestima el recurso.

NOTA.—Es la propia Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la que establece los límites a la protección del derecho a la imagen, negando la existencia de intromisión ilegítima en caso de existir consentimiento expreso por parte del afectado (art. 2.2). A ello deben sumarse las excepciones recogidas en el

artículo 8 de la Ley, referidas a la captación, reproducción y publicación de imágenes de personalidades públicas en acto público; a la utilización de caricaturas de dichos personajes; y, en último lugar, a los casos de imagen del afectado como «accesoria» a la información gráfica, cuando ésta tiene lugar sobre un suceso público.

En consonancia con el texto de la Ley, la Jurisprudencia había considerado la existencia de consentimiento como impeditiva de intromisión ilegítima y, por tanto, la inexistencia del mismo como causa suficiente para declarar la intromisión ilegítima en el derecho (SSTS de 7 de octubre de 1996, 22 de abril de 2002, entre otras). En el caso que comentamos, el Tribunal Supremo ha considerado que hay supuestos en los que aún existiendo consentimiento del afectado, debe entenderse que se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho a la imagen del afectado. En esta línea, encontramos antecedentes en el Supremo, en las SS de 24 de abril de 2000, 2 de febrero y 2 de julio de 2001, 24 de diciembre de 2003, y posteriormente, en la STS de 17 de junio de 2004. Dichas sentencias apreciaron intromisión ilegítima en el derecho a la imagen por publicación no consentida de una fotografía que sin embargo se habían tomado con consentimiento del afectado. En ellas se declara que el consentimiento debe versar tanto sobre la obtención de la imagen como sobre su concreta publicación. [En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en SS 156/01 (RTC 01,156) y 14/2003 (RTC 2003,14)]. Debemos concluir, por tanto, la necesidad de consentimiento tanto para la captación de la imagen como para la posterior publicación de la misma, tratándose de dos declaraciones de voluntad totalmente independientes, no pudiendo resultar extensivo para la publicación, el consentimiento prestado para la captación. (*L. Z. G.*)

17. Protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de menores.—La imagen de una persona se define como la representación gráfica de su figura humana, visible y reconocible. En su dimensión constitucional, como derecho fundamental proclamado en el artículo 18.1 CE se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.—perseguida por quien la capta o difunde (entre otras, SSTC de 26 de marzo y 18 de junio de 2001, 22 de abril de 2002, y 28 de enero de 2003, entre otras). Por lo que respecta a los menores, el marco normativo de protección viene dado además de por el artículo 18 CE, por el artículo 4 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Falta de consentimiento para la obtención y publicación de la fotografía de la menor.—Al margen de los supuestos legalmente establecidos, las causas de exclusión del carácter ilegítimo de la intromisión del derecho a la imagen tienen como punto de referencia no sólo la concurrencia del consen-

timiento del titular del derecho, que en casos de menores y si sus condiciones de madurez lo permiten (art. 3.1 LO 1/1982, de 5 de mayo), ha de ser prestado por ellos mismos, sino también el concreto ámbito de privacidad personal y familiar que el titular del derecho, especialmente aquellos de cierta relevancia política, artística o periodística, delimite con sus propios actos. Sin embargo una y otra han de ser matizadas con respecto a menores. En cuanto al consentimiento, al ser más amplio el ámbito de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar de los menores en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Aún cuando conste el consentimiento del menor o de sus representantes legales, dicha intromisión en la esfera de derechos del menor tendrá carácter ilegítimo si es contraria a sus intereses (art. 4.3 LO 1/1996, y en este sentido, SSTS de 7 de octubre de 1996 y 20 de mayo de 1997; en sentido contrario, STS de 26 de marzo de 2003), determinando en cualquier caso la intervención del Ministerio Fiscal (art. 4.2 LO 1/1996).

Por lo que a los usos sociales se refiere (art. 2.1 LO 1/1982), como pieza clave en la concreción del ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona para sí y su familia, es evidente que se refiere al propio titular del derecho y no al de su madre, personaje famoso. No se admite como causa de exclusión del carácter ilegítimo de la publicación, que la imagen de la menor se hubiera publicado con el consentimiento de su madre en otras revistas, ya que el derecho a la imagen no sólo alcanza a la captación y difusión sino también al medio a través del cual se difunda, puesto que «el factor del consentimiento o autorización no es posible hacerlo extensivo a publicación distinta para la que fue tomada la fotografía» (STS de 18 de julio de 1998, RJ 1998/ 6278).

La no obtención del consentimiento en este caso de la representante legal del menor, dada la temprana edad de la misma, tampoco se puede justificar en que el reportaje no lo realizó la propia publicación sino que fue adquirido a una agencia de prensa, ya que «las elementales normas de prudencia exigían requerir al autor del reportaje que acreditase la existencia del consentimiento necesario para su publicación» (FD 2.º). (STS de 12 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La revista del corazón *Semana* publicó en su portada del número correspondiente al 22 de mayo de 1996, así como en las páginas interiores, bajo los titulares «Toda la verdad sobre la hija adoptiva de I. P. Primeras fotos de la niña» y «La hija adoptiva de I. P. ya está en su nuevo hogar en España», la fotografía de la menor I. P. M., así como la solicitud del pasaporte de la menor. Su madre, I. P. M., como representante legal de la menor, demandó por los trámites del procedimiento de Protección Civil de los Derechos a la intimidad y a la imagen, a la citada publicación así como a Don J. N. L., solicitando que se declarase la intromisión ilegítima en la intimidad y la imagen de la menor, así como a la publicación del texto íntegro de la sentencia con iguales caracteres tipográficos, así como la correspondiente indemnización. Personado el Ministerio Fiscal en el procedimiento, se estimó íntegramente la demanda en primera instancia. Interpuesto recurso de apelación por la representación legal de la parte demanda, fue estimado parcialmente, dejando sin efecto la condena en lo relativo a la publicación del texto íntegro de la sentencia. La representación legal de los demandados

recurrieron en casación el fallo de la Audiencia Provincial, alegando, entre otros motivos, la indebida aplicación del artículo 2.1. de la LO 1/1982, de 5 de mayo, así como del artículo 20.1 CE.

NOTA.—En la sentencia que anotamos el Tribunal Supremo analiza la intromisión ilegítima en cuanto a la imagen de una menor, hija adoptiva de un famoso personaje de la vida artística española, tanto en cuanto a la captación de dicha imagen como su reproducción en un medio periodístico. Sin embargo, no analiza la lesión al derecho a la intimidad de dicha menor dado que igualmente y como consta en la sentencia, se reprodujo en el reportaje la solicitud de pasaporte de la misma. Los datos revelados carecen, en nuestra opinión, de relevancia pública y de interés general, ni tampoco el sujeto implicado tiene el carácter de personaje público ni de autoridad o funcionario que, conforme al artículo 20.1.d) CE pudiera entenderse que justificaría la intromisión en la intimidad de la menor, en aras al derecho a recibir información veraz puesto que estamos ante la revelación de manifestaciones innecesarias para el interés público de la información. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias (SSTC de 2 de diciembre de 1982, 26 de noviembre de 1984, 2 de diciembre de 1988, 17 de octubre de 1991, 9 de mayo de 1994, 29 de septiembre de 1997, y 5 de mayo de 2000, entre otras) el derecho fundamental a la intimidad vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares, atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC de 2 de diciembre de 1988 y 17 de octubre de 1991 y STS 12 de julio de 2004). Lo que el artículo 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de intimidad, vedando, por tanto, que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los lindes de nuestra vida privada. (R. D. O.)

18. Caducidad de la acción de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.—El plazo de ejercicio de la acción de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen es un plazo de caducidad, tal y como establece el artículo 9.5 de la LO 1/1982, de 5 de mayo. Al tratarse de un plazo de caducidad, no se interrumpe con el ejercicio de una acción penal, que no extingue la civil si se reserva ésta (FJ 1.º, STS de 5 de julio de 2004).

El sujeto perjudicado puede ejercitar la acción civil o la penal. Si ejercita la penal con reserva de la acción civil, y el plazo transcurre, presentándose la demanda civil pasado el plazo de los cuatro años, se considera que la acción ha caducado. El ejercicio de la acción penal no interrumpe el plazo de la acción civil. En cuanto al *dies a quo* del plazo de ésta, éste será el día en que el legitimado pudo ejercitar la acción, es decir, el día en que sufrió la lesión de su derecho (STS de 28 de septiembre de 1998).

Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor. Imposibilidad de pronunciamiento sobre la lesión al derecho a la intimidad por incongruencia *extra petita*.—No existe, como dice el Tribunal Supremo, un «tricéfalo» de honor, intimidad e imagen, sino que se trata de tres derechos

diferentes e independientes el uno del otro. Por tanto, si la parte solicita se declare la intromisión en el derecho al honor, y ésta no tiene lugar, al ser lo único pedido por la parte actora, no es posible posteriormente estimar una intromisión en el derecho a la intimidad cuando ello no ha sido solicitado. (STS de 5 de julio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora interpone demanda solicitando se declare la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de la demandante. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por estimar la caducidad de la acción por el transcurso de cuatro años. Sin embargo, interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial considera que se ha producido una lesión en el derecho al honor y a la intimidad personal de la actora. La parte demandada interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso, entendiendo que no se ha producido intromisión alguna en el derecho al honor de la parte actora.

NOTA.—La sentencia objeto de anotación no hace más que reiterarse en los pronunciamientos recogidos en la sentencia de esta misma Sala de fecha 28 de septiembre de 1998, la cual fue objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Resultaba dudoso por inconstitucional el pronunciamiento de la Sala que, por primera vez, sienta el criterio de que el ejercicio de la acción penal debe llevar consigo el efecto de la extinción de la acción civil por tratarse del ejercicio de un derecho de opción. Ello lo fundamentaba sobre la base de que la posibilidad de ejercer la vía civil después de agotada la penal equivaldría a mantener indefinidamente la posibilidad reclamatoria, siendo ello contrario a la ley que establece la caducidad como plazo para el ejercicio de la acción. La Sala también se pronuncia respecto al *dies a quo* para el cómputo del plazo del ejercicio de la acción, entendiendo que era aquél en el cual el legitimado pudo ejercer las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas. El Tribunal Constitucional en S de 8 de abril de 2002, se plantea si la sentencia del Tribunal Supremo referida vulnera o no el derecho a la tutela judicial efectiva. Tras realizar una breve aclaración del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva y los posibles modos de vulneración, el Tribunal Constitucional declara que los temas de plazo constituyen cuestiones de legalidad ordinaria, siendo ellas competencia de Jueces y Tribunales de Justicia a excepción de los siguientes casos: cuando resulte imposible en la práctica el ejercicio de la acción, cuando en la determinación de dicho plazo se incurra en un error patente, y cuando se apoye en un razonamiento arbitrario (STC de 2 de octubre de 1997). Al no dejar de ser la cuestión un tema de interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria, el Tribunal Constitucional no puede más que declarar que corresponde en exclusiva a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en virtud de lo establecido en el artículo 117 CE. (L. Z. G.)

19. El título nobiliario como marca registrada.—Si bien históricamente los títulos nobiliarios estuvieron vinculados con la Corona en cuanto símbolo del reino, en la actualidad el ostentar un título nobiliario, tal y como

ha declarado el Tribunal Constitucional, S de 3 de julio de 1997, RTC 1997/126, no supone en modo alguno «un status o condición estamental y privilegiada», sino que se agota en su carácter de preeminencia o prerrogativa de honor, un *nomen honoris* (FJ 16.º). Sin embargo su carácter meramente simbólico no excluye el derecho de su titular no sólo al mismo, sino también al uso y protección frente a terceros «... de modo semejante a lo que sucede con el derecho al nombre» (FJ 2.º STC 27/1982). Es habitual en el tráfico comercial el registro de títulos nobiliarios como marcas con el fin de dotar al producto contrasignados con la dignidad de la relevancia o distinción que lleva inherente la dignidad nobiliaria. El Registro de los mismos presenta unos caracteres peculiares con respecto a otras marcas, peculiaridades tendentes a dotar de una especial protección al título nobiliario.

Títulos nobiliarios. Utilización indebida. Intromisión ilegítima a los efectos de la LO 1/1982, de 5 de mayo.—La inscripción de un título nobiliario como marca registrada, plantea analizar si la protección de dicho título puede únicamente articularse por los cauces del régimen sancionado contenido en la Ley de Marcas, de modo que su carácter de marca comercial excluiría la aplicación de la LO 1/1982, de 5 de mayo. No hay razón para excluir la aplicación de la LO 1/1982, de 5 de mayo, ya que todo título nobiliario, como nombre adscrito, a un marca, «encierra tanto un derecho a la intimidad, como tal derecho público subjetivo a la personalidad, como su tutela patrimonial». La utilización por la cadena hotelera del título nobiliario tuvo su origen en el inicial consentimiento dado por el que en aquel momento era el titular del mismo. La revocación de dicho consentimiento, conforme al artículo 2.3 LO 1/1982, puede tener lugar sin siquiera alegar justa causa. La continuación en el uso de la dignidad nobiliaria, una vez producida expresamente la revocación de la autorización, constituye un supuesto de intromisión ilegítima conforme al artículo 7.6 LO 1/1982, dada la finalidad comercial y publicitaria del uso que se ha dado del título de «Marqués del Palmer».

Inicio del cómputo del plazo de caducidad del artículo 9.5 LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.—Las acciones de protección de los derechos regulados en la LO 1/1982, en supuestos de intromisiones ilegítimas podrán ejercitarse en el plazo de cuatro años. La fijación del inicio del mencionado plazo de caducidad se determina legalmente en el momento temporal en el que el perjudicado pudo ejercitar dichas acciones. Puesto que la intromisión ilegítima no ha cesado sino que sigue perpetrándose en tanto que la empresa sigue utilizando para la denominación de su hotel el título de «Marqués del Palmer», y en tanto no deje de utilizar dicho nombre «no empezaría a contar el plazo de caducidad» (FD 5.º). (STS de 9 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. D. M., padre de la actora, otorgó en 1966 consentimiento expreso a la *Compañía Hotelera Sant Jordi*, para la utilización de su título nobiliario de «Marqués del Palmer», como rótulo del nuevo establecimiento abierto en la Colonia de Sant Jordi, del que fue su primer director y del que era accionista. Una vez enajenadas en 1973 las acciones que poseía, cesó en la dirección del hotel, sin que entre las estipulaciones relativas a la venta se hiciera mención alguna al cambio de denominación. Fallecido don J., su hijo y heredero del título no formuló objeción alguna a la

utilización del título. Tras su fallecimiento, fue doña P., su hermana quien como heredera del título inició la inscripción del mismo a su favor en el Registro de Marcas, como *Hotel Marqués del Palmer*, como servicio de hoteles, restaurantes y bar, marca que le fue reconocida por un plazo de diez años el día 2 de noviembre de 1993. Con fecha de 21 de diciembre de 1995 y de 4 de mayo de 1998, doña Pilar requirió a la mencionada empresa para que cesara en el uso de dicha denominación. Desatendidos dichos requerimientos, doña Pilar interpuso demanda contra la *Compañía Hotelera Sant Jordi* sobre protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Estimada parcialmente la demanda en el sentido de reconocer el carácter de intromisión ilegítima la utilización del título de «Marqués del Palmer» y del escudo de armas de la familia, dicha resolución fue recurrida en apelación. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso, revocando la sentencia con relación a la utilización del escudo de armas. La representación legal de la *Compañía Hotelera Sant Jordi* interpuso recurso de casación alegando la caducidad de la acción de intromisión ilegítima de la LO 1/1982, ejercicio anormal del derecho de revocación, y finalmente el carácter comercial del título tras su inscripción como marca, y por tanto, la ausencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor.

NOTA.—Ya con anterioridad a la presente sentencia, el Tribunal Supremo en su S de 29 de febrero de 2000, vino a analizar el concepto legal de intromisión ilegítima con respecto a la utilización de un título nobiliario para fines comerciales o publicitarios, si bien en aquel supuesto la empresa que comercializaba bajo el título nobiliario, sí tenía registrada dicha denominación y en el momento en que tuvo lugar la inscripción en el Registro de marca no había nadie ostentando dicho título nobiliario. Llama la atención que la parte demandada, dado que el establecimiento hotelero en cuestión llevaba desde 1966 abierto al público bajo dicha denominación, no hubiera reclamado en los Tribunales tras el primer requerimiento la anulación de la marca registrada conforme al artículo 53 de la entonces vigente Ley de Marcas con relación al artículo 4 de la misma. Uno de los supuestos en los que procede la caducidad de la marca y la cancelación de la misma es su no utilización en un plazo de cinco años desde la fecha de su publicación (2 de noviembre de 1993) para los productos y servicios para los que fue registrado. No consta en los hechos que el motivo por el cual doña P. registrara la marca del *Hotel Marqués del Palmer*, fuera el dedicarse al ejercicio de la actividad hotelera para hoteles, restaurantes y bar. Si bien dicha medida no hubiera en cualquier caso desvirtuado el carácter de intromisión ilegítima en cuanto a la utilización por parte de la cadena hotelera.

Igualmente cabe llamar la atención sobre la desestimación del motivo relativo a la caducidad de la acción conforme al artículo 9.5 LO 1/1982, de 5 de mayo. Con anterioridad a este supuesto, el Tribunal Supremo se había pronunciado sobre dicho plazo de cuatro años, SSTS de 28 de septiembre de 1998, 31 de julio de 2000 y 22 de noviembre de 2001, señalando al respecto que el *dies a quo* viene dado por el momento temporal en el que el perjudicado pudo

ejercitar dicha acción. Según la sentencia que anotamos, puesto que la intromisión sigue perpetuándose, aún ni siquiera ha comenzado a computar el plazo. Si efectivamente fuera así, no se habría siquiera podido ejercitar la acción en primera instancia. En nuestra opinión, el plazo empezaría a contar desde el momento en que se revocó el consentimiento y requirió a la entidad hotelera para que cesare en la utilización de dicha denominación, esto es, desde 21 de diciembre de 1995. La fecha de registro del título como marca registrada no consideramos que conlleve una revocación de la autorización de utilización, ya que la marca puede ser utilizada tanto por su titular como por un tercero con la autorización de aquél. (*R. D. O.*)

20. Títulos nobiliarios. Sucesión. Variación del orden de sucesión del Título.—El Tribunal Supremo ha reiterado en numerosas ocasiones que la sucesión en los títulos y dignidades nobiliarias se rige por lo dispuesto en la carta de creación de cada uno de ellos; y en caso de no establecerse en la misma una forma específica, regirá lo dispuesto en la legislación vigente en nuestro Derecho nobiliario. El orden tradicional no es otro que el que rigió para los mayorazgos regulares desde la promulgación de las Leyes de Toro (1505), que por primera vez reconocen y regulan esta institución (Leyes 27 y 40 a la 46) de forma distinta a como lo hicieron las Partidas para la sucesión a la Corona, supuesto que aquéllas permiten que el fundador establezca el orden sucesorio y las condiciones que tenga por conveniente. La voluntad del fundador se considera «Ley en la materia» y para el caso de no disponer nada respecto al citado orden, se aplican los principios de primogenitura y representación tanto en las líneas rectas descendentes como en las colaterales, perfilándose así un orden totalmente distinto al regulado en la Ley de Partidas. En 1792, cuando se produce el establecimiento de una nueva cabeza de línea en la sucesión del título de Conde de Lerena, se admitía la posibilidad de variar el orden de sucesión de una dignidad nobiliaria con respecto al consignado en el Título en casos de ausencia de descendientes legítimos, como consecuencia no sólo de la realidad histórica del momento y la costumbre, sino también al reconocimiento de dicha facultad con respecto a los mayorazgos en la Ley XLIV de Toro. Además era necesario que concurriese la autorización real para la variación en el orden de sucesión, como así sucedió.

No retroactividad de la Real Cédula de Carlos IV de 29 de abril de 1804 con respecto a títulos otorgados con anterioridad.—En 1792 cuando se produce el establecimiento de una nueva cabeza de línea por designación testamentaria, existía dicha libertad de disposición sobre los títulos en caso de ausencia de descendientes. El derecho vigente en aquel momento, tal y como señaló la STS de 24 de febrero de 1981 reconocía dicha permisibilidad, conforme a la realidad histórica y a la costumbre, práctica a la que quiso poner fin Carlos IV con la mencionada Real Cédula de 29 de abril de 1804, declarando vinculadas todas las gracias y mercedes de los Títulos de Castilla que se concedieran en lo sucesivo, pero respetando la concesión de títulos que hubieran tenido lugar con anterioridad. El carácter vinculado de la sucesión conllevaba que se siguiera el orden de sucesión consignado en el título. Dicha Real Cédula no resulta aplicable en el caso de cambio de línea con autorización regia, por sucesión testada y ante la falta de testamento, ya que el nuevo cabeza de línea tomó posesión del mismo tras la muerte del primer conde sin descendencia en 1792. La aplicación de la misma sólo sería posible

con respecto al primer cabeza de la nueva línea, ya que la Real Cédula no contiene ninguna disposición que anule o modifique los efectos jurídicos de los actos realizados con anterioridad.

Incongruencia en supuestos de sentencias absolutorias.—El juicio de congruencia se resume en una confrontación o contraste entre el suplico de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia, y que también debe tomarse en consideración la posición del demandado porque supone incongruencia dar menos de lo que pedido en la demanda (FD 2.º, STS de 21 de diciembre de 2001, RJ 2001/10054). En este sentido es reiterada la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 22 de diciembre de 1993, RJ 1993, 10108; 26 de julio de 1994, RJ 1994, 6779; 25 de enero de 1995, RJ 1995, 166; 15 de noviembre y 21 de diciembre de 2001; y de 21 de mayo de 2002) en el sentido de negar que exista incongruencia en sentencias absolutorias de la parte demandada, toda vez que resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas. Las únicas excepciones admitidas a dicha regla vienen dadas por aquellos supuestos en los que el demandado se conforme total o parcialmente con la pretensión actora; cuando se dejen de resolver pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes; cuando se altere la *causa petendi* o soporte fáctico de la cuestión debatida (SSTS de 25 de octubre de 1993 [RJ 1993, 7654], 24 de diciembre de 1994 [RJ 1994, 9779] y 28 de enero de 1995 [RJ 1995, 387]); en caso de transformación del problema litigioso (SSTS de 25 de octubre de 1993 y 28 de enero de 1995); y finalmente, o la absolución se produzca por haberse apreciado una excepción no alegada ni susceptible de estimación de oficio (SSTS de 24 de febrero de 1993 [RJ 1993, 1251], 19 de noviembre de 1994 [RJ 1994, 8538] y 28 de enero de 1995), ninguno de los supuestos excluyentes concurren en este caso FD 3.º, STS de 21 de mayo de 2002, RJ 2002/5250). **(STS de 5 de julio de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—En 1791 fue otorgado a don P. L. de L. y C. el título de Conde de Lerena, título que a su fallecimiento sin descendientes en enero de 1792, tal y como designó en su testamento, pasó a su hermano A., estableciéndose en él una nueva cabeza de línea. Doña M. L. de . y F. demandó por los trámites del juicio de mayor cuantía a don G. G. C. y R., sobre el mejor derecho al título nobiliario de Conde de Lerena, solicitando la nulidad de todo acto o disposición contrario a la ley de creación de tal título, incluida la real carta de Sucesión otorgada a favor del demandado. Por su parte, don G., en la contestación de la demanda solicitó la desestimación de la demanda al ostentar mejor derecho genealógico para usar y poseer el título noble de conde de Lerena, la validez de la designación efectuada por don P. así como la usucapición adquisitiva del título en la línea de don A., de la que desciende el demandado, durante más de cuarenta años desde 1792. Desestimada en primera instancia, la Audiencia Provincial igualmente desestimó el recurso de apelación interpuesto frente a la misma. La representación legal de la parte demandante interpuso recurso de casación alegando, entre otros motivos, la aplicación indebida de la Ley XLIV de Toro, Ley II de la Partida Segunda e inaplicación de la Real Cédula de Carlos III de 14 de mayo de 1789.

NOTA.—El Tribunal Supremo en la sentencia que anotamos no entra a analizar si con el establecimiento de una nueva cabeza de

línea por designación testamentaria ante la ausencia de descendientes, se constituye o no un mayorazgo, por considerar que es una cuestión nueva que se suscita en casación. Señala el Tribunal Supremo, *obiter dicta*, que si bien la Real Cédula de Carlos III de 14 de mayo de 1879 prohibía la constitución de mayorazgos sin autorización regia, la hipotética nulidad del mayorazgo que en su caso hubiera constituido don P. en su testamento, no excluye el problema en la sucesión del Título, puesto que *«resulta extravagante pretender que la infracción de la Real Cédula de 1789, con su efecto de atribuir a los parientes más inmediatos del constituyente del mayorazgo lo que fue su objeto, [...] lo que es explicable refiriendo al aspecto patrimonial es claro que no lo es si se pretende aplicar a un bien inmaterial producto de la gracia real como el Título Nobiliario»*. (FD 3.º). (R. D. O.)

21. Legitimación activa para promover la declaración de incapacidad. Criterio restrictivo de interpretación respecto a las personas designadas por la Ley.—El derogado artículo 202 del Código Civil, así como su correlativo vigente, artículo 756.1 LEC de 2000, establecía un régimen de legitimación activa en cuanto reconocía únicamente al cónyuge o descendiente del presunto incapaz y, en defecto de éstos, a los ascendientes o hermanos del mismo. Por su parte, el derogado artículo 203 CC, cuyo contenido encontramos hoy vigente en el artículo 757, apartados 2 y 3 LEC de 2000, establecía las condiciones precisas para que fuese el Ministerio Fiscal quien promoviese la declaración de incapacidad. Si atendemos al tenor literal de la Ley, donde no caben interpretaciones extensivas, la demandante, sobrina carnal de las presuntas incapaces, carece de legitimación para pedir su incapacitación; falta de legitimación que en ningún caso queda subsanada por la intervención del Ministerio Fiscal en cuanto que mostró ciertas reservas a la incapacitación declarada en las instancias anteriores. (STS de 7 de julio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Promovida la declaración de incapacidad de tres hermanas por una sobrina carnal suya, hija de otra hermana fallecida antes de la interposición de la demanda, la sentencia de primera instancia acordó la incapacitación absoluta de aquéllas para su autogobierno patrimonial, que no personal, acordando la constitución de la curatela, y recurrida dicha sentencia en apelación por demandante y demandadas, el tribunal de segunda instancia confirmó la incapacitación pero sustituyendo la curatela por tutela plena de incapaces aunque limitada a los bienes de las demandadas sin extenderse a sus personas. Contra la sentencia de apelación se interpuso recurso de casación por la representación común de las demandadas una de las cuales falleció durante la tramitación del mismo alegando falta de legitimación activa de la solicitante de la declaración de incapacidad. El Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida sin que ello suponga prejuzgar la existencia o inexistencia de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico en las demandadas.

NOTA.—Los procesos sobre capacidad de las personas están impregnados de un fuerte carácter de orden público, carácter que ha de

traducirse en un reforzamiento de las facultades del juzgador para velar por su regularidad. Este marcado carácter de orden público puede verse enfrentado con el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 de la CE a todas las personas en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, por lo tanto limita el primero un interés que en abstracto puede considerarse legítimo pero que la ley no lo considera como tal.

En la sentencia anotada la demandante ejercita una acción de incapacidad, acción personalísima, es decir, intransmisible por cualquier título, para la que no está legitimada activamente según el tenor literal del texto legal. Aunque el derecho a la tutela judicial y efectiva pudiere reconocerle, en un principio, esta legitimación, posteriormente, la configuración de la acción normativamente se la deniega. (*M. F. N. C.*)

22. Principio de protección del presunto incapaz.—«Implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto de la realidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial; siempre ésta se deberá apoyar en la realidad fáctica de la persona del presunto incapaz, como trasunto de la realidad de la persona lo que debe inspirar aquella decisión judicial; ésta siempre se deberá apoyar en la realidad fáctica de la persona del presunto incapaz, comprobada por la prueba que exige el artículo 208 CC y toda aquella que sea precisa y siguiendo siempre un criterio restrictivo; la situación, pues, de inidoneidad natural para regir su persona y administrar y disponer de sus bienes, debe quedar claramente acreditada y correctamente valorada, aplicando el artículo 210 en el sentido de fijar adecuadamente la extensión y límites de la incapacitación (SSTS de 31 de diciembre de 1991, 31 de octubre de 1994 y 16 de septiembre de 1998)».

«Enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico que impida a la persona gobernarse por sí mismo».—Un accidente vascular cerebral puede ser la causa de un síndrome de cautiverio, el cual si tiene carácter permanente y definitivo, impidiendo a la persona el ejercicio de tareas físicas y habituales de la vida diaria, necesitando la ayuda y supervisión de otra persona. A ello abunda que «el autogobierno se concibe como la idoneidad de la persona para administrar sus intereses, intereses que comprenden no solo los materiales, sino también los morales y, por ende, la guardia de la propia persona, o como dice un autor “el gobierno de sí mismo por sí mismo significa la adopción de decisiones y la realización de actos concernientes a la propia esfera jurídica tanto en el plano estricto de la personalidad como en el plano económico o patrimonial”». (**STS de 30 de junio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Betanzos se formuló demanda por la representación de la demandante solicitando la declaración de incapacidad de E. G. T. tanto para el autogobierno de su persona como para regir y administrar sus bienes, así como el régimen de tutela o guarda a que hubiera de quedar sometido el incapacitado. Igualmente se solicita la revocación de un poder general otorgado por el demandado a su hermano el 15 de septiembre de 1995. La representación de la parte deman-

dada se opuso alegando la falta de concurrencia de causa física o psíquica que influyera en la capacidad volitiva y de decisión del demandado por encontrarse el mismo plenamente capaz.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda de incapacitación y nombra tutor del incapaz a su hermano C. G. T. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de La Coruña revoca parcialmente la sentencia recurrida manteniendo la declaración de incapacidad de E. G. T. para regir su persona y sus bienes, pero determina que el proceso no es el adecuado para el nombramiento del tutor, así como para revocar el poder otorgado en su momento a favor del hermano del incapaz. Contra esta sentencia se interpuso por la parte demandada recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—Desde el punto de vista médico el autogobierno tiene tres dimensiones o intensidades: la patrimonial —autonomía e independencia en la actividad socioeconómica—; la adaptativa e interpersonal— entendiéndose por tal la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria en la forma y la manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural— y la personal —en el sentido de desplazarse eficazmente dentro de su entorno, mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas, incluyendo alimentación, higiene y autocuidado. El accidente vascular sufrido por el demandado no afectó a las funciones psíquicas superiores que se mantienen totalmente conservadas, sin embargo, la afasia le impide expresar su voluntad de forma libre. Por lo tanto, es dueño de sus propios actos y tiene capacidad suficiente para tomar decisiones en todos los órdenes de la vida. Sin embargo, al quedar limitada su facultad de comunicación a los ojos y a un tablero con un abecedario donde puntea las letras para la formación de las palabras y así poder comunicarse impide el autogobierno desde la dimensión personal mencionada. (M. F. N. C.)

23. Doctrina del levantamiento del velo.—En el conflicto entre la seguridad jurídica (reconocimiento de personalidad jurídica a una determinada entidad mercantil) y la justicia, ambos valores consagrados en la Constitución Española (arts. 1.1 y 9. 3 CE), corresponde según los casos y las circunstancias, por vía de la equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7 CC), penetrar «... en el substrato personal de las entidades o sociedades, a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal, se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4 CC)» (SSTS de 24 de marzo de 1997, reiterando la doctrina de las SS de 28 de mayo de 1984, 12 de febrero y 1 de abril de 1993, 11 de diciembre de 1995, así como las de 25 de octubre de 1997, 31 de enero, 30 de mayo y 9 de noviembre de 1998, 11 de octubre de 1999, y 30 de julio de 2002, entre otras).

La tesis y práctica de penetrar en el *substratum* personal y patrimonial de las entidades o sociedades, debe utilizarse cuidadosamente, es de aplicación limitada, pues lo normal «... es el obligado respeto a la forma legal», y sólo excepcionalmente y de manera subsidiaria, cuando quede probado que la forma esconde una ficción, y que por tanto se produce un fraude de ley y un

abuso de la personalidad jurídica, se puede utilizar la doctrina del levantamiento del velo» (FD 1.º de la STS de 17 de octubre de 2000).

Administración social irregular del patrimonio social y doctrina del levantamiento del velo. Distinción de ambos supuestos.—No es posible, como sucede en la sentencia de primera instancia, que se confunda lo que es una administración social perjudicial para los acreedores sociales, como se ha producido en el caso, con la finalidad de la confusión de patrimonios sociales y particulares de los socios. Así pues, «... una cosa es que la sociedad se revele como una forma de actuar en el tráfico de su socio único, que quiere limitar así su responsabilidad [...] o como instrumento para defraudar a terceros o incumplir sus obligaciones» (FD 1.º), supuestos en los que procede el levantamiento del velo; y otra muy distinta, como es el caso, que haya tenido lugar una consciente o inconsciente mala administración de la sociedad, ya que hasta la época de crisis de la misma, su funcionamiento era el normal de cualquier ente societario, tanto frente a sus trabajadores, como frente a sus acreedores, respondiendo el patrimonio social de las deudas de una y otra clase que se generaban. Así pues, en los supuestos en los que no nos encontremos ante un abuso de derecho en la creación de la persona jurídica, sino ante un supuesto de administración irregular, cual es cargar al patrimonio social deudas que lo eran del matrimonio, correspondería el ejercicio de las acciones sociales o individuales contra los administradores puesto que la solución al perjuicio causado «no ha de venir por vía de la negación de la personalidad jurídica a la sociedad» (FD 1.º).

La responsabilidad de los administradores en sede de sociedades de responsabilidad limitada se rige, conforme al artículo 69 de la ley reguladora de las mismas, Ley 2/1995, de 2 de marzo, por los artículos 127, 133.1 y 135 del TRLSA. Abstrayéndonos de la artificiosa distinción de la responsabilidad si la reclama un socio o un tercero, pues ambos, como señaló la STS de 19 de mayo de 2003, RJ 2003/5213, pueden ser perjudicados por la actuación maliciosa de un administrador, los administradores sociales responderán frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley, o a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, «la cual se mensura de modo objetivo con arreglo al estándar, o patrón de comportamiento, de la que debe observar un ordenado empresario (art. 127 LSA). Se trata de una acción indemnizatoria que asiste a los terceros por los actos de los administradores que lesionen directamente sus intereses» (STS de 30 de diciembre de 2002, RJ 2002/332). **(STS de 19 de mayo de 2003; ha lugar.)**

HECHOS.—La sociedad *GR, S. L.*, fue constituida en el año 1973 por don L. G. L. y por su cuñado don M. R. T., de cuyas participaciones se desprendió en 1980 mediante permuta de las mismas por una finca rústica ganancial del otro partícipe. En virtud de escritura pública de fecha 27 de diciembre de 1982, quedan como socios únicos don L. y su esposa, período durante el cual, don L. en su cualidad de administrador cargó a la sociedad gastos no sociales sino del matrimonio, tales como la construcción de un chalet, adquisición de varios vehículos, pago de los estudios de la hija de ambos, etc. A partir de enero de 1993, la hija de ambos doña Camino, vino a ocupar el cargo de administrador de la mencionada entidad. Debido al impago de una serie de suministros, fueron demandados tanto doña C. como administradora y la entidad *GR, S. L.*,

solicitando la condena solidaria de ambos al pago de la suma 124.440.533 pesetas. La parte demandante invocó la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo y con base a la misma se estimó la demanda. Recurrida dicha sentencia en apelación, fue revocada parcialmente y se absolvió a doña C., puesto que en la época en la que se efectuaron los suministros que resultaron impagados no era administradora. La representación legal de los esposos don Luis y doña M.^a P. interpusieron recurso de casación por infracción indebida de la doctrina del «levantamiento del velo».

NOTA.—En la sentencia que anotamos, el Tribunal Supremo claramente distingue entre los supuestos en los que corresponde la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de aquellos en los que estamos ante una mala gestión de los administradores. El Alto Tribunal llama la atención sobre el incorrecto planteamiento de la litis en primera instancia. Como hemos señalado en los hechos, en la demanda origen del pleito la parte demandante únicamente solicitó la aplicación de la teoría del levantamiento del velo, sin la precaución de ejercitar subsidiaria o alternativamente acciones propias del ámbito societario, en concreto la acción social o individual de responsabilidad contra los administradores, quedando limitado sin necesidad el objeto de la litis, de modo que «... la Sala, no tratándose de una cuestión de orden o interés público, no puede decir sobre la responsabilidad del administrador, sino sobre la de los socios en cuanto tales por deudas de la sociedad». Como acertadamente señala el ponente de la sentencia, el profesor Gullón, ni la finalidad que los socios pretendieron con la constitución de la sociedad fue crear una pantalla a efectos de responsabilidad tanto para limitar la personal de cada uno de ellos, ni defraudar los intereses de los acreedores de la sociedad o incumplir sus obligaciones con respecto a ellos. (*R. D. O.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

24. Simulación absoluta.—Existen dos tesis en torno a esta figura jurídica: aquella que considera la simulación absoluta como un vicio de la voluntad, en concreto, como una manifestación de la discordancia entre la voluntad real y la declarada; esta tesis ha sido superada por aquella que defiende su calificación como un supuesto de vicio en la causa negocial, con la declaración imperativa de nulidad, por inexistencia de causa.

Simulación relativa.—Tiene lugar cuando el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado.

Negocio fiduciario. Concepto y teorías.—Nos encontramos ante un negocio fiduciario cuando quien recibe la titularidad de los bienes se obliga a emplear las facultades dispositivas que la adquisición le confiere en el cumplimiento de las finalidades de la fiducia. El fiduciario no puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuera suya y no del fiduciante. El instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia, cuya causa se encuentra en la concesión de facultades dispositivas al fiduciario para alcanzar una determinada y prevista finalidad.

En el negocio fiduciario existe una divergencia entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado, de manera que las partes se proponen obtener un efecto distinto y más restringido del que es propio del medio jurídico puesto en juego.

La naturaleza y efectos jurídicos del negocio fiduciario cuentan con dos tesis: la, ya superada, tesis del doble efecto, que lo concibe como un negocio de naturaleza compleja, producto de dos contratos independientes, uno real, con transmisión plena del dominio y eficaz frente a todos, y otro obligacional, válido entre las partes, en virtud del cual el adquirente ha de actuar sujeto a lo convenido, de forma que no impida el rescate de los bienes por el transmitente; la segunda tesis entiende que el fiduciario ostenta sobre los bienes una titularidad formal conservando el fiduciante la titularidad real. La jurisprudencia ha sostenido en repetidas ocasiones, conforme a esta segunda tesis, que mediante el negocio fiduciario se transmite una titularidad formal y aparente, válida y eficaz frente a terceros de buena fe adquirentes por título oneroso, con una limitada eficacia que no puede oponerse al fiduciante.

Diferencias entre simulación absoluta y negocio fiduciario.—El negocio simulado es ficticio, simple y absolutamente nulo; mientras que el negocio fiduciario es real, complejo y válido.

Venta en garantía.—Se trata de un negocio fiduciario, del tipo de la fiducia *cum creditore*: el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto fiduciario, con la finalidad de apartarlo de su disponibilidad y así asegura al fiduciario que lo tendrá sujeto a la satisfacción forzosa de la obligación para cuya seguridad se estableció el negocio fiduciario. El fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, sino que debe devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia.

La falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía. De no ser así, se vulneraría la prohibición del pacto comisorio. El fiduciario, en caso de impago de la obligación garantizada, ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse, sobre el que le corresponde una especie de derecho de retención. (STS de 26 de julio de 2004; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don D. J. L. vendió, en escritura pública, tres fincas de su propiedad a los demandados en garantía de un préstamo, con el compromiso verbal de retrotraer la operación de venta a la cancelación del préstamo recibido.

La comisión liquidadora de la comunidad de bienes de don D. J. L. solicita la nulidad de la compraventa. En primera instancia se desestima la demanda, estimándose en apelación. La Audiencia declara la nulidad del contrato de compraventa ordenando a los demandados la devolución de las fincas.

El Tribunal Supremo reconoce el derecho de retención de los demandados sobre las fincas hasta el completo pago del préstamo, cuyo cumplimiento garantiza la venta de tales fincas. (B. F. G.)

25. Contratos. Interpretación. Función del Juez a quo: revisión casacional.—Corresponde al juzgador de instancia, como función soberana, la hermenéutica contractual, la cual sólo es revisable en casación cuando se

revele contraria a la Ley o a la lógica (SS de 16 de julio de 2002, 11 de marzo y 23 de diciembre de 2003, 29 de enero y 20 de mayo de 2004), de tal manera que si bien debe prosperar la denuncia casacional cuando la exégesis realizada en la instancia contradice abiertamente al espíritu o la letra del texto interpretado (S de 20 de mayo de 2004 y cita), sin embargo debe prevalecer la apreciación efectuada cuando no se da esa abierta contradicción aunque no sea la única posible (S de 19 de febrero de 2001), o pudiera haber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud (SS de 10 de octubre de 1959, 17 de noviembre y 7 de diciembre de 1961, 15 de febrero de 2002).

Contrato. Cláusula penal: diferencia con la prestación indemnizatoria pactada (arrendamiento de obra).—La cláusula penal supone una obligación accesoria en relación de dependencia con otra principal, sin que tenga aquella condición la prestación indemnizatoria, la cual tiene carácter principal para el caso de que se causen unos determinados daños, sin que obste que se halle sujeta a la condición suspensiva —hecho futuro e incierto— de que se produzca el evento, y sin que quepa configurar una hipotética obligación principal —negativa— en torno al compromiso de no causar daños, pues una abstención de tal índole no deriva del contrato, sino del principio general del derecho que veda dañar a otro, sancionado en diversos preceptos del derecho positivo. El alcance de la cláusula indemnizatoria supone, por un lado, un compromiso implícito de la posible perjudicada de no paralizar la obra por la amenaza del riesgo previsto además de la renuncia a la reparación específica; y, por otro lado, la determinación cuantitativa de la responsabilidad para los casos previstos del derribo total o daños de imposible reparación, que opera como máximo y como mínimo a indemnizar. (STS de 25 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña R. N. F. interpuso demanda contra la entidad *Inmobiliaria Begamar, S. A.* solicitando se condene a la demandada a indemnizar a la actora los daños ocasionados en el inmueble de su propiedad a consecuencia de las obras efectuadas por la entidad demandada en el predio colindante. El Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Valencia dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Valencia resolvió desestimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

26. Acción de indemnización por daños y perjuicios contractuales y extracontractuales. La responsabilidad contractual y extracontractual son la base de la sentencia condenatoria de los codemandados.—La responsabilidad del codemandado don J. O. deriva del incumplimiento del deber de fidelidad que le alcanzaba como mandatario del contrato de mandato representativo que le vinculaba con el demandante don J. L.: artículo 1101 CC.

La responsabilidad de la codemandada doña M.^a L. I. es extracontractual, es la obligación de reparar el daño causado a la persona —en este caso, el demandante— con la que no se halla vinculada por relación jurídica alguna: artículo 1902 CC.

El auto de sobreseimiento y la sentencia absolutoria en el proceso penal no producen efecto de cosa juzgada con respecto a la reclamación de la responsabilidad civil, que puede hacerse en el procedimiento opor-

tuno.—La actuación de la recurrente fue ciertamente objeto de un proceso penal, pero no concluyó con sentencia condenatoria atinente al fondo del asunto y productora de cosa juzgada, sino auto de sobreseimiento provisional relativo a la inexistencia del delito; por lo cual, la acción civil queda inalterada y se ha ejercitado en el presente proceso. Tal como advierte la parte demandante, recurrida en este recurso, la conclusión del proceso penal mediante sobreseimiento (arts. 637 y 641 LEC) o sentencia absolutoria, omite necesariamente pronunciamiento sobre la existencia o no de responsabilidades civiles y, consecuentemente, no satisface la pretensión reparadora del dañado en el orden civil con la consiguiente facultad para ejercer la acción de esta naturaleza, que permanece incólume. No hay pues, infracción de los artículos mencionados como infringidos en este primer motivo.

La casación no es una tercera instancia, por lo que no cabe hacer supuesto de la cuestión fáctica.—En este motivo se ignora la función de la casación, que no es una tercera instancia (así, S de 31 de mayo de 2000), ni revisa el soporte fáctico, sino que valora la correcta aplicación del ordenamiento (S de 12 de abril de 2003), sin que quepa hacer supuesto de la cuestión, es decir, alterar los datos fácticos sin combatir la apreciación de la prueba siempre que haya una norma legal de valoración (SS, entre otras muchas, de 9 de mayo, 13 de septiembre y 21 de noviembre de 2002).

La necesidad de motivar la sentencia exige que se razone la decisión judicial, pero no una argumentación pormenorizada de todos los extremos que puedan relacionarse con ella.—No hay falta de motivación, ya que ésta exige que se razone la decisión judicial y se explique el porqué (*sic*) se llega a la misma, lo que permitirá a la parte conocer la razón de la resolución y fundamentar un recurso, pero no exige la argumentación pormenorizada relativa a todos los extremos que puedan relacionarse (SSTC 187/2000, de 10 de julio y 214/2002 y 8 de julio de 2002). En el presente caso, se ha razonado con suficiente detalle la cuestión fáctica, explicando su prueba y la cuestión jurídica, acertadamente. No hay falta de motivación, ni tampoco falta de claridad, lo que no cabe confundir con la concordancia con el interés de la parte.

No cabe en casación combatir la relación de hechos declarados probados por la sentencia de instancia, sino sólo la aplicación de normas jurídicas.—Como en el caso del motivo segundo de la codemandada y también recurrente, se mantiene la inexistencia de nexo causal, combatiéndose la cuestión fáctica declarada en la sentencia de instancia. El rechazo del motivo se debe, pues, a que no se combate la aplicación de la norma jurídica, sino la relación de hechos que, conforme a la sentencia de instancia, ha dado lugar a la aplicación de la misma; lo que no es otra cosa que hacer supuesto de la cuestión.

El incumplimiento del deber de fidelidad a que está obligado todo mandatario, justifica la indemnización por daños y perjuicios comprensiva del lucro cesante, que debe ser probado y que incluye beneficios concretos dejados de percibir y no hipotéticos o imaginarios.—Mediando un contrato de mandato, mandato con representación, el mandatario —actual recurrente— incumplió el deber de fidelidad, dando lugar a la responsabilidad contractual; por lo cual, se han aplicado correctamente los artículos 1718 y 1719 y, consecuentemente, el artículo 1101 CC. En esta responsabilidad se ha incluido el lucro cesante, respecto al cual no cabe combatir en casación la detallada valoración de la prueba que hace la sentencia de instancia; ciertamente, la doctrina jurisprudencial es clara respecto al lucro cesante, la resu-

me la S de 5 de noviembre de 1998 en estos términos: «El lucro cesante tiene una significación económica; trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto distinto del de los daños materiales (así, S de 10 de mayo de 1993), cuya indemnización por ambos conceptos debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado (así, S de 21 de octubre de 1987 y 28 de septiembre de 1994). El lucro cesante, como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es que sólo cabe incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido y no ha sido así; no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna. Por ello, esta Sala ha destacado la prudencia rigorista (así, S de 30 de junio de 1993) o incluso el criterio restrictivo (así, S de 30 de noviembre de 1993) para apreciar el lucro cesante; pero lo verdaderamente cierto, más que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar, como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización; se ha de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir –lucro cesante– y la realidad de éste, no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión (así, SS de 8 de julio y 21 de octubre de 1996)». Y en este caso, se ha acreditado suficientemente la cuantía del mismo. (STS de 28 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.–Dos hermanos –hombre y mujer– constituyen una sociedad limitada para explotar una agencia de patentes y marcas con sede principal en Barcelona, ciudad para la que contratan a un agente. Pasado un tiempo, la sociedad se disuelve, continuando el hermano con la explotación de la agencia como persona física individual, centrando su actividad principalmente en Valencia y otras ciudades. El agente de Barcelona –que había continuado prestando sus servicios a la agencia tras la disolución de la sociedad–, haciendo uso del poder que como mandatario se le había conferido, contrata a un tercero para que fotocopie los ficheros y expedientes de los clientes de la agencia, datos que pone a disposición de la antigua socia. Tras ser despedido dicho agente por el titular de la agencia, se produjo un traslado en bloque tanto de los empleados de este último como de sus clientes, a la nueva agencia que había montado su hermana y antigua socia, lo que provocó que su hermano la demandase a ella y a su colaborador reclamándole el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda que fue acogida íntegramente por la Audiencia Provincial al revocar la sentencia del anterior. Interpuestos sendos recursos de casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar a los mismos. (M. C. B.)

27. Indemnización por daños y perjuicios. La cifra reclamada en concepto de daños y perjuicios puede diferirse al momento de dictarse sentencia o a la fase de ejecución, siempre y cuando en la demanda se proporcionen las bases para su cuantificación.–La excepción de defecto legal en la demanda no prevalece, porque la recurrida en una exposición completa la desecha y sus argumentos se comparten por este Tribunal, al decirse en su FJ 2.º: «... En la demanda se concreta con suficiente claridad lo que se pide, frente a quien se pide y el porqué de esa pretensión, es decir, se

da cumplimiento a los requisitos básicos de toda demanda exigidos por el artículo 524 LEC, cuya omisión conllevaría la estimación de la excepción del núm. 6 del artículo 533. No es cierto que no se concreten en ella las bases para cuantificar los daños y perjuicios pues, aunque esquemáticamente, se alude al valor de reposición de los muebles, al precio de las habitaciones y a los gastos de la industria de hospedaje, que son de los que parte para, con mayor o menor corrección –lo que no es ya objeto de esta fase previa–, solicitar la condena de los demandados. No existe ningún obstáculo, por otra parte, para que no se concrete en ese primer momento la cifra a la que asciende lo reclamado, siendo cuestión pacífica en la jurisprudencia la de que es posible diferir la determinación de la cuantía bien al momento de sentencia, bien a la fase de ejecución...»; y, además, porque la amplitud del *petitum* al especificarse que la cuantificación de los daños y perjuicios reclamados se diferirá al trámite de ejecución de sentencia, es compatible con la precisión del objeto del litigio y su pretensión indemnizatoria.

Es doctrina jurisprudencial reiterada que el Juez de instancia puede cuantificar la indemnización por daños y perjuicios sin esperar a la fase de ejecución, aunque la parte sólo haya solicitado que se sienten las bases para determinarla.—«... Es doctrina jurisprudencial reiterada (SS entre otras, de 7 de junio y 29 de septiembre de 1986, 21 de abril y 10 de octubre de 1992, 5 de julio de 1994 y 18 de marzo de 1996) que el Juez de instancia puede cuantificar lo debido aunque la parte sólo haya solicitado que se sienten las bases para determinar la indemnización siempre y cuando en las actuaciones existan datos suficientes que hayan sido objeto de actividad probatoria, sin aplazar esta tarea para la ejecución, pues, no se puede ni se debe impedir a los Jueces que procuren en sus sentencias de condena, en cuanto sea posible, la fijación de cantidades líquidas en beneficio de la más rápida conclusión del asunto, siempre y cuando guarden coherencia plena con lo pedido. Decae así también el último de los defectos denunciados, relativo a la congruencia de la sentencia de primera instancia». (STS de 26 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El arrendatario de un inmueble en el que explotaba un negocio de hostelería reclama a los propietarios del mismo una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de las humedades y otros vicios que presentaba el local y que llegaron a afectar a su mobiliario. El Juzgado de Primera Instancia acogió parcialmente las pretensiones del demandante condenando a varios de los codemandados a pagar una cantidad que posteriormente fue reducida por la Audiencia Provincial en la correspondiente sentencia de apelación. Los propietarios condenados recurrieron sin éxito en casación. (M. C. B.)

28. Presunción de fraude de acreedores del artículo 1297.1 CC.— Aunque la rescisión parezca presentar un carácter subsidiario, sin embargo el artículo 1297.1 CC claramente completa la causa de rescisión por fraude de acreedores, que expresa de forma genérica el artículo 1291.3 CC. Se establece una presunción *iuris et de iure*, incumbiendo a los demandados la carga de probar la existencia de otros bienes para satisfacer las responsabilidades (SSTS 18 de enero de 1991 y 2 de julio de 1992.) La presunción *iuris*

et de iure de fraude se establece en los supuestos de enajenaciones a título gratuito.

Virtualidad del documento privado.—El artículo 1227 CC recoge la carencia de virtualidad de la fecha de un documento privado frente a terceros, contándose desde el día en que se entrega a un funcionario público por razón de su oficio. (STS de 29 de septiembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad mercantil *Banco P.* demandó ante el Juzgado de Primera Instancia sobre nulidad de transmisión de una finca que fue donada por sus deudores al hijo de éstos y su esposa, solicitando diversas acciones acumuladas: declaración de deuda y reclamación de cantidad, la nulidad de la donación por inexistencia de causa, o subsidiariamente por causa ilícita, o subsidiariamente la rescisión de dicha transmisión por realizarse en fraude del *Banco P.*, reponiéndose en la titularidad a nombre del deudor transmitente. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta por la sociedad, declarando la existencia de la deuda contraída por los demandados con el *Banco P.*, y declarando asimismo la rescisión, por haberse celebrado en fraude de acreedores, de la donación efectuada a su hijo y su esposa. Recurrido en apelación, la Audiencia desestimó el recurso. En el recurso de casación ante el Tribunal Supremo se planteó que la escritura de donación a favor del hijo y su esposa hacía referencia a la atribución del uso de la vivienda conyugal y del ajuar familiar, según un supuesto convenio regulador en documento privado, en el que todavía no habían vencido las pólizas. Sin embargo tal convenio fue rechazado en ambas instancias, porque aunque no estuviesen vencidas en la fecha de la suscripción del convenio, la póliza del crédito registraba una deuda de más de veintitrés millones y medio de pesetas, produciéndose una masiva devolución de efectos. El Tribunal Supremo declara no ha lugar al recurso de casación.

NOTA.—La sentencia anotada refleja una postura discordante en torno al carácter subsidiario de la rescisión. No aborda la cuestión, sino que se centra en la aplicación de la normativa del fraude por la presencia de un negocio a título gratuito, que deriva necesariamente en la rescisión, sin tener en cuenta la posibilidad de aplicación de otro recurso legal. (P. S. S.)

29. Prelación de créditos. Preferencia de los créditos a favor de la Seguridad Social: antecedente jurisprudencial.—Con anterioridad a la legalidad que hoy desarrolla el privilegio de la Seguridad Social, el Tribunal Supremo se había manifestado sobre la concurrencia entre ciertos créditos y los derivados de descubiertos en la cotización por seguros sociales y mutualismo laboral. En este sentido, la S de 3 de noviembre de 1958 dijo: «antes de la vigencia de la Ley de 17 de julio de 1958, con arreglo a la letra A) del número 3.º del artículo 1924 CC, los créditos que sin privilegio especial constasen en escritura pública, como los de autos, gozan de preferencia sobre las cuotas laborales, habiendo sido necesario para poner fin a esta situación, que la citada Ley, que no tiene efecto retroactivo, haya declarado la preferencia de los créditos por descubiertos en la cotización por seguros sociales y mutualismo laboral, incluyendo como inciso E) del número 3.º de

dicho artículo 1924, las cuotas correspondientes a los regímenes obligatorios de subsidios, seguros sociales y mutualismo laboral, por el año último, siempre que no tenga reconocida mayor preferencia con arreglo al artículo 1923 del propio cuerpo legal».

Prelación de créditos. Preferencia de los créditos a favor de la Seguridad Social. Régimen actual.—El artículo 22 de la Ley de la Seguridad Social, texto refundido promulgado por Real Decreto Legislativo de 20 de junio de 1994, dispone: «Prelación de créditos.—Los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos o intereses que sobre aquellos procedan, gozarán, respecto de la totalidad de los mismos, de igual orden de preferencia que en los créditos a que se refiere el apartado 1.º del artículo 1924 CC y el párrafo D) del apartado 1.º del artículo 913 CCO. Los demás créditos de la Seguridad Social gozarán del mismo orden de preferencia establecido en el apartado 2.º, párrafo E) del artículo 1924 CC y en el apartado 1.º, párrafo D) del artículo 913 CCO». Por otro lado, el artículo 36 de la Ley de 30 de diciembre de 1997 (RCL 1997\3106 y RCL 1998, 1636), de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, (la llamada «Ley de Acompañamiento»), añadió un tercer párrafo al artículo 24 de la citada Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994\1825), cuyo texto completo actual conviene transcribir: «Transacciones sobre derechos de la Seguridad Social.—No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Seguridad Social ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá suscribir directamente los acuerdos o convenios en procesos concursales previstos en la secciones 1.ª y 8.ª del Título XII del Libro Segundo y en la sección 6.ª del Título XIII del Libro Segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922. El carácter privilegiado de los créditos de la Seguridad Social, en los términos establecidos en el artículo 22 de esta Ley, otorga a la Tesorería General de la misma el derecho de abstención en los procedimientos concursales. Sin embargo, la Tesorería General podrá, en su caso, suscribir acuerdos o convenios concertados en el curso de los procesos concursales, para lo que requerirá únicamente autorización del órgano competente de dicha Tesorería General».

Prelación de créditos. Preferencia de los créditos a favor de la Seguridad Social. Fundamento.—El fundamento del privilegio parece evidente: se trata de garantizar un régimen público de Seguridad Social que asegure la asistencia y prestaciones sociales ante situaciones de necesidad.

Prelación de créditos. Preferencia de los créditos a favor de la Seguridad Social: extensión.—La jurisprudencia ha señalado (SS de 24 de mayo de 2001 y 10 de julio de 2002), que se ha de estar a lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 40/1980, de 5 de julio, que tras su nueva redacción en el año 1990 estableció que los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquellos procedan, gozarán respecto de la totalidad de los mismos, sin limitación temporal alguna, de igual preferencia que los créditos a que se refiere el apartado 1.º del artículo 1924 CC.

Prelación de créditos. Preferencia de los créditos a favor de la Seguridad Social. Certificación de descubierto: valor.—El derecho de la Tesorería General del Estado hay que referirlo a la certificación de descubierto, la

que, conforme al artículo 11 de la Ley 40/1980, constituye título ejecutivo suficiente para iniciar la vía de apremio, al acreditar el débito a la Seguridad Social y resulta determinante la fecha de la misma, por considerar que es la que fija el momento en que ha de entenderse ha nacido el crédito de la Seguridad Social. Así lo ha declarado la jurisprudencia (S de 26 de enero de 1995 recogiendo la línea doctrinal marcada por las de 2 de marzo y 22 de septiembre de 1990 y 14 de noviembre de 1992), que el título es la certificación del descubierto y ha de estarse a la fecha de su expedición y no a los períodos temporales que corresponde por los impagos que refleja, a efectos de su confrontación con el título de la entidad demandada. **(STS de 20 de julio de 2004; no ha lugar.)**

HECHOS.—La Tesorería General de la Seguridad Social interpuso demanda contra las entidades *Pastas Alimenticias La Catalana, S. L.* y *Unión Industrial de Cereales y Derivados, S. A.* solicitando se dicte sentencia declarando el mejor derecho de la actora para hacer efectivo su crédito con preferencia al de *Pastas Alimenticias La Catalana, S. L.* sobre el metálico que se obtenga de la subasta a celebrar en su día; todo ello en virtud de procedimiento de apremio contra *Unión Industrial de Cereales y Derivados, S. A.* por impago de cuotas a la Seguridad Social. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Guadix dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Granada resolvió desestimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. *(N. D. L.)*

30. Prelación de créditos. Preferencia del acreedor hipotecario sobre el escriturario en el sobrante de la suma obtenida en la subasta: justificación.—A falta de una norma que regule con absoluta claridad este supuesto, dada la redacción de los artículos 131 LH y 1512 LEC/1881, deben ser tenidos en cuenta los siguientes datos: A) El artículo 1927 CC establece que los créditos que gocen de preferencia con relación a determinados bienes inmuebles, excluyen a todos los demás por su importe hasta donde alcance el valor del inmueble a que la preferencia se refiera, añadiendo en su regla 2.^a que los hipotecarios y refaccionarios y los preventivamente anotados por embargos, secuestros o ejecución de sentencias gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de los correspondientes asientos registrales. B) Por otra parte, la finalidad de la purga atiende exclusivamente al interés del adjudicatario en subasta del bien hipotecado, teniendo como objetivo concreto que el derecho adquirido por el nuevo propietario se vea exento de todas las cargas establecidas con posterioridad a la fecha de constitución de la hipoteca que se ejecuta. Evidentemente, no se perturba tal finalidad con la conservación de las prioridades que establece el artículo 1923 CC si bien referidas al sobrante de la suma obtenida en la subasta. C) A esta conclusión ha llegado la reciente S de 15 de octubre de 2003, al afirmar que la culminación de la ejecución hipotecaria no implica necesariamente la extinción de las cargas y gravámenes posteriores y no preferentes a las del actor, pues si bien éstas dejan de afectar al bien realizado, pasan a recaer directamente sobre el sobrante del precio de remate. En análogos términos se ha expresado la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 27 de julio de 1988. D) La solución mencionada permite conceder una especial

protección al acreedor que ha realizado un superior esfuerzo, actuando con mayor diligencia para procurar una más efectiva garantía de su derecho, mediante la constitución de hipoteca sobre un determinado bien del deudor y la consiguiente inscripción registral del gravamen, con relación a aquel otro que se limitó a consignar en póliza intervenida por Corredor de Comercio el préstamo que concedía. Por ello el plus de actividad desarrollada y de gastos realizados hace que no pueda considerarse equitativo reconocerles la condición de meros acreedores escriturarios equiparándolos a quienes se abstuvieron de actuar con análoga diligencia. E) Finalmente, la LEC/2000, aunque evidentemente no es aplicable a la controversia que nos ocupa, ha venido a eliminar la imprecisión de la alusión a los «acreedores posteriores» que anteriormente contenían los artículos 131, regla 16.^a, LH y 1572 LEC/1881 lo que constituye una importante pauta interpretativa. El artículo 672 de la nueva norma ordena que el remanente del precio de remate se retenga no para el pago a cualesquiera acreedores, sino concretamente a aquellos que tengan su derecho inscrito o anotado con posterioridad al del ejecutante, con evidente referencia a cuanto previenen los apartados 3.º y 4.º del artículo 1923 CC y la regla 2.^a del artículo 1927 del mismo Cuerpo legal. **(STS de 23 de julio de 2004; no ha lugar.)**

HECHOS.—Don V. B. B., don R. P. L., don P. M. O. O., don F. T. L., don M. I. O., don R. R. A., don I. C. G., don I. A. A., don E. M. R., don A. C. G., don I. M. G. interpusieron demanda contra el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad social (Unidad recaudatoria número 1), señor Recaudador de Tributos de la Diputación Foral de Guipúzcoa, departamento de Hacienda y Finanzas, Dirección General de Hacienda, Oficina Tributaria, don A. A. O., don J. E. I., *Banco de Santander, S. A., Caja Laboral Popular, Sociedad Cooperativa de Crédito Limitada, Caja de Ahorros de Guipúzcoa y San Sebastián y Asesores Unidos de Guipúzcoa, S. A.*, solicitando se declare la preferencia de los actores sobre la cantidad sobrante existente en autos del procedimiento del artículo 131 LH por ser los acreedores posteriores y primeros tras el actor en orden de prelación, en el referido procedimiento del artículo 131 LH, a excepción de los salariales a que se refiere el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 32-1, reclamados por los demandados, don A. A. O., don J. E. I., y en la medida que los mismos justifiquen su existencia. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de San Sebastián dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, en el sentido de declarar la preferencia del crédito de los actores sobre la cantidad sobrante de existentes en Autos del Procedimiento del artículo 131 LH, una vez abonados los créditos salariales que ostentan don A. A. O. y don J. E. I., frente a los cuales se desestima la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de San Sebastián resolvió desestimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. *(N. D. L.)*

31. Tercería de dominio y tercería de mejor derecho. No es incongruente la sentencia que, declarando no haber lugar a las acciones de tercería de dominio y de mejor derecho ejercitadas, no se pronuncia

acerca de la propiedad de unos terceros no comparecidos sobre los bienes embargados.—El motivo primero de casación (art. 1692.3.º LEC precedente) denuncia incongruencia omisiva de la sentencia recurrida por infracción de los artículos 359 y 361 de la dicha Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 24 CE. Según la argumentación del recurrente, la sentencia debió pronunciarse acerca de una pretendida propiedad de los bienes embargados por otros terceros (que en ningún caso han comparecido), cuestión introducida incuestionablemente, mediante escrito formulado al amparo del artículo 342, con ocasión de la valoración de la prueba ordenada. Tal cuestión en nada desvirtúa la congruencia de la sentencia que declara no haber lugar a las acciones de tercería de dominio y de mejor derecho ejercitadas, en perfecta coherencia con las pretensiones oportunamente deducidas por la entidad actora y recurrente, ahora, en casación. En concreto, la sentencia impugnada que desestima el recurso de apelación, confirma, por tanto, la desestimación de la demanda, declarando no haber lugar a las acciones de tercería de dominio y tercería de mejor derecho ejercitadas. A mayor abundamiento la justificación del motivo, como explica el impugnante, carece de todo apoyo en autos, ya que de ninguna manera puede sostenerse que los adquirentes de las viviendas que se habían subrogado en los préstamos hipotecarios tuvieran la titularidad de las cantidades embargadas, pues la subrogación que se realiza frente a la entidad que había concedido el préstamo hipotecario forma parte del precio de la compraventa y tales titulares sólo se obligan a pagar la hipoteca pero ningún derecho tienen sobre las cantidades que *Industrial Mercantil y de Obras, S. A.* tenía que percibir del préstamo hipotecario concertado con Caja de Ahorros de Extremadura. Consecuentemente, el motivo decaea.

La orden del prestatario a la entidad bancaria de transferir cantidades a una cuenta del tercerista no supone la titularidad de éste sobre dichas cantidades, puesto que ello no supone una cesión del crédito del prestatario contra la entidad prestamista.—La recurrente basa la titularidad de las sumas embargadas en la referida acta de manifestaciones, por el que la sociedad *Industrial Mercantil y de Obras, S. A.*, ordenaba a la entidad bancaria que había concedido el préstamo hipotecario para que efectuara transferencias del mismo a una cuenta abierta a nombre del hoy tercerista. La sentencia de instancia claramente lleva a cabo una interpretación y valoración de dicho documento en su fundamento jurídico segundo, para concluir que el mismo no es un título que justifique el dominio del tercerista sobre las cantidades embargadas. No se trata de una verdadera cesión de crédito: lo que dicha acta de manifestaciones contiene, es tan sólo una virtual orden de pago, de entrega de dinero mediante transferencias bancarias, que el dicho documento refiere al concreto derecho a percibir cantidades pendientes a entregar por la entidad bancaria, o sea, no se cede el conjunto de derechos y obligaciones que forman el contenido de la relación jurídica derivada del crédito garantizado con hipoteca, pues además de faltar el requisito constitutivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad, la recurrente no se colocaría en el lugar del prestatario ni asumiría la obligación de devolver el dinero ni sujetaría sus bienes con hipoteca, todo porque en realidad no se transmitía ningún derecho, de forma que el dinero seguía formando parte del patrimonio del prestatario *Industrial Mercantil y de Obras*, si bien sometido a la condición suspensiva establecida para la recepción de determinadas cantidades en función de las certificaciones de obra que se expidieran, por estar así pactado expresamente en la escritura de préstamo. Por ello, el motivo se desestima.

La preferencia que otorga un crédito refaccionario recae sobre los inmuebles objeto de la refacción y no sobre unas cantidades de dinero embargadas.—La sentencia recurrida explica, con suma claridad por qué el crédito concedido por *Caja de Extremadura a Industrial Mercantil y de Obras, S. A.* no tiene la naturaleza de refaccionario, de manera que no es posible invocar, ni la preferencia del artículo 1923.3.º, ni, por otras razones, en las que abunda, el artículo 1922.1.º En efecto, según ya se expresa, procede analizar —razona la sentencia— que no existe cesión alguna del crédito hipotecario ni en su titularidad activa ni pasiva luego en modo alguno podemos hablar de que el constructor haya recibido de la entidad bancaria adelanto alguno para las tareas de construcción. Precisamente es el promotor *Imosa* quien paga al constructor previa presentación de la certificación de obra aunque materialmente, como es habitual, la transferencia se haga a través de un banco, si estamos en el caso del artículo 1923.5.º, precisamente por ser contradictorio con lo dispuesto en el artículo 1922.1.º La jurisprudencia al amparo también de lo establecido en el artículo 59 LH viene privilegiando asimismo al contratista que realiza la obra y va pagando a los trabajadores, suministradores de material, etc., por entender que constituyen un anticipo que el contratista hace al propietario (SSTS de 21 de mayo de 1987 y la citada por ella). Ahora bien, la preferencia recae exclusivamente «sobre los inmuebles a que la refacción se refiera» según se lee en el citado precepto, luego no es el caso que nos ocupa en el que el bien embargado ha sido el dinero y no los pisos construidos y objeto, por tanto, de refacción (STS de 9 de julio de 1993). Perece, en suma, el motivo.

La prioridad a efectos de la tercería no viene determinada por la fecha de la póliza intervenida por Corredor de Comercio, sino por la de la liquidación fehacientemente intervenida.—La STS de 27 de diciembre de 1985 ya nos enseña que «la prioridad a efectos de la tercería no viene determinada por la fecha de la póliza intervenida por Corredor de Comercio, sino por la data de la liquidación fehaciente intervenida (SSTS de 21 de septiembre de 1984, 4 de julio de 1989, 19 de junio de 1995, 22 de marzo de 1994, etc.)». Por ello carece de importancia que efectivamente la simple acta notarial de protesto de las letras por impago, por no ser una escritura pública que recoja la concorde voluntad de las partes para crear una obligación o, al menos, el reconocimiento de la misma por el deudor, no cree preferencia alguna (STS de 18 de marzo de 1993, 14 de junio de 1988 y todas las citadas por ella). Razones, en definitiva que, como se decidió, conducen a la desestimación del motivo. (STS de 12 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad bancaria *Caja de Extremadura* concedió un préstamo a una sociedad dedicada a la construcción. Las cantidades de las que aún no se había dispuesto por el prestatario fueron embargadas por un acreedor del mismo, embargo al que se opuso otro acreedor, ejercitando en el oportuno procedimiento una tercería de dominio y, subsidiariamente, de mejor derecho sobre dichas cantidades, alegando poseer un crédito refaccionario y, por tanto, preferente sobre el del acreedor ejecutante. Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación desestimaron ambas pretensiones, con la única diferencia de que la sentencia de apelación revocó un pronunciamiento aclaratorio que se hacía en la de primera instancia.

El Alto Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el tercerista contra esta segunda decisión. (M. C. B.)

32. Cesión de créditos. La cesión de crédito es un negocio jurídico bilateral entre cedente y cesionario que no requiere consentimiento del deudor cedido, sino únicamente que se le notifique como requisito de eficacia para obligarle con el nuevo acreedor.—La cuestión jurídica esencial que aquí se plantea es la cesión de créditos, derecho de crédito, derecho subjetivo que es transmisible (art. 1112 CC); cambia el sujeto activo o acreedor, desapareciendo el primitivo, el cual queda como un tercero en la obligación y entra el nuevo en la relación jurídica. El negocio jurídico por el que se transmite el derecho de crédito, es un negocio de disposición, bilateral, cuyos sujetos son el antiguo acreedor —cedente— y el nuevo —cesionario— siendo necesario el consentimiento de ambos, pero no el del deudor —cedido— al cual debe notificársele la cesión (art. 1527 CC) como requisito de eficacia para obligarle con el nuevo acreedor, el cesionario; a su vez, conocida la cesión, el deudor debe pagar al nuevo acreedor (cesionario), no quedando cumplida la obligación si lo hace al antiguo (cedente): lo que destaca la S de 15 de julio de 2002.

Producida la cesión del crédito a un tercero, pierde el cedente el derecho a reclamarlo a su antiguo deudor, que sólo permanece obligado con respecto al cesionario.—Se ha producido una auténtica cesión del derecho de crédito de la entidad *Tonaheer, S. L.* a la *Caja de Ahorros y préstamos de Carlet*, derecho de crédito consistente en el derecho a la indemnización por razón del siniestro —incendio— frente a la entidad aseguradora *Aegón*. Por lo cual, aquella sociedad ha dejado de ser acreedora, carece del derecho de crédito, por haberlo cedido y esta entidad aseguradora, deudora de la indemnización, no debe cumplir su obligación de pago a la misma, cedente, sino en su caso, a la Caja cesionaria. Así, *Tonaheer, S. L.* no tiene derecho a reclamar aquella indemnización y la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida, al no entenderlo así, ha infringido el artículo 1281 CC respecto a la interpretación del negocio jurídico de cesión del crédito, los artículos 347 CCO y 7 de la Ley de contrato de seguro relativos a tal cesión y, en definitiva, el artículo 1257, párrafo 2.º, CC.

Por tanto, se debe desestimar la demanda de *Tonaheer, S. L.* por carecer del derecho de crédito y así lo declara esta Sala, asumiendo la instancia, tal como dispone el artículo 1715.1.3.º LEC. Al estimar el motivo segundo del recurso de casación y desestimar la demanda de *Tonaheer, S. L.*, no tiene interés el examen de los demás motivos de casación. (STS de 13 de julio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El dueño de una nave industrial alquilada demanda a su arrendatario y a la compañía aseguradora de éste reclamándoles la responsabilidad derivada del incendio sufrido por el inmueble y su contenido. A su vez, la sociedad arrendataria, que había cedido su crédito por la indemnización derivada del siniestro a una entidad bancaria, también demanda a la compañía aseguradora, procediéndose por el órgano juzgador a la acumulación de los autos. La sentencia de primera instancia estimó en ambas demandas falta de litisconsorcio pasivo necesario, lo que fue revocado por la Audiencia Provincial que acogió parcialmente ambas demandas. Inter-

puesto por la compañía aseguradora el recurso de casación, el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo, dado que la sociedad arrendataria de la nave, tras ceder su crédito contra la aseguradora, carecía de legitimación para reclamarle el pago de la correspondiente indemnización. (M. C. B.)

33. Contrato de factoring. Modalidades: factoring con recurso y factoring sin recurso.—El Tribunal Supremo, principalmente, en las SS de 18 de enero de 2001, 24 de enero de 2003 y 18 de mayo de 2004 (la de 18 de febrero de 2003, también lo hace, pero muy tangencialmente), y por ellas, en general, se viene a decir que la doctrina admite dos modalidades, el *factoring* con recurso, en que los servicios prestados por el factor consisten en la administración y gestión de los créditos cedidos por el cliente al que puede ir unido o no un servicio de financiación, modalidad ésta en que la cesión de los créditos cumple la misma función económica que el contrato de descuento, considerándose la cesión como una gestión de cobro; y el *factoring* sin recurso o *factoring* propio en que, a los servicios que caracterizan al *factoring* con recurso, incluido el de financiación al cliente, se añade un servicio de garantía por el que se produce un traspaso del riesgo de insolvencia del deudor cedido, del empresario al factor, de forma que, producida la insolvencia, en los términos pactados en el contrato de *factoring*, ésta no recae sobre el cedente, sino sobre el factor cesionario, sin que éste pueda reclamar del cliente el importe de los créditos impagados; es decir, en el *factoring* propio o sin recurso, se produce una transmisión plena del crédito al cesionario, cesión que tiene una causa onerosa, como es el pago al cedente del importe del crédito cedido, con las deducciones prestadas y en el plazo contractualmente previsto.

Contrato de factoring. Subrogación en el cobro y la colaboración: carácter accesorio.—La subrogación en el cobro y la colaboración no son significativas de una mera «cesión de cobro» pues tal sustitución no es sino una consecuencia natural de la transmisión de la titularidad, en tanto que la colaboración es lógica al resultar en realidad el deudor cliente del cedente; por último, que el riesgo sea a cargo del cedente en absoluto desnaturaliza la cesión al ser materia disponible por las partes.

Contrato de factoring. Factoring con recurso: eficacia traslativa de los créditos cedidos.—Tanto si se admite que el *factoring* con recurso y con financiación constituye una modalidad del descuento, o se considera como un préstamo o una compraventa de créditos, procede aceptar que las cesiones de crédito realizadas en el espacio de este contrato transmiten de forma plena la propiedad de los créditos objeto de las mismas al factor, por lo que las cesiones de crédito efectuadas en virtud del contrato de *factoring* se estiman como plenas en atención a los artículos 1529 y 348 CC, que caracterizan la asunción del riesgo de insolvencia por el cesionario como materia dispositiva, y por consiguiente, entregada a la autonomía de voluntad, y sin influencia sobre la naturaleza jurídica de la operación; en definitiva, excepto si la cesión de un determinado crédito se realiza a los exclusivos efectos de su cobro, todas las cesiones de crédito que provienen de un contrato de *factoring*, originan plenos efectos traslativos de la titularidad de los créditos cedidos.

Contrato de factoring. Eficacia de la cesión de créditos y requisitos: antecedentes legislativos.—La Ley de 14 de abril de 1994, sobre adaptación de la legislación española en materia de Entidades de Crédito a la 2.^a Directi-

va Comunitaria de Coordinación Bancaria, el RD de 26 de abril de 1996, sobre Régimen jurídico de los Establecimientos Financieros de Crédito, y de forma más detallada (como ya anticipa la señalada S de esta Sala, de 28 de mayo de 2004), la Ley de 5 de enero de 1999, de Entidades de Capital-Riesgo y de sus Sociedades Gestoras, en su Disposición Adicional 3.^a Ateniéndonos a esta última regulación, ya en la Exposición de Motivos de la misma, se anticipa que «la Ley incorpora una Disposición Adicional que, sin estar estrictamente relacionada con el capital-riesgo (propio de su regulación), persigue potenciar y favorecer la actividad financiera conocida como *factoring*: con la presente disposición se refuerza especialmente la protección de determinadas cesiones de crédito frente a la insolvencia del cedente, y atendiendo ya a dicha Disposición Adicional 3.^a, que se rotula como «régimen de determinadas cesiones de crédito», se dice en su texto que esta disposición se aplicará a las cesiones de crédito que se efectúen al amparo de un contrato de cesión que cumpla las siguientes disposiciones: 1) Que el cedente sea un empresario y los créditos cedidos procedan de su actividad empresarial; 2) Que el cesionario sea una entidad de crédito; 3) Que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato no tengan por deudor a una Administración Pública; 4) Que los créditos objeto de cesión, al amparo del contrato, existan ya en la fecha del contrato de cesión, o nazcan de la actividad empresarial que el cedente lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha, o que conste en el contrato de cesión la identidad de los futuros deudores; 5) Que el cesionario pague al cedente al contado o a plazo, el importe de los créditos cedidos con la deducción del servicio prestado; 6) Que en el caso de que no se pacte que el cesionario responda de la solvencia del deudor cedido, se acredite que dicho cesionario ha abonado al cedente, en todo o en parte, el importe del crédito cedido antes de su vencimiento. (STS de 6 de octubre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Catalana de Factoring, S. A. EFC* promovió demanda contra la Agencia Estatal de Administración Tributaria y contra *Grupo IN, S. A.* sobre tercería de dominio solicitando se ordene el alzamiento del embargo trabado sobre los bienes propiedad del actor e indebidamente trabados. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Tarragona dictó sentencia estimando la demanda. Recurrída en apelación, la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Tarragona resolvió estimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

34. Perfección del contrato de compraventa y transmisión de la propiedad.—La compraventa en nuestro sistema se perfecciona por el mero consentimiento, sin requerir para ello la entrega del bien objeto del contrato. El contrato es generador de obligaciones desde el momento de la perfección, sin embargo no transmite la propiedad, sino que para ello requiere, tal y como expresa los artículos 609 y 1095 CC, la *traditio*, a través de las distintas modalidades previstas en el Código, entre ellas la tradición instrumental, haciendo equivaler la escritura pública a la entrega del bien.

Efecto traditorio de la escritura pública de compraventa. Equiparación del documento privado al público en el artículo 1225 CC.—El documento privado carece de efecto traditorio. Aunque parezca que esta afirmación contradice lo expuesto en el artículo 1225 CC, en el que se reconoce el

mismo valor al documento privado y a la escritura pública entre los contratantes y sus causahabientes, no es así. La equiparación del mencionado precepto alude a la eficacia probatoria (STS 29 de mayo de 1997) debido a que los artículos 1225 y 1218 CC son preceptos de valoración de prueba, sin que sea posible interpretarlos con eficacia sustantiva o refiriéndose a la eficacia documental genérica. Según el Tribunal, «el hecho de que el documento privado no ofrezca duda acerca de su autenticidad, o que su fecha esté plenamente constatada, no le atribuye efecto real» (FD 3.º) En el supuesto del contrato de compraventa reflejado en documento privado, el comprador no ejercita una acción reivindicatoria cuando exige la entrega al vendedor sino una acción personal de cumplimiento contractual (SSTS 25 de abril de 1949, 28 de noviembre de 1989, 18 de mayo de 1998).

La incorporación del documento privado a oficina o registro público no es suficiente para considerar producida la transmisión del dominio (SSTS 22 de diciembre de 1986, 7 de febrero de 1994, 18 de mayo de 1998).

Por ello se le niega la posibilidad de cualquier efecto traditorio al documento privado, sin que sea suficiente para transmitir la propiedad, precisando acreditar para ello la concurrencia de alguna de las modalidades de entrega (SSTS 28 de abril de 1997, 21 de marzo, 18 de mayo y 14 de julio de 1998, 20 de febrero de 1999, 18 de abril de 2000, 20 de junio de 2002).

Imposibilidad legal del carácter retroactivo de la escritura pública en cuanto al aspecto traditorio.—La escritura pública no tiene carácter retroactivo, en la medida en que se considerase producida la transmisión desde la fecha del contrato privado, debido a que el Código civil atribuye a su otorgamiento «la ficción de equivaler a una entrega material» sin que esto signifique que sea posible retrotraerla al momento de la formalización del documento privado. (STS de 20 de julio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Por contrato de compraventa reflejado en documento privado, los demandantes adquirieron una vivienda en construcción en junio de 1988 de una sociedad mercantil, requiriéndole a ésta dos años más tarde la entrega de la vivienda así como la elevación a escritura pública del contrato, mediante carta enviada por conducto notarial, y posteriormente a través de demanda judicial, en septiembre de 1990. Contra la misma entidad mercantil se sigue un procedimiento ejecutivo por el Banco Central, en el que se acuerda el embargo de la vivienda expresada, decretando la traba el 10 de junio de 1991, anotando en el Registro de la Propiedad el 25 del mismo mes. El 14 de julio de 1993 se dictó sentencia por el Juzgado que condenaba a la entidad demandada a entregar la vivienda así como a elevar el contrato a escritura pública, formalizándose el 4 de mayo de 1994. Con la finalidad de alzar el embargo, los demandantes formulan tercería de dominio, dictando sentencia el Juzgado de Primera Instancia en diciembre de 1994, por el que estima la demanda, entendiéndose que al tiempo de presentarse la demanda, los demandantes ya habían celebrado un contrato válido, restableciendo el equilibrio alterado con efecto *ex tunc*. Fue confirmado en apelación, determinándose en la sentencia que los efectos de la escritura debían retrotraerse a la fecha de la interposición de la demanda (11 de septiembre de 1990). Se recurre en casación por el Banco Central, alegando que los terce-

ristas adquirieron el dominio con posterioridad al embargo que grava la vivienda, estimando el recurso de casación. (P. S. S.)

35. Prioridad registral y exigencia de buena fe en la doble venta.—

En el supuesto de doble venta de un inmueble en el que el comprador más antiguo en el tiempo no inscribe (prioridad sustantiva civil), y sí realiza la inscripción a su nombre el posterior, se otorga la propiedad a este último, en cuanto medie buena fe. Ésta consiste en un estado de conocimiento y no de conducta como ocurre en obligaciones y contratos (SSTS 16 de febrero de 1981, 23 de enero de 1989, 12 de junio de 1996).

Consideración de la doble venta.—Para la determinación de la doble venta, se hace necesario que la primera venta aún no se haya consumado cuando se perfeccione la segunda venta. Ello supone cierta coetaneidad cronológica entre ambas. En el supuesto en que la primera concertada se hubiese consumado por el comprador por pago íntegro del precio y entrega por parte del vendedor, se produce una venta de cosa ajena o inexistencia de la segunda enajenación por falta del objeto (SSTS de 3 y 25 de marzo y 2 de julio de 1994, 24 de julio, 25 de noviembre y 5 de diciembre de 1996, 10 de diciembre de 1999, 21 de junio, 19 de diciembre y 22 de diciembre de 2000).

Concepto de *traditio fictia*.—Ha de rechazarse la idea de tradición real del bien objeto de la venta. Es el caso en el que un tercero esté en posesión del mismo, atribuyéndose su titularidad dominical, y esto posibilita la admisión de prueba en contrario para combatir la discordancia entre la tradición instrumental con la realidad jurídica material existente. O el supuesto en el que de la misma escritura resulte claramente lo contrario (STS 25 de abril de 1949). (STS de 15 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sociedad *El Torreón R.* formuló demanda por la que ejercitaba acción reivindicatoria respecto de nueve pisos que había adquirido a la sociedad *Paraje F. N.*, mediante escritura pública el 28 de diciembre de 1988, inscrita en el Registro de la Propiedad en agosto de 1993. Tanto en el momento de la adquisición como de la inscripción, los pisos se hallaban ocupados por los demandados. Estos habían adquirido las citadas viviendas mediante contratos privados otorgados a su favor por don A. L. A., que actuaba en nombre de la sociedad *Paraje F. N.*, siendo de fecha anterior a la mencionada escritura pública. Se acumulan los autos en los que los demandados accionan contra las dos entidades. En primera instancia se desestimó la demanda formulada por la sociedad *El Torreón* y se estimó la reconvencción de una de las ocupantes, así como la demanda acumulada, por lo que se declaraba la nulidad del contrato de compraventa celebrado entre las dos sociedades, así como la vigencia de los contratos celebrados. Recurrida en apelación, la Audiencia estimó parcialmente el recurso de *El Torreón*, revocando la sentencia en cuanto a la condena de otorgar escritura pública, confirmándose lo restante. Se presentó recurso de casación con base en la falta de apoderamiento del representante que hacía nulo tres de los nueve contratos, así como la prioridad registral. El Tribunal Supremo declaró no ha lugar al recurso de casación, en cuanto que tal representación quedaba constatada por

los hechos fehacientes de que la sociedad admitía y aceptaba la actuación del que fuera representante.

NOTA.—La resolución anotada muestra en primer lugar la delimitación existente entre la prioridad sustantiva civil y la prioridad registral. En el caso de dos ventas de un mismo objeto, aún cuando el segundo comprador hubiese inscrito su título, si ha existido transmisión de la propiedad en la primera venta, mediante *traditio ficta*, la prioridad civil determina la adquisición del dominio del primer comprador, independientemente del funcionamiento registral.

Por otro lado, destaca la distinción entre doble venta y venta de cosa ajena, aunque la resolución se encuadra entre las que afirman que los supuestos de una segunda venta, cuando en la primera ha existido transmisión de la propiedad, cabe la nulidad de la misma por falta de objeto. (P. S. S.)

36. Compraventa de viviendas. Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.—Como señala la Exposición de Motivos de la Ley 57/1968, de 27 de julio, las normas contenidas en la misma tienen carácter preventivo en aras al aseguramiento y garantía tanto de la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y los futuros usuarios a la construcción de su vivienda, como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a cabo. La garantía de las cantidades entregadas a cuenta puede tener lugar bien por aval solidario o mediante contrato de seguro, prestados en cualquier caso por entidad debidamente inscrita y autorizada en el registro correspondiente, y en cualquier caso para el supuesto en el que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido. Así pues, cuando se aplica la Ley 57/1968, se han de contemplar, dos negocios jurídicos, el originario —compraventa de la vivienda— y el derivado —formalización de un seguro de caución—, cuya concatenación tiene como única finalidad la defensa del comprador en el aspecto de ser reintegrado de sus anticipos del pago del precio para el caso en que la vivienda no se construya o no se pueda ocupar» (FD 1.º, STS de 8 de marzo de 2001, RJ 2001/2731).

Rescisión del contrato de compraventa conforme al artículo 3.1 de la Ley 57/1968.—En caso de expiración del plazo establecido para la iniciación de las obras o de la entrega de la misma sin que haya tenido lugar ninguna de dichas circunstancias, la resolución que no rescisión, del contrato no opera imperativamente, puesto que se otorga al adquirente la posibilidad de optar por ella o de conceder un nuevo plazo. En cuanto a la resolución, la norma no exige que la resolución tenga que ser necesariamente judicial ni que la misma quede supeditada a la operatividad del aval (FD 1.º, STS de 9 de abril de 2003, RJ 2003/ 2957).

Devolución de las cantidades anticipadas. Demora de la entidad aseguradora sin causa justificada.—El recargo del 20 por 100 no hay que entenderlo referido al retraso en cuanto a la entrega de la vivienda sino a la demora de la entidad aseguradora al pago de la cantidad adeudada. El impago es sólo imputable a la compañía aseguradora, de ahí el recargo del 20 por 100 y se debe «al hábito mimético de las aseguradoras de rechazar las reclamaciones de los asegurados» (FD 2.º). La demora en la que incurrió la aseguradora es injustificada e imputable a la compañía y no a que los adquirentes

hubieran realizado el ingreso en cuenta especial, cuando no existía tal obligación. (STS de 19 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Cierta grupo de consumidores realizaron diversas compraventas de bienes inmuebles a la empresa *Atlántica de Construcciones e Inmuebles, S. A.*, anticipando desde el año 1988 las cantidades convenidas, correspondientes al precio, mediante letras de cambio a la orden de la entidad financiera *BBV*. En un primer momento, dicha entidad garantizó la solvencia de la operación y la devolución de las cantidades depositadas en la cuenta-aval especial núm. 21610-2. Posteriormente, los avales fueron substituidos en 1990 por pólizas individuales para cada comprador que la entidad *Atlántica Construcciones e Inmuebles* concertó la *Aseguradora CC, Seguros y Reaseguros de Caucción y de Crédito, S. A.*, fijándose en las correspondientes pólizas como cuenta especial la núm 7.298.7 en la entidad *BBV*, y a la que se traspasaron los apuntes efectuados en la cuenta anterior. Incumplida la obligación de entrega, los adquirentes demandaron a las entidades *ACC, Seguros y Reaseguros, S. A.*, a las cantidades entregadas más el interés anual del 20 por 100 sobre dicha cantidad, y alternativa y subsidiariamente se condene solidariamente por los mismos conceptos a *BBV* y a *Atlántica de Construcciones e Inmuebles, S. A.* Estimada íntegramente la demanda en primera instancia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación frente a la misma. La representación legal de la entidad *ACC* interpuso recurso de casación alegando entre otros motivos, la infracción de los artículos 1101, 1255, 1258 y 1091 CC, artículo 1.2 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, en relación al artículo 7.2 de la LCS así como el artículo 20 de la LCS.

NOTA.—En la sentencia que anotamos el Tribunal Supremo nuevamente analiza un caso contra la entidad *ACCV, Seguros y Reaseguros de Caucción y Crédito, S. A.* y en el que igualmente está implicada la entidad *Atlántica de Construcciones e Inmuebles, S. A.* como ya lo hizo en las SS de 22 de septiembre de 1997 y de 30 de diciembre de 1998. En el caso que hoy nos ocupa el problema no es la no constitución de la cuenta especial que exige la ley 57/1968, una vez iniciados los desembolsos a cuenta del precio por parte de los adquirentes de vivienda, sino la negativa a responder por parte de la entidad aseguradora sobre la base de un error en la numeración de la cuenta. En líneas generales el supuesto que nos ocupa sí es continuista con la jurisprudencia anterior en el sentido de no hacer recaer sobre el consumidor los problemas relativos a las cuentas utilizadas por la aseguradora, en concreto, en aquellos la no apertura y en el actual, el cambio de numeración ya que en el contrato de compraventa, en ambos casos, no se previó como obligación del comprador pagar por cuenta especial. (*Vid.* el comentario a la mencionada S de 30 de diciembre de 1998, de Marín López, J. J., en *CCJC*, núm. 50, abril-agosto de 1999, pp. 745-780).

Puesto que concurrían los requisitos necesarios para iniciar el juicio ejecutivo, tanto desde el punto de vista puramente procesal (carácter ejecutivo del documento, conforme al art. 3, párrafo 2, de la Ley 57/1968; la responsabilidad era de carácter pecuniario y

líquida conforme al antiguo art. 1435 I LEC de 1881, ya que como se señala en la sentencia que anotamos, FD 2.º, «en las diversas pólizas se incorporaron las cantidades a reintegrar, resultando cantidades perfectamente líquidas»; la deuda se encontraba vencida y superaba el importe de 50.000 ptas), como sustantivo al concurrir los presupuestos del artículo 3 de la Ley 57/1968 (acreditación fehaciente de la no iniciación de las obras o no entrega de la vivienda), llama la atención que los demandados, sin embargo, optasen por un procedimiento declarativo ordinario, que se ha dilatado en el tiempo desde la interposición de la demanda en Primera Instancia más de trece años, cuando además la demanda inicial no contenía ningún otro pedimento sino únicamente la condena al pago de las cantidades adeudadas. (R. D. O.)

37. Acción resolutoria del artículo 1504 CC. Interpretación del contenido del acta notarial.—Establece el mencionado precepto que «en la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiese estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial». Un requerimiento notarial que se exprese en los siguientes términos ¿se corresponde con el referido por el artículo 1504 CC? «Que por medio de la presente, requiere a la entidad mercantil demandada a fin de que en el término de cuarenta y ocho horas desde la recepción de la presente acta se consigne en esta Notaría el total de las cantidades adeudadas por el principal, intereses moratorios, intereses pactados e intereses de intereses adeudados, sirviendo la presente como completo requerimiento de pago a los efectos del artículo 1504 CC y ello en moneda de curso legal». Se observa en el citado requerimiento la inserción de una cláusula solicitando el pago previo de la cantidad adeudada. Esta inclusión ¿desvirtúa el requerimiento? Encontramos pronunciamientos judiciales que se pronuncian a favor y en contra. Entre la jurisprudencia para quien la interpelación al pago adeudado previo a la resolución de la relación contractual podemos citar la STS de 26 de febrero de 1985 que establece que el requerimiento «constituye una notificación al deudor obstativa al pago y declarativa de la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato, más no un requerimiento o intimidación para el pago del precio, es decir, un acto cuyo fin esencial y último es el ejercicio del derecho de resolución contractual, constituido por una declaración de voluntad unilateral a la que el pacto o la ley anuda el efecto jurídico de la resolución con sus efectos consiguientes, de la que solo podrá escapar si paga o cumple antes de recibir esa comunicación no después, que, por ello, tiene naturaleza recepticia, o sea, necesidad de ser conocida por el comprador (STS de 23 de mayo de 1981) para saber a qué atenerse». Sin embargo, en la práctica diaria es frecuente que la notificación de pago se incorpore al requerimiento «sin que se desvirtúe su eficacia obstativa y resolutoria porque, siendo normal, no hay objeción jurídicamente atendible para considerar el requerimiento como acto jurídico complejo y porque el condicionamiento de su eficacia obstativa no choca tampoco contra ningún postulado de ilicitud de las condiciones ni del ejercicio de los derechos (SSTS de 26 de junio de 1978 y 10 de enero de 1981)». La concesión de un plazo de estas características, conforme al *pacta sunt servanda* que consagra el artículo 1255 CC «no es contrario a las leyes,

ni a la moral, ni al orden público, de manera que pasado ese breve período de tiempo entra en juego el carácter obstativo al pago del requerimiento (SSTS de 14 de noviembre de 1997 y 28 de enero de 1999).

Interpretación del incumplimiento que genera la resolución del contrato.—El análisis de la jurisprudencia casacional nos muestra una evolución al respecto. En su día el Tribunal Supremo impuso para que tuviese lugar la facultad resolutoria la voluntad «deliberadamente rebelde» del deudor de no pagar el precio pactado. Esta exigencia hoy se encuentra más ponderada habiéndose dulcificado en las SSTS de 7 de mayo de 2003 que establece que «no es exigible que se detecte una voluntad de incumplir para que se justifique la resolución; no hay que buscarla, sino solo el hecho objetivo del incumplimiento... no justificado o producido por causa imputable al que pide la resolución» y en la de 15 de julio de 2003 cuyo pronunciamiento alude a la moderna doctrina jurisprudencial ya que no exige para «la estimación de una situación de incumplimiento una patente voluntad rebelde (SSTS de 10 de octubre de 1994, 3 de abril y 26 de septiembre de 2000, 26 de julio de 2001, 13 de noviembre y 23 de diciembre de 2002, 13 de febrero y 7 de mayo de 2003) ni siquiera exigible una voluntad de incumplir, sino solo el hecho objetivo del incumplimiento, no justificado o producido por causa imputable al que pide la resolución».

Efectos de la resolución del contrato.—«La resolución contractual produce sus efectos no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no son efectos *ex nunc* sino *ex tunc* lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiese concluido (STS de 11 de junio de 1991)». «Al tratarse de un bien inmueble, precisa se lleve a cabo el requerimiento previo que establece el artículo 1504 CC, que produce efectos resolutorios *ipso iure* por lo que solo habrá de acudir a la vía judicial cuando el incumplidor lo desatiende y no se allana al mismo (STS de 7 de noviembre de 1996)». (STS de 18 de octubre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—El 21 de marzo de 1995 la entidad demandada —*Orpedo, S. L.*— como parte compradora y el demandante —P. A. G.— como parte vendedora formalizan un contrato de compraventa teniendo por objeto un inmueble pactándose un precio total de 8.500.000 ptas. del que quedaba aplazada la suma de 4.000.000 de ptas. El 27 de noviembre de 1996 a instancia de la parte demandante se hizo requerimiento notarial en el domicilio social de la entidad demandada entregándose la cédula de requerimiento, dirigida a dar término a la compradora para satisfacer el precio pendiente más los intereses, bajo apercibimiento de resolución, a una vecina que, perfectamente identificada, se comprometió a hacer llegar la cédula a sus destinatarios. El requerimiento notarial tenía como fin reclamar las cantidades adeudadas que debían ser satisfechas en el término de cuarenta y ocho horas desde la recepción del acta notarial sirviendo además como requerimiento de pago a los efectos del artículo 1504 CC. La parte demandada alega en su defensa falta de forma en el requerimiento notarial, pues así realizado no resulta un acto idóneo para resolver el contrato, pues no ha de dar oportunidad alguna para el pago, ya que únicamente ha de conminar al comprador a que se allane a resolver la obligación, sin previo requerimiento de pago. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La sentencia

de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca desestima los recursos de apelación interpuestos por ambas partes. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación. (M. F. N. C.)

38. Incongruencia procesal.—Se ha de afirmar que las sentencias absolutorias en su totalidad no resultan incongruentes, aun cuando no contengan detallados los pedimentos que se rechazan. Para ello, no resulta necesaria la declaración pormenorizada del fallo (STS de 7 de febrero de 1995).

Donación encubierta en un contrato de compraventa formalizado en escritura pública.—La inexistencia de precio en la compraventa acarrea la falta de causa y determina un supuesto de simulación contractual. Si la causa verdadera y lícita consiste en una donación, se supedita su validez a que reúna los requisitos estructurales establecidos en el artículo 1261 CC, cumpliéndose las formalidades legales previstas. La cuestión jurídica estriba en si la escritura pública del simulado contrato de compraventa cubre o no la exigencia legal de forma para la donación del artículo 633 CC, en cuanto es necesario que conste el *animus donandi*, y la aceptación del donatario (en la misma escritura o en otra separada) (STS de 1 de febrero de 2002.) Y todo ello partiendo de la voluntad real de los intervinientes de realizar un negocio jurídico de donación, ya que a la intención de beneficiar del donante debe corresponder la de aceptar a título de liberalidad del donatario (SSTS de 7 de diciembre de 1948 y 7 de enero de 1975).

Corrientes doctrinales de validez o ineficacia de la donación encubierta.—Una corriente doctrinal contraria a admitir la eficacia de dicha donación se fundamenta en que «no puede hacerse indirectamente lo que está prohibido hacer directamente» (FD 2.º), sin que la escritura pueda aportar los elementos que se exigen en el artículo 633 CC, ya que no refleja el ánimo de donar, la aceptación y el título de liberalidad. Otra corriente doctrinal se manifiesta a favor de la eficacia de la donación, en cuanto las partes se presentan como fingidos compradores y verdaderos donatarios, y mediante la aplicación del principio de conservación del contrato.

Tesis mantenida por la jurisprudencia.—En sentido contrario a su validez se manifiestan las SSTS 3 de marzo de 1931, 22 de febrero de 1940, 23 de junio de 1953, 29 de octubre y 5 de noviembre de 1956, 5 de octubre de 1957, 7 de octubre de 1958, 19 de octubre y 9 de diciembre de 1959, 10 y 20 de octubre de 1961, 1 de diciembre de 1964, 13 de mayo de 1965, 14 de mayo de 1966, 22 de abril de 1970, 4 de diciembre de 1975, 6 de octubre de 1977, 24 de febrero de 1986, 24 de junio de 1988, 7 de mayo y 23 de julio de 1993, y 10 de noviembre de 1994. Posicionándose a favor de su validez, las SSTS 29 de enero de 1945, 19 de enero y 24 de marzo de 1950, 13 de febrero de 1951, 2 de junio y 16 de noviembre de 1956, 15 de enero de 1959, 22 de marzo y 26 de junio de 1961, 16 de octubre de 1965, 20 de octubre de 1966, 10 de marzo de 1978, 7 de marzo de 1980, 31 de mayo de 1982, 19 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 1988, 23 de septiembre de 1989, 21 de enero, 29 de marzo, 20 de julio y 13 de diciembre de 1993, 6 de octubre de 1994, 14 de marzo de 1995, 28 de mayo de 1996, 30 de diciembre de 1998, 2 de noviembre y 14 de diciembre de 1999. Existe una orientación intermedia en la jurisprudencia, con un régimen permisivo para las donaciones remuneratorias. Parece que tiende el Tribunal hacia la validez de la donación cuando ésta es remuneratoria, siendo criticable porque la exigencia de forma recogida en el artículo 633 CC también es exigida en las donaciones

remuneratorias, con lo que también le es aplicable la exigencia de ánimo de liberalidad (SSTS de 24 de octubre de 1985, 27 de septiembre de 1989, 16 de febrero de 1990, 7 de mayo de 1993). Con todo, se hace imprescindible el análisis de las circunstancias del caso concreto (SSTS de 19 de noviembre de 1987 y 30 de diciembre de 1998.) (STS de 7 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—En el Juzgado de Primera Instancia se presentó demanda solicitando la declaración de inexistencia por nulo del contrato de compraventa simulado de manera absoluta, mediante escritura pública en junio de 1991 por el que el marido de la demandante como vendedor transmitía cinco inmuebles de su propiedad a su hermana y su cuñado, con precio muy inferior al estimado por Hacienda en su liquidación. Además se incluía entre los pedimentos la restitución de lo recibido sin causa al patrimonio del vendedor ya fallecido, y por tanto a su herencia, a excepción de uno de los inmuebles, transmitido a terceros de buena fe, por lo que se solicitó la reintegración del importe de su venta. En la contestación a la demanda, los demandados solicitan se declare la validez de la compraventa, o alternativamente estimar la existencia de una simulación relativa, declarándose válida la donación remuneratoria. La sentencia desestima la demanda interpuesta, así como en la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declara no ha lugar al recurso de casación porque existe un acuerdo de voluntades entre donante y donatario, sin haberse probado que con ello se persiguiese defraudar las perspectivas hereditarias de la demandante.

NOTA.—La presente sentencia hace referencia al supuesto de donación encubierta de bien inmueble bajo la apariencia de contrato de compraventa. Dos son las cuestiones que la jurisprudencia debate en estos casos: de un lado, la posible validez de la escritura de la compraventa simulada para cubrir la exigencia legal de forma de la donación del artículo 633 CC; de otro, la validez o ineficacia de la donación por la intención de defraudar derechos hereditarios. Esta segunda cuestión no es analizada por el Tribunal, en tanto que no fue pedida, ni comprobada. En lo que respecta al cumplimiento del requisito legal de la forma de la donación, la sentencia analizada, tras reflejar las distintas posturas de la jurisprudencia (recogida en la STS de 1 de febrero de 2002), parece enmarcarse entre las que aceptan la eficacia de la escritura pública de la compraventa simulada para la donación, ya que afirma que nos hallamos ante un caso de donación, según lo establecido en el artículo 618 CC. Aunque no se posiciona de manera clara y concisa, ni siquiera en torno al requerimiento o no del carácter remuneratorio de la donación. La simple afirmación del Tribunal de que nos encontramos sin duda ante una actuación voluntaria de las partes dirigida a la realización de un acto de mera liberalidad, y con ello desestimando el recurso, posiciona la presente resolución entre las que aceptan la escritura de la compraventa para cubrir la forma de la donación encubierta, y dar así eficacia a la misma. (P. S. S.)

39. Responsabilidad por vicios ruinosos ex artículo 1591 CC. La sentencia que ignora por completo el contenido de dos actas notariales

infringe lo dispuesto en el artículo 1218 CC.—Pues bien, visto el contenido de ambas actas notariales ha de concluirse que procede estimar el motivo porque la sentencia impugnada, al omitir cualquier referencia a dichos documentos públicos prescindiendo de los hechos notarialmente constatados, infringió efectivamente el párrafo primero del artículo 1218 CC, ya que tanto los defectos reseñados en el primero de esos documentos como las fotografías cotejadas en el segundo muestran un estado de la vivienda del actor-recurrente tan manifiestamente lamentable que, en verdad, no se alcanza a comprender cómo el tribunal sentenciador puede llegar a cuestionarse la propia existencia de los defectos alegados en la demanda, como parece desprenderse del fundamento jurídico de la sentencia impugnada, pues aunque la falta de prueba pericial permitiera abrigar dudas sobre la causa de tales defectos, sin embargo la propia existencia de éstos ha de entenderse más que suficientemente probada, máxime cuando, más o menos explícitamente, vino en realidad a ser admitida por las dos partes demandadas en sus respectivos escritos de contestación a la demanda, ya que de otra forma no se entendería la defensa de la promotora imputando los defectos de la vivienda a obras clandestinas emprendidas por el actor ni el empeño del arquitecto por desplazar sobre la constructora «inequívocos vicios o defectos de construcción» que el propio arquitecto declaró conocer a raíz de ser requerido por la promotora para comprobarlos y uno de los cuales es definido por él mismo como «cedimiento del patio trasero» debido «a una inadecuada compactación del terreno recayente a dicha zona, lo que en materia de obras constituye una elemental técnica conocida por el más modesto de los constructores».

Es doctrina reiterada de esta Sala la objetivación de la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC, mediante una presunción de culpa de los partícipes en la edificación, una vez probados los defectos por el demandante.—El presente motivo también ha de ser estimado porque la sentencia impugnada, al desestimar la demanda por no haber propuesto el actor hoy recurrente prueba pericial, infringió el artículo 1214 CC en su interpretación y aplicación jurisprudencial a los procesos sobre responsabilidad decenal del artículo 1591 del mismo Cuerpo legal, ya que según doctrina reiterada de esta Sala, que tiene como punto de partida la objetivación de dicha responsabilidad mediante una presunción de culpa de los partícipes en la edificación (SS de 17 de febrero de 1982, 28 de octubre de 1989, 30 de septiembre de 1991, 27 de junio de 1994 y 15 de marzo de 2001), una vez probados los defectos por el demandante incumbe a los demandados demostrar su falta de responsabilidad en aquéllos (SS de 17 de marzo de 1993, 27 de junio de 1994, 19 de octubre de 1998, 25 de junio de 1999 y 5 de noviembre de 2001). De ahí que tuvieran sentido las pruebas periciales propuestas por ambos demandados para exonerarse de responsabilidad y de ahí, también, que la omisión de su práctica no deba perjudicar al actor recurrente sino a esos mismos demandados, pues la carga probatoria del primero había quedado suficientemente satisfecha mediante las actas notariales y el informe luego ratificado, en cuanto suficientemente demostrativos del lamentable estado de la vivienda y su relación causal, al menos en gran parte, con el proceso de edificación.

Existiendo ruina funcional, dada la inutilidad de la vivienda para cumplir su fin, y no habiendo demostrado su falta de culpa, deben responder el promotor y el arquitecto solidariamente con base en el artículo 1591 CC, sin perjuicio de su eventual derecho de repetición contra otros partícipes en el proceso de edificación.—Estimados los dos motivos hasta ahora examinados, también ha de prosperar el restante,

numerado como primero y fundado en infracción del artículo 1591 CC, porque probado el lamentable estado de la vivienda del actor recurrente antes de transcurrir dos años desde su entrega, mereciendo calificarse tal estado de ruina funcional conforme a la constante doctrina de esta Sala que entiende por tal la inutilidad de la vivienda para cumplir su fin (SS de 28 de octubre de 1989, 30 de septiembre de 1991 y 27 de junio de 1994, entre otras muchas), pues no de otra forma cabe considerar el hundimiento progresivo de la casa y sus muchas humedades, teniendo su origen ese estado en el proceso de edificación por más que también pudieran contribuir las deficiencias del alcantarillado y, finalmente, no habiendo probado su falta de culpa el arquitecto demandado ni la promotora igualmente demandada, asimilada a la constructora según reiteradísima jurisprudencia de esta Sala (por ejemplo SS de 21 de febrero de 2000, 24 de enero, 8 de febrero y 13 de marzo de 2001), ambos demandados habrán de responder solidariamente frente al actor recurrente sin perjuicio de su derecho de repetición contra otros partícipes en el proceso de edificación, conforme a doctrina de esta Sala tan conocida y reiterada que huelga su cita. (**STS de 22 de julio de 2004**; ha lugar.)

HECHOS.—El propietario de un *bungalow* con vicios ruinógenos demanda a la promotora-vendedora de la urbanización y al arquitecto autor del proyecto y director de la obra con base en el artículo 1591 CC. La demanda fue desestimada en primera instancia por acogerse la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, decisión que fue revocada por la sentencia de apelación que, entrando ya en el fondo del asunto, absolvió a los demandados. Interpuesto por el demandante el correspondiente recurso de casación, el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo y estima íntegramente la demanda del recurrente. (*M. C. B.*)

40. Responsabilidad por vicios ruinógenos ex artículo 1591 CC. El arquitecto no cumple su función con la mera redacción del proyecto de obra, sino que asume la dirección de la misma, sin someterse en su misión a las órdenes del dueño de la obra, por lo que es también responsable de la mala ejecución de ésta.—La jurisprudencia de esta Sala de casación civil mantiene una línea jurisprudencial bien definida para delimitar las responsabilidades de los arquitectos, teniendo en cuenta que aquí se trata de múltiples defectos externos perfectamente visibles y detectables y así se ha declarado que el arquitecto no cumple por entero su misión con la redacción del proyecto de obra, sino que cuando asume su dirección se alinea como protagonista principal en el proceso material de su ejecución, lo que le impone modificar, corregir y cumplimentar el proyecto en aquellos aspectos que suponen omisiones, insuficiencias o incorrecciones y si alguna pauta constructiva quedase sin revisar debidamente en el proyecto deberá adoptar las previsiones necesarias que se adecuasen a la obra (S de 10 de julio de 2001), correspondiéndole también como función principal, al ser el encargado de la obra y por imperativo legal, la superior dirección y control de la misma y el deber de vigilar que su ejecución sea lo más correcta posible (S de 19 de noviembre de 1996), lo que no obsta el ejercicio de funciones convergentes atribuidas a los integrantes de otros cuerpos técnicos en las respectivas actividades que les incumben (S de 15 de abril de 1991), ya que los arquitectos son

responsables últimos como realizadores y directores del proyecto y por tal razón no basta con que se limiten a hacer constar en el Libro de órdenes las imperfecciones que aprecien, pues se les impone un plus mayor en su gestión directora superior, ya que deben en todo momento comprobar las rectificaciones o subsanaciones ordenadas y antes de emitir el certificado final aprobatorio de la construcción, único medio de garantizar a los posteriores adquirentes que no resulten defraudados en sus aspiraciones a una habitabilidad posible, segura y cómoda, conforme a las directrices que sienta la S de 12 de noviembre de 2003 (que cita las de 16 de marzo de 1984, 5 de julio de 1986, 9 de marzo de 1988 y 19 de noviembre de 1996).

El motivo no prospera, pues a mayores razones no ha de dejarse de lado que los arquitectos y demás técnicos intervinientes en el proceso constructivo no se hallan vinculados –y por ello subordinados de modo total– a las órdenes del dueño de la obra en lo que es propiamente su misión, lo que determina sus responsabilidades cuando se desvían de lo que es exigible por su prestación y da lugar a vicios constructivos (S de 8 de noviembre de 2002). (STS de 25 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Los propietarios de unas viviendas que presentan humedades y falta de estanqueidad generalizadas causadas por la mala ejecución de la obra, demandan a la promotora-constructora y a los arquitectos técnicos y superiores que dirigieron el proyecto. La sentencia de primera instancia acoge parcialmente la demanda, condenando a la promotora-constructora y al arquitecto técnico y absolviendo a los arquitectos superiores. Apelada esta sentencia, la Audiencia Provincial la revoca parcialmente, condenando también de modo solidario a los arquitectos superiores a la subsanación de los defectos de construcción. Estos últimos interponen contra esta decisión el recurso de casación al que el Alto Tribunal declara no haber lugar. (M. C. B.)

41. Culpa médica: casos en que el médico asume obligación de resultado: doctrina general: vasectomía: deber de información.—Si bien el contrato que vincula al médico y al paciente por lo general es de prestación de servicios, ya que aquél no se obliga a la curación de éste, sino a prestar los servicios adecuados a tal fin, como obligación de actividad o de medios, la jurisprudencia admite que en ciertos supuestos en la actuación médica se da el contrato de obra con obligación de resultado, así en casos de cirugía estética (SSTS de 21 marzo 1950, 28 junio 1997 y 22 julio 2003), odontología (SSTS de 28 junio 1999 y 11 diciembre 2001), oftalmología (STS de 2 noviembre 1999), y asimismo en la intervención de vasectomía, respecto de la cual apunta la STS de 11 febrero 1997 que «no cabe duda que el “resultado” en el segundo aspecto examinado actúa como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional, asimismo, además, como tal resultado concreto para quien realiza la intervención, sin que, como ocurre, cuando hay desencadenado un proceso patológico que, por sí mismo, supone un encadenamiento de causas y efectos que hay que atajar para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquél en la salud eleva a razón primera de la asistencia los medios o remedios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible. De aquí que se haya distinguido jurídicamente dentro del campo de la cirugía entre una “cirugía

asistencial” que identificaría la prestación del profesional con la *locatio operarum* y una “cirugía satisfactiva” que identifican aquella con la *locatio operis*, esto es, con el plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso. En este orden ha sido, también, una demanda por incumplimiento contractual en atención a que la operación de vasectomía no produjo los resultados esperados, lo que originó la reclamación resuelta por esta Sala en S de 31 enero 1996. En el presente caso, no es que el resultado no se haya obtenido, sino que en una intervención correcta se puede producir una recanalización espontánea que da lugar a una fertilidad, situación que se produce en un mínimo porcentaje en estas intervenciones y que tiene que dar lugar a una veraz paternidad. El deber de información aplicable en este caso consiste en que el médico informe al paciente de los riesgos previsibles que comporta la intervención, esencialmente el del porcentaje de supuestos en que la vasectomía puede no resultar eficaz por razón de una recanalización espontánea; el cumplimiento de tal deber no se ha probado y esta Sala ha reiterado que el médico sufre la carga de la prueba de su cumplimiento.

Prueba de la fertilidad: inaplicación de la presunción de paternidad.—Como estableció la STS de 11 de febrero de 1976, al ponerse en litigio la fertilidad o infertilidad del sujeto, con resultado posiblemente perjudicial para un tercero, si se demuestra el resultado defectuoso de la vasectomía, los presupuestos de la presunción del artículo 116 CC ceden, pues, de otro modo, quedaría, en muchos casos, indefenso el demandado que, además, carece de legitimación para la impugnación de la filiación legítima; en consecuencia, la lógica interna de los hechos que se debaten, exige en buena hermenéutica una decadencia de aquellas presunciones y la necesidad de probar como hecho constitutivo de la pretensión la paternidad. En definitiva, el criterio que ahora se ratifica es que la acción de indemnización por razón del fracaso del resultado de intervención de vasectomía, tan sólo puede prosperar si se ha acreditado que el paciente y reclamante es el padre del fruto del embarazo (STS de 29 de octubre de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Cuando se invocan las pruebas biológicas en materia de filiación se piensa inmediatamente en un conflicto entre los posibles progenitores, casados o no, que venga a aclarar irrefutablemente las dudas. Sin embargo la sentencia anotada muestra otra aplicación de tales pruebas cuando la prueba de la filiación —paterna, en este caso— es *conductio iuris* de una acción indemnizatoria contra tercero. Es convincente la exigencia de tal prueba en este caso (Pte.: O’Callagan Muñoz) cuya falta hace fracasar la reclamación. (G. G. C.)

42. Nulidad radical de los contratos de préstamo usurario, que impide la validez de su novación subjetiva.—Es doctrina jurisprudencial emanada de sentencias de esta Sala la que determina que la nulidad de los contratos a los que se refiere el artículo 1 de la Ley de 1908, es la radical ya que no admite convalidación sanatoria en cuanto queda fuera de la disponibilidad de las partes y como consecuencia de ello, si la convención inicial que aparece en el contrato en cuestión es radicalmente nula, la novación no puede operar su consolidación por prohibirlo así expresamente el artículo 1208 CC

en relación al artículo 6.3 de dicho Cuerpo legal; cabe por tanto decir, con frase jurídicamente aceptada, que en estos casos la novación opera en vacío, al carecer del imprescindible sustento que dicha figura exige, representado por la obligación primitiva que se pretende novar –por todas las SS de 26 de octubre de 1959 y 30 de diciembre de 1987–. (STS de 28 de octubre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.–El demandante formuló demanda contra el prestamista y el cesionario del crédito solicitando la declaración de la nulidad de préstamo por usurario, así como la nulidad del procedimiento de ejecución iniciado por el cesionario del crédito. El Juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda declarando la nulidad del préstamo usurario, pero la desestimó en cuanto rechazó la declaración de nulidad del procedimiento seguido por el cesionario del crédito. Apelada la sentencia, fue estimado el recurso, absolviendo de la demanda al cesionario de crédito. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, dictando una sentencia semejante a la del Juez de primera instancia. (L. F. R. S.)

43. Responsabilidad contractual del Graduado social: negligencia en la reclamación contra el Fondo de Garantía Social (FOGASA): incumplimiento de contrato de mandato.–Resulta acreditada la responsabilidad del Graduado social al dejar transcurrir el plazo de prescripción de la reclamación contra FOGASA, pues su relación con los obreros representados tiene semejanza con la figura del procurador de los Tribunales y aparece, por tanto, derivada de un contrato de mandato representativo de los artículos 1718 y 1719 CC, como señaló la STS de 7 de abril de 2003. En efecto, el referido Graduado Social tenía que haber reclamado al Fondo nada más haber obtenido las sentencias favorables a los trabajadores, o, al menos, provocar el ejercicio de ejecución del crédito contra el deudor principal, y es lo cierto que habían transcurrido casi dos años cuando hizo la reclamación mientras el plazo de un año entre la firmeza de la sentencia y la solicitud de ejecución había caducado; ordena el artículo 1719 CC que el mandatario, a falta de instrucciones del mandante, hará todo lo que, según la naturaleza del negocio haría un buen padre de familia; pero al no haber instrucciones concretas sobre la reclamación al Fondo y sobre su prontitud, pues los actores resultan legos en tales menesteres, surge la obligación de actuar como buen padre de familia.

Quantum indemnizatorio.–Dado el retardo en la reclamación al Fondo se han perdido las cantidades que tal entidad debiera abonar a los trabajadores, pero la responsabilidad del Gestor no puede extenderse a la insolvencia de la empresa, conocida aunque no declarada con anterioridad. Por tanto el *quantum* indemnizatorio se circunscribe exclusivamente a las indemnizaciones por extinción contractual y por salarios que hubiera correspondido abonar al FOGASA. (STS de 29 de septiembre de 2004; ha lugar.) (G. G. C.)

44. Eficacia transaccional del documento suscrito entre las partes.–Estas frases entrecomilladas son un fiel reflejo, sin duda para esta Sala, por un lado de la independización del documento de enero con respecto al de diciembre, y con su formulación transaccional (anulación que se sigue), se prohíbe, conforme a la jurisprudencia antes explicada, cualquier indagación

de antecedentes, como el del expresado documento, por lo que no hay que acudir a él para explicar o justificar éste; y, por otro lado, que latente una reclamación (posiblemente judicial) con él se crea un título, en cierto sentido de valor abstracto para evitar la misma, con «renuncia a cualquier tipo de reclamación posterior», «quedando totalmente saldada la deuda y subsanado el perjuicio por la defectuosa fabricación del material afectado», dicho todo esto con respecto a cualquier reclamación que pueda derivar de ésta. (STS de 20 de octubre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad demandante reclamó la indemnización de los daños y perjuicios causados como consecuencia del material defectuoso suministrado por la demandada. Ésta se opuso alegando la existencia de un documento transaccional, que impedía la reclamación actual. El Juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda, al considerar que la actual reclamación se refiere a daños de iguales características producidos en fechas posteriores al documento antes mencionado. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación modificando las bases para determinar la cantidad a resarcir. Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, absolviendo a la demandada. (L. F. R. S.)

45. Culpa extracontractual: muerte de trabajador en accidente de trabajo: competencia civil: doctrina general.—Aunque la jurisprudencia de la Sala 1.^a Tribunal Supremo no es pacífica y del todo conforme, la más unánime, reiterada y actualizada es la que proclama la Jurisdicción civil como la competente pues no sólo se demandó a la empresa estatal *TRAGSA*, sino a la entidad propietaria de la excavadora y a su conductor, así como a la subcontratista de la obra y a la entidad aseguradora. Como declara la STS de 12 mayo de 1997, es procedente la compatibilidad de las indemnizaciones por accidentes laborales y las derivadas del acto culposo en su dimensión civil, al no producirse enfrentamiento entre ambas jurisdicciones que resultan conciliables desde el momento en que las prestaciones propiamente laborales nacen del régimen de la Seguridad Social y por causas del contrato de trabajo, coexistiendo con la responsabilidad extracontractual por surgir de diferentes fuentes de obligación (SSTS de 21 de noviembre de 1995, 15 de junio y 19 diciembre de 1996, 10 de febrero de 1998 y 2 de julio de 2001). La reserva que la jurisprudencia lleva a cabo a favor del orden jurisdiccional civil se hace teniendo en cuenta que la jurisdicción laboral viene determinada para las cuestiones que afectan al propio ámbito del contrato de trabajo y aquellas relacionadas con los conflictos colectivos (SSTS 2 octubre 1994, 31 mayo 1995, y 11 diciembre 1997). La STS 10 abril 1999 declara que se produjo un hecho luctuoso como consecuencia de llevar a cabo el operario quehaceres laborales que exceden de la específica órbita del contrato laboral, lo que permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil por el carácter residual y extensivo del mismo. En análogo sentido se pronuncian las SS de 1 de febrero, 10 de abril, 13 de julio y 30 noviembre de 1999, 7 de julio de 2000, 2 de julio de 2001; la S de 8 de octubre de 2001 se refiere a la reparación íntegra del daño, y la de 31 de octubre de 2003 se apoya en la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo.

Responsabilidad de la empresa pública contratista de las obras de abastecimiento de agua a viviendas rurales: el obrero accidentado era

empleado suyo.—La jurisprudencia viene declarando en forma reiterada que no se da falta de elementos culpabilísticos en la conducta de la empresa que se adjudica plenas funciones de contratista, pues tal actividad lleva consigo la asunción de una responsabilidad general respecto a todas las vicisitudes, incidencias y eventualidades que pueden ocurrir en las obras a ejecutar, derivada de la interdependencia de las distintas unidades de trabajo (SSTS de 29 de marzo y 22 de julio de 1994, y 17 de febrero de 1999).

Subcontratación: no altera las reglas de responsabilidad extracontractual.—Los contratos que se celebren para llevar a cabo la ejecución de determinada obra actúan en el ámbito de las relaciones internas de los que los otorgan y operan cuando se produce algún incumplimiento contractual, pero no alteran las reglas generales que autorizan a aplicar la responsabilidad extracontractual que, en todo caso, resulte atribuir a la empresa que contrata. Por otra parte, la observancia de la normativa sobre seguridad en el trabajo, permanece en los contratos principales sin delegación posible, a efectos exonerativos, por lo que no es válido argumentar que se produce desconexión de la sociedad recurrente respecto a aquellos accidentes que ocurren en el desarrollo de su actividad.

Culpa exclusiva de la víctima.—Se desestima el criterio mantenido por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que estableció como presunción que la víctima había invadido voluntariamente el espacio de operaciones de la máquina excavadora para buscar refugio a efectos de poder encender una pipa de fumar, ya que ésta fue encontrada con un mechero debajo del cadáver; la Audiencia Provincial con muy buen criterio rechazó esta solución y sentó como probado que el trabajador era conocedor de los riesgos que conllevaba acercarse a la máquina, sin perjuicio de lo cual, por razones de su trabajo, se vio obligado a merodear en sus proximidades, no precisamente para vigilar que nadie se acercase a la máquina, sino para comprobar profundidades, marcar el replanteo de los tajos y controlar las horas de trabajo de la excavadora. No cabe en casación argumentar con apoyo en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que la Audiencia Provincial revocó, y menos tratar de imponer a esta Sala una prueba de presunciones que no se empleó en la sentencia recurrida en casación.

Pluralidad de responsables: solidaridad: riesgo asumido.—*TRAGSA* como sociedad estatal realizaba las obras de abastecimiento de agua potable y para la ejecución de las mismas subcontrató con *Excavaciones JUMAR, S. L.* que aportó a la obra una excavadora autopropulsada, que fue el instrumento material que ocasionó el fallecimiento del marido de la actora; el conductor de ésta llevaba a cabo su actividad sin la adecuada ayudantía para la vigilancia y control de sus evoluciones, funciones que no le correspondían al fallecido, lo que pone de manifiesto que se creó un indudable riesgo que ha de reputarse asumido por *TRAGSA*, como principal interesada en que los trabajos se ejecutasen con la mayor seguridad posible; su responsabilidad concurre en forma solidaria con las demás subcontratadas que resultaron condenadas. Estuvo presente una situación de riesgo que puede calificarse de efectivo riesgo potencial por darse todas aquellas circunstancias que razonablemente hacía previsibles la producción de un accidente, ya que eran actuaciones en una obra al tránsito de operarios, llevadas a cabo por una potente máquina manejada por una sola persona sin el auxilio de nadie para dirigir y vigilar sus evoluciones; para excluir de toda responsabilidad al empresario ha de tratarse de riesgos normales o razonablemente previsibles (SSTS de 31 de diciembre de 2003 que recoge la doctrina contenida en SSTS de 28 de octu-

bre de 1988, 21 de marzo de 1991, 11 de febrero de 1992, 8 de marzo de 1994, 8 y 18 de octubre de 1998, 8 y 16 de octubre y 6 de noviembre de 2001 y 31 de marzo de 2003), lo que aquí no sucede, y la culpa contractual ha quedado demostrada al no cumplirse todas las medidas de seguridad.

Responsabilidad de subcontratista: culpa *in eligendo*.—Una empresa subcontratista de TRAGSA que, a su vez, subcontrató con *Excavaciones JUMAR, S. L.*, propietaria de la excavadora causante del accidente mortal, deriva su responsabilidad concurrente en aquél de su inmersión en el proceso de ejecución de la obra y concatenación de imprudencias plurales, correspondiéndole *culpa in eligendo*.

Concurrencia de culpa de la víctima.—La concurrencia de actuar negligente o imprudencial por parte del trabajador no elimina por completo la responsabilidad extracontractual de una empresa subcontratista y de los otros demandados que fueron condenados. (STS de 4 de octubre de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—La viuda de un trabajador fallecido en accidente laboral reclama una indemnización de veinte millones pesetas (suma que debe considerarse moderada) a la empresa principal y demás subcontratadas en la realización de las obras de abastecimiento de agua potable a viviendas rurales. Desestimada la acción por el Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial al resolver la apelación otorga aproximadamente la tercera parte solicitada. El Tribunal Supremo en ajustada sentencia del Ponente Villagómez Rodil, rechaza el recurso de casación. El difundido fenómeno de la subcontratación —aplicado no sólo a las grandes obras públicas sino también a las modestas, como es el caso—, dificulta con frecuencia la exigencia de responsabilidades por culpa extracontractual. La sentencia extractada las analiza certeramente y sienta la responsabilidad solidaria de todas las empresas intervinientes a título principal o en calidad de subcontratadas. Más difícil de combatir es la consabida imputación a la víctima de culpa exclusiva del accidente. El Tribunal Supremo se refugia —sobre todo, en ausencia de pruebas concluyentes— en el remedio equitativo de la concurrencia de culpas, al precio de reducir el *quantum*. (G. G. C.)

46. Culpa extracontractual: muerte en accidente de trabajo: exoneración de responsabilidad al comitente que contrata la obra.—No procede imputar responsabilidad por muerte de obrero accidentado a los dueños de un edificio que se limitan a encomendar la realización de determinados trabajos en aquél a la empresa contratista que actúa con los debidos asesoramiento de arquitecto y aparejador, limitándose a cumplir sus obligaciones de pago sin que intervenga o actúe dentro del campo estricto de la ejecución de la obra; por ello no es responsable cuando el accidente se produce por negligencias tanto en el manejo de la grúa como en la falta de vigilancia de la operación. Se comparte así la recta tesis del Juzgado de Primera Instancia cuando afirma que la empresa comitente se limitó a contratar la ejecución de la edificación con personas que se suponían capacitadas, y con la titulación profesional adecuada al efecto —como fueron un arquitecto, un aparejador y diversos encargados parciales de la obra—, sin que aquélla tuviera ningún tipo de intervención en la ejecución de los trabajos, ni consta tuviese conocimiento de la situación de riesgo que provocó el accidente. Por ello no puede exi-

gírsele ningún tipo de responsabilidad. Se invoca a este respecto la STS de 9 de agosto de 1984. (STS de 14 de octubre de 2004; ha lugar en parte.)

NOTA.—Según STS de 9 de agosto de 1984 no puede decirse que quien encarga cierta obra a una empresa autónoma en su organización y medios, y con asunción de los medios inherentes al cometido que desempeña, deba responder de los daños ocasionados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado participación en los trabajos o parte de ellos, sometién-dolos a su vigilancia. Supuesto que no se da en este caso.

Los hechos coinciden sustancialmente con los de la STS de 4 de octubre de 2004 (publicada en este mismo fascículo del ADC). Aquí la causa material de la muerte fue el golpeo en la cabeza y costado derecho de la víctima que trabajaba en la cubierta de un edificio en construcción por el contrapeso de una grúa que sobresalía metro y medio de la cubierta, precipitándose al vacío el obrero a través de un hueco abierto en la cubierta. La solución jurídica sólo es parcialmente coincidente pues sólo se condena al propietario y empleado de la grúa que había sido subcontratado por la constructora tampoco coinciden las indemnizaciones reclamadas (40 millones reclamadas en el Juzgado de Primera Instancia, que condena a quince millones, y confirma la Audiencia Provincial). El recurso de casación se limita a dilucidar la responsabilidad de la empresa dueña de la obra, condenada en apelación y cuyo recurso acoge el Tribunal Supremo, al tiempo que confirma las restantes condenas. (G. G. C.)

47. Responsabilidad de abogado: negligencia por presentar demanda fuera de plazo: cambio de puesto de trabajo: pérdida de oportunidad.—Para la adecuada compensación de los daños y perjuicios causados por la actuación negligente de un Letrado, han de ser examinadas las posibilidades de que la acción hubiese prosperado en caso de ser temporáneamente ejercitada, pero no puede pretenderse sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser tarea imposible. Como se dijo ya en STS de 8 de abril de 2002 parece aconsejable tener, más bien, en cuenta la llamada «pérdida de la oportunidad», que se ha ocasionado a la interesada, al habersele impedido, por la falta de diligencia del Letrado, acceder a los Tribunales en las condiciones precisas para demandar ante los mismos la tutela de sus intereses.

Letrado designado por sindicato para empleada afiliada.—El sindicato encomendó la tarea que solicitaba su afiliada a persona que, por sus títulos académicos y su pertenencia a un Colegio de Abogados, acreditaba sus conocimientos técnico-científicos en la medida necesaria y suficiente, por lo cual, como declara la STS de 19 de julio de 1993, concurre el presupuesto legal exculpatorio prevenido en el artículo 1903, último párrafo, CC, en orden a exigirle responsabilidad por la actuación negligente del abogado. (STS de 9 de julio de 2004; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La actora, que ocupaba el puesto de secretaria del jefe de compras fue notificada de que se modificaba su puesto de trabajo pasando a ocupar el de peón especialista, con cambio de jornada y trabajo a turnos. Acudió a su sindicato para que defendie-

ra sus derechos, y éste designó a un letrado vinculado al sindicato por un contrato laboral. La demanda laboral fue rechazada por haber sido presentada fuera del plazo legal de veinte días. La actora reclamó quince millones de pesetas por haber actuado negligentemente el letrado, demandando conjuntamente a éste y al sindicato. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, aunque redujo la cuantía a dos millones de pesetas en conceptos de daños morales, siendo confirmada por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo, con base en la sentencia extractada (Pte.: Romero Lorenzo) absuelve libremente al sindicato y confirma la condena al letrado, con base en la doctrina reiterada del Tribunal Supremo sobre pérdida de oportunidades. Sobre el tema en general, *vide* la excelente monografía de M.^a Carmen Crespo Mora, *La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil*, 2005, así como su detallado análisis sobre la eventual responsabilidad –contractual o extracontractual– del abogado de un sindicato frente a los afiliados de éste, que niega radicalmente esta sentencia y que doctrinalmente es dudosa. (G. G. C.)

48. Responsabilidad médica: embarazo normal y parto con problemas: secuelas: minusvalía del 33%: responsabilidad del pediatra y del anestesista: principio de la culpa.—Es doctrina jurisprudencial, reiterada por STS de 10 de noviembre de 1997, que para que pueda surgir la responsabilidad sanitaria o del centro del que aquél depende, como consecuencia del tratamiento aplicable a un enfermo, se requiere ineludiblemente que haya intervenido culpa o negligencia por parte del facultativo que realizó el acto médico o clínico enjuiciado, ya que, en la valoración de la conducta profesional de médicos y sanitarios en general, queda descartada toda responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba admitida para los daños de otro origen, siendo imprescindible que a la relación causal, material o física, haya de sumarse el reproche culpabilístico, que puede manifestarse en una negligencia omisiva en la aplicación de un medio curativo o, más generalmente, en la existencia de una conducta culposa o negligente en tal aplicación.

Prueba pericial y su valoración: doctrina general.—La STS de 8 de octubre de 2003 recoge la doctrina jurisprudencial sobre la valoración de la prueba pericial, según la cual es de libre apreciación no vinculando al Juez o Tribunal de instancia el informe del pleito, no estando sometida a control casacional salvo cuando se aprecie que resulta ilógica u omite dato y conceptos que figuran en el informe, en consecuencia sólo podrá casarse tal valoración, como ha recogido la STS de 20 de febrero de 1992 y repetido la STS de 19 de julio de 2001, cuando el órgano de instancia tergiverse las conclusiones de forma ostensible o falsee arbitrariamente sus dictados o extraiga conclusiones absurdas o ilógicas.

Responsabilidad del anestesista: actuación conforme a la *lex artis*.—En el presente caso la prueba pericial manifiesta que la conducta del anestesista, desde el primer momento en que fueron requeridos sus servicios, fue ajustada a la *lex artis*, adoptando las medidas adecuadas y ordenadas a la correcta atención del recién nacido, por lo que ha de calificarse de ilógica la valoración que de esa prueba pericial se realiza en la instancia, sin que existe en autos elemento probatorio alguno que permita afirmar que el demandado descuidó la vigilancia del recién nacido y que debió ordenar su traslado al servicio de Neonatología cuando se estabilizase la temperatura de aquél. No existe prueba alguna

en los autos que acredite que la permanencia del recién nacido en la incubadora determinó un incremento del daño producido por el sufrimiento fetal.

Responsabilidad del pediatra: inexistencia.—La valoración que la juzgadora de instancia hace del informe pericial se funda en una distinción semántica entre lo que era «adecuado» y lo que era «prudente» ante el estado de la gestante, disquisición que no puede aceptarse ya que al ordenar el ginecólogo la realización de una monitorización fetal para el siguiente día 31, si la paciente no comenzaba su parto en horas posteriores a la exploración, realizada en la tarde del día 30, no infringió norma alguna de conducta profesional ya que nada indicaba en el estado de la paciente la necesidad de proceder a esa monitorización fetal el mismo día 30 por la tarde; no aceptándose la valoración de la prueba pericial realizada por el Juzgado de Primera Instancia, que también se admitió por la de la Audiencia Provincial, habiendo lugar a estimar el recurso al no apreciarse por esta Sala una conducta negligente en el ginecólogo demandado. (STS de 19 de julio de 2004; ha lugar.)

NOTA.—El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda interpuesta por los padres en nombre del hijo menor nacido con graves secuelas, condenando a ambos facultativos, y a *Sanitas* al abono de una indemnización algo superior a 35 millones de pesetas. Pero la sentencia extractada (Pte.: González Poveda), estima el recurso con base en la doctrina extractada, y absuelve a todos los demandados. El ginecólogo, del cuadro de *Sanitas*, asumió el seguimiento y control del embarazo, siendo la gestante de edad de cuarenta años, habiendo atendido tres años antes a la gestante, practicándole un legrado, teniendo él mismo conocimiento de los abortos naturales padecidos por aquélla en año y medio; a los 30 días del embarazo hubo un amago de aborto que se controló con Prepart y cuatro días de reposo; durante el segundo trimestre del embarazo la gestante padeció un cólico nefrítico, del que tuvo noticia el médico. Pese a estas incidencias, el embarazo fue clínicamente calificado de normal. El Tribunal Supremo, pese al criterio contrario de las sentencias de instancia, ha considerado correcta tanto la actuación del ginecólogo y del anestesista en el alumbramiento, de modo que no imputa a éstos las graves secuelas sufridas por el niño al nacer, impugnando la valoración de la prueba pericial hecha en la instancia. No creo que esta sentencia signifique un paso atrás en la jurisprudencia de la Sala 1.^a sobre responsabilidad por daños en una deficiente actuación ginecológica (cfr. en este sentido el comentario de Lourdes Tejedor Muñoz a la STS de 23 de noviembre de 2004 de sentido condenatorio, en *RCDI* 2005, p. 668 y ss.), sino más bien una advertencia a la progresiva tendencia que va dibujándose en el foro de reclamar a los médicos por cualquier resultado adverso de toda intervención médica. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

49. Prescripción adquisitiva del aprovechamiento y disfrute de las aguas.—La usucapión de las concesiones administrativas sobre aprovechamiento de aguas concedidas al amparo de la Ley de 13 de junio de 1879, de Aguas, se rige por los artículos 409 CC y 149 de la precitada Ley de Aguas.

Ambos preceptos permiten usucapir el aprovechamiento de aguas públicas disfrutado durante veinte años sin oposición de la Autoridad o de tercero. Así ha sido aceptado por la jurisprudencia: STS de 5 de mayo de 1961. Ahora bien, la adquisición por prescripción del derecho de aprovechamiento de aguas públicas en base a la mentada normativa debe ser entendida en base al posterior régimen jurídico establecido por la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, cuya DT 1.^a (primer párrafo) limitó tales derechos a un plazo máximo de setenta y cinco años a contar desde el 1 de enero de 1986. Se eliminaron de este modo, los derechos de aprovechamiento privativo a perpetuidad incompatibles con los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes de dominio público consagrados en el artículo 132.1 de la CE (STC 227/1988, FJ 8.º).

Necesidad de que la prescripción sea acreditada.—El segundo párrafo de la DT 1.^a de la Ley de Aguas de 1985 establece que para la aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo de dicha disposición transitoria es necesario que la prescripción sea «acreditada», esto es, que el aprovechamiento se encuentre debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad por el cauce del artículo 65 del Reglamento Hipotecario. La misma disposición favoreció la legalización de los aprovechamientos de aguas públicas mediante la exención total en el pago de los tributos derivados de la inscripción durante los tres primeros años a contar desde el 1 de enero de 1986. Transcurridos los tres años se pierden las ventajas fiscales pero no el derecho a inscribir el aprovechamiento correspondiente (RDGRN de 29 de junio de 1978 y STS de 28 de septiembre de 1993). **(STS de 20 de julio de 2004; no ha lugar.)**

HECHOS.—Al amparo de la Ley de Aguas de 1879 el Ayuntamiento de Carcabuey (Córdoba) y algunos vecinos de la localidad celebraron un negocio jurídico, en virtud del cual se cedían a algunos vecinos «pajas» o «plumas» de agua a cambio de un precio o canon que pagaron al Ayuntamiento. Dicha concesión administrativa se realizó mediante Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 28 de mayo de 1927. Transcurridos algunos años, el Ayuntamiento consideró que los concesionarios estaban disfrutando gratuitamente del derecho al suministro de agua y negó el carácter perpetuo del derecho derivado de la concesión otorgada en el año 1927. Por ello, el Ayuntamiento interpuso demanda ante el Juez de Primera Instancia de Priego (Córdoba) para hacer valer sus pretensiones. Desestimada la demanda, el actor interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, la cual estimó en parte dicho recurso, en el sentido de fijar los términos y límites del derecho adquirido por los demandados. Finalmente, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante.

NOTA.—La Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas fue derogada por el vigente Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas (BOE de 24 de julio de 2001). Es interesante señalar que la DT 1.^a del actual Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, se pronuncia en términos idénticos a como lo hacía la DT 1.^a de la Ley de Aguas de 1985. Por ello, lo mantenido en la presente sentencia sigue siendo de aplicación a los titulares de derechos sobre aguas públicas derivados de la Ley de 13 de junio de 1879.

Por otra parte, el artículo 409 CC preceptúa que «el aprovechamiento de las aguas públicas se adquiere: 2.º por prescripción de veinte años». A pesar de que ni la Ley de Aguas de 1985 ni la actualmente en vigor han derogado el precepto, la sentencia que comentamos lo considera derogado por ser incompatible con el texto del artículo 50.2 de la Ley de Aguas de 1985 que nos dice: «No podrá adquirirse por prescripción el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico». Es cierto que la Ley de Aguas de 1985 ha sido derogada, pero también lo es el hecho de que «por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado» (art. 2.2 *in fine* CC). (J. D. S. C.)

50. Requisitos para el ejercicio de la acción declarativa de dominio.—Para el ejercicio de la acción declarativa de dominio es preciso: 1) que se acredite el título de dominio y la identificación del objeto demandado; y 2) tiene que haber existido una negativa o simplemente puesta en duda del derecho alegado o de cualquier otro acto que haga precisa la defensa que con la acción se pretende (SSTS de 21 de marzo y 10 de julio de 2003, entre otras).

Respecto del primer requisito, para que prospere la acción declarativa resulta necesario la identificación inequívoca de la finca. Dicha identificación constituye una cuestión de hecho, por lo que su determinación corresponde al tribunal de instancia. Sin embargo, esta exigencia no significa que determinadas circunstancias, como las diferencias de cabida o que no se consignen los linderos, acarreen su indeterminación, pues lo relevante es que se acredite que el terreno litigioso es aquel al que el título dominical se refiere.

En cuanto al segundo presupuesto, la acción declarativa exige un interés en accionar respecto de los demandados, es decir, algún tipo de contradicción, pues dicha acción tiene por finalidad la de obtener la declaración de que el actor es propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo irroga (SSTS de 21 de febrero de 1941 y 10 de julio de 2003, entre otras). Debe existir la duda o controversia y una necesidad actual de tutela, de manera que el interés desaparece si no hay inseguridad jurídica o si la parte contraria no se opone al derecho. Además, no es preciso que haya habido una perturbación material, sino que basta la perturbación jurídica. (STS de 26 de octubre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Se ejercita una acción declarativa de dominio por el actor, don C. T. M.. Cabe destacar la celebración de dos contratos de compraventa de dos parcelas colindantes segregadas de una finca matriz denominada «La Palma», entre el actor y don A. P. L. y su esposa. El primero se documenta en escritura pública y el segundo en documento privado, hallándose el actor comprador en posesión de ambas fincas. La razón del pleito radica en que, según el actor, don A. y su esposa pretendían la venta de una parte de la finca a los codemandados (don D. N. S. y doña V. L. B.) desconociendo los límites de su dominio y desatendiendo de tal modo el contenido del documento firmado por el señor P. protocolizado notarialmente.

Don C. interpuso demanda contra don A., su esposa, doña V. y don D., solicitando que se condene a los demandados a reconocer el

dominio del actor sobre la finca litigiosa, y la cancelación del asiento de inscripción de la finca de doña V. y don D., en todo lo que se oponga al derecho de propiedad del actor. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda.

Dicha decisión es recurrida en apelación, donde la Audiencia Provincial estima el recurso interpuesto por don C., declarando a éste propietario único y absoluto de la parcela objeto del litigio y cancelando las inscripciones contradictorias de los codemandados.

Finalmente, los demandados recurren en casación. El Tribunal Supremo deja sin efecto el pronunciamiento de la sentencia recurrida referente a la cancelación de las inscripciones contradictorias que los codemandados tienen sobre esa parte de terreno, pero mantiene en la parte restante la sentencia recurrida, es decir, mantiene al actor como único y absoluto propietario de la parcela litigiosa, con la descripción de lindes establecida en uno de los documentos que acompañaban a la demanda. (*S. L. M.*)

51. Efectos jurídicos de los acuerdos contrarios a los Estatutos o a la Ley de Propiedad Horizontal.—Respecto a los acuerdos contrarios a la Ley o a los Estatutos, la postura mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia es que hay que diferenciar entre: *a)* Los acuerdos que afectan a la propia Ley de Propiedad Horizontal y los Estatutos, que sólo podían ser anulados, en su caso, mediante la impugnación en el plazo correspondiente; y *b)* las decisiones que infringen otras leyes imperativas, las cuales había que considerar radicalmente nulas, a no ser que en las mismas se determinara efecto distinto. Los actos contrarios a la ley son nulos de pleno derecho, salvo que las mismas prevean un efecto distinto para su contravención (art. 6.3 CC). Y esto es lo que hacía la regla 4.^a del antiguo artículo 16 LPH: determinar la necesidad de impugnar contra las posibles infracciones de la Ley o los Estatutos. Los acuerdos contrarios a la Ley de Propiedad Horizontal o a los Estatutos de la comunidad pueden ser anulables, pero no radicalmente nulos. (**STS de 28 de octubre de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—El 10 de agosto de 1991 se celebra junta ordinaria de propietarios del edificio TAO II y en el apartado de ruegos y preguntas, a propuesta de don J. M., se votó por los propietarios lo siguiente: «propone que para evitar molestias y suspicacias y de conformidad con el artículo 1709 CC y artículo 33 de los Estatutos, se solicita que las representaciones vayan dirigidas al presidente y que además contengan la firma del titular autenticada ante un fedatario público de forma que deban contener ambos requisitos para ser válidas». Dicho acuerdo fue aprobado. Los copropietarios doña E. N. R. G., don F. P. P., don F. R. B. y don J. R. G., asistentes a la junta, sin que conste en el acto su oposición a la aprobación del anterior acuerdo, formularon demanda por juicio declarativo de menor cuantía en el que interesaban se dictara sentencia con diversos pronunciamientos, de los que sólo tiene relevancia el referido a la pretensión de declaración de nulidad del acuerdo que se ha transcrito.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente todas las pretensiones deducidas en la demanda. Frente a la misma, los demandantes interpusieron recurso de apelación, donde la Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia apelada, declarando nulo el acuerdo de referencia.

Finalmente se recurre en casación por la junta de propietarios demandada. Aquí el Tribunal Supremo entiende que, atendidas las fechas de la Junta y de la interposición de la demanda (transcurren tres años), el recurso debe ser estimado, absolviendo a la comunidad de propietarios recurrente de las pretensiones deducidas en la demanda. (S. L. M.)

52. Propiedad horizontal. Acuerdos de la Junta de propietarios contrarios a la Ley de Propiedad Horizontal o a los estatutos de la Comunidad de propietarios: anulabilidad.—El Tribunal Supremo recuerda en esta sentencia que existe una reiterada y reciente doctrina jurisprudencial que declara que cuando se infringe algún precepto de la Ley de Propiedad Horizontal o de los estatutos de la comunidad de propietarios, los acuerdos de la Junta de propietarios son anulables (y no nulos de pleno derecho).

Propiedad horizontal. Acuerdos de la Junta de propietarios que vulneran normas imperativas o prohibitivas o son contrarios a la moral, al orden público o implican fraude de ley: nulidad de pleno de derecho.—Reiterada jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 24 de septiembre de 1991, 2 de marzo de 1992, 26 de junio de 1993, 19 de noviembre de 1996, 10 de marzo de 1997, 7 de marzo y 2 de julio de 2002) declara que en estos casos los acuerdos de la Junta de propietarios son nulos de pleno derecho, salvo que se establezca expresamente por la ley un efecto distinto para el caso de contravención. (STS de 23 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. M. H. interpuso una demanda contra la comunidad de propietarios de la zona residencial «La Ginesta» sita en Lleida, solicitando se condene a la parte demandada a suprimir las puertas y los carteles que impiden el acceso a los viales que se comunican con las calles La Mercè y Joc de la Bola, dejando la zona en su situación originaria.

Asimismo, don M. M. H. interpone otra demanda contra el presidente la Comunidad de propietarios de la zona residencial «La Ginesta» de Lleida, en la que solicita se declare la nulidad del acuerdo de la Junta de propietarios adoptado en julio de 1994, referente a la ratificación del inexistente acuerdo de instalación de cerramientos en la zona comunitaria exterior.

Mediante un Auto de 26 de febrero de 1997, el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Lleida acordó la acumulación de ambos procesos.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara la nulidad del acuerdo adoptado por la Junta de propietarios, condenando a la comunidad de propietarios a suprimir las puertas y los carteles que impiden el acceso a los viales interiores. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima, revoca la sentencia de primera instancia y desestima la demanda, declarando

válidos los acuerdos de la Junta de propietarios de julio de 1994, por caducidad de la acción. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que los artículos 10.4 y 16.4 LPH, preceptos a los que se hace referencia en los Fundamentos de Derecho de esta sentencia, han sido modificados, respectivamente, por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y por la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal.

Así pues, la cita de ambos preceptos debe entenderse realizada a la redacción que tenían con anterioridad a la entrada en vigor de las mencionadas reformas legislativas. (*M. J. P. G.*)

53. Interpretación de las cláusulas estatutarias.—Respecto de actividades prohibidas por los estatutos de una comunidad de propietarios, es cierto que la interpretación de cualquier cláusula estatutaria que impida la libertad del derecho dominical ha de ser interpretada restrictivamente. Pero otra cosa es que se haga mención a una determinada prohibición que es posible conforme a la Ley.

Distinción entre el destino de las viviendas y el destino de los pisos.—El Tribunal Supremo distingue entre el destino de viviendas y el de pisos (STS de 23 de noviembre de 1995). Las primeras son objeto solamente de morada, habitación, hogar. Mientras que los pisos son susceptibles de un aprovechamiento variado. Ese destino se ha de establecer en la escritura hecha por los promotores o los comuneros. No cabe, de ninguna manera, destinar el piso o local a actividades que están prohibidas por el estatuto, con independencia de que resulten objetivamente molestas, insalubres, inmorales o peligrosas. Puede que no sean nada de esto, pero si hay prohibición en el título, el propietario no tiene facultad para utilizar de esta manera su finca o arrendarla o ceder a terceros a los mismos fines, pues esta actuación sería contraria a la Ley y llevaría consigo la sanción correspondiente.

Obligatoriedad de los acuerdos legalmente adoptados por la comunidad.—La Ley de Propiedad Horizontal, si bien se integra por normas de derecho necesario, no obstante la libertad de contratación que reconoce el artículo 1255 CC y la obligatoriedad de los pactos y de los acuerdos legalmente adoptados, con todas las consecuencias que de ellos se deriven según su naturaleza, y sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley, tiene plena aplicación a esta esfera jurídica. El Tribunal Supremo viene admitiendo la obligatoriedad de los acuerdos, en tanto que lo consientan las disposiciones legales y no contravengan las normas de derecho necesario (STS de 8 de marzo de 1994).

Legitimación activa de un comunero para la defensa de los intereses de la comunidad y de los intereses que le son propios.—El Tribunal Supremo admite, en el caso de urbanizaciones, la posibilidad de coexistencia de dos tipos de comunidades entrelazadas para su administración: la propia y exclusiva de cada edificio con pluralidad de viviendas y la de la urbanización, cada una con sus propios cometidos comunitarios. Ambas están sometidas, en cuanto a su constitución y funcionamiento, al régimen de la Ley de Propiedad Horizontal. Sin embargo, no existe inconveniente legal ni jurisprudencial en admitir que la defensa de aquellos intereses comunitarios que, por

extravasarse los propios y exclusivos de cada edificio, afecten a la generalidad o a una gran mayoría de los componentes del conjunto urbanístico, pueda asumirla la expresada comunidad de la urbanización (SSTS de 26 de junio de 1995 y 5 de julio de 1996).

Cualquiera de los condueños está legitimado procesalmente para ejercer acciones en beneficio de todos los comuneros (SSTS de 9 de febrero de 1991 y 15 de julio de 1992). Cualquiera de ellos puede, en legítima defensa de sus intereses, promover acciones o excepcionar cuantos medios jurídicos a su alcance puedan asistirle, habida cuenta de que a tenor de esa misma doctrina los resultados perjudiciales no vinculan a los demás copropietarios. Además, no es preciso que los copropietarios sometan la cuestión a la junta de propietarios con carácter previo, pues ningún precepto lo establece así y no puede imponérseles tal limitación.

Requisitos para la aplicación de la doctrina del abuso de derecho.—El abuso de derecho ha de quedar claramente manifestado, tanto por la convergencia de circunstancias subjetivas e intencionales de perjudicar o falta de interés serio y legítimo, como de las objetivas de producción de un perjuicio injustificado (SSTS de 11 de mayo de 1991 y 13 de febrero de 1995, entre otras). (STS de 14 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Francisco Jiménez González interpone demanda contra *Sánchez Macías Comunidad de Bienes* y contra la entidad mercantil *Complejo Atlántico, S. A.*, en la que solicita: 1) El cese en la explotación de la actividad de «cafetería pastelería con horno punto caliente» en el local de negocio situado en uno de los bajos de la Urbanización *Complejo Atlántico*; 2) La demolición total y a su costa de la construcción adicional realizada en la terraza de dicho local; 3) La retirada del letrero luminoso y de los aparatos de aire acondicionado instalados en la fachada del edificio y terraza lateral.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, motivo por el cual los demandados recurren en apelación. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso, en el sentido de mantener el primer pronunciamiento de la sentencia de instancia, pero revoca los referidos a la demolición de la construcción adicional realizada en la terraza de dicho local y el referente a la retirada del letrero luminoso y de los aparatos de aire acondicionado.

Los demandados interponen sendos recursos de casación. El Tribunal Supremo desestima ambos recursos al entender que: 1) El local de negocio está situado en una urbanización de carácter residencial y la actividad expresada está calificada como actividad molesta, además de incumplir uno de los artículos de los Estatutos; 2) El demandante instó la acción en su propio nombre e interés de la comunidad de propietarios del *Complejo Atlántico* y tiene legitimación para ello; 3) Al recurrente se le prohíbe la actividad desarrollada en el local de negocio, pero eso no implica que no pueda desarrollar otra distinta no comprendida en la prohibición estatutaria. (S. L. M.)

54. Modificación o alteración de elementos comunes.—De acuerdo con constante doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 28 de abril de 1986 y 28 de abril de 1992), el acuerdo unánime que la Ley de Pro-

iedad Horizontal exige para la modificación o alteración de los elementos comunes ha de demostrarse de un modo concluyente, admitiendo para ello el consentimiento tácito de los copropietarios, que puede deducirse de los actos inequívocos de los mismos.

Obras realizadas en terraza interior propiedad de la comunidad.—El concepto de «cerramiento» de terraza, al ir acompañado del término «totalmente», da a entender que la delimitación del espacio lo es en las tres dimensiones: es decir, colocación del tejado de uralita no transparente y la instalación de los parámetros que cierran totalmente el espacio objeto de la autorización. (STS de 23 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—En julio de 1981 una comunidad de propietarios autoriza a los copropietarios de una vivienda, por unanimidad, «a cerrar totalmente» con uralitas no transparentes treinta y cinco metros cuadrados de la terraza interior de la comunidad, a la que éstos tienen acceso a través de su vivienda. Sobre la base de esta autorización, los propietarios proceden al cerramiento de la terraza. Pese a que la obra se desarrolla a la vista de los comuneros, durante más de diez años éstos no formulan objeciones y sólo cuando, tiempo después, los copropietarios inician nuevas obras en el patio, son cuestionadas todas en su conjunto. La comunidad de propietarios, representada por su presidente, promueve demanda contra los copropietarios por la que solicita que se declare la ilegalidad de las obras llevadas a cabo por éstos y que se proceda, en consecuencia, a la demolición de la obras realizadas y a la reposición de la terraza a su estado originario, todo ello a cargo de los demandados.

El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda, pues exceptúa de la declaración de ilegalidad la colocación de un tejado de uralita no transparente sobre una superficie de terraza de treinta y cinco metros cuadrados. Esta sentencia es revocada parcialmente en grado de apelación. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la comunidad de propietarios. (M. C. C. M.)

55. Propiedad horizontal. Representación del Presidente de la Comunidad de propietarios.—Su contenido básico es la ejecución de los acuerdos de la Junta de Propietarios sobre asuntos de interés general para la comunidad. Así pues, la representación del Presidente no sirve para legitimarle en cualquiera de sus actuaciones, no tiene un «contenido en blanco»: el Presidente no puede suplir, corregir o anular la voluntad de la Junta, que es quien acuerda lo conveniente a los intereses de la comunidad. (STS de 20 de octubre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La actora, una comunidad de propietarios, acuerda por unanimidad interponer demanda por vicios en la construcción contra *Benimex, S. A.* El Presidente de dicha comunidad no sólo demanda a la citada sociedad, sino también a otras personas, físicas y jurídicas, que habían participado en la edificación y contra las cuales la Junta de Propietarios no había acordado interponer demanda.

El Tribunal Supremo, en el recurso de casación interpuesto por dos de los demandados, afirma que no se había otorgado al Presidente poder suficiente para interponer la demanda contra ellos. (B. F. G.)

56. Para que sea aplicable el artículo 34 LH es necesario que el acto adquisitivo del tercero protegido sea válido.—Si el acto adquisitivo del tercero protegido por el artículo 34 LH es nulo, se aplicaría el artículo 33 LH el cual establece que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. La protección de la fe pública registral entra en juego cuando, cumplidos los requisitos del artículo 34 LH, se anula o resuelve el derecho del transmitente. Por el contrario, nunca se aplicará el artículo 34 LH cuando el derecho que se anula o resuelve es el del propio tercero protegido (STS de 25 de julio de 1996, FJ 7.º).

Interpretación del supuesto de doble venta del artículo 1473 CC.—A pesar de que el segundo párrafo del artículo 1473 CC no incluye en su supuesto de hecho la buena fe, la aplicación de esta norma está supeditada a que la inscripción en el Registro de la Propiedad se haya realizado de buena fe. En virtud de los artículos 433 y 1950 CC se considera que la buena fe consiste en el desconocimiento en el segundo comprador de que la misma cosa ha sido objeto de una venta anterior. Para la aplicación del supuesto de doble venta es necesario que en el momento en el que se perfeccionó la segunda venta, la primera no haya sido aún consumada, pues de lo contrario estaríamos ante una venta de cosa ajena o ante una compraventa nula por falta de objeto.

El requisito de la «buena fe» en el artículo 34 LH.—Como se establece en el propio supuesto de hecho del artículo 34 LH, la buena fe es condición *sine qua non* para la aplicación del precepto (STS de 23 de octubre de 1964, 25 de mayo de 1974 y 28 de noviembre de 1996). La buena fe tiene dos vertientes: una *positiva*, que consiste en la creencia de que la persona que transmite la finca es dueña de la misma y puede transmitir su dominio; y otra *negativa*, consistente en ignorar o desconocer los posibles vicios invalidantes en la titularidad del que transmite (SSTS de 2 de julio de 1965 y 5 de enero de 1977, entre otras). El requisito de la buena fe es una cuestión de hecho que ha de ser apreciado por el juzgador de instancia. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe lo contrario. (SSTS de 12 de junio de 1987, 22 de diciembre de 2000, 17 de mayo y 28 de diciembre de 2001).

Diferencias entre el principio de exactitud registral del artículo 34 LH y 38 LH.—En el caso del artículo 34 LH la exactitud registral se presume *iuris et de iure* mientras que en el artículo 38 LH, el principio de legitimación registral sí admite prueba en contrario, esto es, opera como una presunción *iuris tantum*. (STS de 25 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don V. D. T. y doña M. T. D. M. interponen demanda ante el Juzgado de Primera Instancia contra don J. L. R. B. y *Promociones Agrícolas y Urbanas, S. A.*, don J. A. F. L. y doña I. L. O., en la que se interesaba la nulidad de una escritura de hipoteca. El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda y ordena la cancelación de las inscripciones y anotaciones causadas por aquella en el Registro de la Propiedad. En grado de apelación, la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso declarando válida la hipoteca. Finalmente, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*J. D. S. C.*)

57. Interpretación del artículo 38.2 LH.—En un primer momento, la jurisprudencia mantuvo una interpretación rigorista del precepto exigiendo el

ejercicio previo, o al menos coetáneo, de la acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, con la demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. Sin embargo, dicha interpretación ha sido superada por la moderna doctrina jurisprudencial que en la actualidad mantiene que, en aquellos casos en los que se ejercita una acción contradictoria del dominio sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, tal petición se considera implícita y no puede ser motivo para denegar la acción.

El artículo 34 LH consagra los principios de fe pública registral y de inoponibilidad.—El primero de ellos protege al tercero que adquiere del titular registral, de manera que no le afecta la posterior declaración de nulidad del contrato de quien transmite. El artículo 34 LH enerva la acción reivindicatoria, la acción meramente declarativa, la acción concesoria y cualesquiera otras acciones reales, protegiendo así al adquirente de las consecuencias derivadas de la anulación o resolución del derecho del transmitente (SSTS de 17 de octubre de 1989 y 15 de noviembre de 1990). El principio de inoponibilidad impide oponer al tercero que adquiere aquellos actos que siendo inscribibles no han tenido acceso al Registro de la Propiedad. (**STS de 4 de octubre de 2004**; ha lugar.)

HECHOS.—Doña J. F. G., don J. A. P., don J. S. M., don J. R. A. y don L. R. B., formularon demanda contra don T. C. L. y otras ciento veinte personas en la que solicitaban la validez y eficacia de los contratos de compraventa suscritos con los demandados así como la declaración de que los demandantes habían cumplido con las obligaciones derivadas de tales contratos. Los actores pedían además que se condenara a los demandados al otorgamiento de la correspondiente escritura pública de compraventa a favor de los demandantes. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial, por su parte, desestima el recurso de apelación interpuesto por algunos de los demandados confirmando la sentencia de instancia. Interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo, se declara haber lugar al mismo. (*J. D. S. C.*)

58. Retracto de colindantes: finalidad.—Es doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS de 22 de enero de 1991 y 18 de abril de 1994) que la finalidad del retracto de colindantes (art. 1523 CC) es facilitar un remedio a la división excesiva de la propiedad rústica (minifundios), que constituye, sin duda, un impedimento para el desarrollo de la riqueza y obstaculiza la producción agrícola.

Retracto de colindantes: naturaleza jurídica.—Afirma la Sala 1.^a del Tribunal Supremo que el derecho de retracto de fincas rústicas colindantes (art. 1523 CC), como todos los retractos legales, son limitaciones al derecho de propiedad privada, a modo de cargas de Derecho público, pues aunque puedan beneficiar a los particulares, su justificación última se encuentra en razones de interés general. (**STS de 20 de julio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don G. V. S. S. ejercita la acción de retracto de colindantes e interpone una demanda contra don F. A. S. y su esposa doña J. A. C., en la que solicita que se declare que el demandante

tiene derecho a retraer la finca litigiosa y se condene a los demandados a que otorguen escritura pública de venta en las mismas condiciones en que adquirieron la citada finca.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima en parte, revocando parcialmente la sentencia de primera instancia en materia de costas y confirmándola en todo lo demás. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. J. P. G.)

DERECHO DE FAMILIA

59. Bienes gananciales: venta simulada; incongruencia omisiva: inexistencia.—Se basa este motivo en que la sentencia de apelación no ha tratado el tema de la simulación absoluta del negocio, tal como se pidió en la reconvencción, plasmada en la falta de precio, dado que la Audiencia Provincial resolvía conforme al artículo 1324 CC sobre la confesión de uno de los cónyuges que favorece al otro. No es de admitir dicho motivo, pues está sobradamente dicho por esta Sala y el Tribunal Constitucional —ya que lo aquí motivado se reitera con asiduidad tanto en los recursos civiles de casación como en los de amparo constitucional— que la falta de correspondencia entre los argumentos jurídicos de la sentencia con los traídos al proceso, siempre que esa discrepancia no sea esencial y no afecte a la causa de pedir ni a los hechos debatidos que sean base de la misma, no supone incongruencia alguna omisiva; y en el presente caso lo que realmente se discute es si constituye efectivamente venta del marido a la mujer la declaración hecha por aquél en el documento público correspondiente, pues si se da por existente, el negocio no sería nulo por simulado, y si se llega a la conclusión de que en tal documento no se vendió nada, sí procedería la nulidad contractual que se pide.

Prueba: presunción de ganancialidad.—Si bien el artículo 1361 CC establece, como regla general, a falta de otra prueba o declaración al respecto, la presunción de ganancialidad de los bienes *existentes* en el matrimonio, debiendo probar la parte que pretenda la privación de los mismos, o de alguno de ellos, que en realidad lo son del cónyuge que así lo exija, existen otras normas, no obstante, que permiten alterar esta regla, como son las del artículo 1355 CC, por un lado, que autoriza a los citados cónyuges a establecer, de común acuerdo, la facultad de atribuir esa condición de ganancialidad a los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera sea la procedencia del dinero; y por otro, la del artículo 1324 CC que, a su vez, permite mediante *confesión* (declaración unilateral válida en derecho), hecha por el que de ello puede resultar perjudicado, que tal declaración se constituya en prueba eficaz y bastante para que determinados bienes sean considerados, aun perteneciendo a la comunidad o al cónyuge que la hace, como propios del otro, con las limitaciones que el precepto fija.

Interpretación jurisprudencial del artículo 1324 CC.—La STS de 25 de septiembre de 2001 dice que el artículo 1324 CC atribuye valor de *confesión inter partes*, es decir en el ámbito de las relaciones entre los cónyuges, y más concretamente de uno frente a otro, al preservar los intereses de los herederos forzosos y de los acreedores, para no *blindar* situaciones de posibles fraudes; pero tal prevalencia confesoria no es absoluta y caben pruebas en

contrario, pruebas que han de ser eficaces y contundentes, como declaró la STS de 18 de julio de 1994. Se trata de una fuerte presunción legal que se establece por encima de la regla común del *onus probandi*, y que evita tener que acudir a la prueba corriente de presunciones, si bien no con el carácter del artículo 1250, dándosele más bien el carácter de la confesión, con el valor del artículo 1232 y asimismo con el que le confiere el artículo 1239. Esa fuerza de poder eludir la regla del artículo 1361, hace que situaciones como aquellas en que se produzca la falta de precio, permitiéndose que sin él la causa de tal traspaso de propiedad sea la mera declaración de voluntad del perjudicado, o la precariedad o desproporción del mismo, no afecten a la validez de la declaración, salvo que exista una prueba muy fuerte y eficiente en contrario, o se produzca el error, el dolo o el engaño o la falta de capacidad del que la hace.

La regla del consentimiento se aplica tanto a los bienes gananciales como a los privativos.—El artículo 1324 CCda eficacia de prueba, por sí sola, a la declaración que se hace, para enervar así la pretensión contraria a que no valga lo declarado, y, lógicamente, es aplicable no sólo a los casos de obtención de la privatividad de bienes que en relación con su adquisición serían gananciales, sino también a los supuestos contrarios, como regla de justa correspondencia, así como a supuestos similares como el del pleito en el que el marido, dueño privativo de toda la finca, concede en escritura pública la mitad indivisa a la mujer, dando origen a una situación privativa compartida, o cuando el marido concurre a una adquisición realizada por la mujer confesando que el dinero que ésta da en pago es privativo de ella. (STS de 8 de octubre de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Interesante supuesto relativo a un pleito entre cónyuges de los que no consta estén divorciados ni separados por sentencia firme, aunque sí enfrentados por motivos patrimoniales; datando las compraventas aquí enjuiciadas de 1990, cabe conjeturar la existencia actual de algún modo de separación de hecho, o, incluso, de reconciliación posterior. Hay demanda de la mujer y reconvencción del marido sobre supuesto similar. La esposa ejercita la *actio communi dividundo* de finca que inicialmente era privativa del marido y de la que en 26 de abril de 1990 la mujer adquirió una mitad indivisa, declarando el marido que el dinero que aporta es privativo de ella. El marido se opone y reconviene solicitando que se declare ganancial la mitad del piso adquirido por su mujer el 24 de marzo de 1990, en cuyo otorgamiento el marido concurrió declarando que el precio pagado por su mujer por el piso era igualmente privativo; pretensión a la que ahora se opone su mujer. Nada consta de la motivación de ambas adquisiciones ni de la relación entre ambas. El Juzgado de Primera Instancia da plenamente la razón al marido, desestimando la demanda y estimando la reconvencción. Pero la Audiencia Provincial estima la apelación y da la razón a la mujer. El Tribunal Supremo desestima la casación interpuesta por el marido en cuidada sentencia (Pte.: Ruiz de la Cuesta Cascajares) de la que cabe destacar la, en cierto modo, *revalorización sustantiva del artículo 1324 CC*, y la franca admisión del libre juego de la autonomía de los cónyuges a la hora de calificar como privativos o comunes las adquisiciones de bienes realizadas durante el matrimonio.

Tuve ocasión de sostener hace algunos años que la norma del artículo 1355 CC es reversible, y que funciona en ambas direcciones, por lo cual cabe el pacto de considerar privativos los bienes adquiridos durante el matrimonio con dinero ganancial, viendo una de sus manifestaciones en el artículo 1353; y que la nueva redacción dada al artículo 95.4 RH se ha puesto en armonía con el artículo 1324 CC al disponer que todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión (García Cantero en Castán, V-1.º, 12.ª ed., Madrid, 1994, pp. 451 y 534). Esta interpretación amplia del artículo 1324 CC sigue manteniéndose por Rams Albesa en Lacruz *et alii*, 2.ª ed. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 188 y s.: «La solución actual es, sin duda, la más justa y práctica. En efecto, habiendo bienes privativos, ¿cómo acreditar, transcurridos muchos años, la propiedad de los aportados por cada esposo (o recibidos por título privativo constante matrimonio), sino mediante el reconocimiento del otro? La posibilidad de fraude que envuelve el reconocimiento de créditos conyugales o titularidades privativas no es argumento suficiente para rechazar la validez de aquél en cualquier caso; cosa distinta es que dicho reconocimiento no tenga eficacia definitiva». Otras opiniones en sentido diverso están recogidas en Castán *op. et loc. cit.*, p. 433, n. 29. En cuanto a la eficacia sustantiva de tal confesión por parte de alguno de los cónyuges, hasta el punto de equipararla a la causa del negocio dispositivo, no creo que se acepte, sin más, por la doctrina. (G. G. C.)

60. Nulidad del reconocimiento de complacencia.—Son argumentos en pro de la tesis del Motivo, los siguientes:

a) Que sin perjuicio de la normativa en torno al evento impugnatorio de un reconocimiento «pro forma», que en el caso del litigio siguió la pauta del artículo 120-1.º 1, esto es, ante el Encargado del Registro Civil, y que, por ello su posible impugnación habría de cumplir con los requisitos, en cuanto a la legitimación activa, según el artículo 140, que lo cumple el actor, al tratarse en rigor, de una impugnación de una filiación extramatrimonial —S de 26 de noviembre de 2001— (y, dentro del plazo de un año en cuanto a la caducidad prescrito por el art. 141 —que aunque no aplicable, asimismo, se observa— si es que el litigio versara sobre la existencia de un vicio invalidatorio en el consentimiento, lo que, literalmente, no es posible habilitarlo como fundamento de la pretensión), ha de resaltarse que, en el recurso se debate una problemática concernida al llamado reconocimiento de complacencia (*recitius* de conveniencia interesada), esto es, cuando los intervinientes en ese acto formal están de acuerdo o admiten (si bien no lo expliciten —pues ello sería hasta contradictorio con su voluntad emitida—), que la verdad biológica no coincide con el designio de ese acto, porque, ambos, reconociente y reconocido, se repite, eran conscientes de que su contenido no se correspondía con la verdad material.

b) Así son relevantes circunstancias, como las acreditadas, en las que, incluso, aparece el móvil económico del cambio de actitud del actor, que si bien es reprochable en cualquier otro campo moral o social, no debe eludirse para robustecer aún más que el acto aparente confirma que los mismos demandados no han negado en ningún momento esa contradicción entre la

verdad material y la formal y, que hasta la misma inexistencia de la impugnación del recurso lo avala.

c) Así las cosas, no puede omitirse las sanciones sobre la prevalencia de la verdad material en las cuestiones de estado civil que prescribe el artículo 39 CE, y cuyo significado es obvio, ha de cohonestarse, incluso, con el beneficio de los propios hijos, objetivo que, en el presente recurso, no puede decirse que se cumpla con la declaración judicial recurrida, porque, ni se respeta la primacía de aquella verdad, ni tampoco es atendible que la misma reconocida sólo aduzca en su defensa que se contrarreste ese móvil económico de su falso progenitor y, que por ello, por la misma se aferra a impedirlo.

d) Esta Sala, en definitiva, entiende que, pese a los desvíos de una conducta acorde con los modelos de asunción de lo antes querido, y su reprobación en los planos de la sociología al uso, dentro del campo del Derecho y de la legalidad imperante, sería una clamorosa irregularidad mantener un reconocimiento de filiación en contra de lo así sabido por los mismos interesados, evitando que de este modo se prolongue *sine die* ese evidente estado civil pugnante con el personal designio de los afectados. (STS de 12 de julio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—El demandante impugnó el reconocimiento de una hija, puesto que en el momento de reconocer sabía perfectamente que no era suya y lo hizo por complacer a la madre. El asunto se planteó con motivo de la separación matrimonial del reconociente y la madre de la hija reconocida. El Juez de primera instancia estimó la demanda, declarando la nulidad del reconocimiento. La Audiencia Provincial admitió el recurso de apelación, desestimando la demanda, pero el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, confirmando la sentencia del juez de primera instancia. (L. F. R. S.)

61. Doctrina de respeto al principio de verdad biológica por encima del plazo formalmente establecido. Inaplicabilidad a un reconocimiento voluntario.—En diversas sentencias (sirvan de ejemplo, las SSTS de 23 de marzo de 2001, 3 de diciembre de 2002, 15 de septiembre de 2003 y 4 y 17 de junio de 2004), el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta una serie de circunstancias para rechazar la caducidad de la acción de impugnación de la filiación (*v. gr.*, el descubrimiento tardío de la esterilidad por el padre registral o la revelación tardía por parte de la madre de quién es el padre biológico), primando la verdad biológica por encima del plazo establecido por el Código civil. Tal doctrina, sin embargo, no se ha de aplicar a un supuesto de reconocimiento voluntario por parte de un progenitor que, en el momento de llevarlo a cabo, sabía que el hijo no era suyo o podía no serlo. Allí donde no haya razones suficientes o válidas, lo aconsejable será no apartarse de un régimen legal que se ha de respetar, puesto que atiende al interés del hijo tal y como el legislador ha considerado más conveniente protegerlo.

Revocación del reconocimiento de un hijo.—Se rechaza categóricamente la posibilidad de revocar el reconocimiento de un hijo a voluntad del que lo llevó a cabo (STS de 26 de marzo de 2001). Tal conducta constituiría un intento de disponer del estado civil, lo que es rechazado por la ley (art. 741 CC). (STS de 14 de julio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. A. M. R. y doña A. R. C. contrajeron matrimonio el 8 de febrero de 1992. Cuatro días más tarde, el 12 de febrero, don A. A. M. R. compareció ante Notario y reconoció como hija suya a doña M. M. R., nacida en 1988 de su ahora esposa, doña A. R. C. El reconocimiento se anotó en el Registro civil el día 14 del mismo mes. Años más tarde, iniciado procedimiento de separación conyugal a instancias de la esposa, don A. A. M. R. asumió de nuevo plenamente su paternidad, al contestar a la demanda, el 26 de julio de 1996. La sentencia del pleito sobre separación recayó el 18 de abril de 1997 y en ella se acordaba, entre otros pronunciamientos, una pensión de alimentos para la hija.

El 2 de marzo de 1998, don A. A. M. R. presentó demanda sobre impugnación de la filiación de doña M. M. R., contra doña A. R. C., solicitando al mismo tiempo la rectificación de los correspondientes asientos del Registro civil. Alegaba en la demanda que llevó a cabo el reconocimiento de su paternidad por presiones o coacción de doña A. R. C., puesto que ésta no se casaría con él si no reconocía a su hija. La demanda fue desestimada en primera instancia, por caducidad de la acción, con base en el artículo 141 CC. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Provincial entendió que, en realidad, se ejercitaba una acción de impugnación de la filiación (no del reconocimiento) y que el precepto aplicable era el artículo 136 CC, cuyo plazo había transcurrido con creces. Pese a ello, la sala *a quo* estimó el recurso de apelación de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo que prima la verdad biológica sobre el plazo formalmente establecido; doctrina que estimaba aplicable al caso.

Frente a esta sentencia, interpuso recurso de casación doña A. R. C., por inaplicación de los artículos 120 y 141 CC. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, por lo que casó la sentencia de instancia y confirmó el fallo de primera instancia. (A. M. M.)

62. Filiación matrimonial: matrimonialidad subsiguiente a reconocimiento de hijo: fallecimiento del padre: impugnación por hijos de matrimonio anterior: incongruencia omisiva.—Constituye un supuesto de incongruencia omisiva el defecto de exhaustividad por omisión de pronunciamiento, cuando éste hubiese sido efectivamente pretendido y el silencio no deba entenderse, tras la correspondiente labor hermenéutica, como una desestimación tácita. La STS de 28 de febrero de 2003, con cita de la de 4 de febrero de 2000, destacó la trascendencia constitucional del referido defecto, dado que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 24.1 de la Carta Magna, exige que la sentencia resuelva absolutamente todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente razonada o motivada que sea procedente. En el presente caso el Tribunal de apelación no dio respuesta a la impugnación de la filiación por no responder a la realidad biológica.

Negativa injustificada de la madre a la prueba biológica sobre el menor.—Esta Sala ha declarado con reiteración que la negativa injustificada a someterse a la práctica de la prueba biológica de paternidad no constituye un supuesto de *ficta confessio* (al modo de comportamiento concluyente de significado unívoco y decisivo, favorable a la pretensión del proponente). Antes bien, se le atribuye el valor de indicio para declarar o negar la paternidad,

valioso pero no exclusivo ni aislado, sino a conjugar con los demás que ofrezca el proceso y los medios de prueba practicados en él. El Juzgado de Primera Instancia valoró la injustificada negativa de la demandada a que la prueba se practicara con datos extraídos directamente del cuerpo de su hijo menor; pero, correctamente, no le dio más valor que el de un indicio que, en combinación con las pruebas practicadas en el proceso, le llevó a entender no demostrado el hecho constitutivo de la acción de impugnación en sentido estricto ejercitada en la demanda y, finalmente, a aplicar las reglas del *onus probandi*.

Reconocimiento de paternidad no viciado: convivencia con la madre al tiempo de la gestación: plena investigación de la paternidad en el proceso.—El Juzgado dio un significado especial al reconocimiento de paternidad, previo al matrimonio, sin vicio alguno en la formación o exteriorización de la voluntad, ni constancia del propósito de disimular una realidad contraria o de la emisión de declaración posterior en sentido distinto; así como a las declaraciones de determinados testigos, cualificados por la razón de ciencia que ofrecían y de las circunstancias en ellos concurrentes, sobre la convivencia de aquél con la madre de H. en la época de la gestación y sobre las declaraciones emitidas por el padre respecto a su efectiva paternidad. Con la sentencia recurrida no se violan los artículos 14 CE (pues la valoración que aquí se hace de la conducta procesal de la madre del menor elimina cualquier tratamiento desigual de los litigantes), 18 (pues la desestimación de la demanda de impugnación no puede afectar al honor e intimidad familiar de los actores), 39.2 (ya que la paternidad de H. ha sido investigada en el proceso con plenitud, aunque sea con un resultado no querido por los recurrentes) y 39.3 CE (ya que la negativa de la madre nada tiene que ver con las prestaciones de asistencia de los padres). (STS de 5 de julio de 2004; ha lugar en parte.)

NOTA.—Supuesto de hecho novedoso sobre acciones de filiación en el que están implicadas *prima facie* personas pertenecientes, sin duda, a dos civilizaciones y religiones tan dispares como el Cristianismo y el Islam, pareciendo advertirse en la sentencia cierta quiebra en la unánime doctrina jurisprudencial, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, hasta ahora aplicada sobre la negativa a las prácticas biológicas. Tampoco es frecuente que los hijos de un matrimonio anterior impugnen la legitimidad del hijo nacido del nuevo matrimonio de su padre, después de la muerte de éste. Menos todavía que la segunda mujer sea musulmana que se avino a celebrar matrimonio *coram ecclesiae* (ulteriormente anulado canónicamente después de iniciado este proceso, sin que la sentencia se haya homologado). Parece deducirse de los autos que la madre fue declarada procesalmente rebelde por el Juzgado de Primera Instancia, permaneciendo en esta situación a lo largo del proceso, sin prestar ninguna colaboración para que fuese averiguada la verdad biológica sobre la paternidad de su hijo. Pese a esta situación pasiva ha triunfado en sus lógicas pretensiones de que se mantenga el *statu quo* registral. No obstante, la sentencia extractada (Pte.: Ferrándiz Gabriel) admite uno de los motivos del recurso relativo a la incongruencia omisiva, casando la sentencia de la Audiencia Provincial porque no se había pronunciado sobre la acción de impugnación de la filiación del menor por no responder a la realidad biológica. En verdad, victoria

pírrica de los recurrentes que ven rechazados los motivos basados en una reiterada jurisprudencia sobre la negativa a la práctica de la prueba biológica, basándose en meros indicios para fundar la matrimonialidad del menor. Como previo a la matrimonialización per subsequens el presunto padre reconoce al hijo dado a luz por la mujer conviviente, y la sentencia enfatiza sobre la ausencia de vicios de tal declaración de voluntad (cosa fácil de sostener cuando ha fallecido el reconecedor), afirmándose (FD 3.º) que la paternidad de H. ha sido investigada en el proceso con plenitud, lo que no parece cierto pues ni siquiera los Juzgadores pudieron comprobar por sí mismos el parecido físico con el presunto padre, ni sus rasgos raciales al oponerse radicalmente la madre. (G. G. C.)

63. Filiación no matrimonial: reclamación de la paternidad: negativa injustificada a la práctica de la prueba biológica: doctrina general.—Las partes de un litigio en que se ejercitan acciones de investigación de la paternidad tienen el deber de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas admitidas por el Tribunal competente, para no colocar a la otra en una situación de indefensión contraria al artículo 24 CE, al impedirle justificar su pretensión mediante la utilización de un medio de prueba pertinente y admitido (STC de 31 mayo de 1999). Se produce, en tal caso, una colisión entre derechos fundamentales de las partes del litigio (STC de 17 de enero de 1994), que ha de resolverse tomando en consideración, por un lado, que el derecho a la intimidad no puede convertirse en una barrera para facilitar el desconocimiento de las cargas y deberes de una conducta que tiene íntima relación con el respeto a posibles vínculos familiares (STC de 17 de enero de 1994 y ATC de 9 marzo de 1990) y, por otro lado, que si a la voluntad obstruccionista injustificada se le atribuyen consecuencias jurídicas, como medio de llegar a juicios de valor por equivalencia, quedará excluida la indefensión que, en otro caso, habría sufrido la parte proponente de la prueba. En relación con esas consecuencias de la negativa injustificada, esta Sala ha declarado con reiteración que aunque la misma no constituye una *ficta confessio*, tiene el valor de indicio razonable en conjunción con otras pruebas de las que exulte la existencia de relaciones sexuales en la época de la concepción. En el presente el miedo a las inyecciones no es causa justificada de la negativa, y la razonable probabilidad de relaciones sexuales entre los litigantes a partir de la demostración de la convivencia hasta fechas próximas a la concepción. (STS de 6 de julio de 2004; no ha lugar.) (G. G. C.)

64. Pertinencia de la práctica de una prueba biológica de paternidad acordada para mejor proveer.—No es justificable la negativa a colaborar en la práctica de la prueba biológica aduciendo una inutilidad o falta de garantías de la misma, por la posibilidad de una mezcla de restos, puesto que este temor carece de fundamento científico. Según el Tribunal Supremo, las partes no pueden erigirse en dueñas de la prueba y, por ello, no puede aceptarse el planteamiento del recurrente, que supone tanto como arrogarse la facultad de decidir sobre la pertinencia de una prueba biológica, sustrayéndola indebidamente al juzgador; más aún cuando la propuesta de la prueba la hizo el juzgador de instancia y no el recurrente.

Valoración conjunta de la prueba en casación.—Cuando no existe arbitrariedad o falta de lógica en la sentencia impugnada, no puede acometerse

en el recurso de casación una valoración conjunta de la prueba, ya que excede de los límites consustanciales de tal recurso. Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que el recurso de casación no permite sustituir la valoración probatoria del tribunal sentenciador por presunciones propias del recurrente. (STS de 15 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1998, don F. G. R. interpone demanda sobre reclamación de filiación extramatrimonial, e impugnación de la filiación matrimonial contradictoria, contra don F. G. G., marido de su madre, así como contra los herederos de don L. C. P., presunto padre biológico, fallecido en 1954. Alega el demandante que, a través de una serie de cartas de su madre, escritas en 1995, había descubierto tardíamente que su verdadero padre era don L. C. P., tío de su progenitora, que vivía en la casa colindante a la de ella. Según el actor, la paternidad biológica se había mantenido en secreto, por estar casado don L. C. P. y gozar de gran prestigio social en el pueblo, si bien éste se había hecho cargo de los gastos de educación de don F. G. R., estableciendo incluso una serie de disposiciones para su pago tras su muerte. Presenta también como pruebas una serie de testimonios indirectos de amigos, el hecho de que no se inscribió su nacimiento en el Registro civil sino hasta pasados diez años (coincidiendo aproximadamente con la fecha de la muerte de don L. C. P.), así como las manifestaciones de don F. G. G. (cuya prueba de confesión no solicita), en las que éste no niega tampoco categóricamente que don F. G. R. fuera hijo suyo, ni afirma, como pretende el demandante, que hubiera huido a Francia para escapar de la presión social existente en el pueblo — donde, según el actor, era sabido por todos, pese al secreto, la verdadera paternidad de don F. G. R.—; más bien sostiene don F. G. G. que el motivo de su huida fue su voluntad de divorciarse.

Propuesta por el Juzgado de Primera Instancia la prueba biológica de paternidad, como diligencia para mejor proveer, el actor se niega a someterse a la misma, alegando la falta de garantías que dicha prueba ofrecía, al haberse exhumado recientemente los restos de su presunto padre biológico para trasladarlos, desde su ubicación original, al cementerio, donde fueron enterrados junto a los restos de su esposa y un hermano. Por otra parte, obra en autos un informe pericial caligráfico sobre las cartas de la madre, en el que se pone en duda su autenticidad.

El Juzgado de Primera instancia desestima la demanda, por la negativa del demandante a someterse a la prueba biológica y por haber presentado éste, a su vez, únicamente pruebas indirectas, que no ofrecían ningún dato del que se pudiera inferir la paternidad que se reclamaba. Interpuesto recurso de apelación y solicitada por el recurrente la práctica de la prueba biológica, se rechaza esta solicitud, por falta de amparo legal, y se desestima el recurso por el mismo motivo. Don F. G. R. interpone entonces recurso de casación sobre tres motivos diferentes. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (A. M. M.)

65. Prueba de paternidad biológica. Valor de la negativa a someterse a la misma.—De acuerdo con reiterada doctrina (entre otras, SSTS de 1

y 11 de octubre de 1999, 29 de marzo, 24 de abril, 24 y 30 de mayo de 2000, 3 de noviembre y 27 de diciembre de 2001, 17 de julio de 2002 y 2 de julio de 2004), la negativa a someterse a pruebas biológicas, aunque no tiene el valor probatorio de una *ficta confessio*, ha de considerarse como un indicio especialmente valioso, que, en unión con otras pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad del demandado.

Prueba de paternidad. Fiabilidad.—Son varias las sentencias en que se reitera la alta fiabilidad de las pruebas de paternidad, quedando recogido el fundamento científico de las mismas y sus parámetros de probabilidad en la acreditación de la paternidad (SSTS de 18 de mayo de 2000 y 2 de julio de 2004).

Prueba de paternidad biológica. Derechos fundamentales de la persona.—Las pruebas biológicas de paternidad no vulneran el derecho a la intimidad o a la integridad física —salvo que entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarlas—, ni pueden considerarse degradantes o contrarias a la dignidad de la persona.

Prueba de paternidad biológica ordenada en segunda instancia como diligencia para mejor proveer.—Según el Tribunal Supremo, en los procedimientos sobre filiación se ve envuelto el interés público superior, pues afectan al estado civil de las personas, motivo por el que debe prevalecer en ellos la verdad biológica. Esto determina que la realización de la prueba biológica de paternidad no sólo sea pertinente en este contexto, sino también necesaria. De hecho, en esta misma línea, la nueva legislación procesal desvincula esta prueba del principio de aportación de parte (art. 752.1 LEC).

Uso de la prueba de presunciones por el juzgador de instancia.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (entre otras muchas, SSTS de 3 de diciembre de 1988, 22 de febrero, 7 de julio y 2 de noviembre de 1989, 21 de diciembre de 1990, 17 de julio de 1991 y 7 de abril de 2004) que el juez está autorizado, pero no obligado, a utilizar la prueba de presunciones. Por ello, cuando el juzgador de instancia no hace uso de dicha prueba para fundamentar su fallo, sino que se apoya en lo que resulta de las pruebas directas practicadas en el proceso, no queda infringido el artículo 1253 CC, pues no era necesario acudir, además, al medio indirecto de las presunciones.

Control en casación del uso de la prueba de presunciones.—En la prueba de presunciones es preciso un enlace preciso y directo entre el hecho base y la consecuencia que de ello se extrae. Ahora bien, esto no significa que la deducción sea unívoca, pues, de serlo, no se trataría propiamente de una presunción, sino de *facta concludentia*. Por el contrario, en las presunciones puede seguirse del hecho base distintos hechos consecuencia. Por ello, existe numerosa jurisprudencia que recoge la doctrina de que sólo puede someterse al control casacional la operación deductiva llevada a cabo cuando no se ajuste a las reglas de la lógica (entre otras muchas, SSTS de 23 de abril de 1980 y 5 de junio de 1986). Junto a ello, el control en casación del uso de la prueba de presunciones por el juzgador de instancia se producirá cuando se haya omitido su empleo, habiendo sido propuesta la prueba por las partes y discutida en el pleito (SSTS de 23 de abril de 1980 y 20 de abril y 11 de octubre de 1990). (STS de 16 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M.^a A. R. C. interpone demanda sobre reclamación de filiación extramatrimonial contra don M. B. P., acumulando una reclamación de alimentos contra este demandado y contra la propia madre de la demandante, doña J. R. C. Por medio de

diversos documentos y de la confesión del propio demandado, queda acreditado en autos, que don M. B. P., famoso torero, mantuvo unas relaciones sentimentales con la madre de la actora en la fecha de concepción de la misma.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y el demandado, don M. B. P. interpone contra dicho fallo recurso de apelación. La Audiencia Provincial, de acuerdo con el artículo 340 LEC, ordena, como diligencia para mejor proveer, la práctica de la prueba de paternidad biológica; pero don M. B. P. se niega a someterse a dicha prueba, alegando que, dada la relevancia o fama social de que goza, no puede estar sometido constantemente a pruebas biológicas exigidas por cualquiera de las señoras con que se haya relacionado en los ambientes en que se desenvolvía. Dicha negativa, junto con los indicios evidentes que ofrecen las demás pruebas practicadas, es suficiente, a juicio de la Audiencia Provincial, para estimar la realidad de la procreación extramatrimonial, por lo que se desestima el recurso de apelación.

Interpuesto recurso de casación por don M. B. P., el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

66. Prueba de paternidad biológica. Valor de la negativa a someterse a la misma cuando existen otras pruebas.—De acuerdo con reiterada doctrina (entre otras, SSTS de 1 y 11 de octubre de 1999, 29 de marzo, 24 de abril, 24 y 30 de mayo de 2000, 3 de noviembre y 27 de diciembre de 2001 y 17 de julio de 2002), la negativa a someterse a pruebas biológicas, aunque no tiene el valor probatorio de una *ficta confessio*, ha de considerarse como un indicio especialmente valioso, que, en unión con otras pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad del demandado.

Prueba de paternidad. Fiabilidad.—Son varias las sentencias en que se reitera que la fiabilidad de estas pruebas de paternidad es la pertinente, quedando recogido el fundamento científico de las mismas y sus parámetros de probabilidad en la acreditación de la paternidad (SSTS de 18 de mayo de 2000 y 2 y 16 de julio de 2004).

Prueba de paternidad biológica. Derechos fundamentales de la persona.—De acuerdo con el Tribunal Constitucional (STC de 31 de mayo de 1999), las pruebas biológicas de paternidad no vulneran el derecho a la intimidad o a la integridad física, ni pueden considerarse degradantes o contrarias a la dignidad de la persona.

Admisión de las demandas sobre filiación.—Según el Tribunal Supremo, es constante una línea jurisprudencial que afirma que la exigencia del artículo 127 CC de presentar un principio de prueba, para poder admitir la demanda sobre filiación, se cumple con que, en el contexto de la acción, exista un contenido de razonabilidad para la pretensión fáctica que se sustente, lo que luego se compulsará en modo en el proceso (STS de 1 de febrero de 2002).

Uso de la prueba de presunciones por el juzgador de instancia.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (entre otras muchas, SSTS de 3 de diciembre de 1988, 7 de julio de 1989, 21 de diciembre de 1990, 17 de julio de 1991 y 16 de julio de 2004) que el juez está autorizado, pero no obligado, a utilizar la prueba de presunciones. Por ello, cuando el juzgador de instancia no hace uso de dicha prueba para fundamentar su fallo, sino que se apoya en lo que resulta de las pruebas directas practicadas en el proceso, no queda

infringido el artículo 1253 CC, máxime cuando los hechos que se declaran probados lo han sido por pruebas directas y no hay necesidad de acudir al medio indirecto de las presunciones (sirvan de ejemplo las SSTS de 22 de febrero, 16 de marzo y 24 de mayo de 1989).

Control en casación del uso de la prueba de presunciones.—En la prueba de presunciones es preciso un enlace preciso y directo entre el hecho base y la consecuencia que de ello se extrae. Sin embargo, a juicio del Tribunal Supremo, esto no significa que la deducción sea unívoca, pues, de serlo, no se trataría propiamente de una presunción, sino de *facta concludentia*. Por el contrario, en las presunciones puede seguirse del hecho base distintos hechos consecuencia. Por ello, existe numerosa jurisprudencia que recoge la doctrina de que sólo puede someterse al control casacional la operación deductiva llevada a cabo excepcionalmente: cuando no se ajuste a las reglas de la lógica (entre otras muchas, SSTS de 23 de abril de 1980 y 5 de junio de 1986); es decir, si no se aplica una presunción cuando un hecho se tenga por completamente acreditado y de él se infiera con fuerza lógica la realidad de otro.

Infracción del precepto sobre carga de la prueba.—Considera el Tribunal Supremo en numerosas sentencias (entre otras, SSTS de 14 de noviembre de 1980, 25 de marzo de 1983, 19 de noviembre de 1988 y 15 de junio de 2004) que el artículo 1214 CC (actualmente derogado y sustituido por el artículo 217 LEC) no es una norma valorativa de prueba, por lo que sólo es susceptible de casación como infringido cuando se acusa al órgano jurisdiccional de instancia de haber alterado indebidamente el *onus probandi*, invirtiendo lo que a cada parte corresponda. (STS de 1 de septiembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña L. C. L. N. trabajó durante 1970 en un consultorio médico bajo las órdenes de don C. R. S., médico de profesión. Según ella, mantuvo una única relación sexual en su vida y ésta tuvo lugar con el citado doctor. Fruto de este único encuentro sexual, nació don J. L. N., que fue inscrito en el Registro civil con los apellidos de su madre. Pese a que doña L. C. L. N. atribuyó la paternidad de su hijo a don C. R. S. ante varias personas, mantuvo en secreto la filiación frente a su hijo hasta que, al parecer, con veinticuatro años de edad, éste tomó conocimiento de la misma. A partir de ahí, don J. L. N. interpuso demanda de reclamación de la paternidad extramatrimonial contra don C. R. S. y doña L. C. L. N., solicitando que se declarara que el primero era su padre y se rectificaran los asientos correspondientes en el Registro civil.

La demanda fue estimada en primera instancia, fallo contra el que interpuso recurso de apelación don C. R. S. La Audiencia Provincial solicitó la práctica de la prueba biológica, como diligencia para mejor proveer, y, ante la negativa del recurrente a someterse a la citada prueba y ante las demás pruebas practicadas, desestimó el recurso. Planteó entonces don C. R. S. recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

NOTA.—El artículo 127 CC quedó derogado por la LEC 1/2000, cuyo artículo 767.1 recoge también actualmente la exigencia de la presentación con la demanda de filiación de un principio de prueba. (A. M. M.)

67. Valoración judicial de la negativa a someterse a las pruebas biológicas por parte de los descendientes del padre procreante premuerto.—«La negativa a someterse a las pruebas biológicas, aunque no tiene el valor probatorio de una *ficta confessio*, sí ha de considerarse como un indicio especialmente valioso que, en unión a otras pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad del demandado obstruccionista. Estas pruebas no vulneran el derecho a la intimidad o a la integridad física, salvo que entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarlas, ni pueden considerarse degradantes, ni contrarias a la dignidad de la persona», si bien, en su lugar, se puntualizará la específica razón o argumento en cuanto que por la condición de premuerto del padre procreante que emerge en este pleito, dicha prueba debía haberse verificado en torno a sus directos descendientes o hijos del mismo.

Utilidad de la prueba biológica realizada a los hijos del procreante premuerto.—La constatación de la identidad en la progenie demandada, asimismo, se alcanza cuando por aquel fallecimiento, restan hijos del premuerto que, en su composición psicosomática ostentan signos acreditativos de una identidad de progenie que, en el experimento de contraste pueden y deben conducir al esclarecimiento del enigma biológico planteado, ya que, por el decurso del *ius sanguinis* esa analítica científica propende al mismo objetivo.

Otros argumentos para la compulsión de la prueba biológica sobre los descendientes del procreante premuerto.—Finalmente, cabe añadir los siguientes argumentos para la compulsión de la prueba biológica sobre los causahabientes del progenitor premuerto y su relevancia jurídica en caso de negativa:

1.º Que en el plano de la formalidad decisoria, la práctica de esa prueba responde a un principio de proporcionalidad en pos del objetivo acreditativo de progenie, sobre todo, cuando existen, en plenitud, otros elementos probatorios —primer sumando—.

2.º Que el cientifismo del ADN y su inmisión corporal, permite la obtención de los citados Predicados de Hummel.

3.º Que no es defendible una negativa de los deudos —en su bastardía de irrelevancia— porque haya premuerto el progenitor demandado, porque: a) su cualidad sucesoria no les atribuye, en puridad, defensas de la intimidad/integridad del premuerto; b) porque, en buena lid, impeditiva de conductas elusivas o de fraude, han de colaborar con la Justicia en pos del repetido objetivo (STC 7/1994, de 17 de enero, y Auto 103/1990, de 9 de marzo).

4.º Y, sobre todo, que esa negativa —si es que se sostiene su irrelevancia en el *onus* probatorio— determinaría consecuencias tan absurdas como las siguientes:

a) Que su voluntarismo de rechazo equivaldría a un cierre del principal instrumento probatorio, con lo que quedaría indefenso el actor.

b) Provocar una peor situación en estos litigios, porque, si vive el progenitor su negativa equivaldría, junto con las demás pruebas, a la imposición de la paternidad y, si fallece el mismo, la negativa de sus deudos produciría el citado cierre o imposibilidad de averiguar la verdad biológica y con ello la elusión del artículo 39 CE. (STS de 16 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandados formularon demanda de declaración de filiación no matrimonial contra la viuda y los hijos del procreante premuerto. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda

y declaró la filiación extramatrimonial de los demandantes, a pesar de haberse negado los demandados a realizar las pruebas biológicas. Interpuesto recurso de apelación, fue desestimado por la Audiencia Provincial. En el recurso de casación, los recurrentes sostenían que los hijos del procreante premuerto no estaban en el mismo caso que éste cuando se negaban a realizar las pruebas biológicas. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (L. F. R. S.)

68. Filiación no matrimonial: acción de reclamación con oposición del padre: exclusión de efectos de la filiación declarada según artículo 111 CC: motivación de la sentencia.—En el caso no se ha infringido ningún requisito formal de la sentencia, suficientemente motivada, tanto en el aspecto fáctico como jurídico, expresando las razones que han conducido a la Sala de instancia a pronunciar el fallo combatido; la Sala no ha omitido los hechos alegados por las partes como fundamento de sus pretensiones valorándolos en uso de sus privativas facultades y habida cuenta que la motivación de la sentencia no exige una exposición detallada y exhaustiva de todos los argumentos y alegaciones de las partes.

No hay indefensión de la parte condenada.—La indefensión con efectos jurídico-constitucionales y, consiguientemente la lesión de los derechos del artículo 24.1 CE, se produce si se priva al ciudadano de la posibilidad de impetrar la protección jurisdiccional de sus derechos o intereses, bien mediante la incoación del proceso correspondiente o, una vez en trámite, de realizar en el ámbito del mismo las adecuadas alegaciones y pruebas y también cuando se establecen obstáculos que dificulten gravemente las actividades mencionadas (por todas, STS de 26 de mayo de 1999); en el presente caso no se ha causado indefensión alguna al demandado-recurrente, que no ha visto impedido su derecho a formular las alegaciones que estimó pertinentes a su defensa ni de proponer y practicar las pruebas que consideró oportunas.

Prueba: negativa a prueba biológica.—El demandado, no obstante reconocer haber tenido relaciones sexuales con la demandante, apoya su pretensión absolutoria en el hecho de no haber mantenido con ella una relación seria y estable y no haber convivido con la madre entre febrero y abril de 1991, cuando la convivencia con la madre en la época de la concepción es sólo uno de los medios de prueba indirectos que establecía el derogado artículo 135 CC, sustituido por el artículo 769, párrafo 3.º, LEC 2000; no puede olvidarse, además, la oposición formulada por el demandado a la admisión de la prueba biológica propuesta por la actora cuando de todos es sabido que un resultado negativo de la misma es exacto al cien por cien.

Exclusión de la patria potestad: alcance y fundamento: interés del menor.—El artículo 111.2 CC excluye de la patria potestad del progenitor cuando la filiación ha sido judicialmente determinada contra su oposición; exclusión que según la STS de 2 de febrero de 1999 se impone por ministerio de la ley, y no por sentencia, y ello se produce cuando el padre biológico no acepta su paternidad, no busca salir de dudas extrajudicialmente, y demandado no se allana a la pretensión, bien que, como no podrá ser de otro modo, acepta la decisión judicial tras seguir el proceso; matizando la STS de 20 de julio de 2001 que esta liberación así impuesta sólo puede darse cuando a la determinación de la filiación se haya producido oposición del progenitor, oposición que ha de ser frente a lo que es evidente y al final resulta demostrado y ha de ser firme, sin poder identificarla con el derecho de defensa que a

nadie puede negarse dentro de unos parámetros fundados seriamente. No cabe decir, como apunta la STS de 2 de febrero de 1999, que la solución que surge de esta interpretación legal perjudica al menor, cuyo interés debe ser siempre prevalente, puesto que la exclusión del ejercicio no equivale a privación, pues el artículo 111 CC dice que *quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos*, y con el cumplimiento de tales deberes y el ejercicio materno de la patria potestad queda cubierto el interés preponderante del menor; amén de que las restricciones podrán cesar, como también prevé el artículo 111. (STS de 7 de julio de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Es de aprobar la desestimación del recurso de casación interpuesto por un padre que reconoce haber mantenido relaciones sexuales con la madre, aunque las niega al tiempo de la concepción; y en el proceso se niega a la práctica de la prueba biológica; postura procesal con buena dosis de ingenuidad. En todo caso la sentencia extractada nos enfrenta a la exégesis de ese poco simpático artículo 111 CC, perteneciente al reducido grupo de normas exclusivamente punitivas en el Código civil, cuya justificación en el caso de la sentencia penal firme pocos discuten. Escribí en la actualización de la 10.^a ed. de Castán V-2, 1995, p. 92, que la *ratio legis* de estas exclusiones podrían radicar en el elevado porcentaje de presuntos padres extramatrimoniales que tratan de eludir sus obligaciones legales (dos tercios del total según las estadísticas del momento). Habría que comprobar si esa elevada *ratio* se mantiene, o ha descendido notablemente. Es una norma claramente favorable a las madres solteras con hijos extramatrimoniales. ¿Sigue estando justificada una norma de tan acusado tenor sancionatorio? Por otra parte las penas del Código civil son susceptibles de amplia remisión por el particular (así, en el caso, la madre pide, y logra, que los apellidos del padre consten en la inscripción registral). Parece claro que esa oposición prevista en el supuesto 2.º ha de compaginarse con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, a favor del progenitor demandado, que se concreta en el derecho de defensa que a nadie puede negarse dentro de unos parámetros fundados seriamente, como recoge la STS de 20 de julio de 2001, aquí reproducida, que no podrán identificarse exclusivamente con el allanamiento ni la rebeldía. Recordando la conocida doctrina jurisprudencial cabrá sostener que la oposición a la demanda por parte de un demandado que colabora con el Tribunal para averiguar la verdad biológica no podrá ser sancionada. Quedan sin resolver otros temas: ¿perderá el excluido el derecho de visita respecto del menor a cuya paternidad se ha opuesto? Opina negativamente Rivero Hernández, en Com. Ministerio Justicia, I, p. 436. (G. G. C.)

69. Patria potestad: filiación no matrimonial: privación por incumplimiento de los deberes paternos: doctrina general.—El artículo 170 CC vincula al incumplimiento de los deberes que integran el contenido de la patria potestad la privación total o parcial de la misma, respecto del padre o madre incumplidor. Pero dicha privación no constituye una consecuencia necesaria o inevitable del incumplimiento, sino sólo posible, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso y siempre en beneficio del

menor (STS de 31 de diciembre de 1996); si bien este carácter discrecional de la medida que reduce el ámbito del control casacional de su aplicación por los Tribunales de instancia (SSTS de 11 de octubre de 1991, 20 de enero de 1993 y 5 de marzo de 1998), no es, sin embargo, absoluto ya que la norma establece unos límites que la decisión ha de respetar; de un lado, ha de adoptarse en beneficio de los hijos, en cumplimiento del artículo 39.2 CE que asumen los artículos 154 y 170.2 CC, en cuanto exigen un ejercicio de la patria potestad en interés de los hijos, y condicionan su recuperación al beneficio de ellos; de otro, la privación total o parcial no constituye una sanción perpetua, sino condicionada (tampoco necesariamente) a la persistencia de la causa que la motivó. Así se justifican las decisiones adoptadas por SSTS de 5 de marzo de 1988 (privación a instancia de la madre) y 23 de febrero de 1999 (padre que abandona a la hija durante dos años de enfermedad de la madre que culminó con su fallecimiento y obligó a que la hija fuera acogida por los tíos), determinada por el interés del menor, valorado en cada caso, a la luz de las circunstancias concurrentes.

Derecho de visita del padre, condicionado al cumplimiento de un programa de seguimiento psicológico.—El derecho de los padres que no ejercen la patria potestad a relacionarse con sus hijos menores está regulado por el artículo 160 CC. El artículo 93 de la Convención sobre los derechos del Niño de 1989, establece que los Estados-partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de los dos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior. La STS de 17 de septiembre de 1996 recuerda que el interés del menor constituye principio inspirador de todo lo relacionado con él y vincula al Juzgador de modo que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a su edad y circunstancias, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que sea manipulado y buscando su formación integral y su integración familiar y social. La sentencia de la Audiencia Provincial confirmó el pronunciamiento sobre el régimen de visitas contenido en la del Juzgado de Primera Instancia; esta última, tras declarar el derecho del padre, remitió la determinación de las circunstancias integrantes a la fase de ejecución, una vez que un equipo de psicólogos llevara a cabo un programa de seguimiento, en el marco del cual estaba previsto precisar los tiempos y las demás circunstancias del régimen. No cabe apreciar que la Audiencia Provincial infringiera la regla que le imponía procurar el beneficio del menor al establecer el régimen de visitas, tanto más si, como pone de relieve el Fiscal, la recurrente no señala circunstancia alguna de entidad bastante para eliminar lo acordado en primera instancia.

Audiencia del menor que no ha cumplido doce años.—Aunque el artículo 160 CC no lo dice expresamente, la necesidad de oír al menor con anterioridad a la decisión judicial resulta del artículo 9 de la Ley de 1996, de protección jurídica del menor, y figura en el artículo 159; en el presente caso el hijo común no había alcanzado los doce años en el momento en que hubiera correspondido hacerlo ni hay constancia de que su suficiencia de juicio lo exigiera, y, por lo demás, el régimen de visitas ha de concretarse en fase de ejecución de sentencia. (STS de 12 de julio de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Aunque los datos fácticos de la sentencia prescinden de los pormenores, parece que una pareja de hecho tiene una hija nacida el 7 de febrero de 1988, y que se separan quedando ésta al cuidado de

la madre sin que el padre contribuyera al sostenimiento de aquélla. En 1997 este último obtiene sentencia favorable reconociéndosele un derecho de visita, condicionado al cumplimiento de un programa de seguimiento dirigido por un Equipo de Asesoramiento Técnico de la Generalidad de Cataluña; simultáneamente la sentencia desestima la petición de la madre de que se prive de la patria potestad al otro progenitor por incumplimiento de sus deberes durante varios años. La Audiencia Provincial confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y el Tribunal Supremo, en bien argumentada sentencia (Pte.: Ferrándiz Gabriel), rechaza el recurso de la madre. Mientras tanto la menor ha alcanzado ya los dieciséis años.

Entra dentro de lo normal que al cumplir el hijo común nueve años de edad, el padre tratara de enmendar su anterior conducta y deseara empezar a cumplir sus deberes paternos; y la autenticidad de su propósito se manifiesta claramente en el hecho de pedir al Juez que fije a su cargo una pensión de alimentos. También resulta comprensible que la madre se opusiera y que contraatacara solicitando la privación de los derechos paternos debido a lo dilatado del incumplimiento de los deberes que recaen obre el otro progenitor. Lo que parece increíble es que unas decisiones judiciales tan bien y bellamente argumentadas alcancen firmeza cuando la menor está a punto de llegar a la mayoría, habiendo crecido ciertamente bajo la exclusiva influencia (¿manipuladora?) de la madre, que los Jueces deben evitar para cumplir el deber constitucional de la *protección integral* del menor, según artículo 39.2 CE (STS de 17 de julio de 1997 *dixit*). (G. G. C.)

70. Patria potestad: privación a instancia de Diputación: interés de la menor dada en acogimiento preadoptivo.—La jurisprudencia de esta Sala concibe a la patria potestad en beneficio de los hijos, y resulta de la prueba practicada que el interés de la menor se satisface de mejor modo en su actual ámbito familiar, debe prevalecer este interés sobre un ejercicio *a fortiori* de la patria potestad, dándose, como se dan, los incumplimientos graves de los deberes inherentes a la misma. El interés superior del menor es el bien jurídico protegido en esta materia, tal como se deriva de la Convención de 1989 y de la Ley de Protección del Menor de 1996, y acreditado aquél en autos, no puede ser objeto del recurso de casación. (STS de 12 de julio de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Al parecer los cinco hijos de un matrimonio están tutelados por la Diputación de V. y la menor de ellos está dada en acogimiento preadoptivo, solicitando aquélla que se prive de la patria potestad sobre la misma a sus padres. La demanda se acoge por el Juzgado de Primera Instancia y recurrida por los padres, se rechaza la apelación, desestimándose igualmente la casación. No son muchos los datos fácticos que fundamentan la privación, pero los que se alegan por los padres al oponerse hacen surgir algunas dudas. El Ayuntamiento donde reside la familia ha acordado derribar la vivienda que habitan (lo que hace presumir su falta de condiciones de habitabilidad), ofreciéndoles una vivienda de protección; alegan los padres que ante la demolición inminente de la vivienda no han

procedido a su reparación por habérseles prohibido toda obra. Razonan que no hay incumplimiento de deberes paternos en tales circunstancias. La intervención administrativa respecto de los cinco hijos del matrimonio hacen presumir alguna conducta habitual de los padres que justificara aquélla, pero la jurisdicción civil es la última garantía de los derechos de los padres y no mera ratificadora de la actuación administrativa. Alegar que el interés de la menor acogida por una familia cuyos requisitos controla la Diputación aconseja que siga con esta familia al comparar con las condiciones de la vivienda amenazada de ruina en que vive su familia biológica es una simplista valoración de aquél que inquieta al comentarista (el dualismo familia-rica, familia-pobre enturbia el esquema legal). Cfr. el comentario de otras sentencias en la materia, de Isabel de la Iglesia Monje, en *RCDI*, 2005, pp. 1433-1439. (*G. G. C.*)

DERECHO DE SUCESIONES

71. Sustitución vulgar. Concepto. Finalidad.—La sustitución vulgar consiste en una disposición testamentaria por la que el testador nombra a un segundo o ulterior heredero o legatario, en previsión de que el anterior heredero instituido o legatario llamado no llegue a serlo efectivamente por no poder o no querer. Mediante esta figura jurídica se concede al testador el medio de lograr que le suceda un heredero de su libre elección, con preferencia a los posibles titulares del derecho de acrecer y al heredero determinado por la ley en orden de la sucesión intestada.

Sustitución dispuesta sin expresión de casos. Repudiación de herencia por los herederos instituidos y por sus descendientes en primer grado.—La sustitución dispuesta sin expresión de casos, expresada en el artículo 774.II CC, comprende todas las ocasiones en que el heredero no llegue a serlo, tanto si no quiere, como si no puede; de esta forma, cabe que el llamado no sea heredero por no quererlo (repudiación) o por carecer de aptitud para serlo (premorienza, indignidad para suceder, no nacimiento de un concebido, nulidad de la institución, incumplimiento de la condición suspensiva impuesta al primer llamado o su fallecimiento antes de cumplirse, ausencia declarada al tiempo de la acción, etc.). Así las cosas, la renuncia de los instituidos determinará la sustitución a favor de sus descendientes. Solamente en el caso de que no existan sustitutos vulgares podrá entrar en juego el derecho de acrecer y, subsidiariamente, se procederá a la apertura de la sucesión intestada. (**STS de 22 de octubre de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña I. T. T. R. otorga testamento en el que dispone que los dos herederos universales instituidos en el mismo serán sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes. Posteriormente, la herencia es repudiada tanto por los dos herederos como por los descendientes en primer grado de éstos. Instada declaración de herederos abintestato, don B. T. I. (hermano de doble vínculo de la causante) es declarado su heredero, sin perjuicio del usufructo vitalicio de la herencia a favor de doña A. F. B. Esta última promueve demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre revocación de Auto de declaración de herederos abin-

testato. El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia estima el recurso interpuesto y declara la revocación de la declaración de herederos abintestato de doña I. T. T. R. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. C. C. M.)

72. Partición de herencia. Operaciones particionales realizadas por los herederos. Reglas aplicables.—Se rigen por las de las obligaciones y contratos. Deben, por ello, concurrir todos los herederos designados, para mostrar su voluntad y dar su consentimiento, libremente emitido, a las mismas.

Preterición de heredero. Derechos del preterido.—Son los correspondientes a la legítima estricta, de modo que los actos de los demás herederos no pueden perjudicarla.

Rescisión de las operaciones particionales.—Su declaración por el Tribunal exige el reconocimiento de haber actuado los herederos con mala fe o dolo. (STS de 6 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El causante, casado y con tres hijos matrimoniales, instituye a éstos como herederos legítimos por terceras e iguales partes, legando a su esposa el usufructo vitalicio sobre todos los bienes de la herencia.

Los herederos realizan las operaciones particionales, que protocolizan en escritura notarial, haciendo constar que no ajustan la partición a lo acordado en el testamento, por los desfases que se producirían al haberse vendido en vida del testador algunos de los bienes comprendidos en ella, y asignan a los bienes repartidos un determinado valor.

La actora interpone demanda contra los herederos y la esposa del causante solicitando que se declare su condición de hija no matrimonial de este último, con todos los derechos que ello comporta en el ámbito familiar y sucesorio.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia estiman la demanda, diferenciándose los dos fallos únicamente en la cantidad a percibir por la actora en concepto de legítima.

Parece significativo señalar que, aunque la actora, hija extramatrimonial del fallecido, compartió con éste y con sus hijos su condición de hecho de tal, no fue reconocida como hija hasta que lo solicitó legalmente en el mismo proceso del que trae causa la sentencia que extractamos. El Tribunal Supremo observa que, por esta razón, en el momento en que se llevó a cabo la partición de la herencia, la actora no reunía la condición de heredera, no pudiendo, así, intervenir en dicha operación. (B. F. G.)

DERECHO MERCANTIL

73. Competencia desleal. Consumidor. Concepto: definición legal: necesidad de adecuarla a la especialidad del caso.—La definición legal de «consumidor» protegible, en general, conforme al artículo 1.3 LGCU, es la de

ser los mismos «aquellas personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan bienes muebles o inmuebles, productos o servicios, actividades o funciones como destinatarios finales de los mismos», hay que adecuar tal definición a la especialidad de que aquí se trata, es decir, a quién va destinado finalmente el producto vendido o servido en instalaciones sanitarias de colectividades, para las que se diseña un modelo de duración prolongada, a pesar del mal uso y de ser el mismo múltiple (intensidad y variado elenco de usuarios: escuelas, hospitales, grandes residencias, etc.), pues depende de las cualidades definitorias que afecten a los mismos, bien se trate de auténticos especialistas o de un público indefinido (caso de viviendas individuales y similares).

Competencia desleal. Consumidor: determinación.—En un caso de colectividades, no debería considerarse «consumidor» al último adquirente de los inmuebles, sino al promotor o constructor, pues parece que tal tesis debería fundarse en la variabilidad que se suele producir en las calidades de estos elementos, en relación al producto final y respecto a los costes finales, puesto que la elección puede ser que quede constreñida a dicho constructor o promotor, que vende el inmueble o entrega la obra como un todo, sin que tenga especial incidencia en ella un elemento como el aquí fabricado, dentro de una posible relación de fabricados similares, en los que no se precisa, de cara al adquirente, de una calidad muy concreta, como pudiera ocurrir, por el contrario, en los casos de viviendas (sin perjuicio de que sí la tendría en los supuestos de auténticas diferencias de calidades, que estuvieran en relación con sus prestaciones).

Competencia desleal. Consumidor. Especialista en la materia: efectos.—El «consumidor» último en estos casos, es el que debe prestar atención a una calidad general ajustada a la venta que se hace, y respecto al producto total, puede ser, y así parece, un especialista en la materia, que no tiene por qué hacer la elección en relación a la propaganda ofrecida sino a la marca en la que confía, pues conoce perfectamente las distintas prestaciones de entre las ofrecidas en el mercado, y por ello, no le debería afectar la posibilidad de asociación como confusión que se produzca, en el sentido de la que el público consumidor pueda atribuir a esas diversas prestaciones. (STS de 6 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Presto Iberica, S. A.* interpuso demanda contra *Industrias Montserrat, S. A.* sobre competencia desleal, publicidad ilícita e indemnización de daños y perjuicios a consecuencia de la fabricación de unos grifos temporizados. El Juzgado de Primera Instancia núm. 60 de Madrid dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 18.^a de la Audiencia Provincial de Madrid resolvió estimar el recurso planteado. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

74. Propiedad industrial. Patentes. Requisito de novedad: concepto y precisión jurisprudencial.—La novedad, en el Estatuto de la Propiedad Industrial, es un concepto relativo, en cuanto basta un avance de creación industrial, no alcanzado con anterioridad y que tenga suficiente trascendencia para reputarse sustancial (SS de esta Sala de 3 de marzo y 11 de septiembre de 1986, entre otras), concepto que, en cierto modo puede asimilarse al contenido en el artículo 8.1 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, en cuanto establece que

«considera que una invención implica una actividad inventiva si aquella no resulta del estado de la técnica, de una manera evidente para un experto en la materia»; y la de 29 de enero de 1988 establece que «como proclaman las SS de esta Sala, entre otras, de 29 de noviembre de 1958, 25 de enero de 1959, 11 octubre de 1960 y 3 de diciembre de 1966, a efectos de posibilidad de patente industrial, el legislador atiende más que al resultado o producto, al procedimiento para obtenerlos, al estimar al respecto las modificaciones de aquél con el fin de obtener lo que con amplio criterio ha de calificarse de «algunas ventajas sobre lo ya conocido» y sin que la apreciación de novedad requiera que lo sea en la integridad del objeto de la patente, sino simplemente que sea significativamente revelador de modificación de condiciones esenciales de un procedimiento anterior con las finalidades antes indicadas de obtener algunas ventajas sobre lo ya conocido, ponderadamente apreciado, con base en los diversos medios probatorios aportados al debate en cuestión, por el Tribunal que dictó la sentencia a que se contrae este recurso», criterios que se reiteran en la S de 20 de abril de 1989, según la cual «como de manera reiterada viene declarando nuestra jurisprudencia en materia de propiedad industrial, cualquiera que sea el criterio que se mantenga sobre el fundamento del derecho de patente, manifiesto es, que, por esencia, se asienta en la realidad indudable de una actividad creadora o, cuando menos, divulgadora de lo no conocido y rebatida, como tal, de una característica positiva, pues si bien el artículo 46 del Estatuto no requiere la completa novedad para hacerla patentable, es menester que la perfección del procedimiento técnico ya conocido signifique una mejora importante y no secundaria y de detalle.

Propiedad industrial. Patentes. Requisito de novedad: cuestión de hecho.—La declaración de novedad es cuestión fáctica, cuya apreciación corresponde a los órganos de instancia; en parecidos términos se pronuncia la Sentencia de 8 de julio de 1991, insistiendo las de 18 de noviembre de 1991, 11 de noviembre de 1996, entre otras. (**STS de 18 de octubre de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Material Auxiliar de Juego, S. A.* interpuso demanda contra *Valenciana de Productos Eléctricos, S. A. e Interpretel, S. A.* solicitando cesen en todos los actos que lesionan y violan los derechos de exclusiva derivados de la patente de invención; absteniéndose de fabricar, ofrecer, introducir en el mercado, utilizar o poseer los comprobadores automáticos de cartones que se intenta comercializar con el nombre de «Quick-Bingo» o bajo cualquier otra denominación. Se condene a las demandadas, con carácter solidario, a abonar a la actora la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Además, se decrete el embargo de los comprobadores automáticos producidos violando el derecho de patente y de los medios destinados exclusivamente a tal producción, para su atribución en propiedad a la actora. Todo ello con la publicación de la sentencia, a costa de los demandados en dos periódicos de ámbito nacional y en dos de ámbito de la Comunidad Autónoma Valenciana, y la notificación de la misma a costa de los demandados, a todas las salas de bingo de la Comunidad Valenciana. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valencia dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Valencia resolvió desestimar el recurso planteado. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

75. Contrato de agencia. Indemnización por clientela: interrupción de la prescripción.—No puede considerarse interrumpida la prescripción para reclamar la indemnización por clientela derivada del contrato de agencia, por la reclamación hecha por el recurrente ante el Juzgado de lo Social cuando en ella no se ejercitó acción alguna tendente a conseguir indemnización por clientela ni por daños y perjuicios derivados del preaviso, por lo que aquella demanda carece de eficacia para interrumpir el plazo prescriptivo.

Contrato de agencia. Obligación de garantía: concepto y admisión de pacto tácito (régimen del art. 272 CCO).—La más solvente doctrina mercantilista entendió que la asunción por el comisionista de la obligación de garantía de responder del cumplimiento por el tercero de sus obligaciones derivadas de la venta, de acuerdo con el artículo 272 del CCO, bajo cuya vigencia se estipuló el contrato litigioso, tal asunción, podría nacer de un pacto expreso o tácitamente bajo la forma de un sobreprecio.

Contrato de agencia. Obligación de garantía: irretroactividad de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de contrato de agencia.—No obstante el contenido de la DT de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, su eficacia no puede extenderse a imponer el requisito de la mención expresa de la comisión a percibir que establece su artículo 19 a contratos concertados bajo la vigencia y aplicación del Código de Comercio, cuyo artículo 272 fue interpretado por la doctrina en el sentido antes dicho. (STS de 21 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. F. B interpuso demanda contra la entidad mercantil *Jotún Ibérica, S. A.* solicitando se declarase que la resolución unilateral por la demandada del contrato de agencia que les unía, lo ha sido sin justa causa y se condene a la misma al pago al actor de las comisiones devengadas y no abonadas por la demandada; por deducción indebida de impagados, y a una cantidad a fijar en sentencia o la que se determine en ejecución de la misma por los conceptos de falta de preaviso e indemnización por clientela derivados de la resolución unilateral del contrato de agencia por tiempo indefinido. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Bilbao dictó sentencia estimando parcialmente la demanda declarando que la resolución unilateral del contrato de agencia lo ha sido sin justa causa, condenando a *Jotún Ibérica, S. A.* a pagar al actor la suma reclamada por deducción indebida de impagados, declarando la nulidad del párrafo 2.º del pacto octavo del contrato. Recurrida en apelación por ambas partes litigantes, la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya resolvió desestimar el recurso planteado por Don A. F. B., y estimar parcialmente el interpuesto por *Jotún Ibérica, S. A.* en el sentido de excluir por improcedente la declaración de nulidad del párrafo segundo del pacto octavo del contrato. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

76. Contrato de seguro. Intereses del artículo 20 LCS: supuestos excluidos.—Cuando la mora del asegurador esté fundada en una causa justificada, como acontece si no están determinadas las causas del siniestro (determinación necesaria para saber si está o no comprendido dentro de la cobertura del asegurador), si se desconoce razonablemente la cuantía de la indemnización que ha de ser fijada por el asegurador, si determinadas las

causas del siniestro (por ejemplo, que el incendio ha sido provocado), surgen claras sospechas de que puede haber sido ocasionado por el propio asegurado etc. se está ante casos en los que no puede aplicarse la normativa de la mora del asegurador.

Contrato de seguro. Intereses del artículo 20 LCS: atenuación jurisprudencial.—El rígido sistema legal del artículo 20 LCS, no obstante, se ha visto moderado por los Jueces y Tribunales ante la justicia del caso concreto, bien mediante la estimación de que concurría un supuesto en el que el retraso del asegurador estaba fundado en una causa justificada o que no le fuera imputable o bien retrasando el cómputo de los intereses a la interposición de la demanda, a la fecha de la sentencia de la primera instancia o al de su firmeza. Dejando a un lado estos últimos casos, la jurisprudencia nos ofrece algunos supuestos en los que estima que concurre una circunstancia que libera al asegurador del pago de los intereses moratorios. Como es el supuesto referido a que cuando la determinación de la causa de la obligación del pago del asegurador haya de efectuarse por el órgano jurisdiccional, en especial cuando es discutible la pertinencia o la realidad del siniestro, como sucede cuando no se han determinado las causas de un siniestro y esto es determinante de la indemnización por su cuantía, cuando exista discusión entre las partes, no del importe exacto de la indemnización, sino de la procedencia o no de la cobertura del siniestro.

Contrato de seguro. Gastos del artículo 38.9 LCS y costas procesales.—A la suma indemnizatoria y al interés legal, el artículo 38.9 LCS añade: *y en todo caso, con el importe de los gastos originados al asegurado por el proceso, a cuya indemnización hará expresa condena la sentencia, cualquiera que fuera el procedimiento judicial aplicable.* La interpretación literal podría conducir a que el asegurado, tenga o no razón en su *causa petendi*, deba ser indemnizado en todos los gastos originados en relación al proceso. Frente a esta posición cabe pensar con mejor criterio que el pensamiento del legislador ha sido imponer la condena en costas procesales de acuerdo con el criterio del vencimiento objetivo, en lugar del principio tradicionalmente seguido en el momento de la promulgación de la Ley de Contrato de Seguro de la temeridad. **(STS de 22 de octubre de 2004; no ha lugar.)**

HECHOS.—Don V. P. M interpuso demanda contra la entidad *Sociedad Anónima Commercial Unión Vida, Seguros y Reaseguros* solicitando se condene a la demandada a satisfacer la indemnización por invalidez permanente, con el recargo por mora del 20 por 100, más los intereses legales. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Quart del Poblet dictó sentencia estimando parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Valencia resolvió estimando parcialmente el recurso, en el sentido de que confirmó los pronunciamientos de la sentencia apelada, excepto en lo que concernía al pago de intereses moratorios y al de costas, que dejaba sin efecto, acordando que no procedía hacer expresa condena en costas en ninguna de las dos instancias. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. *(N. D. L.)*

77. Responsabilidad civil por accidente de caza: acción directa contra aseguradora: lesiones en ojo de menor por disparos de balines: acto de caza: cobertura del riesgo.—Los padres del menor lesionado se diri-

gen contra el autor del disparo de una escopeta de balines, alcanzando uno de ellos el ojo derecho de aquél, causándole lesiones y restándole secuela, y también contra la aseguradora ejercitando la acción directa. En la póliza se describe la cobertura del riesgo asegurado en los siguientes términos. *Responsabilidad del asegurado en su cualidad de cazador por daños causados con ocasión del ejercicio legal y reglamentario de la caza, tanto menor como mayor, y demás actividades cinegéticas.* Como las sentencias de instancia declaran probado que la lesión fue causada al menor por el codemandado y que ésta se produjo en la *actividad de la caza*, el hecho dañoso queda cubierto por la mencionada cláusula. Ello no obsta a que la cláusula segunda aluda a los accidentes causados por la *utilización de armas de fuego*, calificación que, sin duda, no puede aplicarse a una escopeta de balines, aunque ello resulta irrelevante en el caso. (STS de 21 de septiembre de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia de aprobar (Pte.: O'Callaghan Muñoz) ya que, por ejemplo, una batida autorizada contra alimañas quedaría cubierta por la póliza aunque las lesiones se produjeran al manejar cepos. (G. G. C.)

78. Culpa extracontractual: almacenamiento exterior de materias fácilmente inflamables: póliza aseguradora del riesgo de incendio con relación a tal actividad: daños por autocombustión espontánea.—El día de autos se declaró un incendio en un callejón adyacente a la nave industrial en que desempeña su actividad la empresa asegurada dedicada a la fabricación de espuma de poliuretano; dicho incendio se originó por la autocombustión espontánea de varios bloques de gomaespuma colocados para su secado en dicho lugar, lo que unido al fuerte viento determinó la rápida extensión del incendio a naves colindantes situadas al final de aquél, propiedad de otra empresa perjudicada; ambas empresas aludidas son personas jurídicas distintas si bien sus dueños se encuentran unidos por vínculos familiares y comerciales; al tiempo de producirse el incendio estaban en vigor pólizas de seguro de incendio concertadas individualmente por cada una de las empresas con la misma aseguradora, habiendo abonado ésta un total de casi 107 millones y medio de pesetas ejercitándose acción de regreso contra la empresa propietaria de los bloques de gomaespuma descontando el capital asegurado en su póliza. La demanda estimada por el Juzgado de Primera Instancia fue revocada en apelación, cuya sentencia adicionó como hechos probados que la actividad desarrollada por la demandada era la normal, sin que se desviara del proceso de fabricación que habitualmente seguía; se preveía expresamente en el contrato de seguro y en el de la empresa colindante, estimando la aseguradora que era adecuado dicha forma de secado así como las medidas de seguridad existentes en el recinto; el día del incendio se levantó un fuerte viento según certificado del Servicio de Meteorología, que vino a ser la causa del incendio y de sus grandes dimensiones; los vigilantes del depósito detectaron inmediatamente el incendio y acudieron a sofocarlo con extintores, y al no lograrlo avisaron a los bomberos; todo ello demuestra que la combustión de esa materia estaba contemplada en la póliza como riesgo normal no sólo para la empresa sino para la aseguradora. En el presente pleito esta última aparece como perjudicada, no siendo un tercero ajeno a la actividad del causante del daño, sino precisamente la aseguradora consciente del riesgo, y que en la

relación contractual exigió determinadas medidas de seguridad que la asegurada ha cumplido; por ello no es posible desligarse de esa situación consentida y tolerada a unos efectos, para colocarse en un plano de total distanciamiento de esa realidad, como un tercero extraño que no se es.

Regreso de la aseguradora que pagó a terceros perjudicados por la diferencia sobre el capital concertado: inaplicación de la doctrina sobre la teoría del riesgo, inversión de la carga de la prueba, agotamiento de la diligencia en evitación de daños y presunción de culpa.—La aseguradora ejercita la acción de regreso subrogándose en los terceros perjudicados por haberles abonado sumas elevadas en virtud de la segunda póliza contra la empresa que inicialmente considera responsable del incendio, amparándose en el artículo 43.1 LCS que autoriza la subrogación de la aseguradora, tras pagar a los damnificados, en cuanto exista un culpable por el que haya pagado a éstos. Tal subrogación está bien hecha siendo así posible que el asegurado en la primera póliza aparezca como tercero en cuanto agente al que puede imputársele la causación del daño, pero de ahí no deriva sin más que dicho asegurado sea culpable, ya que tal posible culpabilidad hay que demostrarla, sin que, en principio, sea posible mantenerla como responsabilidad objetiva. De la prueba practicada resulta que ambas partes conocían que la actividad industrial de la asegurada era peligrosa y excepcional, pero se trataba contractualmente como normal, poniendo de acuerdo los medios adecuados para evitar la producción del evento, sin que pueda aplicarse la objetivación de la culpa ni tampoco la inversión de la carga de la prueba es aplicable por existir prueba de la diligencia de la empresa, ni siquiera el agotamiento de la diligencia pues no se indica qué clase de medidas debían adoptarse, salvo la de estar los operarios vigilando permanentemente el depósito exterior de poliuretano, lo que parece de imposible realización. (STS de 14 de julio de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Importante sentencia no sólo por la cuantía elevada de las sumas reclamadas sino por la complejidad y rareza del supuesto que, a mi juicio acertadamente, ha clarificado la sentencia extractada (Pte.: Ruiz de la Cuesta Cascajares). Una compañía de seguros contrata pólizas con dos empresas, colindantes en su situación, dedicadas a la fabricación de gomaespuma, materia que se somete a un proceso de secado al exterior, con riesgo frecuente de autocombustión. Las pólizas reconocen aquella circunstancia y sujetan a las aseguradas a determinadas medidas de seguridad, que aquéllas cumplen, no obstante lo cual se origina en el exterior de una de ellas un incendio por autocombustión, favorecido por el fuerte viento, causándose daños ligeramente superiores a tres millones en una de ellas y excedentes los cincuenta y cuatro millones en la colindante, que son abonadas por la aseguradora. La demanda se basa en una sutil distinción entre «persona asegurada» y «tercero causante del daño» atribuyendo con esta última cualidad a la misma persona la doctrina jurisprudencial en materia extracontractual que últimamente ha ido elaborando la Sala 1.^a Tribunal Supremo pero que se rechaza en el caso. Me parece acertada la argumentación empleada para desestimar el recurso. (G. G. C.)

79. Contrato de seguro sobre robo de cajas de seguridad. Cláusula «a primer riesgo»: interpretación.—El contrato de seguro sobre robo de cajas de seguridad lo es «a primer riesgo», en base a ello, la aseguradora sólo

responde, en caso de siniestro, hasta el límite de la suma asegurada por caja, aunque en el momento del siniestro hubiera bienes por valor superior. En la aplicación de dicha cláusula, y ateniéndonos a la modalidad del seguro acordado, «a primer riesgo», el mismo se caracteriza, según la jurisprudencia, entre otras, de la S de 22 de julio de 1991, «por la existencia de una pluralidad de intereses asegurados en un solo seguro, en el que se establece una suma asegurada que trata de cubrir el valor más elevado», con lo que procede conceder la cantidad máxima asegurada, sin precisarse de exigir la valoración del contenido, de imposible o muy difícil prueba.

Contrato de seguro sobre robo de cajas de seguridad. Cláusula de exclusión de las pérdidas de monedas, dinero o billetes de curso legal.—Esta cláusula, en principio prohibitiva, no tiene un carácter limitativo del objeto asegurado por expresa voluntad de las partes, en un contrato usual, pues la práctica y el uso o costumbre (corrección de las «ambigüedades», si éstas existieran, que no lo están, del art. 1287 CC) hacen tener por no depositable el dinero en estas Cajas (para ello, y por su carácter eminentemente fungible, basta para su depósito con la existencia de cuentas corrientes o de ahorro con la entidad de que se trate), con lo que no se trata de una propia limitación o exclusión que deba ser autorizada, sino de una cláusula usual, que delimita el verdadero contenido del objeto del contrato. (STS de 19 de octubre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Don F. L. P. interpuso demanda contra la entidad aseguradora *Aurora Polar de Seguros y Reaseguros, S. A.* a consecuencia de la contratación de una caja fuerte por el actor, produciéndose con posterioridad un robo en la entidad bancaria, en el que se abrieron múltiples cajas de seguridad y se llevaron el contenido de las mismas, entre ellas, la alquilada por el actor. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valencia dictó sentencia estimando la demanda. Recurrída en apelación, la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Valencia resolvió estimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

80. Contrato de transporte marítimo de mercancías. Regulación normativa.—En nuestro ordenamiento, existe un doble régimen de regulación normativa del contrato de transporte marítimo de mercancías. Por un lado, está el Código civil, por otro la que controla el transporte marítimo internacional y que se rige por la Ley de 22 de diciembre de 1949, sobre transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, que introdujo las reglas contenidas en el Comercio de Bruselas el 25 de agosto de 1924, y cuyo régimen legal se ha modificado en virtud de los protocolos de 23 de febrero de 1968, que contiene las denominadas «Reglas de Visby» y de 21 de diciembre de 1979, que han supuesto una ampliación del ámbito de la Ley de 1949, posibilitando, entre otras cosas, que el contrato se rija por las normas del Convenio de Bruselas cuando así figure pactado en el conocimiento de embarque, tras la modificación del artículo 10 aprobado por el referido protocolo de 1968. Tal estipulación, conocida como cláusula de categoría suprema o «cláusula Paramount», ha sido explícitamente admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así SSTs de 21 de junio de 1980, 30 de mayo de 1984, 14 de mayo de 1992 y 18 de junio de 1996). (STS de 17 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La aseguradora *Hércules Hispano, S. A.* interpuso demanda contra la entidad mercantil *Sea Land Services Inc.* solicitando se declare a la demandada responsable de daños al cargamento de *Pescafina, S. A.* cuyo transporte y custodia tenía encomendado. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Algeciras dictó sentencia desestimando la demanda por falta del presupuesto previo de la protesta en plazo para el ejercicio de la acción. Recurrida en apelación, la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Cádiz resolvió desestimando parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

81. Contrato de transporte internacional de mercancías por carretera. Convenio de Ginebra: aplicación.—El Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956 de contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), ratificado por España por instrumento de 12 de septiembre de 1973 y publicado en el BOE de 7 de mayo de 1974, forma parte del ordenamiento jurídico en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.5 CC. Su artículo 1 dispone: *El presente Convenio se aplicará a todo contrato de transporte de mercancías por carretera realizado a título oneroso por medio de vehículos, siempre que el lugar de la toma de carga de la mercancía y el lugar previsto estén situados en dos países diferentes, uno de los cuales al menos sea un país contratante, independientemente del domicilio y nacionalidad de las partes del contrato.*

Contrato de transporte internacional de mercancías por carretera. Convenio de Ginebra: responsabilidad del transportista por pérdida o avería.—Con arreglo a lo establecido en el artículo 17.1, *el transportista es responsable de la pérdida total o parcial o de las averías que se produzcan entre el momento de recepción de la mercancía y el de la entrega, así como del retraso en la entrega;* cuya exoneración, es contemplada en el artículo 17.2: *el transportista está exonerado de esta responsabilidad si la pérdida, avería o retraso ha sido ocasionado por culpa del que tiene derecho sobre la mercancía o por una instrucción de éste no derivada de una acción culpable del transportista, por vicio propio de la mercancía o por circunstancias que el transportista no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir.*

Contrato de transporte internacional de mercancías por carretera. Convenio de Ginebra. Artículo 23.4: exclusión de los daños y perjuicios: alcance.—El artículo 23.4 del Convenio de Ginebra señala que *serán además reembolsados el precio del transporte, los derechos de la Aduana y demás gastos incurridos con ocasión del transporte de la mercancía, en su totalidad en caso de pérdida total y a prorrata en caso de pérdida parcial; no así los daños y perjuicios.* Al respecto, la norma excluye los daños y perjuicios, pero no así el precio del transporte que se contempla explícitamente como indemnizable y el precio del seguro que debe encuadrarse dentro de los demás gastos que asimismo prevé. (**STJ de 25 de octubre de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Lipedan, S. L.* interpuso demanda contra la entidad *Kühne & Nagel, S. A.* solicitando se condene a la demandada a satisfacer el importe correspondiente al valor de la mercancía extraviada, el transporte abonado y no realizado, y la póliza de seguro suscrita para dicho transporte, asimismo al abono de los intereses legales de dicha cantidad y a las costas causadas en

este juicio El Juzgado de Primera Instancia núm. 240 de Barcelona dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona resolvió estimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

DERECHO PROCESAL

82. Competencia del orden civil para conocer de reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración.—Afirma el Tribunal Supremo la competencia de la jurisdicción civil para conocer de una reclamación de responsabilidad dirigida contra un particular y, solidariamente, contra la Administración, cuando la demanda se planteó en el año 1993. Esto es así porque, en tal momento, no se había producido aún la reforma del artículo 9.4 LOPJ, a partir del cual la competencia para conocer de tales casos se atribuye al orden contencioso-administrativo. Por ello, ha de aplicarse la doctrina jurisdiccional anterior a la reforma (entre otras, SSTS de 7 de marzo, 23 de octubre y 18 de diciembre de 2000, 17 de enero y 26 de marzo de 2001, 7 de marzo y 21 de octubre de 2002 y 20 de febrero y 29 y 30 de abril de 2003) y ha de reconocerse la competencia del orden civil (entre otras razones, por las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica e, incluso, de la tutela judicial efectiva, puesto que, en el momento en que se planteó la demanda, predominaba la doctrina de la *vis attractiva* de la jurisdicción civil). Tal solución no queda contradicha por el hecho de que se haya absuelto en ambas instancias al particular codemandado, cuando existía una apariencia razonable de responsabilidad por parte del mismo que justificaba, *a priori* dirigir contra él la demanda. (**STS de 22 de julio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—En abril de 1987, don J. V. F., que se encontraba realizando unas reparaciones en la vivienda donde pasaba sus vacaciones, se cayó del andamio al que se había subido y se fracturó la pierna izquierda. Fue ingresado en el Hospital Militar de Sevilla, donde fue sometido a diversas intervenciones quirúrgicas a cargo de un cirujano del centro hospitalario. A consecuencia de las mismas, sufrió una infección que derivó en la necesidad de que se le amputase el tercio inferior de la pierna lesionada.

Ante tales hechos, en 1993, don J. V. F. interpuso ante la jurisdicción civil demanda de responsabilidad contra el Hospital Militar de Sevilla y contra el cirujano que intervino en las operaciones. En contestación a la demanda, el Abogado del Estado alegó la excepción de incompetencia de jurisdicción, pues consideraba competente a la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la demanda, relativa a la responsabilidad patrimonial de la Administración. La demanda fue estimada parcialmente en primera instancia, resultando condenado únicamente el Hospital Militar de Sevilla. Se desestimó la excepción planteada por los demandados, por haberse planteado también la demanda frente a un particular. Interpuesto recurso de apelación por el Abogado del Estado, la Audiencia Provincial desestimó el recurso y rechazó la excepción de incompetencia del orden civil. Planteó a continuación el Abogado

del Estado recurso de casación, en el que se examinaba de nuevo la competencia de la jurisdicción civil para conocer del pleito. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

83. Municipalización en régimen de monopolio de los servicios funerarios. Competencia de los Municipios.—De acuerdo con la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (arts. 12.2 y 25), el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (art. 46.1) y el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen local (art. 109), los Municipios son competentes para establecer servicios funerarios en régimen de monopolio, con el fin de satisfacer las necesidades de los residentes en el término municipal respectivo. Sin embargo, para el establecimiento de este régimen de monopolio respecto de servicios funerarios que afectan a varios términos municipales, es necesario el acuerdo de todos los Ayuntamientos que ejerzan sus competencias sobre los términos municipales afectados. Por este motivo, constituye un desbordamiento de las previsiones legales en materia competencial de los municipios, que la adjudicataria del monopolio establecido por un municipio pretenda subsumir en dicho monopolio los servicios que tienen lugar fuera de los lindes del término municipal y que se lleven a cabo, además, en beneficio de personas no residentes en el mismo.

Cuestión prejudicial. Competencia del orden jurisdiccional civil para resolver sobre una cuestión propia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.—Afirma la Sala 1.^a del Tribunal Supremo su competencia para conocer de una cuestión propia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, de necesaria resolución para responder a la cuestión principal. Se trata de una cuestión prejudicial cuya resolución compete al juzgador civil, a los solos efectos de resolver el proceso ante él planteado, ya que en el orden civil las únicas cuestiones que tienen carácter devolutivo son las de naturaleza penal (arts. 362 y 514 LEC y 10 LOPJ). (STS de 26 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1927 y en 1932, el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián adoptó en pleno dos acuerdos por los que se municipalizaron, en régimen de monopolio, los servicios de pompas fúnebres y traslado y conducción de cadáveres, adjudicando los mismos a la entidad benéfica de carácter popular actualmente denominada como *Junta de Patronato de Zorroaga*. Habiéndose hecho efectiva dicha municipalización y monopolio sólo respecto del servicio de pompas fúnebres, el 10 de julio de 1981 el Pleno del citado Ayuntamiento municipalizó en régimen de monopolio el servicio de traslado y conducción de cadáveres, adjudicándosele, de nuevo, a la entidad conocida en la actualidad como *Junta de Patronato de Zorroaga*. En ambos casos, se estableció que el monopolio se extendía a los servicios que se prestaran dentro del término municipal de San Sebastián.

Pese a la existencia del mencionado monopolio, la *Funeraria Obegorzo* realizó diversos traslados de cadáveres, desde centros hospitalarios radicados en el término municipal de San Sebastián, a las localidades de residencia de los fallecidos, ubicadas a lo largo de la provincia. Llevó a cabo tales traslados de acuerdo con el encargo efectuado al efecto por los familiares de los finados. El 16

de diciembre de 1991, el Alcalde del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián emitió una resolución por la que prohibía al titular de la *Funeraria Obegozo* la prestación de los mencionados servicios dentro del término municipal de San Sebastián, por tener municipalizado tal servicio de transporte y conducción de cadáveres en régimen de monopolio.

Ante tales hechos, la *Junta de Patronato Zorroaga* interpuso demanda solicitando el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por *Funeraria Obegozo* como consecuencia de la irregular ejecución del servicio de transporte y conducción de cadáveres. La demanda fue desestimada en primera instancia. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, éste fue rechazado por la Audiencia Provincial. Planteó a continuación la *Junta de Patronato Zorroaga* recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo. (A. M. M.)

84. Motivación de las sentencias.—La motivación de las sentencias constituye, además de un deber constitucional de los jueces, un derecho de quienes intervienen en el proceso, que se encuentran protegidos por aquélla. La exigencia de motivación está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho y con el carácter vinculante que tiene la Ley para Jueces y Magistrados, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional. La motivación cumple tanto la finalidad de evidenciar que el fallo es una decisión razonada en términos de Derecho, como la de hacer posible el control jurisdiccional de la resolución por medio del sistema de recursos previsto en el ordenamiento. Según la STC 196/2003, el derecho a obtener una resolución fundada, favorable o adversa, como garantía frente a la arbitrariedad, exige que ésta contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Sin embargo, como destaca la STC 165/1999, el mencionado derecho no faculta a las partes a exigir una argumentación jurídica exhaustiva, que alcance a todos los aspectos de la cuestión que se decide; para cumplir el deber de motivar las sentencias es suficiente que conste de modo razonablemente claro cuál ha sido el fundamento en derecho de la decisión adoptada, criterio de razonabilidad que ha de medirse caso por caso. Por ello, a estos efectos, resulta adecuada tanto una motivación escueta como una fundamentación por remisión. (STS de 20 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. A. E. interpone demanda contra doña M. J. O. Z. y los herederos de J. R. O. Z., para que se les condene conjunta y solidariamente a abonar al demandante el resto adeudado del precio de construcción de dos viviendas. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta y condena a los demandados a que abonen al actor más de siete millones de pesetas. Posteriormente, la Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto, confirmando, de esta forma, la sentencia recurrida. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por los demandados. (M. C. C. M.)

85. Acción de resolución de contrato por incumplimiento. La falta de motivación de una sentencia vulnera el derecho a la tutela judicial

efectiva e incurre en tal defecto la sentencia que no se pronuncia sobre el incumplimiento más importante que, según la parte demandada y apelada, justifica la resolución del contrato.—Con esos antecedentes y con la evidencia de que la Audiencia Provincial negó entidad resolutoria a los incumplimientos atribuidos a la demandante en el pago del precio convenido, pero no se refirió en la motivación de la sentencia al más importante de los afirmados en el escrito de contestación, no cabe sino estimar el primer motivo y, con él, el propio recurso.

En efecto, según declaró el Tribunal Constitucional (en la interpretación de los arts. 24 y 120.3 CE), así en la sentencia 224/2003, 15 de diciembre, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva exige que la respuesta judicial a las pretensiones planteadas por las partes, o, en su caso, la decisión de inadmisión de las mismas, esté motivada con un razonamiento congruente fundado en Derecho. La S 213/2003, de 1 de diciembre, recordó la doctrina de dicho Tribunal sobre la doble función que cumple la exigencia constitucional de motivación, como deber constitucional de los órganos judiciales y como derecho de quienes intervienen en el proceso, pues está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y con el carácter vinculante que para Jueces y Magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (art. 117 CE), a la vez que tiene un alcance subjetivo, al formar parte del derecho fundamental de los litigantes a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 24.1 CE, como garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos.

Ello impone que las sentencias estén motivadas, es decir, que contengan los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión.

Es cierto que, cual declaró la STC 165/1999, de 27 de septiembre, el deber de motivar las sentencias no faculta a las partes a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que puedan tener de la cuestión que se decide, de modo que deben considerarse suficientemente motivadas las resoluciones judiciales que vengán apoyadas en argumentos que permitan conocer los criterios jurídicos esenciales en que se fundamenta la decisión, es decir, su *ratio decidendi*.

En el caso que se enjuicia el defecto de motivación es manifiesto, ya que si no hay duda de que para el Tribunal de apelación los retrasos en el pago del precio aplazado, en que incurrió la compradora demandante, carecen de entidad resolutoria por la escasa duración de la situación infractora, se desconoce si la conclusión ha de ser la misma o no en cuanto al impago del millón quinientas mil pesetas, incumplimiento al que, como se dijo, se atribuyó en el escrito de contestación la condición de justificante de la resolución del vínculo contractual decidida unilateralmente por la demandada.

Ese defecto de argumentación, que no se elimina con la sola mención que sobre la obligación se hace en el FD 3.º de la sentencia recurrida y que no se puede suplir ahora con una mera integración del *factum*, sin examinar el fundamento de la oposición en él fundado, determina, en aplicación del artículo 1715.1.2.º LEC 1881 y como ha hecho esta Sala en ocasiones semejantes (SS de 16 de mayo y 21 de septiembre de 2000), a declarar la nulidad de las actuaciones, que habrán de llevarse al momento inmediatamente anterior a dictarse la sentencia recurrida, para que el Tribunal de apelación dicte otra debidamente motivada.

No procede, por tanto, entrar en el examen de los restantes motivos del recurso. (STS de 27 de octubre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Las partes en litigio habían celebrado un contrato complejo en el que se combinaban una compraventa de cosa actual —varios miles de litros de vino—, una compraventa de cosa futura —parte de varias cosechas de uva aún por recolectar— y el arrendamiento de cosas —un inmueble y aparatos para la elaboración de vino—, todo ello a cambio del pago aplazado de determinadas sumas de dinero, entre ellas una que se destinaría por la vendedora —según explicitaba el propio contrato— a adquirir una máquina necesaria para la elaboración del vino. La parte compradora-arrendataria se retrasó varias veces en los pagos, si bien el retraso fue siempre de pocos días, pero se negó a entregar la cantidad destinada a la adquisición de la máquina, ofreciendo en su lugar una máquina de segunda mano que la parte vendedora se negó a aceptar. Ante esta situación, la parte vendedora decidió resolver unilateralmente la relación contractual, alegando los previos incumplimientos de su contraparte, que interpuso demanda reclamando la indemnización de los daños y perjuicios que le ocasionó la resolución unilateral del contrato, pretensión que fue desestimada por la sentencia de primera instancia y parcialmente acogida por la de apelación. Contra esta última decisión interpone la parte vendedora recurso de casación, al que el Tribunal Supremo declara haber lugar, decretando la nulidad de las actuaciones y devolviendo el rollo al órgano de instancia para que dicte nueva sentencia con suficiente motivación. (*M. C. B.*)