

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Sara MARTÍN SALAMANCA, Carlos ORTEGA MEILÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, África VICIANA GARCÍA, 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. Retroactividad de grado mínimo de la Ley de 13 de mayo de 1981 de modificación del Código civil: normativa aplicable a sucesiones abiertas después de su entrada en vigor, siendo así que la sucesión se rige por la Ley vigente en el momento de la muerte del causante.**–La Ley de 13 de mayo de 1981 de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial se aplica a las sucesiones abiertas después de su entrada en vigor, pero no a las que se abrieron con anterioridad a esta Ley y a la Constitución española [FJ 2.º STS de 13 de febrero de 1990 (RJ 1990/684); FJ 13.º, STS de 17 de marzo de 1995 (RJ 1995/1961); (FJ 1.º, STS de 17 de marzo de 2005)].

**Apertura de la sucesión con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución. Imposibilidad de conceder derechos sucesorios a los hijos cuya filiación ha sido reconocida con posterioridad a la apertura de la sucesión.**–Habiendo fallecido el causante con anterioridad a la entrada en

vigor de la Constitución española, y produciéndose la apertura de la sucesión y transmisión de sus derechos en el momento de su muerte, dicha situación creada no puede ser modificada por la entrada en vigor de la Constitución dando lugar a que la desaparición de la discriminación de los hijos por razón del nacimiento otorgue la condición a los mismos de herederos forzosos cuando se abrió la sucesión (FJ 1.º, STS de 17 de marzo de 2005). Por tanto, no resulta posible la aplicación con efecto retroactivo del derecho obtenido de una filiación extramatrimonial, sobre todo, si se trata de sucesiones ya abiertas. (STS de 17 de marzo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda por la representación de la parte actora en la que se solicita se reconozca que el actor es hijo no matrimonial del fallecido don Luis, debiendo constar en el Registro Civil su filiación paterna y el cambio de apellidos. A su vez, solicita se le declare heredero de los bienes quedados a su fallecimiento. El Juzgado de Primera Instancia declara que el demandante es hijo no matrimonial del fallecido, considerando que debe rectificarse la inscripción de nacimiento, a la vez que otorgársele la condición de heredero. La Audiencia Provincial consideró, sin embargo, que no debían serle reconocidos derechos hereditarios a la parte actora. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por la parte actora, actual recurrente, en el que reclama los derechos sucesorios en relación a su padre.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea el problema de las filiaciones extramatrimoniales reconocidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución española, y su relación con los derechos sucesorios que podrían corresponder a esos hijos en los casos en que la herencia haya sido abierta con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución.

Es jurisprudencia reiterada aquella que reconoce que los derechos sucesorios se transmiten desde el mismo momento de la muerte del causante sucediendo los herederos al difunto desde dicho momento en todos sus derechos y obligaciones. En aquellos supuestos en los que la apertura de la sucesión tiene lugar con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, habiéndose consolidado ya dicha situación jurídica, a pesar de que la Constitución haya eliminado la discriminación de los hijos por razón de nacimiento, ello no supone que los hijos considerados antes como ilegítimos del causante, puedan ser herederos forzosos cuando se abrió la sucesión [STC de 14 de octubre de 1987 (RTC 1987/155); FJ 2.º, STS de 10 de noviembre de 1987 (RJ 1987/8367); FJ 3.º, STS de 28 de julio de 1995 (RJ 1995/6633)].

No sucede lo mismo con la reclamación de la filiación, pudiéndose ejercitar la acción durante toda su vida [FJ 7.º, STS de 17 de marzo de 1995 (RJ 1995/1961)]. (L. Z. G.)

**2. Régimen económico matrimonial aplicable. Derecho foral balear.**—Habiendo contraído la pareja matrimonio en Ibiza antes de la reforma del Título Preliminar del Código civil de 1973-1974 sin otorgar capitulaciones matrimoniales, teniendo el marido su vecindad civil en dicha isla mientras que la esposa ostentaba la común, y habiendo convivido durante

más de un año tras contraer matrimonio en Baleares, el régimen matrimonial aplicable no puede resultar otro que el de separación de bienes establecido en la Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares de 19 de abril de 1961 (FJ 5.º STS 11 de febrero de 2005).

El hecho de que en una declaración para el impuesto sobre la renta se hiciera constar que los cónyuges estaban sometidos al régimen de gananciales, resulta irrelevante a efectos de constatar el régimen económico matrimonial aplicable. A su vez, resulta evidente que la firma de dicha declaración no puede considerarse asimilable al otorgamiento de unas capitulaciones matrimoniales. (FJ 5.º, STS 11 de febrero de 2005). **(STS de 11 de febrero de 2005; ha lugar.)**

HECHOS.—La parte actora formuló demanda contra su esposo solicitando se decretase la separación de los cónyuges y se estableciesen como definitivas las medidas provisionales acordadas por auto. La parte demandada interesó que se acogiesen las peticiones de su esposa salvo la compensación económica solicitada. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando la separación de los cónyuges y, atribuyendo a la esposa e hijos el domicilio conyugal y el ajuar doméstico, así como una compensación económica para la esposa, además de una ayuda mensual para la hija del matrimonio. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia absuelve al esposo de los pedimentos de la actora, al considerar que la demandante no había acreditado la existencia de separación de bienes, basando además su fallo en la existencia de una declaración de renta en la que se hacía constar que el régimen matrimonial de los cónyuges era el de gananciales. La Audiencia considera que, aunque el matrimonio estuviera sometido al régimen de separación de bienes, tampoco tendría derecho la esposa a la indemnización solicitada al no existir desigualdad patrimonial en el momento de la separación. La esposa recurre en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—Es jurisprudencia reiterada que antes de la reforma del Título Preliminar del Código civil de 1973-1974, éste imponía la sujeción de los cónyuges al régimen económico matrimonial correspondiente a la vecindad civil del varón, siempre que no se realizasen capitulaciones matrimoniales, y no existiera una ley nacional común durante el matrimonio. Ello puede verse en SSTS de 6 octubre de 1986 (RJ 1986/5327) y 15 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8117), en las que el Supremo declara que «[...] la cuestión litigiosa se concreta en la determinación de cuál fuera la vecindad civil del causante al tiempo de contraer matrimonio a los efectos de determinar si dicho matrimonio se encontraba sometido al régimen de gananciales o al específico catalán de separación de bienes [...]». Dicho matrimonio se había celebrado el 12 de mayo de 1956, por tanto, antes de la reforma del Título Preliminar. Ello supone que, contraído el matrimonio por los cónyuges en fecha anterior a la entrada en vigor de la reforma, el criterio a mantener para la identificación del régimen económico matrimonial aplicable es la vecindad civil del varón. Tras la reforma, los artículos 8 a 12 se ocuparon de resolver los conflictos de leyes que se planteaban por la existencia de diferentes legislaciones civiles para esta

materia. La reforma de 1973-74 estableció que las relaciones patrimoniales entre cónyuges, a falta de capitulaciones matrimoniales, se regirían por la misma ley que las relaciones personales: última ley nacional común, y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio. Este último criterio, «ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio» fue declarado inconstitucional por la STC de 14 de febrero de 2002 (RJ 2002/39). En ella el Tribunal Constitucional afirma que «el artículo 9.2, al establecer la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio como punto de conexión, aun cuando sea residual, para la determinación de la ley aplicable, introduce una diferencia de trato entre el varón y la mujer pese a que ambos se encuentran, en relación al matrimonio, en la misma situación jurídica, lo que supone oponerse, no sólo al artículo 14 CE, sino también al artículo 32 que proclama que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, pues no existe ninguna justificación constitucionalmente aceptable para la preferencia de la normativa relacionada con el varón [...]».

Con la promulgación de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del Código civil y, la Ley 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, se dio una nueva redacción al artículo 9.2, redacción que continúa en la actualidad, y, en la cual se establece, que los efectos del matrimonio se van a regir, primeramente, por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en caso de no existir ley común, por la ley personal o residencia habitual de cualquiera de ellos que haya sido elegida de mutuo acuerdo en documento auténtico antes de la celebración del matrimonio; y, en su defecto, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, sólo a falta de ésta, por la del lugar de celebración del matrimonio. (*L. Z. G.*)

## DERECHO DE LA PERSONA

**3. Colisión entre los derechos de libertad expresión y de información y el derecho al honor. Criterios establecidos para su resolución.**—Es doctrina jurisprudencial consolidada que para determinar la prevalencia de uno de los derechos en los supuestos de colisión entre la libertad de información y expresión, por un lado, y el derecho al honor, de otro, hay que atender la siguientes directrices: 1.º) que la delimitación de la colisión ha de hacerse caso por caso sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos; y 2.º) que la ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente (no jerárquica o absoluta) que posee el derecho a la libertad de expresión y de información sobre los derechos del artículo 18 CE.

En esta tarea de ponderación ha de tenerse en cuenta que el derecho de libertad de información y expresión prevalece sobre el derecho al honor siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de

relevancia pública que sean de interés general por las materias que se refieren y por las personas que en ellas intervienen.

**El requisito de que la información transmitida sea veraz [art. 20.1.d) CE]. La veracidad como deber de diligencia del informante en la búsqueda de la verdad.**—Tiene establecido el Tribunal Constitucional que la veracidad de la información hace referencia a una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo (SSTC de 8 de abril de 2002, 3 de diciembre de 1992 y 15 de febrero de 1994). En el mismo sentido las SSTC de 25 de octubre de 1999 y 5 de mayo de 2000, señalan que las noticias, para gozar de protección constitucional, deben ser diligentemente comprobadas y sustentadas en hechos objetivos (De igual manera, SSTEDH de 26 de abril de 1979, caso *Sunday Times*, y de 3 de octubre de 2000, caso *Duroy y Malaure*).

**Dimensión extraprocésal de la presunción de inocencia: el derecho a recibir la consideración o trato de no autor en hechos delictivos. Protección: no constituye un derecho autónomo distinto de los recogidos en los artículos 10 y 18 CE.**—Como señala la STC de 20 de noviembre de 1995 la presunción de inocencia tiene una dimensión extraprocésal que constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina, por tanto, que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo. Esta dimensión extraprocésal de la presunción de inocencia no constituye por sí misma un derecho fundamental distinto o autónomo del que emana de los artículos 10 y 18 CE, de tal manera que ha de ser la vulneración de estos preceptos y, señaladamente del artículo 18 CE, los que sirvan de base a su protección.

**No resulta infringido el derecho a la presunción de inocencia cuando en la información publicada se utiliza el término de presunto autor de los hechos delictivos.**—No cabe hablar de que se ha vulnerado la presunción de inocencia, ya que, en ningún momento se le ha calificado o se le ha atribuido la autoría de los hechos, sino que en todo momento se le ha designado como «presunto autor». (STS de 30 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—*El Periódico de Aragón* publica entre los días 13 de febrero y 17 de marzo de 1998 una serie de noticias acerca de la muerte violenta de un auditor de una sociedad mercantil. En dichas informaciones se señala como presunto autor del delito a un ex guardia civil, que identifica con las iniciales L. M. B. A., dedicándole una serie de reportajes en donde se da cuenta: de su huida a Sudamérica, su localización en Ecuador, otros datos biográficos como su salida de la Guardia Civil, su regreso a España, la adopción de medidas cautelares de presentación al Juzgado dos veces por semana y finalmente la anulación de la medidas cautelares con devolución del pasaporte al sospechoso. Don L. M. B. A. presentó demanda contra los periodistas autores de los artículos publicados, el director del periódico y la empresa editora *Prensa Diaria Aragonesa*, solicitando que se reconociera la existencia de una intromisión ilegítima en su derecho al honor, con la consiguiente condena económica a cargo de los demandados según dispone la Ley 1/1982. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza y el Tribunal Supremo confirman la sentencia de instancia. (C. O. M.)

**4. Críticas en asuntos de interés público: posición prevalente del derecho a la libertad de expresión y de información.**—Es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que la Constitución ampara las críticas legítimas en asuntos de interés público aunque con ellas se pueda molestar, inquietar o disgustar a las personas a las que se dirigen (STC de 15 de septiembre de 2003). Los límites permisibles de la crítica en el ejercicio de la libertad de expresión son más amplios cuando ésta se refiere a personas que por dedicarse a actividades pública están expuestas a un riguroso control de sus actitudes y manifestaciones, control propio de un Estado de Derecho (STC de 13 de enero de 1997). Por otro lado el Tribunal Constitucional ha declarado también, en reiteradas ocasiones, que el derecho de libertad de información y expresión prevalece sobre el derecho al honor siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que sean de interés general.

**El archivo de la denuncia no determina la existencia de la intromisión ilegítima del derecho al honor.**—El hecho de que una denuncia sea archivada no determina la existencia de la intromisión ilegítima ni implica falta de veracidad, ya que puede obedecer a que los Tribunales estimen que no se dan todos lo requisitos típicos del delito denunciado (STC de 12 de febrero de 1996).

**No es imputable al cliente el contenido del escrito que el abogado elabora en el ejercicio de su tarea profesional.**—Según señala la STC de 18 de abril de 2004, las instrucciones que un cliente da a su abogado no determinan que sea imputable a aquél el contenido del escrito que el abogado elabora en el ejercicio de su tarea profesional. (STS de 30 de junio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La directora de un centro docente dirige, mediante fijación en el tablón de anuncios, una carta abierta a los miembros del claustro de profesores en donde les comunica la existencia de una serie de irregularidades en relación con las cotizaciones a la Seguridad Social. En concreto denuncia la existencia de cotizaciones ficticias, en cuanto que no se ingresa en la Seguridad Social todo el dinero que se retiene según nómina, con la consiguiente apropiación del dinero sobrante por parte de la empresa. Posteriormente, y ante la apertura de un expediente disciplinario, redacta otro escrito en el que, aunque mantiene la veracidad de sus afirmaciones, se disculpa del anterior por utilizar expresiones poco afortunadas, concluyendo que no tuvo la intención de poner en duda la honradez y honor de los responsables del centro de enseñanza. Por último, y tras la sanción impuesta, presenta denuncia penal por presuntos delitos de estafa, apropiación indebida o malversación contra los responsables del centro, la cual es archivada por no ser los hechos constitutivos de delitos. La actuación penal tuvo gran trascendencia informativa en los medios regionales. Los responsables del centro presentan demanda de protección civil del derecho al honor reclamando una indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Asturias la revoca y condena a la demandada al pago de un millón de pesetas. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo lo estima, dejando sin efecto la

sentencia dictada en apelación confirmando, en su lugar, la dictada en primera instancia. (C. O. M.)

**5. Requisitos para el ejercicio de la libertad de información.**—Para que el ejercicio del derecho a la libre información goce de protección constitucional es preciso que se trate de difundir información sobre un hecho noticioso o noticiable, por su interés público, y que la información sobre tales hechos sea veraz (SSTC 6/1988, 171/1990, 219/1992, 22/1995 y 28/1996). En ausencia de alguno de estos requisitos la libertad de información no está constitucionalmente respaldada y, por tanto, su ejercicio podrá afectar, lesionándolo, a alguno de los derechos que como límite enuncia el artículo 20.4 CE, en especial, los derechos fundamentales al honor y a la intimidad.

Constituyen acontecimientos noticiables los sucesos de relevancia penal con independencia del carácter de sujeto privado del afectado (STC 154/99).

**Alcance de la libertad de información.**—La protección constitucional de la libertad de información «alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción» (SSTC 165/1987 y 105/1990).

El «reportaje neutral» no elimina todo trabajo del periodista como profesional, reduciéndolo al de comunicador de declaraciones de otros, puesto que puede presentar las mismas dentro de un contexto personal (STS de 13 de junio de 2003). (STS de 15 de julio de 2004; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El periódico *El Correo de Andalucía* publicó en relación con el conocido proceso denominado «Caso Army» una noticia en que se afirmaba que entre la serie de documentos que el Fiscal Jefe aportó a la Sala de la Audiencia Provincial figuraba la denuncia de un menor que aseguraba haber sido coaccionado, entre otros, por el abogado don J. M., para que cambiara su declaración. Dada la proyección dada al contenido de la información que estimaba deshonrosa, Don J. M. demandó por los trámites del juicio incidental a doña C., don F., don M. y la entidad *Fomento de Inicativas A., S. A.*, solicitando la cantidad de 85.650.000 pesetas como indemnización por los daños personales, profesionales y morales sufridos en su honor.

El Juzgado de Primera Instancia rechazó la demanda con base a que, al ser veraz la noticia publicada, su difusión revestía interés público, y su sentencia fue confirmada en grado de apelación por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

**NOTA.**—El supuesto objeto de análisis por la sentencia anotada versa acerca de si la publicación de la noticia de que un abogado del «Caso Army» fue formalmente denunciado por presuntas presiones a un testigo constituía o no intromisión ilegítima en el derecho al honor del abogado.

Para el Tribunal Supremo, el hecho de que la documentación aportada por el Fiscal, no hiciese referencia alguna al apellido del abogado denunciado, sino sólo a su nombre no impide que el periodista al publicar la noticia pueda a partir de lo manifestado por el Fiscal, complementar la filiación completa del afectado si tuviera

datos para ello. De este modo, entiende que el periodista al publicar una información no tiene que circunscribirse a modo de fedatario público a lo que el Fiscal aportó como documental en el acto de la vista penal y con los términos exactos de su aportación.

Resolviendo supuestos semejantes consideran que no existe intromisión ilegítima alguna en el derecho al honor de los demandantes y que prevalece la libertad de información las siguientes sentencias: en la STS de 2 de julio de 2004 la periodista se limitó a contar, el transcurso de un debate público y parlamentario, en una región concreta, en cuyo foro se había enconado la discusión, y en la que se habían visto afectados determinados industriales. La STS de 18 de mayo de 1994 al referirse al actor, identificándolo por su apellido, se limitó a considerarlo no acreedor del apoyo político recibido, lo que no supone conducta ofensiva alguna. (*M. C. L. J.*)

**6. Libertad de información. Diligencia adecuada en el deber de contrastar la noticia.**—El alcance de la diligencia exigible a un profesional de la información no puede precisarse con carácter general, pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trate por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, 28/1996, de 26 de febrero, entre otras muchas). El nivel de diligencia exigible adquirirá su máxima intensidad, «cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere» (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, 178/1993, de 31 de mayo, 28/1996, de 26 de febrero, y 192/1999, de 25 de octubre).

Constituye un comportamiento negligente e irresponsable no dar adecuado cumplimiento al deber de efectuar con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación acerca de la verosimilitud de los hechos sobre los que versa la información con la mínima diligencia que es exigible (SSTC 21/2000 y 160/2003). Puede no ser necesaria una mayor comprobación en el caso de que la fuente que proporcione la noticia reúna características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable, pero se requiere en todo caso «la comprobación de la exactitud o identidad de la fuente» (SSTC 178/1993, de 31 de mayo, 154/1999, de 14 septiembre, y 158/2003, de 15 septiembre). (**STS de 22 de julio de 2004**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El periódico *Diario 16* publicó distintos reportajes en los que se aludía a la existencia en poder del mismo de un informe del FBI (que resultó ser falso) en el que figuraba don A. como objeto de investigación relacionándolo con el narcotráfico, el crimen organizado y la realización de negocios fraudulentos. Don A. interpuso demanda de protección del honor contra don F., don P., y otro respecto del que posteriormente se desistió, así como contra la entidad *Información y Prensa, S. A.* La demanda fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia que condenó a los demandados a indemnizar, conjunta y solidariamente, al demandante en la cantidad de 3.000.000 de pesetas, así como a publicar el encabezamiento y fallo de la sentencia dictada en primera instancia. Apelada la mencionada resolución, la Audiencia Provincial desestimó el recur-

so interpuesto. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—En este caso el conflicto se plantea entre el derecho al honor y la libertad de información. Para el Alto Tribunal las alegaciones de los recurrentes que pretendían fundamentar la credibilidad de la noticia en tener como fuente un organismo oficial de reconocimiento internacional como es el FBI carecían de consistencia. La falta de actividad de comprobación por parte del periódico, a pesar de la sospecha sobre la autenticidad de tal documento, y la inercia adoptada ante el desmentido del afectado, no tuvo explicación dada la extraordinaria gravedad de los hechos imputados.

En cuanto a la veracidad de las informaciones publicadas, que sería junto con el interés público, el requisito que pudiera determinar que prevaleciera la libertad informativa sobre el derecho al honor, el Tribunal Constitucional ha reiterado que este requisito constitucional «no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado» (SSTC 6/1988, de 21 de enero, 105/1990, de 6 de junio, 171/1990, de 12 de noviembre, 172/1990, de 12 de noviembre, 40/1992, de 30 de marzo, 240/1992, de 21 de diciembre, 15/1993, de 18 de enero, 178/1993, de 31 de mayo, 320/1994, de 28 de noviembre, 76/1995, de 22 de mayo, 6/1996, de 16 de enero, 28/1996, de 26 de febrero, 3/1997, de 13 de enero, 144/1998, de 30 de junio, 134/1999, de 15 de julio, 192/1999, de 25 de octubre, y 54/2004, de 15 de abril).

Cuando la Constitución requiere que la información sea «veraz» no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos (SSTC 6/1988, de 21 de enero, 28/1996, de 26 de febrero, 52/1996, de 26 de marzo, 3/1997, de 13 de enero, y 144/1998, de 30 de junio). De este modo, el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información (SSTC 21/2000, de 31 de enero, y 158/2003, de 15 de septiembre).

El Tribunal Constitucional ha establecido como criterios para valorar si ha existido o no diligencia del periodista los siguientes: el respeto a la presunción de inocencia (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, y 28/1996, de 26 de febrero); habrá de valorarse cual sea el objeto de la información, pues no es lo mismo «la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia» o «la transmisión neutra de manifestaciones de otro» (STC 28/1996, de 26

de febrero); el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia (que sea de confianza, STC 171/2004 de 18 de octubre) o las posibilidades efectivas de contrastarla (SSTC 21/2000, de 31 de enero, y 158/2003, de 15 de septiembre). (M. C. L. J.)

**7. Libertad de información y de expresión.**—Desde la STC 104/1986 el Tribunal Constitucional ha venido diferenciando en los derechos reconocidos en el artículo 20.1 CE según se trate de libertad de expresión, en el sentido de la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones, y libertad de información, en cuanto a la narración de hechos.

**Límite a la libertad de expresión.**—La libertad de expresión, al tratarse de formulación de «pensamientos, ideas y opiniones» [art. 20.1.a) CE], sin pretender sentar hechos o afirmar datos objetivos, tan sólo está delimitada por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas (STEDH de 23 de abril de 1992 y STS de 12 de julio de 2004).

**Colisión del derecho a la información y el derecho al honor.**—«Cuando surge la colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión de un lado y el derecho fundamental al honor, de otro, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional se ha decantado por el seguimiento de las siguientes directrices:

- a) que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos;
- b) que la tarea de ponderación o proporcionalidad ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad, del artículo 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información...» (FD. 5.º). (STS de 12 de julio de 2004; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El periódico *La Tribuna de Toledo* publicó un artículo realizado y firmado por don A. que lleva por título «Francisco, o el aprendiz de matón que sigue ensuciando la imagen y el nombre del CD Toledo». Dicho artículo aparecía en la primera página del periódico en la sección denominada «Deporte Provincial», en un formato y ubicación que por comparación con la noticia que aparecía en el resto de la página (suscrita también por don A.), permitía pensar que su contenido no estaba destinado a dar información sobre algún evento deportivo de interés, sino más bien a expresar una opinión personal de su autor en relación a la persona cuyo nombre aparecía en el título del artículo.

El artículo tuvo su origen en un incidente entre don F. y doña N., reportera gráfica del periódico; incidente que fue relatado en el artículo de la siguiente manera: «el flamante portero (don F.)..., insultó ayer gravemente en pleno entrenamiento del equipo a la fotógrafa de este periódico, doña N., que se limitaba a hacer su trabajo, con permiso expreso del secretario técnico del Club, S., y fuera de los límites del terreno de juego». Añadiéndose más adelante, también en relación al citado incidente, que «lo que nos faltaba por ver es al “señor” F. sacando a escena todo un repertorio de fra-

ses groseras e insultos dedicados a una profesional que tenía la osadía de hacer una fotos (*sic*) a su espalda».

Ante estos hechos, don F. interpuso demanda contra don A., don E. y *Publicaciones Toledo, S. L.*, solicitando que se estimase la demanda y se declarase la intromisión al honor por el reportaje publicado por los demandados. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda; resolución que fue confirmada por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por *Publicaciones Toledo, S. L.*

NOTA.—Para el Tribunal Supremo las expresiones que contiene el artículo periodístico fueron inequívocamente insultantes y vejatorias, no pudiendo quedar amparadas, ni por el carácter público del personaje, ni por los derechos a la libertad de expresión e información.

La presente sentencia reitera la doctrina que siguen en supuestos de colisión entre el derecho de información y el honor, entre otras, las SSTs de 11 de febrero, 30 de junio, 2 de julio y 7 de julio de 2004. (*M. C. L. J.*)

#### **8. Conflicto entre la libertad de información y derecho al honor.—**

Para que prevalezca el derecho fundamental a expresar opiniones y a informar es preciso que concurren las siguientes circunstancias: existencia de interés general y relevancia pública de la información divulgada; la información ha de ser veraz, y así será la información comprobada y contrastada según los cánones de la profesionalidad informativa que no incluya expresiones injuriosas o difamantes y la información tiene que adecuarse al llamado «reportaje neutral». El derecho a informar se ve disminuido esencialmente si no se refiere a personalidades públicas (STC 138/1996).

En el supuesto de colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión de un lado y el derecho fundamental al honor, de otro, se han de tener en cuenta que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos y que la tarea de ponderación o proporcionalidad ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad, del artículo 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información. (**STS de 19 de julio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—El periodista don E. publicó en el periódico *Diario 16* de Málaga una información que aparecía con el siguiente titular «una francesa se querrela contra José, por cuatro presuntas violaciones en 1980 y 1982», «asegura que la coacción para acosarse con ella y después salió en libertad su marido». En el resto de la información se especificaba el contenido de la querrela interpuesta ante el Juzgado de Instrucción, constituyendo el núcleo del artículo las declaraciones efectuadas por la querellante, divulgadas en una rueda de prensa convocada al efecto, donde concurrieron otros medios de comunicación, información que no fue apostillada en comentarios de opinión.

Don J. interpuso demanda contra doña M., don E., don A., la mercantil *Información y Prensa, S. A.*, y *Publicaciones y Prensa de*

*Málaga, S. A.*, por intromisión al honor en que se incurrió por la publicación del reportaje periodístico por parte de los demandados, con la correspondiente indemnización.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y condenó sólo a doña M. (querellante), por su intromisión al pago de 2.000.000 de pesetas, absolviendo a los demás demandados. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por don J., al ordenar, además, la publicación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en el *Diario 16* de Málaga. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—La presente sentencia reitera la doctrina expuesta en la STS de 12 de julio de 2004 que también ha sido objeto de anotación.

En este caso, hay que partir del hecho de que la información publicada proviene de la conducta de doña M., que en rueda de prensa relató hechos que el periodista recogió en su artículo, sin aumentarlo con opiniones ni análisis alguno de lo allí mantenido; incluso se añadió debajo del artículo una exculpación o defensa del don J., sin constreñirla ni disminuirla en lo más mínimo. Por consiguiente, el periódico se limitó a relatar lo que doña M. mantuvo que había efectuado ante el Juzgado, poner una querrela por unos supuestos hechos delictivos, pero sin tomar parte a favor ni en contra del denunciante ni denunciado y sin indagar si ese relato puede o no ser cierto, lo que le llevaría a la actuación de instructor o policía que como afirma el Tribunal Supremo en esta sentencia no le corresponde.

La conducta del periodista aparece inmersa en lo que el Tribunal Supremo ha considerado información veraz, que, aun cuando con errores que no afectan a la esencia de lo informado, no le privan de la protección de la Constitución. El Alto Tribunal consideró en esta sentencia que no existió intromisión en el derecho al honor del demandante, puesto que la veracidad de lo acontecido priva del elemento esencial de ataque al honor y, esa veracidad se dio en el relato de lo acaecido en la rueda de prensa, la conducta de quien fue testigo de la misma y lo contó a los demás a través de su periódico.

En el FD. 5.º la sentencia señala que la información tiene que adecuarse al llamado «reportaje neutral». El origen de esta doctrina se encuentra en el Derecho jurisprudencial norteamericano. Esta línea doctrinal parte de la base de un reportaje que recoge unas declaraciones u opiniones, en las que el informador no expresa ni realiza valoración alguna. Es suficiente que el periodista transcriba exactamente lo manifestado por su fuente, pero no será necesario que lleve a cabo una investigación exhaustiva en relación a si lo manifestado por la misma es o no cierto, o veraz, empleando un término más legal (SSTC 159/1986 y 232/1993). Para que pueda hablarse de reportaje neutral han de concurrir los siguientes requisitos:

«a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y

han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas. De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones.

b) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia. De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación, sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido.

c) En los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido. Consecuentemente, la mayor o menor proximidad al reportaje neutral propio modula la responsabilidad por el contenido de las declaraciones» (SSTC 76/2002, de 8 de abril, y 54/2004, de 15 de abril, y SSTs de 9 y 12 de julio de 2004).

Siguen la doctrina del reportaje neutral, entre otras, SSTs de 16 de diciembre de 1996, 24 de enero, 20 de febrero y 20 de marzo de 1997, 16 y 19 de febrero de 1999, 26 de julio de 2000, 11 de abril y 1 de octubre de 2002, 6 y 19 de junio; 22 de diciembre de 2003, y 15 de abril, 22, 24, 28 y 30 de junio y 2, 7, 9 y 12 de julio de 2004. (*M. C. L. J.*)

**9. Intimidad personal.**—Constituye el espacio vital de cada uno sometido a su exclusivo poder y que se proyecta sobre el concepto impreciso de lo que es su círculo reservado e íntimo, compuesto por datos y actividades que conforman la particular vida existencial de cada persona y autoriza a preservarla de las injerencias extrañas. Se exceptúa el supuesto de que medie autorización libremente practicada, en cuyo caso el círculo se abre y la intimidad se comunica (FD. 3.º).

**Licitud probatoria y límites.**—La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, admite como medios probatorios las cintas magnéticas, vídeos y cualquier otro medio de reproducción hablada o representación visual (arts. 299.2 y 382 LEC). No obstante, en todo caso, la obtención de estos medios de prueba ha de ser lícita, no siéndolo aquella que se haya realizado en forma contraria a Derecho o con vulneración de los derechos fundamentales de las personas a que tales grabaciones o filmaciones se refieran. En este sentido, el artículo 102 del Real Decreto 2364/1994 pone como límite a la actuación de los detectives privados el que «en ningún caso podrán utilizar para sus investigaciones medios personales o técnicos que atenten contra el derecho al honor, intimidad personal o familiar, a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones» (FD 2.º).

**Exclusión del carácter de intromisión ilegítima.**—Respecto a la enumeración de los supuestos de excepción recogidos en el artículo 8.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, el Tribunal Supremo tiene declarado que sus apartados son meramente enumerativos y no puede considerarse relación exhaustiva y cerrada a cualquier otra excepción que proceda según las circunstancias del caso (SSTs de 28 de diciembre de 1996 y 25 de septiembre de 1998). (**STS de 2 de julio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—El 5 de octubre de 1994, don A., separado de su esposa por sentencia de 1 de septiembre de 1994, contrató los servicios del detective don G. para que realizara un servicio técnico de observación sobre doña L. y sus hijos por presumir irregularidades en el cuidado y vigilancia de los mismos. El servicio, que se realizó por sistema de grabación continua con cámara y vídeo, comenzó en noviembre de 1994, siendo el último informe de 16 de marzo de 1995. Desde la parte trasera de la vivienda de don A. se divisaba perfectamente la vivienda de doña L. sita en la misma calle. Por ello, la cámara de vídeo empleada en la investigación se ubicó en una de las ventanas traseras de la vivienda de don A. enfocando directamente la vivienda de doña L. y sus hijos, captando las personas que entraban y salían de la vivienda.

Ante estos hechos, doña L. interpuso demanda contra don A., don G. e *Investigaciones PI, S. L.*, sobre protección jurisdiccional a los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La demanda fue desestimada en ambas instancias. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—En la sentencia objeto de anotación, el Tribunal Supremo consideró que, atendiendo al lugar en que fue captada la imagen de doña L. y la finalidad perseguida por don A. al ordenar esa captación de la imagen de doña L. no implicó invasión alguna a la intimidad de la misma.

En cuanto al lugar, las imágenes fueron captadas, no reproducidas ni publicadas, en la calle, recogiendo la entrada y salida de la vivienda de doña L. y de sus hijos y otras personas no identificadas.

Por lo que se refiere a la finalidad, el Alto Tribunal tuvo en cuenta el hecho de que es deber de los padres el de velar por sus hijos sujetos a la patria potestad (art. 154.1.º CC), deber que no cesa por la atribución de la guarda y custodia al otro padre en proceso matrimonial. Por ello, la adopción por el progenitor separado de sus hijos de medidas dirigidas a comprobar que estos hijos se encuentren correctamente atendidos por aquél a cuya guarda y custodia han sido confiados encuentran plena justificación. (*M. C. L. J.*)

**10. Derecho a la intimidad personal y a la propia imagen.**—Se trata de derechos de la personalidad con una estrecha relación entre sí, pero autónomos (STC 81/2001) y con un contenido propio y específico (SSTC 156/2001 y 83/2002). En ocasiones, la captación y reproducción de una imagen puede lesionar conjuntamente el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen; acontece así en los casos en los que la imagen difundida, además de mostrar los rasgos físicos que permiten la identificación de una persona determinada, revele aspectos de su vida privada y familiar que se han querido reservar del público conocimiento.

El derecho a la intimidad personal garantiza a su titular un ámbito reservado de su vida, excluido tanto del conocimiento como de las intromisiones de terceros, se trate de poderes públicos o de particulares (entre otras, SSTC 144/1999, 292/2000, 119/2001, 83/2002 y 127/2003). Por su parte, el derecho a la propia imagen atribuye al individuo la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que con-

lleva tanto el derecho a determinar la información gráfica, generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible, que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado (SSTC 81/2001 y 156/2001).

**Colisión de la libertad de información con los derechos a la intimidad y a la propia imagen.**—Los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen no son absolutos, sino que su contenido se encuentra delimitado por otros derechos y bienes constitucionales. Para que prevalezca el derecho de información sobre el derecho al honor, la intimidad y a la propia imagen tiene que tratarse de una información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública. La preservación del reducto de inmunidad protegido con el reconocimiento de estos derechos subjetivos sólo puede ceder, cuando del derecho a la información se trata, si lo difundido afecta, por su objeto y su valor, al ámbito de lo público, que no coincide con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena (STC 20/1992).

La intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen y a la intimidad personal exige que en ella se reconozca al titular. No obstante, la identificación del titular de los derechos puede lograrse sólo por su aspecto físico, primer elemento configurador de la esfera personal, reproducido en las fotografías, o por él junto con otros datos complementarios y circunstanciales. (STS de 19 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La revista *Interviú* publicó distintos reportajes (con los titulares «el médico fotografiaba desnudas a sus pacientes», «imágenes de escándalo», «indignación popular contra el médico pornográfico») con información de que un médico de una pequeña población aragonesa había fotografiado desnudas a sus pacientes en la consulta. Los reportajes estaban ilustrados con diversas fotografías en color de dichas mujeres, entre ellas doña L., sin mostrar sus rostros.

Doña L. interpuso demanda en la que solicitaba que se dictase sentencia por la que se condenara solidariamente a *Ediciones Zeta, S.A.*, y don P. a indemnizarla en la cantidad de 15.000.000 de pesetas por daños morales producidos hacia su persona con su actuación.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a don P., como autor de los reportajes, y a *Ediciones Zeta, S.A.*, como editora de la revista en que los mismos se publicaron, a indemnizar en la cantidad de 7.000.000 de pesetas a doña L. por intromisión ilegítima en sus derechos a la intimidad personal y propia imagen. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia apelada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—La sentencia objeto de anotación analiza un supuesto de colisión entre los derechos a la libertad de información, por un lado, y a la intimidad y propia imagen, por otro. Para el Tribunal Supremo en este caso no merecen ser sacrificados los derechos de doña L. en beneficio de una supuesta libertad de información, puesto que aunque el contenido literario de los reportajes de que se trata tuviera interés público, en el sentido de que la información que comunica tiene cierta relevancia para la comunidad, no sucede lo

mismo con las fotografías de las mujeres desnudas, cuyo número y significación en el conjunto llevan a considerarlas destinadas a dar satisfacción de la curiosidad humana por conocer la intimidad de otros.

En relación a la identificación de la información publicada con una determinada persona, la STS de 4 de octubre de 1990 admitió que la identidad del titular puede deducirse de circunstancias concurrentes; la de 29 de noviembre de 1991 declaró que bastaba con que la identificación no deje lugar a dudas; la de 29 de septiembre de 1992 se enfrentó a un supuesto en que el rostro de la perjudicada era prácticamente visible y reconocible; la de 5 de abril de 1994 equiparó a una identificación con nombre y apellidos cualquiera otra que no deje lugar a dudas; la de 12 de junio de 1996 contempló el supuesto de una identificación fácil, obtenida por medio de datos y detalles, y la de 30 de enero de 1998 exigió que las representaciones de la persona faciliten su reconocibilidad de modo evidente y no dubitativo o por aproximaciones o predisposiciones subjetivas.

La sentencia anotada reitera la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que condiciona la protección constitucional de la libertad de información, frente al derecho al honor garantizado en el artículo 18.1 CE, a que la información se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz, entre otras, SSTC 138/1996, de 16 de septiembre, 144/1998, de 30 de junio, 21/2000, de 31 de enero, 112/2000, de 5 de mayo; 76/2002, de 8 de abril, y SSTS de 27 de julio y 13 de octubre de 1998, 18 de octubre de 2000, 15 de enero de 2001, 17 de marzo de 2004 y 5 de julio de 2004. (*M. C. L. J.*)

**11. Derecho a la propia imagen.**—El derecho a la propia imagen es un derecho personalísimo que, ligado a la propia existencia individual, salvaguarda un espacio de intimidad personal y familiar. Frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias que pertenece a la intimidad reviste singular importancia la necesaria protección de la propia imagen (STC 170/1987, de 30 de octubre). El derecho a la imagen sólo puede restringirse por su titular, pudiendo evitar e impedir su difusión. El dato de persona que ejerza cargo público o notoriedad y proyección pública por su profesión o que la imagen ha sido captada en actos públicos o lugares abiertos al público pueden restringir este derecho.

**Consentimiento de familiares del fallecido.**—Tratándose de persona fallecida, el consentimiento debe estar restringido y no se puede ampliar a otros aunque estén unidos por lazos familiares próximos, pues ello implicaría la legitimación fuera de los herederos forzosos y muy próximos parientes, que constituyen el círculo familiar íntimo.

***In illiquidis non fit mora.***—Este principio es aplicable a supuestos muy variados en su tipología pero referentes, substancialmente, a aquellos en que la cantidad realmente adeudada no es conocida hasta que se lleve a efecto la fijación de la misma a través de la correspondiente resolución judicial, ha sido atenuado por la jurisprudencia, en su aparente automatismo. De este modo, se considera que la sentencia no opera la creación de un derecho con

carácter constitutivo, sino que lo tiene meramente declarativo, pues a través de la misma lo que se hace es declarar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al acreedor. Así, la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aun cuando fuese menor de la por él reclamada, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial (STS de 21 de mayo de 1998). **(STS de 29 de junio de 2004;** no ha lugar.)

**HECHOS.**—La revista de tirada nacional *Panorama* publicó sin consentimiento familiar un reportaje en el que incluía una fotografía de doña L. Además, en el mismo reportaje dio a conocer que la misma había adquirido el virus del SIDA en el Hospital en que trabajaba, constituyendo el primer caso conocido en España de contagio profesional de la enfermedad. El esposo de doña L., la cual había fallecido, interpuso demanda por violación del derecho a la propia imagen de su esposa.

Las sentencias de primera y segunda instancia fueron concordantes en la estimación de la demanda en defensa del derecho fundamental a la propia imagen respecto a la esposa del actor, cifrando los daños en 3.000.000 millones de pesetas. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

**NOTA.**—En la sentencia anotada, la parte recurrente alega en el recurso de casación que la fotografía fue entregada por un cuñado de la fallecida. Pese a que la Ley 1/1982 no recoge quienes son las personas facultadas para consentir que un tercero utilice la imagen de la fallecida, para el Tribunal Supremo no ofrece ninguna duda que el cuñado de la fallecida no estaba facultado para prestar su consentimiento en la publicación de la fotografía. En este caso, tal y como indicó el Ministerio Fiscal en su informe, la publicación de la imagen de la fallecida no era necesaria para el interés público.

Por lo que respecta a la interpretación del principio *in illiquidis non fit mora*, esta sentencia reitera la misma línea jurisprudencial que las SSTs de 5 de marzo de 1992, 18 de febrero, 21 de marzo y 24 de mayo de 1994, 1 de diciembre de 1997, 21 de mayo de 1998, 3 de marzo de 2000, 10 de abril de 2001, 19 de febrero y 10 de diciembre de 2004. (M. C. L. J.)

**12. Sucesión de título nobiliario.**—El orden de suceder en las dignidades nobiliarias debe ajustarse estrictamente a lo dispuesto en el título de concesión y, en su defecto, a lo que tradicionalmente se ha seguido en esta materia (art. 5 del Decreto de 4 de junio de 1948), esto es, la Ley II, del título XV, de la Partida segunda y la Ley XL de Toro (Libro X, título XVII, Ley V de la Novísima Recopilación).

Las mencionadas normas aplicadas por la jurisprudencia (SSTs de 18 de febrero de 1960, 5 de octubre de 1962, 31 de diciembre de 1965, 17 de octubre de 1984 y 13 de octubre de 1993, entre otras muchas), determinaban que los parientes colaterales que no entronquen con el fundador no tienen derecho de representación sino que operaría en ellos la regla de la propinquidad. Tradicionalmente y en aplicación de esa regla, sucede en el título el pariente

más cercano al denominado «fundador» (STS de 26 de junio de 1963). Sin embargo, y ante la dificultad, en ocasiones, de precisar quién es el fundador, se ha tomado como referencia el llamado «último poseedor legal» (SSTS de 18 de febrero de 1960, 21 de mayo de 1964, 17 de octubre de 1984 y 13 de octubre de 1993), definido como el poseedor de quien deriva el derecho a suceder en el título (STS de 19 de junio de 1976).

**Posibilidad de usucapir el título nobiliario.**—En una primera línea jurisprudencial, la posibilidad de adquirir los títulos nobiliarios por usucapión fue negada en base al denominado «dogma de la imprescriptibilidad» (SSTS de 14 de marzo de 1960, 10 de abril y 20 de mayo de 1961, 26 de junio de 1963, 21 de mayo de 1964, 29 de noviembre de 1967, 30 de marzo de 1970 y 22 de febrero de 1972). El contenido de la Ley XLV de Toro y la apreciada incompatibilidad entre la usucapión y el régimen sucesorio de los títulos nobiliarios llevó a la jurisprudencia a considerar irrelevante el tiempo transcurrido en la posesión de un título nobiliario por parte de quien no tenía el mejor derecho genealógico. El pariente en quien debía recaer el título o grandeza podía reclamar su derecho al poseedor del título, porque se sostenía que el mismo se basaba en el hecho de pertenecer al linaje y no en una mera posesión del título (STS de 7 de diciembre de 1965).

En el año 1985 se produce un cambio jurisprudencial (cuyo antecedente es la STS de 9 de junio de 1964) que rompe con la imprescriptibilidad del título nobiliario por mor de la seguridad jurídica. Así se fundamenta en las SSTS de 7 y 27 de marzo de 1985, 14 de junio y 7 de julio de 1986, 23 de enero de 1987, 21 de junio de 1989, 8 de octubre de 1990 y 6 de marzo de 1991. En todas ellas se afirma que la línea o rama que ha poseído el título nobiliario durante cuarenta años debe usucapirlo convirtiéndose en adquirente inatacable frente al mejor derecho genealógico. El usucapiente se convertiría así en cabeza de una línea a partir de la cual habría de seguirse el orden regular de sucesión (SSTS de 23 de enero de 1987 y 21 de junio de 1989). **(STS de 30 de diciembre de 2004; no ha lugar.)**

**HECHOS.**—El 8 de junio de 1750, Fernando VI otorgó el título nobiliario «Conde de Casa Tagle de Trassierra» a don J. A. T. B. El título fue suprimido y más tarde rehabilitado por Real Decreto de 23 de junio de 1919 a petición de doña R. E. T. A su muerte el título pasó a su hijo don F. M. P. y más tarde a doña N. C., a la que sucedió su sobrino don P. C. P., padre del demandado.

Por su parte, don M. R. A. P. (actor) discrepa respecto del pariente en relación con el que se han de contabilizar los grados a la hora de suceder en el título. A su juicio, el último poseedor legal sería un sobrino del primer conde llamado don N. T. I. y no don F. M. P. como defiende el demandado.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y considera que el demandado don P. C. G. C. tiene mejor derecho a usar, llevar y poseer el título nobiliario mencionado, dado que el último poseedor legal de quien el demandado deriva su derecho a suceder había usucapido el título litigioso. El demandante interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que es igualmente desestimado. Presentado recurso de casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. (*J. D. S. C.*)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**13. El negocio fiduciario.**—El negocio en que consiste la fiducia casa mal con el supuesto en que el fiduciante no es el dueño absoluto y exclusivo de la cosa. La fiducia parte del presupuesto de la atribución patrimonial que el fiduciante lleva a cabo de cosa o derecho de su propiedad en favor del fiduciario (propietario sólo formal), para la finalidad que ambos pactan. Cuando la misma se cumple, el fiduciante, por retransmisión, recobra lo cedido (SSTS de 2 de diciembre de 1996 y 4 de julio de 1998, entre otras).

**La simulación relativa.**—La simulación relativa se da cuando el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado, el que ha de reunir todos los requisitos legales para reputarse válido y, entre ellos, que se dé causa verdadera y lícita y las condiciones formales precisas y de exigencia. (STS de 11 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Los litigantes habían contraído matrimonio el 10 de octubre de 1966, bajo el régimen de separación de bienes y durante su vigencia adquirieron diversas propiedades por mitad y proindiviso. Por sentencia de 16 de marzo de 1992 se decreta la separación del matrimonio. La esposa demandada, doña M., adquirió para sí y a su exclusivo nombre por escritura de 29 de julio de 1985, una vivienda que pasó a constituir el domicilio familiar, si bien en documento privado de 8 de mayo de 1985 la adquisición la llevaron a cabo los dos esposos. Alega don A. que la compraventa pública constituye un negocio fiduciario entre cónyuges, pues lo querido fue que la vivienda discutida la había adquirido él y fue quien desembolsó el precio, siendo realmente el único propietario, persiguiendo con la puesta del inmueble a nombre de la esposa como única compradora, la salvaguardia y protección del inmueble en previsión de futuras contingencias negativas y reverses en los negocios que el esposo desarrollaba (titularidad aparente). El actor interpone demanda solicitando que se declare: 1) El carácter fiduciario o, subsidiariamente, simulado de la compraventa efectuada por doña M., mediante escritura de compraventa, declarando la nulidad de la misma y, como consecuencia, la nulidad de las inscripciones señaladas, ordenando la práctica de otras en las que figure la propiedad a nombre de don A.; 2) La obligación de abonar la demandada la cantidad de dinero prestada para la compra de las mencionadas fincas. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda.

La sentencia anterior se recurre en apelación, donde la Audiencia desestima igualmente el recurso. Esta sentencia sentó como probado que, con respecto a la capacidad económica de la esposa para llevar a cabo la compraventa que se impugna, la misma había aportado para pago del precio correspondiente la cantidad de 8.500.000 pesetas, concertando préstamo hipotecario por importe de 10.000.000 de pesetas.

Ya en casación, don A. alega la aplicación indebida de los artículos 1253, 1255 y 1276 CC. El Tribunal Supremo desestima el recurso, señalando que no cabe aquí aplicar la figura de la fiducia cuando el fiduciante no es dueño absoluto y exclusivo de la vivien-

da, teniendo en cuenta los pagos realizados por la esposa con caudal propio. Lo anteriormente dicho no queda desvirtuado por la alegación de que el recurrente era el que realizaba todas las gestiones de compra y el que manejaba exclusivamente el dinero. La existencia de confianza entre los cónyuges es natural y hasta necesaria en las relaciones matrimoniales, y no basta para declarar que la adquisición de la vivienda del pleito encerraba una voluntad simulada o fiduciaria. (S. L. M.)

**14. Simulación y contrato fiduciario. Compraventa en garantía. Síntesis jurisprudencial sobre las diferencias entre simulación y fiducia.**—Al no estar específicamente regulada o contemplada por nuestro Código civil, la simulación total o absoluta, ha sido estructurada por la doctrina más decantada, y frente a la tesis de que pueda ser una manifestación de discordancia entre la voluntad real y declarada —vicio de voluntad—, la subsume como un supuesto incluíble dentro de la causa del negocio; es decir, la simulación que implica un vicio en la causa negocial, con la sanción de los artículos 1275 y 1276 CC, y, por tanto la declaración imperativa de nulidad, salvo que se acredite la existencia de otra causa verdadera y lícita. Es un vicio de la declaración de voluntad por el cual, ambas partes, de común acuerdo, y con el fin de obtener un resultado frente a terceros, que puede ser lícito o ilícito, dan a entender una manifestación de voluntad distinta de su interno querer.

Sobre el negocio fiduciario, la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que lo constituye aquel negocio por el que, 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. No puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae, como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante. El instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia que no por eso dejará de tener su causa, que se halla en la concesión de facultades dispositivas al fiduciario para alcanzar una determinada y prevista finalidad, con el riesgo inherente en estos negocios de que el fiduciario abuse de su posición jurídica y emplee aquellas facultades no en utilidad o beneficio del fiduciario.

Abundante doctrina jurisprudencial reitera que en el negocio fiduciario se transmite una titularidad formal y aparente, válida y eficaz frente a terceros de buena fe y por título oneroso, con una limitada eficacia que no puede oponerse al fiduciante por no haberse producido una verdadera transmisión. Asimismo, desde otro punto de vista, se diferencia del negocio simulado porque este último es ficticio y no real, mientras el fiduciario es serio y querido con todas las consecuencias jurídicas; el simulado es un negocio simple, mientras que el otro es complejo; el simulado es absolutamente nulo, sin llevar transferencia de derechos, mientras el fiduciario es válido; y el simulado carece de causa, lo que lo hace radicalmente nulo, mientras que el fiduciario lleva insita la *causa fiduciae*.

En el caso litigioso, no cabe admitir la adquisición de la propiedad de las fincas adquiridas sobre la llamada «venta en garantía», con pacto fiduciario implícito. Según doctrina jurisprudencial, la transmisión en garantía: es 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; el fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, sino que ha de 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; 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, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo; la transmisión de propiedad con fines de seguridad o «venta en garantía» es un negocio jurídico en que por un modo indirecto, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación. En el caso de autos se trata de una venta en garantía de préstamo, pues la *causa fiduciae* no es propiamente la enajenación llevada a cabo, sino el afianzamiento que se pretende del débito mediante una compraventa que convierte al fiduciario en sólo propietario formal, dada su posición principal de acreedor, en tanto que el fiduciante es el deudor y obligado al préstamo que contrajo, actuando en el negocio como aparente vendedor, por lo que el fiduciario lo que ha de pretender es la devolución de préstamo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no ser esa la finalidad del negocio concertado, sin perjuicio del derecho de retención que la doctrina jurisprudencial le reconoce.

En consecuencia, ha de reconocerse al recurrente insatisfecho en su crédito del préstamo una posición de superior privilegio al de reclamar sin más el mismo, con su deber de devolver las fincas adquiridas, por lo que le asiste una especie de *ius retentionis* sobre los bienes «comprados», que seguirán en su posesión, hasta que se efectúe el completo pago de sus créditos con los intereses devengados. (STS de 26 de julio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La Comisión Liquidadora impugna la compraventa otorgada en escritura pública, de tres fincas, concluida entre don N. —como comprador— y la comunidad de herederos de don M. A. (integrada por don J. F., doña C. y doña A.) —como vendedora—, con la intención de unir al procedimiento de suspensión de pagos de la comunidad de herederos mencionada, las fincas objeto del contrato. Solicita que se declare la nulidad de la compraventa, derivada de su condición de negocio simulado, al ser la causa de la misma una garantía a favor del demandado don N., para la devolución de un préstamo de 32.637.545 pesetas, siendo el precio de esa compraventa de 22.503.324 pesetas, e incluyendo el contrato el compromiso verbal, según manifestación del propio señor N., de retrotraer la operación de venta a la cancelación del préstamo recibido. El Juzgado de Primera instancia desestima la demanda, mientras que la Audiencia Provincial estima la apelación y declara la nulidad de la compraventa, declarando que el contrato realmente celebrado fue el de préstamo y que procedía practicar la liquidación correspondiente de ese préstamo con sus intereses y de los rendimientos líquidos producidos por las fincas objeto de la compraventa. (S. M. S.)

**15. Prueba de la simulación.**—Como consecuencia del natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la

realidad, la prueba plena de la simulación de los contratos es difícil. Lo anterior obliga, en la totalidad de los casos, a deducir la simulación de la prueba indirecta de las presunciones. Por ello, con frecuencia la simulación se revela por pruebas indiciarias que llevan al juzgador a la apreciación de su realidad (STS de 13 de octubre de 1987). En ningún sitio consta dicho por el Tribunal Supremo que la simulación no se puede declarar si no se prueba una finalidad defraudatoria (STS de 15 de marzo de 1995), por lo que el interés de defraudar no equivale al interés de simular.

Es facultad peculiar del juzgador de instancia la estimación de los elementos de hecho sobre los que ha de basarse la declaración de existencia de la causa o de su falsedad o ilicitud.

**Doctrina de los actos propios y acciones de simulación.**—La acción de nulidad resulta improsperable si es específicamente causalizada en torno a un hecho cuya sustancial inexactitud y falta de adecuación a la realidad han sido reiteradamente admitidas por el actor al margen del proceso.

Si surgen dudas sobre la intención de los contratantes para estimar la simulación contractual hay que acudir a los actos coetáneos, anteriores y posteriores (STS de 28 de octubre de 2003). (STS de 17 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—M. proclamó durante años la existencia, en la realidad material y al margen de meras apariencias formales de un auténtico régimen de copropiedad o proindiviso con sus dos hermanos (J. y V.). En innumerables ocasiones M. invocó el régimen de comunidad, exhibió y pretendió hacer valer el documento de 12 de marzo de 1989, por el que los hermanos aparecerían no solamente ratificando ese régimen de comunidad sobre una serie de fincas, sino también conviniendo o comprometiéndose a mantener ese mismo régimen de comunidad, perteneciendo por terceras partes indivisas a cada uno de los tres hermanos. Sin embargo, a partir del año 1985, M. pretende transformar en propiedad privativa la anterior comunidad e interpone una querrela criminal contra V.

Posteriormente, M. formuló demanda contra V. y L., en la que solicitaba que se dictase sentencia por la que se declarara la existencia de simulación absoluta respecto de dos fincas registrales y la existencia de un negocio de interposición de persona, con declaración de nulidad de las escrituras simuladas y declaración de la verdadera titularidad de otras ocho fincas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—El Tribunal Supremo confirma en esta sentencia los pronunciamientos de las dictadas en primera y segunda instancia en el sentido de que no procede la nulidad del contrato de compraventa de fincas entre hermanos por simulación, porque resulta acreditado la realidad de la venta de las fincas propiedad del demandado de los siguientes datos: por la existencia de los contratos de aparcería y arrendamiento urbano aportados por M., donde se establecen claramente la propiedad exclusiva de los demandados; por la existencia de un precio cierto en las diferentes compraventas por compensación de deudas o transmisiones de dinero por parte de los

demandados; por la inclusión en uno de los expedientes concursales de M. de deudas a favor del demandado y sus empresas por distintas cantidades; por transferencias de dinero por la parte demandada a M. y por el documento de 27 de diciembre de 1984 justificante de acuse de recibo de «últimas cantidades pendientes para el pago de las propiedades vendidas por M. a V.».

Además de lo anterior el Alto Tribunal tiene en cuenta la inexactitud y falta de adecuación a la realidad reiteradamente admitida por el propio actor al margen del proceso. En este sentido, tal y como declaró la STS de 28 de octubre de 2003, «la doctrina de los actos propios tan sólo quiebra cuando se utiliza para validar actos jurídicamente nulos o ineficaces», lo que en la sentencia anotada no acontece, puesto que no se acreditó que existiese simulación.

La jurisprudencia ha reiterado que la apreciación de la existencia o no de simulación contractual (absoluta o relativa), en cuanto integrante de una cuestión de hecho, es de la exclusiva competencia de los Tribunales de instancia, cuya apreciación probatoria ha de ser mantenida en casación en tanto la misma no sea desvirtuada por medio impugnatorio adecuado para ello (SSTS de 17 de noviembre de 1983, 14 de febrero de 1985, 5 de marzo de 1987, 16 de septiembre y 1 de julio de 1988, 24 de junio y 12 de diciembre de 1991, 29 de marzo y 20 de julio de 1993, 3 de junio de 1995, 19 de junio de 1997, 6 de marzo de 1999, 6 de junio de 2001 y 21 de julio de 2003). Entre otras muchas, distinguen la simulación absoluta de la relativa (SSTS de 18 de julio y 29 de noviembre de 1989 y 28 de abril y 29 de julio de 1993). (M. C. L. J.)

**16. Acto simulado de liberalidad. Compraventa por precio notablemente inferior al estimado por Hacienda y al de realización del inmueble. Posturas jurisprudenciales sobre los requisitos esenciales del negocio simulado para admitir su validez.**—El problema básico que se suscita es el de la validez o no de la donación de inmueble encubierta en un contrato de compraventa formalizado en escritura pública. Es claro que la escritura pública era un acto simulado de liberalidad. Pero queda por depurar si la escritura pública debe recoger el *animus donandi*, como elemento estructural de la donación; y, bien en la misma, bien en otra separada, la aceptación del donatario para que el contrato disimulado se considere válido (conforme a los arts. 618, 630 y 633 CC), y, por tanto, apreciar una simulación relativa. Parte de la doctrina es contraria a admitir tal posibilidad, porque la escritura de compraventa no puede expresar la causa de liberalidad, ánimo de donar y voluntad de aceptar la donación. Pero otro sector contesta que las partes serían fingidos compradores y reales donatarios, que, cuando el donatario estaba autorizando una compraventa, en realidad, autorizaba una donación, la verdadera voluntad y finalidad perseguida por los interesados, el principio de conservación del contrato, razones de equidad y especialmente que la tesis negativa adolece de un excesivo rigor formal. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido sensible a las dos posturas. E incluso se ha apreciado una orientación intermedia en la que se contempla un régimen más permisivo para las donaciones remuneratorias, a pesar de que la jurisprudencia más moderna diluye la razón de una diferenciación semejante, porque no se

advierte, en cuanto al momento de su formación, diferencias sustanciales entre unas y otras donaciones, dado que la jurisprudencia exige la forma del artículo 633 CC para las remuneratorias, así como el ánimo de liberalidad, con independencia del plus jurídico de la cualificación causal consistente en el beneficio o servicio que se remunera. (La sentencia cita jurisprudencia respecto a todas las corrientes estudiadas).

En el caso litigioso estamos ante una donación, según el artículo 618 CC, puesto que, mediante un acto de liberalidad una persona dispone de un bien a favor de otra que la acepta. Hay acuerdo de voluntades entre donante y donatarios que aceptan los bienes, una causa que es la mera liberalidad del bienhechor y se cumple el requisito de forma. No se ha probado que con esta operación se persiguiese defraudar las preceptivas hereditarias de doña E., pues justo un mes después, el donante interpuso contra ella demanda de separación, otorgando testamento por el que la desheredaba. Esto, unido a las relaciones nada apacibles ni cordiales entre ambos cónyuges, debe prevalecer la donación, pudiendo deducirse, desde luego, si resultase inoficiosa, pero este extremo no ha sido acreditado. (STS de 7 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. vende, en contrato otorgado ante Notario, a su hermana A. y a su cuñado R., cinco inmuebles de su propiedad por el precio de 6.300.000 pesetas, a pesar de que el precio estimado por Hacienda en su liquidación era de 32.956.000 pesetas en aquel momento y el precio por el cual uno de los «compradores» realizó uno de los inmuebles fue de 14.000.000 de pesetas. Doña E., esposa de don J. M., al fallecer su marido, formula demanda contra los compradores, solicitando que se declare la nulidad de la venta por simulación absoluta; que los vendedores restituyan lo recibido sin causa o el valor de venta en el mercado, en el caso del inmueble que ha sido enajenado a terceros de buena fe; y que se cancelen los asientos registrales derivados. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y lo mismo ocurre en sede de apelación. (S. M. S.)

**17. Error como vicio del consentimiento. Error inexcusable.**—Para invalidar un negocio por error como vicio del consentimiento es necesario, conforme a los postulados de la buena fe, que quien lo alega no haya tenido una conducta negligente. (STS de 17 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa imprenta *Fareso* interpone demanda de reclamación de cantidad contra la empresa *Edicep* por la realización de trabajos de impresión, encuadernación y edición de libros. *Edicep* alega que no abonó los servicios recibidos porque *Fareso* finalmente no le proporcionó los canales de distribución que habían acordado con el señor B., a quién consideraron propietario de *Fareso* y que posteriormente resultó ser solamente un empleado. No existe prueba del acuerdo al que supuestamente llegó el señor B., solamente las manifestaciones de la parte demandada. El Juzgado de Primera Instancia estima totalmente la pretensión de la parte actora. Dicha sentencia es confirmada en grado de apelación y recurrida en casación por *Edicep*. El Tribunal Supremo declara que

no ha lugar al recurso de casación y accede a las peticiones formuladas por la empresa *Fareso*. (A. V. G.)

**18. Solidaridad.**—«El artículo 1137 del Código Civil ha sufrido una interpretación mitigadora de su drástica y rigurosa normativa, en el sentido de entender que la solidaridad también existe cuando las características del contrato permitan deducir la voluntad de los interesados de crear un vínculo de dicha clase, obligándose *in solidum*, o resulte aquella de la propia naturaleza de lo pactado lo que de modo especial sucede cuando se trata de facilitar la garantía de los acreedores (SS de 11 de octubre y 26 de julio de 1989 y 28 de diciembre de 2000, entre otras)» (FD. 3.º).

La solidaridad no precisa para su establecimiento su expresión con constancia escrita y expresa, ni el empleo de un vocablo, siendo bastante que aparezca de modo evidente la voluntad de las partes de poder prestar o exigir íntegramente la cosa objeto de la obligación (STS de 17 de mayo de 2000).

«Si todos los vendedores dieron recibo por la suma total que les entregó el comprador, han de considerarse deudores solidarios si llega posteriormente el momento de devolver dicha cantidad (S de 19 de noviembre de 1970)» (FD. 3.º). (STS de 24 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 25 de febrero de 1993 *V. S. A.*, celebró un contrato de promesa de venta con *M. C., S. A.*, y doña *C.* sobre las plantas primera a sexta, ático y sobreático de un edificio del que *M. C., S. A.*, era nuda propietaria y doña *C.* usufructuaria. Los vendedores (doña *C.* y el representante de *M. C., S. A.*) manifestaron en la estipulación cuarta del contrato que el precio convenido (120.000.000 de pesetas) «sería distribuido entre nuda propietaria y usufructuaria conforme a los respectivos derechos que enajenarán, cuyo cálculo y conformidad entre ellos manifiestan en este acto». En la estipulación tercera habían otorgado conjuntamente y sin distinción alguna, carta de pago de la cantidad de 10.000.000 de pesetas, que decían recibir a su satisfacción. Asimismo en el contrato se estableció que lo pactado se subordinaba a la condición suspensiva de que la Caja de Ahorros accediera a la redistribución de los dos créditos de 60.000.000 de pesetas cada uno que con rango hipotecario habían sido concedidos a *M. C., S. A.* y gravaban el inmueble objeto del contrato, de forma que el máximo a imputar a los pisos que adquiriría *V. S. A.*, no excediese de 95.000.000 de pesetas.

Al no haberse cumplido la mencionada condición, *V. S. A.* formuló demanda contra las otorgantes de la promesa mencionada, en la que se solicitaba que se declarase resuelto el contrato y se condenase a las mismas a la devolución de la suma de 10.000.000 de pesetas que les había entregado en el acto del otorgamiento.

*M. C., S. A.*, se mantuvo en situación procesal de rebeldía, doña *C.* compareció y se opuso a la demanda afirmando que por su condición de usufructuaria sólo le correspondía devolver 1.100.000 pesetas, que era la cantidad que en su momento había percibido, teniendo en cuenta las normas fiscales, sobre valoración del derecho de usufructo y la circunstancia de que contaba 79 años de edad.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a M.C., S. A., y doña C. al pago solidario a V., S. A., de 10.000.000 pesetas, intereses legales y costas. Apelada la sentencia, ésta fue confirmada por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—En base a la *bona fides* el Tribunal Supremo viene atenuando el rigor del último párrafo del artículo 1137 CC, bastando que aparezca de modo evidente la voluntad de los contratantes de haberse obligado *in solidum* o resulte dicha solidaridad de la propia naturaleza de lo pactado. Para el Alto Tribunal del conjunto de antecedentes y de la finalidad del negocio se puede desprender que la intención de las partes ha sido la de establecer tal vínculo solidario, sin que sea preciso para ello que se explicita en el contrato una literal expresión que así lo proclame, siempre que se deduzca de los diversos antecedentes y se desprenda de la voluntad de los contratantes y la finalidad del negocio (SSTS de 2 de marzo de 1981, 15 de marzo y 7 de octubre de 1982, 7 de abril de 1983, 7 de enero y 13 de febrero de 1984, 26 de abril de 1985, 20 de octubre de 1986, 12 y 27 de marzo y 12 de mayo de 1987, 26 de julio y 11 de octubre de 1989, 19 de diciembre de 1991, 17 de mayo y 28 de diciembre de 2000, entre otras).

En la sentencia anotada el Tribunal Supremo sigue esta línea jurisprudencial al entender que la solidaridad existe en garantía de los compradores, puesto que si los vendedores, propietario y usufructuario del inmueble enajenado, aceptaron conjuntamente la cantidad entregada como arras, se presume que se obligan solidariamente si llega posteriormente el momento de devolver dicha cantidad. (M. C. L. J.)

**19. Automatismo de la compensación.**—En virtud del artículo 1202 CC «el efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores». La redacción del mencionado precepto se apartó de la del Proyecto de 1836 y siguió el precedente que representaba el Proyecto de 1851 (art. 1123) y el modelo francés (art. 1290 del *Code*), que igualmente había seguido el Código italiano de 1865 (art. 1286).

A pesar de que el automatismo de la compensación significa que la neutralización de deudas se produce desde el mismo momento en que concurren los requisitos precisos, es necesario para que proceda la compensación que lo quiera, al menos, uno de los deudores. Esta necesidad de declaración deriva del principio dispositivo rector del proceso civil, como consecuencia del poder de disposición que sobre el derecho subjetivo a que se refiere es reconocido a las partes y que fue expresamente impuesta en otros textos europeos, como el BGB, en el Código civil portugués y, con matices, en el italiano de 1942 (FD 2.º).

En defensa de un criterio espiritualista, se ha permitido que la compensación legal, que se produce por aplicación de las normas legales, una vez cumplidos todos los requisitos que las mismas exigen, puede oponerse como excepción, aunque no sea nominalmente, al ser bastante con que se invoquen los hechos de los que resulte (SSTS de 16 de noviembre de 1993, 18 de diciembre de 2001 y 26 de junio de 2002).

**La exigibilidad de la deuda como requisito de la compensación.**—El artículo 1196.4 CC señala entre los requisitos para que proceda la compensación, que las deudas sean «exigibles», es decir, que pueda imponerse el cumplimiento de las mismas al deudor si no está dispuesto a hacerlo voluntariamente, con posibilidad de actuar agresivamente contra sus bienes (al respecto, SSTS de 9 de abril de 1994 y 20 de octubre de 2003).

Ahora bien, la jurisprudencia no impone que todos los requisitos de la compensación (la exigibilidad, entre ellos) concurren al interponer el actor la demanda, al admitir la compensación judicial, que se produce cuando no procede la legal solicitada por falta de alguno de sus requisitos y éste se logra durante la tramitación del proceso (SSTS de 16 de noviembre de 1993, 9 de abril de 1994, 27 de diciembre de 1995 y 17 de julio de 2002) (FD 2.º). **(STS de 15 de febrero de 2005; no ha lugar.)**

HECHOS.—Y, S. A., dueña de un negocio de supermercado establecido en unos locales, los cuales usaba como arrendataria, concertó un contrato con Z, S. A., interesada en continuar el mismo tipo de negocio en dichos locales. Según el mencionado contrato, Y, S. A., se obligó a transmitir a Z, S. A., su posición contractual en el arrendamiento y la propiedad del conjunto de maquinaria, instalaciones, mobiliario y mercancías que constituían el medio para la obtención del resultado económico perseguido con la explotación del negocio. Con posterioridad, se produjo la cesión por la vendedora de su derecho a X, S. A. X., S.A., como cesionaria de un crédito de 10.000.000 de pesetas, de que había sido titular Y, S.A., contra Z, S. A., interpuso demanda en la que solicitaba la condena de la deudora a cumplir la prestación objeto del derecho cedido.

En la contestación a la demanda, Z, S. A., opuso la excepción de compensación de su deuda con determinados créditos de los que afirmó ser titular contra la sociedad cedente. Reclama la compensación de su deuda con el crédito consistente en una indemnización por «las mercancías existentes en el supermercado» que le vendió Y, S. A., y que, según afirmó, estaban caducadas y en mal estado, por lo que no resultaron aptas para ser revendidas.

El Juzgado de Primera Instancia declaró compensables sólo alguno de los créditos que había opuesto Z, S. A. contra Y, S. A., y condenó a la primera a pagar a la cesionaria demandante, X, S. A., una parte de la suma reclamada en la demanda (de los 10.000.000 de pesetas que se reclamaban condena a abonar a la actora la cantidad de 4.988.656 pesetas). Al entender que sus créditos compensables con el cedido a la demandante eran no sólo los señalados en la primera instancia, sino algunos más, Z, S. A., interpuso recurso de apelación que fue desestimado por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—En la sentencia anotada el Tribunal Supremo considera que no procede la compensación al no concurrir el requisito de la exigibilidad de las deudas al no ejercitar la compradora la acción de indemnización de daños por los defectos en ningún momento.

El crédito de la compradora por defectos en las mercancías cuya compensación pretende no pudo nacer directamente de la reglamentación contractual, sino de la infracción por la vendedora, la cual no la ha admitido, por lo que la exigibilidad de la deuda a la

indemnización de daños y perjuicios reclamaba una previa condena en el propio proceso, y, por tanto, el ejercicio de una acción declarativa de la violación del contrato por la vendedora. (M. C. L. J.)

**20. Incumplimiento de contrato por entrega de objeto impropio para el fin que se destina.**—Es doctrina reiterada del Supremo que «se está en presencia de entrega de cosa diversa o *aliud pro alio* cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, al ser el objeto impropio para el fin que se destina, lo que le permite acudir a la protección dispensada en los artículos 1101 y 1124 CC, pues como puntualiza la STS de 20 de febrero de 1984, la ineptitud del objeto para el uso a que debía ser destinado significa incumplimiento del contrato y no vicio redhibitorio» (FJ 3.º, STS de 9 de marzo de 2005).

No resulta necesario que exista una «tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, sino que es suficiente con que se hayan frustrado las legítimas aspiraciones de las partes contratantes» (FJ 3.º, STS de 9 de marzo de 2005).

**Necesidad de prueba de los daños y perjuicios.**—Los daños y perjuicios han de resultar probados y deben derivar del pretendido incumplimiento, al tratarse su existencia y prueba de una cuestión de hecho apreciable en primera instancia (FJ 5.º, STS de 9 de marzo de 2005). (STS de 9 de marzo de 2005; ha lugar.)

**HECHOS.**—Se interpone demanda por la parte actora en la que se solicita se declare resuelto el contrato de compraventa de maquinaria celebrado con la parte demandada, a la vez que se le condene a la devolución de la cantidad entregada a cuenta, además del abono de los daños y perjuicios que le han sido ocasionados. La parte demandada formuló demanda reconvenzional solicitando la resolución del contrato y la condena a la parte inicialmente actora a la pérdida de la cantidad que había sido entregada a cuenta del precio. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la demanda reconvenzional. Interpuesto recurso de apelación por la demandante inicial, la Audiencia Provincial estima el recurso. Contra dicha sentencia se interpone recurso de casación.

**NOTA.**—La sentencia que anotamos plantea dos cuestiones de interés que han sido tratadas por la jurisprudencia de forma reiterada, y sobre las que resulta obligado realizar algunas reflexiones. Primeramente, la sentencia se refiere a la problemática de distinguir entre la prestación diversa a la pactada y la existencia de vicios en la cosa entregada; en segundo lugar, el Supremo se pronuncia acerca de la necesidad de prueba de los daños y perjuicios cuando éstos resulten solicitados por alguna de las partes, no debiendo considerarse existentes por el solo hecho del incumplimiento contractual.

La jurisprudencia siempre ha reconocido la dificultad que entraña realizar una distinción segura entre los casos de realización de una prestación diversa a la acordada y los supuestos de vicios ocultos en el objeto entregado. Aún así, ha sido jurisprudencia constante que «se está en presencia de la entrega de una cosa diversa o *aliud pro alio* cuando existe pleno incumplimiento del contrato

de compraventa, por inhabilidad del objeto vendido para cumplir la finalidad para la que se vendió, produciéndose una insatisfacción en el comprador, evento que permite acudir a la protección que dispensan los artículos 1101 y 1124 CC». La ineptitud del objeto para el uso que debía ser destinado va a significar, según reiterada doctrina jurisprudencial, incumplimiento de contrato y no vicio redhibitorio. Ello no debe confundirse con la simple prestación defectuosa que está sometida a la regulación específica del saneamiento [CDO 1.º, STS de 25 de abril de 1973 (RJ 1973/2289); CDO 3.º, STS de 23 de marzo de 1982 (RJ 1982/1500); CDO 4.º, STS de 20 de febrero de 1984 (RJ 1984/693); CDO 3.º, STS de 22 de octubre de 1984 (RJ 1984/4909); FJ 5.º, STS de 7 de enero de 1988 (RJ 1988/117); FJ 2.º, STS de 7 de abril de 1993 (RJ 1993/2798); FJ 3.º, STS de 1 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8693); FJ 2.º, STS de 16 de mayo de 2005 (RJ 2005/6374); FJ 3.º, STS de 15 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7629)].

En relación a la segunda cuestión, referida a la necesidad de prueba de los daños y perjuicios, debemos señalar la abundante doctrina jurisprudencial que reiteradamente ha considerado que «[...] el simple incumplimiento contractual no genera la obligación de indemnizar [...]», [CDO 1.º, STS de 5 de junio de 1985 (RJ 1985/3094), FJ 3.º, STS de 22 de abril de 1991 (RJ 1991/3017), entre otras], siendo necesario probar esos daños y perjuicios derivados del pretendido incumplimiento, al ser la existencia y prueba una cuestión de hecho sometida a la apreciación del órgano jurisdiccional de instancia. (*L. Z. G.*)

**21. Excepción de incumplimiento contractual. Cumplimiento defectuoso del vendedor.**—El Tribunal Supremo afirma que el vendedor podrá solicitar la resolución del contrato por incumplimiento ante la falta de pago del precio por parte del comprador. El comprador no podrá oponerse a la solicitud de resolución del contrato basándose en que el vendedor llevó a cabo un cumplimiento defectuoso al entregar la cosa objeto del contrato con deficiencias de escasa importancia, puesto que ello no constituye un incumplimiento grave. La Sala Primera del Tribunal Supremo enuncia que lo único que puede hacer el comprador es dirigir contra el vendedor una acción de saneamiento por vicios ocultos, no encontrándose legitimado para dejar de abonar el precio convenido en el contrato sin que dicha actuación sea considerada como un incumplimiento contractual grave que legitime al vendedor para solicitar la resolución del contrato. (**STS de 17 de enero de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. R. L. solicita la resolución del contrato de compraventa de un inmueble firmado con don A. V. M. y doña J. F. G. por impago. La parte demandada reconviene alegando que no cabe la resolución del contrato al haber existido un cumplimiento defectuoso previo del actor ya que transmitió el inmueble con deficiencias. El Juzgado de Primera Instancia acuerda resolver el contrato de compraventa, siendo confirmada su resolución por la Audiencia Provincial. Don A. V. M. y doña J. F. G. recurren en

casación. El Tribunal Supremo declara que no ha lugar al recurso de casación y acuerda la resolución del contrato. (A. V. G.)

**22. Incumplimiento contractual y prueba del daño.**—En principio, la indemnización de daños y perjuicios no va ineludiblemente ligada o es consecuencia necesaria del incumplimiento contractual. Para que el daño sea indemnizable el actor ha de probar necesariamente la existencia y cuantía de aquéllos, de forma que la indemnización requiere para su aplicación la base fáctica de la realidad de los daños y que los mismos estén originados por el acto ejecutado u omitido, sin que pueda derivarse la misma del supuesto meramente posible o del hecho incierto de que los perjuicios lleguen a tener realidad (SSTS de 22 de enero y 5 y 18 de abril, 23 de mayo y 10 de junio de 2000).

No obstante, en determinados supuestos cabe imponer el efecto indemnizatorio a partir de la demostración del referido incumplimiento, cuando éste determina por sí mismo una frustración en la economía de la parte, generando como consecuencia forzosa, natural e inevitable un daño o perjuicio evidente. Esta doctrina evidencia que la falta de prestación no ha de quedar impune por constituir, *in re ipsa*, el propio daño o perjuicio, en cuanto frustración valorable, sin más prueba que la propia omisión, según los casos y las circunstancias (SSTS de 10 de junio de 2000 y 16 de marzo y 28 de diciembre de 1999). (STS de 13 de diciembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—En documento privado de fecha 13 de mayo de 1988, don A. había concertado con don J., don J., don J. y con las esposas de éstos la venta de una finca que segregaba de otra de mayor tamaño. El precio de la venta era de 14.000.000 de pesetas que se abonaría por mitad en metálico y, en cuanto a la parte restante, a través de la realización de trabajos de abancalamiento y nivelación del predio que permanecía en el patrimonio del vendedor, los cuales habrían de llevarse a cabo en el plazo de un año. Dicho abancalamiento no se realizó ni totalmente ni conforme a las condiciones de anchura previstas en el contrato, lo que tuvo una significación económica trascendente, ya que tal anchura es la mínima que permite cultivar mediante el sistema de invernadero.

Como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas por los compradores respecto a la transformación de su finca, don A. formuló demanda contra los mismos, interesando que se declarase que habían incurrido en mora y que debían llevar a cabo dichos trabajos en plazo de cuatro meses a partir de la fecha de la sentencia, bajo apercibimiento de que en otro caso se mandaría ejecutarlos a su costa. Asimismo se solicitaba la condena de los demandados a abonar al actor, en concepto de indemnización por lucro cesante, la cantidad de 4.800.000 pesetas o, alternativamente, la que se considerase procedente por daños y perjuicios. Los demandados se opusieron a las peticiones del actor y propusieron dos demandas reconventionales idénticas al objeto de que se condenase a don A. a llevar a cabo el deslinde y amojonamiento entre su finca y la que les había vendido.

El Juzgado de Primera Instancia acogió parcialmente las pretensiones del actor, declarando que los demandados habían incurri-

do en mora y condenándoles a realizar en el plazo de cuatro meses las obras mencionadas en el contrato, y desestimó los demás pedidos de la demanda, así como los de las reconvencciones. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial estimó sólo de modo parcial el recurso del actor, condenando a los demandados al pago de las costas de la reconvencción y desestimó el interpuesto por estos últimos. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación y condenó a los demandados abonar al demandante la cantidad de 4.800.000 pesetas.

NOTA.—Aunque el Tribunal de apelación declara que los demandados han incurrido en mora, no deriva de ello consecuencias ni efectos de clase alguna. La Audiencia Provincial se centra únicamente en la improcedencia de la indemnización por lucro cesante, que rechaza por afirmar carecerse de bases firmes para su valoración, sin referirse a la petición de indemnización de daños y perjuicios que alternativamente fue formulada en la demanda.

Para el Tribunal Supremo el incumplimiento contractual de los demandados ha frustrado totalmente las legítimas y fundadas expectativas del demandante y la finalidad por él perseguida de poder destinar, en breve plazo, la finca de su propiedad a un cultivo de alta rentabilidad. Por tanto, considera que se ha producido un daño *in re ipsa*, cuya prueba es innecesaria, pues deriva del incumplimiento contractual que la sentencia recurrida ha considerado acreditado. Teniendo en cuenta el alcance económico de las consecuencias del incumplimiento, según determina la prueba pericial acordada por el Juzgado para mejor proveer, en modo alguno le parece exagerada al Alto Tribunal la cantidad de 4.800.000 pesetas que se solicitaba en la demanda como indemnización alternativa por los daños y perjuicios causados.

Acerca de la cuestión de si es o no necesario justificar el daño proveniente de incumplimiento contractual, la jurisprudencia ha reiterado que para que se conceda indemnización por daños y perjuicios no basta con probar el incumplimiento de la obligación, porque este incumplimiento no lleva consigo en todo caso la producción de daños, sino que éstos han de ser alegados y probados (entre otras, SSTS de 28 de mayo de 1984, 17 de septiembre de 1987, 5 de marzo de 1992, 12 de mayo y 22 y 29 de julio de 1994, 6 de abril y 28 de junio de 1995, 8 de febrero y 1 de abril de 1996 y 4 de febrero de 2003). Sin embargo, en los casos en los que los daños y perjuicios se presenten como reales y efectivos no es necesario acreditar su realidad cuantificada (SSTS de 11 de julio de 1997 y 25 de febrero de 2000). En este sentido, se ha sostenido que si el daño es patente, acreditado el incumplimiento no es preciso probar su existencia sino su cuantía (SSTS de 26 de mayo de 1990, 15 de junio de 1992 y 25 de marzo y 29 de diciembre de 1998). (*M. C. L. J.*)

**23. Daños causados por incumplimiento contractual.**—Para invocar la protección del artículo 1101 CC en reclamación del daño emergente o lucro cesante es esencial la relación causal entre los daños cuya reparación pide y el incumplimiento del contrato. La cantidad establecida como indem-

nización por lucro cesante no es revisable en casación, salvo que sea ilógica, arbitraria o desmesurada en relación con el supuesto fáctico litigioso.

**Intereses moratorios.**—En caso de reclamaciones dinerarias, el pago de los intereses moratorios actúa como sanción al deudor que no resulta debidamente cumplidor. De esta forma, el acreedor, que adquiere así la condición de perjudicado, debe ser protegido jurídicamente desde el momento en que se le reconoce judicialmente el crédito subsistente y no satisfecho, al tiempo de su reclamación judicial y aunque se le otorgue cantidad inferior a la pedida (FD. 4.º). (STS de 15 de diciembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Por documento privado de 20 de octubre de 1996, *Ripoche* concedió a *Salones de Ocio*, por una duración de diez años, la llevanza de la gestión del juego del bingo en la sala autorizada de un hotel, a cambio del reparto de los beneficios en un 60 por 100 para *Ripoche* y un 40 por 100 para *Salones de Ocio*. En el transcurso del contrato, concretamente el 30 de diciembre de 1991, la Administración revocó la licencia del juego concedida a *Ripoche* por no haber realizado las obras que había sido requerida efectuar y porque había cesado en la actividad hotelera.

La entidad *Salones de Ocio, S. A.*, demandó por las reglas del juicio declarativo de menor cuantía a *Ripoche, S. A.*, solicitando que fuese condenada al pago de indemnización por los daños sufridos por el incumplimiento voluntario del contrato. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a *Ripoche* al pago a la actora de 3.150.000 pesetas por gastos realizados por ésta, y la ganancia dejada de obtener por el bingo en el año 1992, aplicando en su cálculo la media de los rendimientos anteriores de duración del contrato. Apelada la sentencia, la Audiencia estimó parcialmente el recurso interpuesto por *Salones de Ocio* y aumentó la indemnización en 13.383.370 pesetas por falta de amortización de las inversiones iniciales. Interpuesto recurso de casación por *Salones de Ocio*, el Tribunal Supremo ha lugar al mismo, de modo que casa la sentencia recurrida en el único sentido de condenar a la demandada al pago de los intereses legales desde la interposición de la demanda.

NOTA.—Respecto a la cantidad fijada en concepto de lucro cesante, para el Tribunal Supremo no puede objetarse que, por la extinción anticipada del contrato, los gastos no pudieron amortizarse con las ganancias, pues en ningún lugar del contrato se consignó tal cosa, ni pasaba de ser una hipotética posibilidad aquella amortización. Además, tuvo en cuenta las circunstancias particulares de este caso; concretamente el hotel en el que estaba instalado el bingo fue cerrado, lo que supuso la pérdida de gran parte de la clientela de la que se nutría el negocio.

Interpretando las cláusulas del contrato, el Tribunal Supremo rechaza que la sentencia recurrida infrinja el artículo 1101 CC por no tener en cuenta distintas partidas: en cuanto a las inversiones posteriores a la celebración del contrato, en el mismo se obligaba a la recurrente a reponer y reparar todo el material de la sala de bingo; por lo que se refiere a las obras ordenadas por la Administración, el contrato no le obligaba a la recurrente a realizarlas; respecto a las indemnizaciones al personal, el contrato las excluía y en

cuanto a la pérdida de avales no hubo prueba alguna de que este hecho se haya producido.

No obstante, el Tribunal Supremo manifiesta su discrepancia con la sentencia recurrida, en cuanto que la misma concedió parte de la indemnización pedida por inversiones iniciales (para el desarrollo del contrato) y por obras en el sótano, siendo totalmente incompatible con lo estipulado en él. No obstante, el Alto Tribunal mantuvo dicha concesión porque no fue recurrida por la demandada y por la prohibición de *reformatio in peius*.

La sentencia anotada reitera la doctrina establecida en materia de intereses moratorios en las SSTS de 24 de septiembre de 1998, 26 y 27 de noviembre de 1999 y 20 de mayo y 15 de diciembre de 2004. (*M. C. L. J.*)

**24. Responsabilidad civil contractual. Incumplimiento. Indemnización de daños y perjuicios: cuantificación.**—Reiterada doctrina jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 24 de enero de 1975, 5 de junio de 1985, 7 de diciembre de 1990 y 25 de febrero de 2000) afirma que cuando los daños y perjuicios derivados de un incumplimiento contractual se presentan como reales y efectivos no es necesario acreditar su cuantificación. (**STS de 29 de octubre de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—En marzo de 1990, las entidades *Muebles Palafor, S. L.* y *La Palma Hotel Company, S. A.*, celebran un contrato en virtud del cual la primera de las empresas se compromete a vender a la segunda entidad mercantil determinados muebles y enseres destinados al establecimiento hotelero que estaba construyendo la entidad *La Palma Hotel Company, S. A.*, así como a su instalación en las distintas dependencias del hotel.

En el citado contrato se pactó que el plazo de entrega y del definitivo montaje del mobiliario suministrado terminaría el 15 de junio de 1990. Sin embargo, como consecuencia del retraso en la terminación de las obras que la entidad *La Palma Hotel Company, S. A.*, estaba realizando en el hotel situado en la isla de La Palma, el montaje de los muebles no concluyó hasta el 15 de octubre de 1990.

La entidad *Muebles Palafor, S. L.*, interpone demanda contra *La Palma Hotel Company, S. A.*, solicitando se condene a la demandada al pago de determinada cantidad de dinero en concepto de indemnización de daños y perjuicios como consecuencia del retraso en la ejecución del amueblamiento del hotel.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y estima parcialmente el recurso de apelación de la parte demandante. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (*M. J. P. G.*)

**25. Daño moral. Cuantificación.**—A partir de la S de 6 de diciembre de 1912, el Tribunal Supremo viene considerando que aunque el daño moral,

que afecta a intereses espirituales del ser humano, no se encuentre específicamente regulado en el Código civil, tiene adecuado encaje en exégesis de ese amplísimo «reparar el daño causado» que emplea el artículo 1902. Partiendo de la base de que la valoración económica en todo daño moral es difícil, destacan como parámetros para cuantificar el mismo la entidad causante del daño y el sufrimiento de las víctimas.

En principio, la estimación de los daños y perjuicios y su valoración corresponde a las soberanía del Tribunal *a quo*, salvo que hayan de cambiar por error craso o razones de ley los parámetros o supuestos normativos en que aquella se apoye (STS de 20 de mayo de 1996).

Por lo que respecta a la motivación de la cuantía de la indemnización, la STS de 25 de octubre de 2002 «desconoce y contradice la interdicción de la arbitrariedad cuando se fija sin explicación, una cantidad concreta que no se sabe por qué es ésta y no el doble o la mitad». (STS de 17 de febrero de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—En junio de 1994, con ocasión de un viaje a Rusia, el matrimonio formado por doña L. N. y don M. R. cambiaron (lo hizo la primera para sí y para su esposo) pesetas por dólares (contrato de cambio) en una oficina del *Banco de Santander, S. A.* La mencionada entidad entregó tres billetes de 100 dólares cada uno falsos y otro de 50 auténtico.

En el transcurso del viaje, al intentar hacer pago sucesivamente con los tres billetes falsos que les había dado el banco, el matrimonio se vio involucrado en graves alteraciones y escándalos. En el tercer intento, se produjo su detención por la policía y retirada del pasaporte, aunque posteriormente fueron puestos en libertad y les fue devuelto el pasaporte.

El matrimonio formuló demanda en reclamación de 113.500.000 pesetas por daños morales, que fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia y fijó la indemnización en la cuantía de 30.000 pesetas. En atención a que el incidente se produjo en un país con escasa tradición democrática, lengua desconocida y garantías ignoradas, el Tribunal Supremo revocó la sentencia recurrida y condenó a *Banco Santander Central Hispano, S. A.*, a abonar a cada uno de los recurrentes, doña L. N. y don M. R., la cantidad de 78.131 euros.

NOTA.—Es doctrina reiterada que la fijación del *quantum* indemnizatorio es función de los órganos de instancia (SSTS de 7 de marzo de 1997, 26 de febrero de 1998, 19 de abril de 1999, 21 de enero de 2000, entre otras muchas), quedando, por tanto, al margen de la revisión casacional, la apreciación de daño moral y la cuantía de la indemnización correspondiente (SSTS de 27 de enero de 1997, 10 de diciembre de 1999, 20 de noviembre de 2000 y 18 de junio de 2004). Sin embargo, la STS de 20 de mayo de 1996 exceptúa los supuestos en los que se haya de cambiar por error craso o razones de ley los parámetros o supuestos normativos en que aquella se apoye (doctrina jurisprudencial seguida, entre otras, en las SSTS de 18 de febrero de 1997, 29 de mayo de 2003 y 18 de junio de 2004).

La sentencia anotada sigue esta última línea jurisprudencial. Discrepa el Tribunal Supremo de la sentencia dictada por la Audiencia, al considerar que no es cierta la culpabilidad que ésta expone de la conducta del matrimonio, que califica de «contraria a las más elementales normas de la buena fe». Para el Alto Tribunal se trata de una calificación jurídica revisable en casación que no es aceptable, puesto que considera que unos particulares, que obtienen papel moneda de una entidad bancaria, tienen derecho a confiar en ésta y no se les puede exigir una desconfianza impensable. Por tanto, no cabe imputar mala fe al matrimonio, ni se puede aceptar que la conducta de éstos incida en la producción de perjuicios, sino que éstos derivan directamente y de forma exclusiva de la conducta del banco.

Pese a que la sentencia dictada por la Audiencia considera lo vejatorio de la situación violenta en la que se vieron inmersos el matrimonio llega a la conclusión de fijar un importe «casi simbólico», sin valoración del daño moral y sin explicación sobre la cifra acordada. En este sentido, el Tribunal Supremo considera que puede hablarse de falta de motivación de la cuantía en concepto de daño moral que se concreta en este caso en el atentado al derecho a la libertad personal, prescindiendo del tiempo que durara, al inaleable derecho a la dignidad, por las afrentas y vejámenes sufridos y al derecho a la seguridad jurídica. (M. C. L. J.)

**26. Incongruencia de la sentencia que condena a la parte demandada a la reparación *in natura*, habiendo sido solicitada por la actora la condena al pago de una indemnización.**—Es doctrina jurisprudencial reiterada la de que el recurso de apelación se configura en nuestro ordenamiento como una revisión del proceso seguido en la primera instancia. El Tribunal de apelación asume toda la jurisdicción sobre las cuestiones que surjan de las posiciones mantenidas por las partes en la demanda y en la contestación a la misma, sin que puedan plantearse cuestiones no alegadas en la primera instancia (FJ 2.º, STS de 7 de marzo de 2005).

El planteamiento realizado en apelación por la parte recurrente «[...] de ser procedente, no la indemnización pecuniaria solicitada en el suplico, sino una reparación *in natura*, supone una alteración de los términos del debate judicial contenido en los escritos iniciales del proceso [...]», incurriendo el Tribunal de instancia en incongruencia por *extra petitum*, la cual se produce cuando la sentencia no versa sobre el objeto del proceso, determinado por las pretensiones de las partes, ya que si bien no realiza omisión de ninguno de los pronunciamientos exigidos, resuelve sobre algo que no se corresponde con las pretensiones planteadas por las partes.

**Imposibilidad de alegar daño moral cuando existe una reclamación de un perjuicio patrimonial.**—El concepto de daño moral no comprende aspectos del daño material. Cuando una lesión atenta a la esfera patrimonial del sujeto no es posible entender que también alcanza a la esfera individual. Únicamente existirá daño moral cuando se haya atentado a un derecho inmaterial de la persona, no teniendo lugar cuando se produce y se reclama un perjuicio patrimonial (FJ 5.º, STS de 31 de octubre de 2002 [RJ 2002/9736]; FJ 4.º, STS de 7 de marzo de 2005). (STS de 7 de marzo de 2005; ha lugar al recurso interpuesto por la que era parte actora en primera instancia; no ha lugar al recurso interpuesto por la que era parte demandada en primera instancia.)

HECHOS.—La parte actora interpone demanda solicitando se declare que la vendedora ha cumplido defectuosamente los contratos de compraventa al existir defectos constructivos, a la vez que se le condene a indemnizar los daños y perjuicios causados como consecuencia del referido cumplimiento defectuoso. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando a la parte demandada al abono de parte de la indemnización solicitada por la actora. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima condenando a la demandada en primera instancia a la realización de las obras de reparación necesarias para subsanar los defectos existentes. Se interpone recurso de casación por ambas partes litigantes. El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por la parte actora y desestima el recurso interpuesto por la sociedad demandada en la primera instancia.

NOTA.—La sentencia que anotamos estima que no resulta posible entender que se ha producido un daño moral cuando, a su vez, se está reclamado un perjuicio patrimonial. Esta postura ha sido mantenida por la jurisprudencia en innumerables sentencias, entre las más recientes, la STS de 31 de octubre de 2002 [RJ 2002/9736], en la que el Tribunal Supremo manifestaba, en un caso de vicios constructivos, que el concepto de daño moral no comprende aspectos del daño material, y que no cabe alegarlo cuando se produce y reclama un perjuicio patrimonial. Sin embargo, siendo ésta la tendencia jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha entendido, de forma excepcional, que el daño moral puede emanar de un daño material [STS de 19 de octubre de 1996 (RJ 1996/7508); STS de 11 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8289)].

En cuanto a los aspectos que se requieren para poder reconocer la existencia de un daño moral indemnizable, se señalan la existencia de un padecimiento o sufrimiento psíquico o espiritual, refiriéndose la más reciente doctrina jurisprudencial al impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, angustia, trastorno de ansiedad o impacto emocional [FJ 2.º, STS de 12 de julio de 1999 (RJ 1999/4770); FJ 2.º, STS de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000/5089); FJ 3.º, STS de 11 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8289)]. (L. Z. G.)

**27. Contrato de *factoring*. Doctrina jurisprudencial.**—Conforme a lo establecido por jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 2 de febrero de 2001, 11 y 28 de febrero de 2003 y 28 de mayo de 2004), se admite la existencia de dos modalidades de *factoring*: el «*factoring* con recurso», en que los servicios prestados por el factor consisten en la administración y gestión de los créditos cedidos, pudiendo unirse o no un servicio de financiación, y en la 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, además, el «*factoring* sin recurso» o «*factoring* propio», en que, a los servicios que caracterizan al anterior, 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 modo que, producida la insolvencia, en los términos pactados, ésta no recae sobre el cliente cedente sino sobre el factor cesionario, sin que éste pueda reclamar al cliente el importe de los créditos impaga-

dos; es decir, en el *factoring* propio o sin recurso, se produce una transmisión plena del crédito al cesionario, cesión que tiene una causa onerosa. Tanto si se admite que el *factoring* con recurso y 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 CC y 348 CCO. 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.

Todo ello lleva a concluir que el contrato litigioso constituye un verdadero contrato de *factoring*, en que se transmiten los créditos en propiedad, si bien no se responde de la insolvencia del cedente, lo que, como se ha dicho, es accidental a tal contrato y su existencia depende de que se inserte esa cláusula por voluntad de las partes; pero, asimismo, no está pactada una cesión de cobro o un descuento similar al bancario.

**Antecedentes legislativos.**—También caracterizan descriptivamente al contrato de *factoring*, en este mismo sentido, algunas normas considerables como antecedentes legislativos de este tipo de contratos. Así: Ley de 14 de abril de 1994, sobre adaptación de la legislación española en materia de Entidades de Crédito, a la 2.<sup>a</sup> Directiva 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, la Ley de 5 de enero de 1999, de Entidades de Capital-Riesgo y de sus Sociedades Gestoras, en su Disposición Adicional 3.<sup>a</sup>. (**STS de 6 de octubre de 2004**; ha lugar.)

**HECHOS.**—El 20 de junio de 1992, la actora-tercerista, *G., Entidad de Financiación Factoring, S.A. (CAYF)*, suscribe con la ejecutada y demandada de tercería, *Grupo INSA (Guinsa)* un contrato denominado de «cesión de créditos y financiación», formalizado ante corredor de comercio colegiado y constituyéndose el *Grupo IN* como «cedente» en relación a las provisiones de productos y en su caso servicios, a las empresas detalladas como «deudoras» de los créditos que tuviere frente a éstas. *Catalana de factoring*, entidad de financiación especializada en operaciones de *Factoring*, se constituye en «cesionaria» y acuerdan la «cesión» a la «cesionaria» de los créditos que la «cedente» tenga pendientes de cobro de los citados «deudores», bajo un determinado condicionado. La Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) tramitó procedimiento administrativo contra la entidad *Grupo INSA*, por débitos a la Seguridad Social y decreta el embargo de sus bienes en fecha 8 de octubre de 1993, haciendo traba de los créditos que la embargada tenía contra la empresa *Basf Española* (una de las detalladas como «deudoras» en el anexo del contrato antes citado). Y requerida ésta, procede a pagar a la AEAT. Dentro de este trámite, la hoy demandante, *Catalana de Factoring, S. A.*, planteó alegaciones a modo de tercería de dominio en vía administrativa. La Resolución de la AEAT, que agota la vía administrativa, de 31 de mayo de 1995, reconduce la reclamación, sin negarle el carácter de acreedora, a una tercería de mejor derecho y en aplicación del artículo 71

de la Ley General Tributaria, determina el carácter preferente de su crédito sobre el otro y deniega la referida reclamación.

*Catalana de Factoring* presenta demanda de tercería de dominio frente a los implicados en el procedimiento administrativo anterior (AEAT y *Guinsa*), oponiéndose únicamente la Agencia. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y acuerda el levantamiento del embargo trabado. La AEAT recurre en apelación, que es estimado por la Audiencia, por no constituir el contrato firmado un contrato de *factoring* y no haber transmisión de la propiedad de los créditos cedidos, sino una especie de descuento bancario, por falta de transmisión del dominio, la existencia de un poder especial para cobrar dichos importes (por los que cobraría como mero mandatario), la falta de vencimiento de los créditos y la retrocesión pactada. (*S. M. S.*)

**28. Inexistencia de voluntad de novar al no haberse producido alteración esencial de los elementos estructurales del contrato.**—No resulta posible entender que ha existido novación cuando las modificaciones introducidas no tengan virtualidad suficiente para originar dicho efecto, siendo preciso que se produzca una alteración esencial de los elementos estructurales del contrato (FJ 5.º STS de 4 de marzo de 2005).

Sobre esta materia la jurisprudencia se ha pronunciado en el siguiente sentido: *a*) que la voluntad tácita de novar se induce de la incompatibilidad de ambas convenciones, debiendo ser apreciada por el juzgador según las circunstancias de cada caso; *b*) que la novación no se presume y debe constar de forma expresa o por incompatibilidad entre ambas obligaciones; [FJ 3.º, STS de 18 de marzo de 1992 (RJ 1992/2206); FJ 4.º, STS de 28 de mayo de 1996 (RJ 1996/3860); FJ 3.º, STS de 23 de julio de 1996 (RJ 1996/5897)]; FJ 3.º, STS de 2 de octubre de 1998 (RJ 1998/8366); *c*) que ha de constar con toda claridad la voluntad de llevar a cabo la extinción de la primitiva obligación, aunque también puede deducirse de la incompatibilidad de ambas obligaciones; *d*) que corresponde a los Tribunales de instancia la determinación de si existe incompatibilidad entre ambas obligaciones; [CDO 3.º, STS de 16 de febrero de 1983 (RJ 1983/1041)]; *e*) que las cuestiones relativas a los hechos determinantes de la novación son facultad propia y peculiar del Tribunal *a quo*; *f*) que el artículo 1204 CC prevé la posibilidad de novación en forma tácita, fundada en la incompatibilidad de obligaciones, en tal manera que la primera contraría a la anterior de forma terminante o se produzca una variación muy acusada de las condiciones principales, atendándose en cada caso concreto a las circunstancias concurrentes, correspondiendo a los Tribunales de instancia decretar si se da o no dicha incompatibilidad [CDO 1.º, STS de 24 de enero de 1962 (RJ 1962/50); CDO 3.º, STS de 16 de febrero de 1983 (RJ 1983/1041); FJ 2.º, STS de 29 de enero de 1999 (RJ 1999/330)]; (FJ 5.º, STS de 4 de marzo de 2005).

**Imposibilidad de volver en casación sobre el *factum* de una sentencia para lograr su modificación.**—Según reiterada doctrina jurisprudencial, debido a la naturaleza extraordinaria de la casación, no es posible volver sobre el *factum* de una sentencia para lograr su modificación, salvo circunstancias excepcionales (FJ 6.º STS de 4 de marzo de 2005). (**STS de 4 de marzo de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Celebrados tres contratos de compraventa en la misma fecha y sobre los mismos objetos, aunque con una pequeña variación en el contenido de una de las cláusulas, se plantea el problema de determinar cuál es el que efectivamente vincula a las sociedades mercantiles litigantes. Debe señalarse como dato relevante, el que las partes hicieran entrega en depósito de un sobre cerrado, lacrado y firmado por ellos en el que se suscribía un documento de constitución de depósito como efectiva integración de la voluntad convencional, que tendría relación con uno solo de los tres contratos suscritos, siendo dicho contrato el que finalmente vincule a las partes por contener el preciso aporte de voluntad convencional efectivo. La parte actora interpone demanda solicitando que se vincule dicho recibo con uno de los concretos contratos celebrados cuyo precio ascendía a 215.000.000 de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, siendo ésta confirmada en grado de apelación por la Audiencia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la parte demandada en primera instancia.

NOTA.—La sentencia objeto de anotación plantea el problema relativo a la voluntad novatoria en el contrato. Son numerosas las sentencias que consideran que la novación nunca se presume, siendo necesario para que ésta exista que se declare expresamente, o que resulte de modo evidente de los términos del acto que se considera novatorio [STS de 23 de julio de 1996 (RJ 1996/5897), STS de 15 de marzo de 1996 (RJ 1996/2181), entre otras]. Resulta por tanto necesario que conste de modo inequívoco la voluntad de novar. Sin embargo, la jurisprudencia admite otra forma de considerar producida la novación: que la voluntad tácita de novar se induzca de la incompatibilidad de ambas convenciones [STS de 28 de mayo de 1996 (RJ 1996/3860), STS de 23 de julio de 1996 (RJ 1996/5897), STS de 2 de octubre de 1998 (RJ 1998/8366), entre otras]. La autonomía de la voluntad es la que decide, bien en forma expresa, bien como resultado de la incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación. Dicha incompatibilidad surgirá, según la jurisprudencia, siempre que se alteren las condiciones principales de la obligación, lo cual parece contradecir el artículo 1203 CC, al calificarse dichas alteraciones a priori como modificativas simplemente, no pareciendo entonces lógico que el artículo 1204 CC les dé el rango de causas extintivas de la obligación, al disponer que «para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles» (Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 1999, p. 234). (L. Z. G.)

**29. Compraventa civil: venta de cosa ajena. Doble inmatriculación. Efectos. Resolución del conflicto conforme a las normas del Derecho civil: prioridad de válida adquisición anterior respecto a otra posterior.**—Cuando una finca o una parte de ella consta inmatriculada dos o más veces, se genera una situación irregular que, como contraria a la exigencia de folio único para cada finca, determina la neutralización de cualquier efecto

positivo de la publicidad registral que pudiera derivar de los respectivos asientos.

El conflicto debe resolverse conforme a las normas del Derecho civil y no a las del Derecho hipotecario, que, en otro caso, serían aplicables. La coexistencia de dos asientos incompatibles de igual rango y naturaleza origina la quiebra de los principios rectores del sistema tabular. Entre esas normas aplicables, ocupa un lugar la reflejada en la regla *prior tempore, potior est iure*, que atiende a la prioridad de toda adquisición válida respecto de la posterior, ya que, en los casos en que la propiedad haya tenido un único titular anterior, en la transmisión que sea segunda en el tiempo el transmitente carecerá de poder de disposición en cuanto la misma cosa habrá sido adquirida antes por otro, como consecuencia del precedente negocio. Y tal facultad de disponer constituye condición necesaria para que el pago (que, a la vez, es *traditio*) complete los efectos transmisivos de la propiedad a favor de quien contrató dicha segunda adquisición. También cuenta la prioridad de la propia inscripción cuando, como en casos de doble venta, la norma aplicable supedita a ella la decisión del conflicto entre los compradores. (STS de 11 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El proceso tiene como antecedente inmediato un expediente de jurisdicción voluntaria de los previstos en el artículo 313 RH, a cuyo término el órgano judicial competente declaró la concurrencia de un supuesto de doble inmatriculación, por estar la finca registral de la aquí actora incluida en la mayor de la aquí demandada. Por ello, ordenó se extendiera en los libros registrales nota expresiva de la anomalía y remitió a los interesados a este posterior debate sobre el mejor derecho.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la acción reivindicatoria planteada por *Moreno Roldán, S. L.*, frente a *Corporación Altosa, S. L.*, poseedora que se atribuye condición de dueña. La demandante interpone recurso de apelación, que también es desestimado. (S. M. S.)

**30. Resolución de contrato de compraventa de inmueble por falta de pago. Innecesaria concurrencia de una «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento».**—La doctrina jurisprudencial ha sufrido un cambio evolutivo progresivo en el sentido de abandonar el requisito subjetivista de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, sustituyéndolo por el impago en sentido objetivo, con lo que ya no se viene exigiendo una actitud dolosa del comprador para que la resolución por incumplimiento de pago pueda tener lugar, bastando con que se frustre el fin del contrato para la contraparte, es decir, que se produzca quiebra de la finalidad económica de la relación, imputable al comprador o sucesores que resulten obligados, y no satisfacen el precio que se había acordado para la transmisión dominical (FJ 1.º, STS de 9 de marzo de 2005). (STS de 9 de marzo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda por la parte actora solicitando se declare resuelto el contrato de compraventa de inmueble celebrado entre la parte demandante y la sociedad demandada, al incluirse en el mismo una condición resolutoria explícita para el

caso de impago. No habiéndose abonado por parte de la compradora la suma de 4.100.000 pesetas del precio aplazado, la actora entiende que el contrato debe considerarse resuelto, y que la parte compradora ha de perder todas las cantidades hasta ese momento entregadas en concepto de indemnización por daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda en su integridad. La entidad actora interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, resultando estimado en parte el recurso, al considerar la Audiencia resuelto el contrato de compraventa suscritos por la parte actora y la sociedad demandada, así como los contratos que se hayan celebrado con posterioridad, y que de aquél traigan causa. La sociedad demandada en primera instancia interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo. El recurso es desestimado. El Supremo afirma que habiendo sido abandonada por la jurisprudencia la exigencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, resulta suficiente con saber que se ha frustrado el fin del contrato para la contraparte.

NOTA.—El artículo 1504 CC resulta de aplicación a aquellas compraventas de inmuebles en las que el vendedor se reserva, de forma expresa, la facultad de resolver el contrato en caso de impago de uno o varios plazos por parte del comprador. En ocasiones las partes contratantes acuerdan la necesidad de requerimiento previo por parte del vendedor, otorgando al comprador un breve plazo de tiempo para que proceda al abono de los pagos pendientes. Otras veces se acuerda la resolución automática sin necesidad de proceder al requerimiento previo del deudor, sin embargo, ésta viene a ser una exigencia establecida por el artículo 1504 CC.

Para que sea posible la resolución del contrato de compraventa resulta necesario que concurren los siguientes requisitos: *a)* la existencia de una compraventa de inmueble con precio aplazado; *b)* que se produzca un impago del precio por parte del comprador; *c)* que se produzca el requerimiento previo por parte del vendedor; *d)* que el vendedor no haya incumplido sus obligaciones; *e)* que exista una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento. Estos son los requisitos necesarios para que opere la resolución contractual (González Póveda, *La resolución de la compraventa de inmuebles por impago del precio*, Madrid, 1997, p. 25). La exigencia de este último requisito (la existencia de «una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento») no ha tenido siempre la misma fuerza. La jurisprudencia parece haber evolucionado pasando de exigir, para que pueda tener lugar la resolución, el requisito subjetivista de la «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento» [SSTS de 28 de enero de 1944 (RJ 1944/223), 23 de septiembre de 1959 (RJ 1959/3360), 1 de febrero de 1967 (RJ 1967/470), 24 de junio de 1968 (RJ 1968/3279), 3 de junio de 1970 (RJ 1970/2790), 16 de noviembre de 1979 (RJ 1979/3849)] a exigir una voluntad obstativa al cumplimiento [SSTS de 19 de junio de 1979 (RJ 1979/ 2441), 26 de enero de 1980 (RJ 1980/167), 11 de octubre de 1982 (RJ 1982/5551)], y ya, en sentencias más recientes, simplemente el impago objetivo que frustre el fin del contrato para la parte vendedora [SSTS de 20 de noviembre de 1984 (RJ 1984/5616), 22 de marzo de 1985 (RJ 1985/4963),

10 de marzo de 1983 (RJ 1983/1467), 25 de junio de 1985 (RJ 1985/3314), 22 de septiembre de 1985 (RJ 1985/4963), 20 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5620), 5 de junio de 1989 (RJ 1989/4298), 7 de junio de 1991 (RJ 1991/4430), 4 de julio de 1994 (RJ 1994/6426), 16 de marzo de 1995 (RJ 1995/2658), 9 de mayo de 1996 (RJ 1996/3870), 15 de noviembre de 1999 (RJ 1999/8215), 13 de febrero de 2003 (RJ 2003/1017), 15 de julio de 2003 (RJ 2003/4636); entre otras]. Aún así, en algunas sentencias de fecha posterior, cuando ya parecía superada la tendencia mayoritaria de ver en la voluntad rebelde un requisito necesario para la resolución contractual, el Tribunal Supremo ha vuelto a exigir la necesidad de que concurra tal presupuesto [SSTS de 25 de enero de 1985 (RJ 1985/197), 22 de mayo de 1991 (RJ 1991/3783), 25 de octubre de 1991 (RJ 1991/7238)].

Debemos concluir que la nueva orientación jurisprudencial en esta materia podría resumirse en lo siguiente: *a)* Rechazo de la «voluntad deliberadamente rebelde» del comprador como elemento constitutivo de la resolución por incumplimiento. *b)* Sobre la base de dicho rechazo, destacar la existencia de una nueva línea jurisprudencial en la que coexisten dos direcciones distintas: una, que sustituye la terminología ya conocida por otra también subjetiva como es la «voluntad obstativa al cumplimiento»; la otra, que se basa en términos objetivos, exigiendo un incumplimiento grave que frustre el fin del contrato para la contraparte (*vid.* Jordano Fraga, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria: estudio jurisprudencial del artículo 1504 CC*, Madrid, 1992, pp. 80 y 81).

Podría suceder, sin embargo, que nos encontráramos simplemente ante una quiebra en la terminología operada por la doctrina tradicional de la «voluntad rebelde», no existiendo realmente cambio alguno en los verdaderos criterios de decisión del Tribunal Supremo (*vid.* Jordano Fraga, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, pp. 85-110). (*L. Z. G.*)

**31. Arrendamientos urbanos: derecho de retracto. Caducidad de la acción: cómputo del plazo: desde el día siguiente al de la notificación de la transmisión, o, en su defecto, a aquel en que el arrendatario tenga conocimiento pleno y circunstanciado de ella.**—El día inicial del cómputo del plazo establecido en el artículo 48.2 LAU, de caducidad (según jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, STS de 7 de marzo de 2003), corre desde el día siguiente a 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 (SSTS de 12 de febrero de 1981, 30 de noviembre de 1996 y 6 de marzo de 2000).

**Suspensión del plazo de caducidad: no procede.**—Y por tanto no cabe suspender el curso de ese plazo al interponer la demanda y reanudarlo a partir de la providencia de su admisión a trámite. Es cierto que, sin desconocer que la caducidad no se impide más que con la ejecución del acto previsto, la Sala Primera del 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, STS de 30 de septiembre de 1992). Sin embargo, ninguno de los datos que resultan de las actuaciones justifican introducir una excepción, en este caso, a la aplicación objetiva de la caducidad, que responde a elementales razones de seguridad jurídica y rechaza al menos como regla la posibilidad de interrupción o de suspensión. (STS de 19 de octubre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—El retrayente interpone demanda en el plazo establecido en el artículo 48.2 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que ha sido considerado el aplicable, pero consignó el precio una vez vencido aquél, a contar desde el día en que admitió haberlo conocido, aunque no si el término *a quo* lo constituía la providencia por la que el Juzgado de Primera Instancia había dado trámite al proceso y mandado requerir al demandante para que demostrase la consignación.

El Juez de Primera Instancia declara caducada la acción, según los artículos 1618.2.º LEC y 1518 CC. La Audiencia Provincial, en cambio, entiende que la consignación se ha realizado dentro de plazo. (S. M. S.)

**32. Arrendamientos rústicos históricos. Diferencia entre «cultivador personal» y «profesional de la agricultura».**—No cabe confundir la figura del cultivador personal con la del profesional de la agricultura; aquella cualidad corresponde al que cultiva directamente las fincas, con la ayuda de las personas que enumera el artículo 16 LAR; es un concepto amplio que engloba el de profesional de la agricultura. En cambio, esta denominación se presenta como más restringida, en cuanto se refiere a quien de modo preferente se dedique a actividades de carácter agrario y se ocupe de manera efectiva y directa de la explotación (SSTS de 16 de julio de 1992, de 14 de noviembre de 2000 y de 16 de mayo de 2003).

**Arrendamientos rústicos históricos. Acceso a la propiedad. Se reconoce al arrendatario que ostenta la condición de agricultor profesional.**—El artículo 1.1 LARH de 10 de febrero de 1992, concede el derecho de acceso a la propiedad al arrendatario que tiene la condición de profesional de la agricultura, esto es, la persona mayor de edad que se dedique o vaya a dedicarse a actividades de carácter agrario y se ocupe de manera efectiva y directa de la explotación, como agricultor, profesional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.5 LMEÁ, según el cual «agricultor profesional» es la persona física que siendo titular de una explotación agraria, al menos, el 50 por 100 de su renta total la obtenga de actividades agrarias u otras actividades complementarias, siempre y cuando la renta procedente directamente de la actividad agraria realizada en su explotación no sea inferior al 25 por 100 de su renta total y el tiempo de trabajo dedicado a actividades agrarias o complementarias sea superior a la mitad de su tiempo de trabajo total. (STS de 14 de diciembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—El señor F. G. formuló demanda contra la comunidad de herederos del señor G. L., solicitando que se declarase su derecho a la adquisición forzosa de determinadas fincas propiedad de los demandados, y en calidad de arrendatario de las mismas, en virtud y por los medios establecidos en el artículo 2.2 de la Ley de

Arrendamientos Rústicos Históricos de 1992; amparándose para ello en su derecho de acceso a la propiedad, reconocido en la misma Ley, al tratarse de un arrendamiento anterior al Código civil. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y absolvió a los demandados de los pedimentos contenidos en la misma. La Audiencia Provincial de Oviedo estimó el recurso de apelación del actor y, con revocación de la sentencia de instancia, estimó la demanda inicial. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada. (L. A. G. D.)

**33. La acción directa del artículo 1597 CC.**—El Tribunal Supremo declara que la acción directa del artículo 1597 CC se concede al tercero frente al dueño de la obra, pero la razón de ser de esta norma y su fundamento (razones de equidad, evitar el enriquecimiento injusto, derecho a manera de refacción, especie de subrogación general derivada del principio de que «el deudor de un deudor es también deudor mío») hacen que también alcancen a los contratistas anteriores. Es decir, si el dueño de la obra celebra contrato de obra con un contratista, éste subcontrata y éste a otro, etc., cualquiera de los subcontratistas tiene acción directa frente al dueño de la obra, frente al contratista y frente a su subcontratista anterior (STS de 2 de julio de 1997). Asimismo, el artículo 1597 CC convierte a los acreedores en titulares de una acción, para hacer valer su crédito por vía directa, mediante el logro de su satisfacción a cargo del comitente o dueño de la obra, en razón a que éste retiene sumas dinerarias y resulta deudor de las mismas al subcontratista o subcontratistas que generaron el débito reclamado por razón de los trabajos encargados y materiales que se aportaron. (STS de 10 de marzo de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La Consejería de Medio Ambiente de Castilla y León adjudicó el 15 de enero de 1995 una obra de construcción de una depuradora a *Gruteconsa*, quien subcontrató parte de la ejecución de las obras con la sociedad *Seindeco 2, S. L.*, actuando en todo momento en representación de esta última don J. *Seindeco 2*, a su vez, contrató el suministro de los materiales de la obra con varias empresas de la zona: *Para y Mediavilla, S. L.*, y don Á. Se entregan los materiales contratados y se facturan a nombre de *Seindeco 2*. Don J., en nombre de dicha entidad, aceptó, para abonar dichas facturas, varias letras de cambio por el valor de los materiales suministrados, letras que, a su vencimiento, resultaron impagadas. Al no hacer frente *Seindeco 2* al abono de los materiales suministrados, los demandantes se pusieron en contacto con la contratista principal *Gruteconsa*, que alegó que ya había pagado a la subcontratista; asimismo lo hicieron con los responsables de la obra de la Junta de Castilla y León, la Consejería de Medio Ambiente, sin obtener solución alguna. *Para y Mediavilla* y don Á. demandaron a *Seindeco 2*, a don J., a *Gruteconsa* y a la Junta de Castilla y León. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a los demandados al pago de las cantidades reclamadas, si bien los deudores principales serían *Seindeco 2* y don J., *Grucotensa* sería deudora subsidiaria de los anteriores, y la Junta de Castilla y León respondería de forma subsidiaria respecto de la entidad anterior.

La Audiencia Provincial revoca la sentencia, en el sentido de condenar a la Junta de Castilla y León y a *Gruteconsa* a que respondan directamente de la deuda fijada a *Seindeco 2* y a don J., frente a los demandantes. *Gruteconsa* interpone recurso de casación, alegando la aplicación indebida del artículo 1597 CC. El Tribunal Supremo estima la acción directa ejercitada frente a la contratista *Gruteconsa*, pero sólo por una determinada cantidad. Sin embargo, rechaza que la recurrente adeude otras cantidades a *Seindeco 2*, pues *Gruteconsa* ha aceptado varias cambiales en favor de la indicada subcontratista para el pago de certificaciones de obra, y ésta las descontó en el Banco Herrero, de manera que, mediante una operación de descuento cambiario, *Seindeco 2* cobró su crédito y, en consecuencia, no era acreedora de la contratista. Por tanto, aunque el Alto Tribunal estima la acción directa por una determinada cantidad, ratifica la sentencia de instancia. (S. L. M.)

**34. Contrato de transporte. Transporte urbano de personas en su modalidad de transporte subterráneo. Perfección del contrato. Se produce incluso antes de la adquisición del billete si para ello es necesario acceder a las dependencias o instalaciones donde la transportista presta sus servicios.**—La agresión sufrida por la esposa del recurrente se ha producido evidentemente dentro de la órbita del contrato de transporte, servicio que en su modalidad de transporte subterráneo desarrolla en régimen de exclusiva la compañía demandada. Y no sólo porque la víctima hubiese adquirido previamente un billete especial, merced al cual la demandada se comprometía a permitirle efectuar varios desplazamientos sin abono adicional de cantidad alguna y con el único requisito de reseñar en el billete cada una de las utilidades que del mismo se realizaren. Lo mismo podría decirse en el supuesto de que la usuaria pretendiese adquirir un billete del que anteriormente carecía, pues en uno y otro caso era imprescindible efectuar un trayecto a pie, dentro ya de las instalaciones subterráneas de la compañía ferroviaria, hasta acceder al punto en que la misma había instalado las taquillas y los aparatos de control electrónico de tarjetas o bonos multiviajes.

**Integración del contrato. Interpretación del artículo 1258 CC. Finalidad protectora de la parte contractual más débil, en consonancia con la concepción social del contrato.**—El artículo 1258 CC, dentro de su función integradora de las estipulaciones de los interesados, establece reglas de conducta de carácter imperativo, ajenas a las voluntades de aquéllos, que responden a una concepción social de la función del contrato y que vienen a imponer especiales deberes de conducta a favor de la parte más débil, ampliando el contenido obligacional expresamente pactado a aquellas otras consecuencias que, según la naturaleza del negocio, sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley.

**Contrato de transporte subterráneo. Deber de protección del prestador del servicio. Alcance. Se extiende no sólo a la específica actividad del transporte, sino también a las adicionales de desplazamiento por las instalaciones de la compañía.**—Es incuestionable que en relaciones contractuales de la naturaleza de la que nos ocupa, entre los «deberes de protección» debe incluirse el que incumbe a la compañía de transporte demandada de velar porque no sufran daño alguno las personas que, para utilizar los servicios que aquella entidad presta, hayan de transitar por los espacios que for-

man parte de las estaciones construidas para posibilitar el desarrollo de los mismos. Espacios que no comprenden solamente los de las vías y andenes, sino también aquellos que ocupan vestíbulos, pasillos, escaleras, etc. Es decir, la indemnidad que el usuario del transporte de personas tiene derecho a obtener durante el desarrollo del mismo no se limita a la fase en que aquel se halle ocupando el vehículo correspondiente, sino que en supuestos como el de autos, se amplía a los momentos en que tras abandonar la vía pública deba caminar durante determinado trayecto, dentro ya del recinto privado de la empresa concesionaria para dar comienzo al desplazamiento no peatonal, y asimismo se extiende al recorrido que precise efectuar desde el punto en que abandona el medio de locomoción, hasta alcanzar la salida al exterior de las instalaciones de la entidad demandada.

**Responsabilidad contractual. Infracción del deber de cuidado al no disponer la vigilancia necesaria en un lugar en que, por sus características y antecedentes, era racionalmente previsible que se produjera la agresión.**—Si bien constaba a la compañía de ferrocarriles la situación de inseguridad existente, y que por ello había concertado con la otra demandada la vigilancia general de los locales de la empresa, con el fin de proteger a personas y bienes, evitando la comisión de hechos delictivos, no cuidó de requerir que la prestación de dichos servicios por vigilantes jurados o guardias de seguridad se desarrollase en régimen de presencia continuada en el vestíbulo y en los pasillos de la estación en que se produjo la agresión de autos y en aquellas otras de similares características, sistema que, aun siendo evidentemente más costoso, hubiera producido un efecto ya de disuasión general, ya de protección personal concreta ante actos violentos, que es el que exige la necesaria protección de la vida e integridad de los usuarios del ferrocarril subterráneo. El diseño de las instalaciones de la referida estación, por sus peculiares características, generaba una indudable situación de peligro concreto, como acreditaba la experiencia derivada de las anteriores producidas, la cual requería la adopción de las mayores cautelas y medidas de protección en su vestíbulo y pasillos, con total independencia de las que pudieran tomarse en otros puntos o dependencias de la compañía. Al no haber actuado en la forma que se indica, se ha incurrido en grave omisión que ha permitido que se produjera un resultado dañoso previsible, que ha de ser imputado a quien se beneficia de la situación existente, es decir, a la compañía de ferrocarriles, que debe ser condenada a la reparación de dicho daño. (STS de 20 de diciembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Doña C. D. G. fue objeto de una agresión que le causó la muerte, en la estación de metro de Can Boixeras de Hospitalet de Llobregat, cuando se disponía a marcar su tarjeta de multi-viaje en el punto de control electrónico situado en el vestíbulo subterráneo de la estación. Su esposo demandó a la compañía de ferrocarriles subterráneos *F. M. B., S. A.*, y a la empresa de seguridad privada encargada de la vigilancia en las dependencias de la primera, *P. C., S. A.* El esposo de la fallecida, actuando en su propio nombre y en el de los hijos menores del matrimonio, entendía que el riesgo de agresión era previsible atendido el nivel de delitos y asaltos que venían sucediéndose en las estaciones de metro y, en particular, en la que fue víctima su esposa. Aduciendo que ya el contrato celebrado entre la compañía de ferrocarriles y la empresa de seguridad aludía a las funciones disuasorias que debía traer con-

sigo la prestación del servicio de esta última. De manera que al no haber en el lugar personal de ninguna de las demandadas, se habían incumplido las más elementales reglas de vigilancia y cuidado que la actividad y el lugar requerían. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona, asimismo, desestimó el recurso de apelación planteado por el actor. El Tribunal Supremo, casa y anula la sentencia impugnada y da lugar a la casación; y asumiendo las funciones de instancia, condena a la compañía de ferrocarriles a indemnizar a los herederos de la fallecida con 40.000.000 de pesetas, absolviendo a la empresa de seguridad de la demanda formulada en su contra. (L. A. G. D.)

**35. Responsabilidad civil. Médicos y profesionales sanitarios. Contrato de clínica u hospitalización.**—El contrato celebrado por la *Clínica Sagrada Familia, S. A.*, pertenece a la categoría de los denominados de clínica u hospitalización, a la que se refirieron las SS de 11 de noviembre de 1991 y 12 de marzo de 2004. Se trata de un contrato atípico, complejo, perfeccionado por el acuerdo de voluntades entre el paciente y una clínica privada, que puede abarcar la prestación de distintas clases de servicios, según la modalidad bajo la que se haya estipulado, pero que, en todo caso, comprende los llamados «extramédicos» (de hospedaje o alojamiento) y los denominados asistenciales o paramédicos. Y aunque también puede abarcar los actos pura y estrictamente médicos, para ello es necesario que el paciente haya confiado a la clínica su realización a través de sus propios facultativos.

No es, sin embargo, el caso de la litis, pues la demandante había concertado los servicios de un médico toco-ginecólogo para que le asistiera en el parto y entre éste y la titular de la clínica no se afirma vinculación de servicios alguna.

La clínica, por tanto, no hizo más que permitir que el médico, sus ayudantes y la paciente utilizaran las dependencias adecuadas, así como prestar la ayuda al expresado médico mediante su personal auxiliar, al que no cabe imputar incumplimientos causantes del daño. Además, no concurre la dependencia funcional y económica entre la titular de la clínica y *Asistencia Sanitaria Colegial, S. A. de Seguros*. Y no fue la clínica la que designó al especialista.

**Responsabilidad de la aseguradora médica.**—El daño se produjo en el ámbito de la relación contractual que mediaba entre la demandante y la recurrente. Además, la prueba en instancia evidencia que promocionaba sus servicios, no sólo destacando las ventajas de los mismos (la elección del médico entre los incluidos en sus listas) sino también garantizando expresamente una correcta atención al enfermo. Prestación de garantía incluida en la oferta de contrato y, al fin, en la reglamentación negocial, de acuerdo con las normas de protección de los consumidores, que resultó incumplida. Por tanto, la entidad, asumió, además del pago de los gastos médicos, la efectiva prestación de la asistencia sanitaria por medio de los facultativos, los medios y en las condiciones y requisitos que la póliza detallaba, los cuales no eran de absoluta libre elección por la demandante asegurada, de modo que ésta se vio en la necesidad de limitar su decisión al cuadro de centros y profesionales que le fue ofrecido. (STS de 4 de octubre de 2004; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Durante un parto, entre la rotura de aguas meconiales y el alumbramiento propiamente dicho, sobreviene una falta de oxigenación y sufrimiento fetal que ocasionan parálisis cerebral mixta al bebé. Se demanda como responsables civiles al médico toco-ginecólogo responsable del control y desarrollo del embarazo de la madre, a la comadrona que intervino en el parto, a la entidad propietaria de la clínica en que el mismo tuvo lugar y a la aseguradora que cubría la asistencia sanitaria de la demandante. Todos ellos son absueltos en primera instancia y condenados en apelación, solidariamente, al pago de la indemnización correspondiente. Los declarados responsables civiles interponen recurso de casación. (S. M. S.)

**36. Responsabilidad de médicos y profesionales sanitarios.**—La obligación contractual o extracontractual del profesional sanitario no es una obligación de resultado, si no de medios. Queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para los daños de otro origen, estando, por tanto a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa.

**La *lex artis ad hoc*.**—Según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, todo contrato de arrendamiento de servicios médicos está constituido por lo que doctrinalmente se denomina *lex artis ad hoc*, que significa que los criterios médicos a tomar han de ceñirse a los que se estimen correctos, siempre con base en la «libertad clínica» y la prudencia. Es tomar en consideración el caso concreto en que se produce la intervención médica y las circunstancias en que ésta se desarrolla, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del profesional sanitario, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo— o exógenos —la influencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria— para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica médica normal requerida.

Para la exigencia de responsabilidad por un diagnóstico erróneo o equivocado, ha de partirse de si el médico ha realizado o no todas las comprobaciones necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en el momento, para emitir el diagnóstico; realizadas todas las comprobaciones necesarias, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, igual que en el supuesto de que no se hubiesen practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles.

En el presente caso, cabe calificar la conducta profesional del ginecólogo demandado como negligente, al no haber realizado todas las pruebas médicamente recomendadas para llegar a un diagnóstico correcto del padecimiento que presentaba su paciente.

**Daños resarcibles. Importe de gastos médicos satisfechos.**—El Tribunal Supremo entiende que cualquier que hubiese sido el momento de la comprobación, detectada la existencia de carcinoma, doña E. hubiera tenido que someterse a una operación quirúrgica y posterior tratamiento. No resulta probado en autos que ese tratamiento hubiera sido menos costoso que el que hubo de seguirse, ni que la paciente tuviese algún tiempo de seguro, público

o privado, que le hubiera permitido someterse a un tratamiento de forma gratuita. (STS de 23 de septiembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—El día 20 de mayo de 1994, doña E., de 34 años de edad, al advertir la aparición de un bulto en su axila derecha, acude a la consulta de don C. R., especialista en obstetricia y ginecología. El médico reconoció a la paciente, le realizó una ecografía y una punción citológica que remite para su estudio a un especialista en Anatomía Patológica. Además, recomienda una mamografía que se efectúa en el Centro Radiológico San Jorge de Logroño. En dicha mamografía, la Dra. M.<sup>a</sup> C., recomienda control y/o marcador para exéresis. El doctor, a la vista de los resultados comunica a la paciente el resultado negativo en cuanto al posible tumor, recomendándole que llevara a cabo una vigilancia continua y periódica de su bulto axilar. Tres meses después, doña E. acude a su revisión y el médico, tras prescribirle una ecografía, no detecta anomalías. A finales del mes siguiente, la paciente acude a la consulta ante nuevos síntomas. Se le practica una mamografía en el mismo centro que la primera. En el informe de la misma, la propia Dra. M.<sup>a</sup> C. advierte que no se han aportado placas de estudio previo y la dificultad para interpretar la nueva prueba, aunque recomienda de nuevo control y, en su caso, exéresis. El ginecólogo, a la vista del resultado, sólo trata la densidad del tejido mamario y le señala revisión a los tres meses. Sin que llegue a transcurrir un mes, el 17 de noviembre, la paciente, vuelve a consulta por falta de mejoría. El doctor le prescribe un antibiótico y un antiinflamatorio. El día 30 del mismo mes, doña E. regresa a la consulta y el doctor la remite al Hospital de San Millán, para que ingrese en ocho días. Le entrega a la paciente un informe antedatado (con fecha 17 de noviembre) en el que hace constar que se recomienda preoperatorio para intervención quirúrgica.

El mismo 30 de noviembre, doña E. ingresa, por el servicio de urgencias, en la Clínica Universitaria de Navarra y el día 12 de diciembre se le practica biopsia en esta misma clínica, concluyendo que la paciente padecía un carcinoma escamoso, a consecuencia del cual se le realiza una vasectomía radical modificada y una linfadenectomía axilar. Posteriormente, el 26 de diciembre, comienza un tratamiento de quimioterapia y posteriormente de radioterapia radical. Al finalizarlo, se demuestra la aparición de diversas metástasis que aconsejan continuar una quimioterapia intensiva.

Doña E. fallece el 15 de noviembre de 1995, con metástasis pulmonares, mediastínicas, supraclaviculares y retroperitoneales. Aunque la causa inmediata de la muerte por fallo respiratorio agudo fue atribuida a tromboembolismo pulmonar.

El viudo de doña E., en nombre propio y en el de sus dos hijos, formula demanda sobre reclamación de daños y perjuicios contra el médico, don C. R. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Logroño estima el recurso de apelación. (S. M. S.)

**37. Responsabilidad profesional del procurador: omisión de toda advertencia a su cliente sobre el inicio y el curso del plazo, a partir de la firmeza de la sentencia, para pagar el precio aplazado de un piso evitando la resolución.**—La condena del procurador se basa por haber omitido, a partir de serle notificada la sentencia de casación, cualquier actividad hacia su poderdante, distinta de la de reclamarle el pago de sus derechos, y más específicamente, por no haber interesado, ante su cliente y como mandatario del mismo, las instrucciones necesarias para alcanzar la satisfactoria conclusión del negocio encomendado, advirtiéndole de manera expresa el inicio del cómputo del término fatal de seis meses para consignar el plazo aplazado de la compraventa, y de la necesidad de hacer tal consignación para evitar la resolución; omisión constitutiva de incumplimiento de las obligaciones de los procuradores establecidas en el artículo 14.3 de su Estatuto y en el artículo 5.2.º LEC 1881. En consecuencia, la responsabilidad del procurador no se cifra en que él mismo dejara de pagar la parte aplazada del precio sino en no haber avisado a su poderdante el plazo de seis meses para hacerlo desde la sentencia de casación para evitar la resolución, corroborando el Estatuto de 2002 que tal profesión no consiste en un mero servicio de mensajería entre los órganos jurisdiccionales y el abogado, de modo que comporta no sólo la recepción y diligente transmisión de las resoluciones judiciales al abogado sino también un análisis de las mismas suficiente al menos para captar los perjuicios que puede causar al cliente una determinada omisión y advertirle de ello.

**Intereses del artículo 921 LEC 1881.**—El inciso final del párrafo 4.º del artículo 921 LEC 1881 confiaba al prudente arbitrio del Tribunal la solución procedente para el caso de revocación parcial de la sentencia recurrida, pero el ejercicio de tal facultad tenía como presupuesto el que la condena al pago de una cantidad líquida se contuviera ya en la sentencia de primera instancia, como resulta lógico desde la finalidad disuasoria de recursos dilatorios que inspira el precepto y la naturaleza procesal o sancionadora que la jurisprudencia asigna a los intereses en él contemplados. En suma, no se trata de una norma destinada a mantener el valor nominal del dinero ni a resolver el problema de si la deuda indemnizatoria es o no deuda de valor, sino a sancionar a quien, condenado en la instancia, o bien no paga puntualmente durante la ejecución, o bien, si opta por recurrir una condena a cantidad líquida, ve desestimado su recurso o carece de razón suficiente para eximirse de tal sanción pese a ser aquél parcialmente estimado.

**Responsabilidad del abogado: relación contractual con el cliente.**—La jurisprudencia de esta Sala es constante en la caracterización contractual de la relación jurídica entre abogado y cliente, señalando como particularidad que la fijación del precio puede tener lugar durante o al final del contrato, y que el elemento de la retribución prefijada no puede por sí sólo eliminar o borrar el predominante de la actividad profesional encomendada, justificativo de que el contrato se aproxime incluso más al arrendamiento de servicios que al contrato de obra.

**Ausencia de culpa en el cliente.**—Nadie discute que fuera el cliente quien tenía que pagar la parte de precio aplazado con sus intereses, pero no menos indiscutible resulta que, conforme a la sentencia final, era imprescindible hacer el pago dentro de un plazo cuyo inicio sí conocieron, tanto el abogado como el procurador en el seno y por razón de su actividad profesional y, pese a ello, no hicieron saber oportunamente a su cliente, como tam-

co le comunicaron las resoluciones recaídas en el litigio después de notificada la sentencia de casación, pero dentro aún del plazo para pagar.

**Cuantía de la indemnización: no hay compensación de culpas: pago de intereses del artículo 921 LEC 1881.**—La estimación parcial de los recursos interpuestos obliga a que la indemnización que deben abonar solidariamente el abogado y el procurador a su cliente se calcule revalorizándose el precio pactado en 1975, deduciéndose el pago parcial igualmente revalorizado sin reducción alguna al no haber incluido en negligencia este último; a su vez, el abono de los intereses sancionatorios del artículo 921 LEC 1881 arranca diversamente para el abogado y el procurador atendiendo a la fase procesal en que la condena era líquida. (STS de 18 de febrero de 2005; ha lugar en parte.)

NOTA.—Han tardado treinta años en liquidarse las secuelas de la resolución de un contrato de venta de inmueble con precio aplazado celebrado en 1975, y cuya resolución por falta de pago se resuelve definitivamente por el Tribunal Supremo en 1989, haciendo aplicación de la facultad concedida en el inciso final del párrafo 3.º del artículo 1124 CC, otorgando al comprador un nuevo plazo de seis meses desde la firmeza, para abonar el precio pendiente, bajo apercibimiento de que la resolución del contrato se produciría automáticamente caso de no satisfacerlo. A la postre, tal prórroga judicial se convirtió en una verdadera trampa para el comprador por culpa de la negligencia del abogado y procurador, ahora condenados solidariamente a los perjuicios causados al adquirente por no haberle notificado el plazo fatal. La suma indemnizatoria es cuantiosa en atención a la revaluación aplicada, dado que el precio total del piso, plaza de garaje y trastero se fijó al contratar en la suma de 8.500.000 pesetas, la cual se ha revalorizado hasta alcanzar una suma superior a los 61.000.000 de pesetas; hay algunas correcciones cuantitativas que explica satisfactoriamente la sentencia extractada, de la que ha sido Ponente el Magistrado Marín Castán. Sobre el tema últimamente María del Carmen Crespo Mora, *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil*, Cizur Menor, 2005 (puede verse su amplio tratamiento del deber de información del abogado, así como los efectos de su incumplimiento, pp. 141 ss. esp. p. 175, siendo de notar que la autora incluye esta sentencia en el elenco jurisprudencial que menciona, pp. 493 ss.) (G. G. C.)

**38. Competencia jurisdiccional. Naturaleza de los preceptos de la LOPJ reguladores de la competencia.**—No todos los preceptos contenidos en la LOPJ tienen la misma naturaleza. Así, los preceptos reguladores de la competencia de los órganos de los distintos órdenes jurisdiccionales tienen carácter procesal, como reguladores del primero de los presupuestos procesales, por lo que las posteriores leyes ordinarias que delimitan aquella competencia no infringen el principio de jerarquía normativa acogido en el artículo 9.3 CE, como no infringe tal principio la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuyos artículos 1 a 4 establecen las materias de que conocen los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional y aquellas cuyo conocimiento no les corresponde.

**Competencia jurisdiccional. *Vis atractiva* del orden jurisdiccional civil frente al contencioso-administrativo cuando el objeto de la reclamación es un daño ilícito siendo demandados conjunta y solidariamente la Administración Pública con personas físicas o jurídicas.**—Es doctrina reiterada de la Sala (así, SSTS de 19 de noviembre de 2001, 7 de marzo de 2002 y 15 de julio de 2003), que la razón jurídica para denegar la competencia del sector jurisdiccional contencioso-administrativo radica exclusivamente en la doctrina de la *vis atractiva* del orden civil que es aplicable, según la jurisprudencia de esta Sala, cuando tratándose de una reclamación patrimonial por daños derivados de un acto ilícito (extracontractual) se demanda a la Administración conjuntamente con personas físicas o jurídicas existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas. Sin que nada influya en la solución que se adopta el hecho de que la demanda se haya deducido cuando ya había entrado en vigor el régimen jurídico de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Reglamento 429/1993, aprobado por el Real Decreto de 26 de marzo, porque esta Sala viene aplicando a tales reclamaciones la doctrina de la *vis atractiva* en el sentido expuesto; la cual debe ser mantenida porque, además de concurrir en su apoyo sólidos argumentos, abunda para ello una elemental razón de seguridad jurídica. (STS de 23 de diciembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Los hermanos S. F. demandaron conjuntamente al cardiólogo señor S. T. y a la Consejería de Salud de la Comunidad de Madrid, de la que dependía el centro en el que aquél prestaba servicios, en reclamación de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la muerte de su padre mientras estaba ingresado en dicho centro para tratamiento de su padecimiento cardíaco. El Juzgado de Primera Instancia, en el trámite de la comparecencia previa de los artículos 691 ss. LEC 1881, dictó auto acogiendo la incompetencia de jurisdicción alegada por los demandantes, al entender que la jurisdicción competente era la contencioso-administrativa. La Audiencia Provincial de Madrid confirmó la resolución apelada por los actores. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación planteado por los demandantes y, revocando el auto impugnado, mandó reponer las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior a la resolución que declaraba la incompetencia de jurisdicción. (L. A. G. D.)

**39. Responsabilidad extracontractual en la que intervienen conjuntamente la Administración y personas privadas. Competencia civil: accidente en espectáculo ecuestre.**—Se trataba de una fiesta privada, no de un servicio público, con invitaciones privadas, donde se causó un daño que se integra en el artículo 1902 CC; además, siempre se ha evitado «el peregrinaje de jurisdicciones» para mantener los derechos constitucionales de la tutela judicial efectiva y del proceso sin dilaciones indebidas; y en este caso, un suceso acaecido hace más de diez años merece la respuesta judicial definitiva.

**Competencia jurisdiccional en accidentes causados por vaquillas en festejos taurinos.**—En estos casos, cuando la parte demandada ha sido una o varias entidades públicas, la competencia ha sido la civil, sin que se haya apreciado la excepción de incompetencia de jurisdicción (SSTS de 31 de diciembre de 1996, 13 de febrero de 1997, 2 de diciembre de 1998 y 5 de diciembre de 2000, entre otras). (STS de 22 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—A consecuencia de una exhibición de doma de caballos, realizada en una finca privada, y organizada por la Comisión de festejos de un Ayuntamiento y un particular, resultó lo siguiente: al levantar las patas delanteras uno de los caballos y golpear una de las vallas de protección, ésta causó heridas a la actora, de las que tardó en curar 1.554 días, restándole importantes secuelas en una de sus piernas. Fueron demandados los co-organizadores y la comisión de liquidadores de la entidad aseguradora. El Juzgado estimó en parte la demanda y condenó a los demandados a abonar, solidariamente, a la actora la cantidad de 10.000.000 de pesetas por los gastos médicos, y los co-organizadores, además, fueron obligados a indemnizar a la accidentada con 10.215.407 pesetas por las lesiones que se le causaron. La sentencia de primera instancia fue confirmada por la Audiencia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por el Ayuntamiento demandado y condenado. (I. D.-L.)

**40. Culpa extracontractual: accidente de trabajo: competencia de la jurisdicción civil: doctrina actual y resumen general.**—Ha de sentarse indubitadamente cuál es el criterio actual aplicado por esta Sala en cuanto a las consecuencias civiles de un accidente laboral, respecto del cual han sido ya indemnizados por normas laborales, sea el propio trabajador, sean sus herederos, en el sentido de que puede instarse una reclamación complementaria en el orden civil, basada inexorablemente en los artículos 1902 y 1903 CC. Doctrina jurisprudencial de la que esta Sala se ha apartado en tres ocasiones, si bien ha retornado a la doctrina tradicional en SSTS de 13 de julio, 13 de octubre, 24 de noviembre y 18 de diciembre de 1998, 1 de febrero, 10 de abril, 13 de julio y 30 de noviembre de 1999, 7 de julio de 2000, 8 de octubre de 2001 (con un examen pormenorizado del cambio de criterio y del retorno al tradicional), 21 de julio y 31 de diciembre de 2003 y 29 de abril de 2004, pudiéndose añadir un auto de la Sala de conflictos, aunque otros se han pronunciado en contra.

**Compatibilidad de indemnizaciones: existencia de un plus de culpa en el empresario.**—La conducta del empresario, el hecho de poner a disposición del trabajador en una obra en construcción un andamio en malas condiciones de utilización, por lo que el operario cae de él y fallece, forma parte tal actuar de la culpa extracontractual, que excede de la contractual-laboral ya satisfecha. (STS de 4 de noviembre de 2004; ha lugar.)

NOTA.—Ambas sentencias de instancia habían desestimado la demanda de indemnización interpuesta por la viuda, para sí misma y en representación de una hija menor, y por otros dos hijos mayores de edad; rechazo que hubiera podido encontrar apoyo en la propia jurisprudencia de la Sala Primera que la sentencia extractada viene a calificar de *desviada* respecto de la línea jurisprudencial tradicional, y, en consecuencia, actualmente *heterodoxa* (aunque obsérvese que tal jurisprudencia viene a resultar, no obstante, conforme con la mayoría de los acuerdos de la Sala de Conflictos). Cabe preguntarse: ¿Hasta cuándo se mantendrá la jurisprudencia *actual*? ¿No cabría más bien hablar de incertidumbre e inseguridad jurídicas en materia tan frecuente y auténticamente social como

suelen ser inevitablemente las consecuencias civiles de los accidentes laborales? De la abundante jurisprudencia citada por la sentencia extractada merece ser mencionada la STS de 31 de diciembre de 2003 que hace un minucioso recorrido por las etapas que, en este punto, ha recorrido la Sala Primera, y aunque desestima la demanda por estimar la culpa exclusiva de la víctima, ofrece soluciones al legislador (extractada en *ADC* 2005, pp. 1457 ss. con anotaciones mías); también la STS de 11 de marzo de 2004, en un caso de gran invalidez al descargar palmeras de un camión, con estimación de la demanda (extractada en *ADC* 2005, pp. 1838 ss.).

Por otro lado la sentencia hace justicia tardíamente a las víctimas (el recurso de casación se resuelve casi catorce años después del accidente), si bien el retraso parece compensarse con la notable cuantía de la indemnización (17.000.000 de pesetas) que se califica de *complementaria* de la laboral, y el 20 por 100 de intereses desde la fecha del accidente. (G. G. C.)

**41. Responsabilidad civil extracontractual. Lesiones producidas en accidente de trabajo. Competencia de la jurisdicción civil cuando se ejercita la acción para la reclamación del daño. Competencia de la jurisdicción social cuando lo que se discute son las cuestiones relativas al contrato de trabajo.**—La materia para determinar la competencia del orden jurisdiccional social se refiere a las cuestiones concernientes al ámbito propio del contrato de trabajo, y tal circunstancia vinculante no concurre en el supuesto del debate, donde lo acontecido fue la efectividad de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede de la órbita específica del contrato de trabajo, y permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil por el carácter residual y extensivo del mismo, de acuerdo con la interpretación que ha de hacerse del artículo 2.a) LPL y artículo 97.3 LGSS, en relación con los artículos 9 y 25.1 LOPJ.

**Sentencia. Principio de congruencia. Flexibilidad en la ponderación de la concordancia entre lo pedido en la demanda y lo resuelto en la sentencia.**—Si se denuncia la incongruencia de la sentencia recurrida, ha de ponerse en relación el fallo de ésta con las peticiones de los escritos rectores del proceso para comprobar si concede más, menos o algo distinto de lo pedido; si recae sobre un debate diferente del promovido por los litigantes; o si contiene puntos contradictorios entre sí, o está en discrepancia con los fundamentos de Derecho constitutivos de su *ratio*, no con los que contienen meros *obiter dicta*. Así, la doctrina jurisprudencial ha sentado que el examen de la concordancia o comparación, que supone la determinación de la congruencia, ha de ser presidido por una cierta flexibilidad, no precisándose necesariamente una exactitud literal y rígida entre el fallo de las sentencias y las pretensiones deducidas, sino que basta que se dé racionalidad, lógica jurídica necesaria y adecuación sustancial, lo que faculta la flexibilidad y el hacer una justicia más efectiva (SSTS de 30 de mayo de 1994, 18 de octubre de 1999 y 7 de julio de 2003). No se vulnera el principio de congruencia en aquellos casos en que los términos del suplico y del fallo no son literalmente iguales, siempre que respondan a una unidad conceptual y lógica, y sin que se haya alterado sustancialmente la pretensión procesal, bastando el acatamiento sustancial y razonable (STS de 4 de noviembre de 1994), y siendo suficiente el

ajuste a la causa de pedir (SSTS de 11 de abril y 17 de noviembre de 1994). (STS de 12 de noviembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. P. D. prestaba servicios como trabajador por cuenta ajena para la empresa del demandado y, mientras operaba en una máquina de compactación de residuos textiles, sufrió un accidente al quedar aprisionados su mano y antebrazo derechos, con lesiones de las que tardó en curar algo más de cinco meses, quedándole graves secuelas en dichos miembros. El señor P. D. demandó al empleador por la vía civil, reclamando por todos los conceptos la suma de 9.602.393 pesetas. El demandado opuso, entre otros motivos, la competencia de la jurisdicción social. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó al demandado al pago de 8.006.754 pesetas. La Audiencia Provincial de Jaén desestimó el recurso de apelación planteado por el condenado, y confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación del demandado. (L. A. G. D.)

**42. Jurisdicción civil. Competencia. Accidente laboral.**—En caso de accidente laboral, es procedente, según el Tribunal Supremo (STS de 12 de mayo de 1997), la compatibilidad de las indemnizaciones estrictamente laborales y las derivadas del acto culposo en su dimensión civil, pues no se produce enfrentamiento entre ambas jurisdicciones que resultan conciliables, porque las responsabilidades correspondientes tienen una fuente distinta. La reserva que la jurisprudencia lleva a cabo a favor del orden jurisdiccional civil es teniendo en cuenta que la jurisdicción laboral viene determinada para las cuestiones que afectan al propio ámbito del contrato de trabajo y a aquellas relacionadas con los conflictos colectivos, Seguridad Social y Mutualidades (SSTS de 2 de octubre de 1994, 31 de mayo de 1995 y 11 de diciembre de 1997). Además, los trabajadores perjudicados y, caso de fallecimiento, los familiares que resulten afectados o sus derechohabientes, pueden exigir responsabilidades en vía civil a quienes se considere responsables directos o cooperantes decisivos en la causación del accidente (SSTS de 8 de noviembre de 1990, 2 de enero de 1991, 4 de junio y 27 de noviembre de 1993 y 7 de marzo de 1994). De modo que, aunque la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil en la cuestión no es pacífica y del todo conforme, la más unánime, reiterada y actualizada, es la que proclama la jurisdicción civil como competente en estos casos y más concretamente para el que nos ocupa.

**Responsabilidad del contratista. Riesgo asumido como principal interesado. Concurrencia de conductas culposas con las empresas subcontratadas.**—A pesar de que la retroexcavadora causante del accidente era propiedad de *Jumar, S. L.*, y el conductor empleado suyo, *TRAGSA* ostentaba la condición de contratista (principal). En estos supuestos, la jurisprudencia viene declarando de forma reiterada que no se da falta de elementos culpabilísticos en la conducta de la empresa que se adjudica plenas funciones de contratista y procede aplicar los artículos 1902 y 1903 CC, pues tal actividad lleva consigo la asunción de una responsabilidad general respecto a todas las vicisitudes, incidencias y eventualidades que puedan ocurrir en las obras a ejecutar, derivadas de la interdependencia de las distintas unidades de trabajo. Los subcontratos actúan en el ámbito de las relaciones internas, pero no

alteran las reglas generales de la responsabilidad extracontractual. El hecho de que las evoluciones de la retroexcavadora se desarrollasen, en la obra, sin la adecuada ayudantía para la vigilancia y control, pone de manifiesto que se creó un indudable riesgo y ha de reputarse asumido también por la recurrente, como contratista y «principal interesada» en que los trabajos se ejecutasen con la mayor seguridad posible. Su responsabilidad, indudablemente, concurre en forma solidaria como contratante de la obra juntamente con las empresas subcontratadas que resultaron condenadas (*Font e Hijos, S. A., y Excavaciones Jumar, S. L.*).

**Riesgo generador de responsabilidad. Inversión de la carga de la prueba.**—La situación de riesgo estuvo presente y se trata de efectivo riesgo potencial, ya que eran actuaciones en una obra al tránsito de operarios, llevadas a cabo por una potente máquina manejada por una persona sin el auxilio de nadie para dirigir y vigilar sus evoluciones. Aunque toda actividad humana lleva consigo riesgo, para que éste genere responsabilidad contractual, y sin incurrir en admitir responsabilidad objetiva absoluta, que no contempla el artículo 1902 CC, se impone y justifica la inversión de la carga de la prueba a cuenta del empresario por su mayor facilidad probatoria, para demostrar que la causa del accidente estaba fuera de su control, es decir, por causa de fuerza mayor o fortuita, por cuanto para excluir de toda responsabilidad al empresario ha de tratarse de riesgos normales o razonablemente previsibles.

**Concurrencia de conductas culposas. Culpa exclusiva de la víctima: inexistencia.**—Aun cuando el trabajador fuese consciente de los riesgos que conllevaba acercarse a la máquina e incluso, si por razones de su trabajo, el empleado se viera obligado a merodear por sus proximidades, esto no era para vigilar que nadie se acercase a la misma, pues su cometido laboral era el de comprobar profundidades, marcar el replanteo de los tajos y controlar las horas de trabajo. Por tanto el alcance del riesgo que consintió TRAGSA ha de medirse con la conducta culposa convergente del fallecido, dándose estado de culpas plurales. Resultado que, en este caso, afecta, por su parte, a la aseguradora de la empresa (*Royal Insurance España, S. A.*) y a la desestimación de su recurso.

E igualmente, la concurrencia de actuar negligente o imprudencial por parte del trabajador no elimina por completo la responsabilidad extracontractual de los otros demandados que resultaron condenados, en sus respectivos ámbitos de supervisión y vigilancia.

**Contratista que contrata a su vez con tercero (subcontratista).**—Su responsabilidad deriva de su inmersión en el proceso ejecutivo de la obra y concatenación de imprudencias plurales, correspondiéndole culpa *in eligendo*. (STS de 4 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—TRAGSA, sociedad estatal, realizaba obras de abastecimiento de agua potable y para la ejecución de las mismas subcontrató a *Font e Hijos, S. A.*, y ésta, a su vez, con *Excavaciones Jumar, S. L.* *Excavaciones Jumar, S. L.*, aportó a la obra la excavadora autopropulsada, que, el día de autos, conducía don A. (dependiente de *Jumar, S. L.*). La excavadora fue el instrumento material que ocasionó el fallecimiento del esposo de la actora, cuando, por accidente, golpeó a la víctima, a la sazón empleado de TRAGSA en la supervisión de la retroexcavadora (sus labores en la obra incluían comprobar profundidades, marcar el replanteo de tajos y controlar las horas de trabajo de la excavadora). Quedó probado que el falleci-

do, al momento de producirse el accidente, se había acercado a la retroexcavadora, ignorándose si lo hizo buscando abrigo para poder encender una pipa de fumar, ya que fue encontrada, con un mechero, debajo del cadáver. Asimismo quedó probado que el funcionamiento de la máquina, especialmente en las circunstancias en las que operaba, imponía como medida de elemental precaución la colaboración con el maquinista de otra persona con el contenido de controlar y vigilar sus evoluciones, así como de estar pendiente de que nadie se acercase a su radio de acción. Queda acreditado que nadie en la plantilla que trabajaba en la obra realizaba esta función.

Doña R., la viuda del obrero fallecido, solicita indemnización de daños y perjuicios y demanda, solidariamente, como responsables civiles a: Don A., *Excavaciones Jumar, S. L.*; *TRAGSA*; *Font e Hijos, S. A. (FOTHISA)*, y la entidad aseguradora *Velázquez, hoy Royal Insurance España, S. A.*, empresa aseguradora de *TRAGSA*. El Juzgado de Primera Instancia desestima su petición. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación. Presentan recurso de casación tres de los demandados (*TRAGSA, Font e Hijos, S. A., y Royal Insurance España, S. A.*), que el Tribunal Supremo resuelve acumuladamente. (*S. M. S.*)

**43. Requisitos para apreciar la existencia de responsabilidad extracontractual.**—La responsabilidad por culpa extracontractual requiere, para su apreciación, la concurrencia de una serie de requisitos: una acción u omisión objetivamente imputable al agente, la culpa o negligencia por parte de éste, la realidad del daño causado y el nexo o relación de causalidad entre la acción y omisión y el daño causado. De entre estos requisitos, unos (la acción y el daño causado) tienen naturaleza fáctica; otros (la culpa o negligencia y la relación de causalidad) tienen un marcado matiz jurídico.

**La culpa como requisito generador de la responsabilidad extracontractual.**—La esencia de la culpa consiste en no prever lo que pudo y debió ser previsto o en la falta de adopción de las medidas necesarias para evitar el evento dañoso. La diligencia exigible ha de determinarse, en principio, según la clase de actividad de que se trate y de la que puede y debe esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso (STS de 10 de julio de 2003). Es esencial, para generar culpa extracontractual, el requisito de previsibilidad en la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias del momento, no en abstracto.

**El nexo causal como requisito esencial.**—Igualmente, para apreciar responsabilidad extracontractual ha de haber un nexo causal entre la acción u omisión imputada al agente y el daño producido. En ese nexo causal ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo. La causalidad es más bien un problema de imputación, esto es, que los daños y perjuicios se deriven o fueren ocasionados por un acto u omisión imputable a quienes se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicios resulten consecuencia necesaria del acto u omisión del que se hace dimanar (STS de 30 de abril de 1998).

Por otro lado, el artículo 1902 CC ha sufrido una evolución jurisprudencial acorde con la realidad social cambiante. Desplaza cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexo causal, ya que se subsume en la causa del daño la existencia de culpa (STS de 10 de octubre de 2002). Corresponde la

carga de la prueba del nexo causal al demandante, al perjudicado que ejercita la acción (STS de 6 de noviembre de 2001), de tal manera que la responsabilidad se desvanece si aquél no ha podido concretarse. La necesidad de demostrar el nexo referido no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo o de la inversión de la carga de la prueba, soluciones que responden a la interpretación actual de los artículos 1902 y 1903 CC en determinados supuestos, pues el cómo y el por qué se produjo el accidente siguen constituyendo elementos indispensables en la identificación de la causa eficiente del evento dañoso. (STS de 27 de diciembre de 2002). (STS de 17 de diciembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Se produce un accidente de trabajo, en el que un albañil muere al caer por un pozo. El fallecimiento se produjo al tratar de pasar el albañil desde el patio de la casa número 6, en la que trabajaba como peón en tareas de demolición, al interior de la casa número 8. Entre ambas casas existía un pozo común, con una profundidad de unos once metros. La boca del pozo estaba cubierta por un cerramiento de ladrillo hueco y recubierto con yeso. Al estar el patio de la casa número 6 ocupado por unos enseres viejos, el fallecido utilizó para pasar a la otra casa un banco de fábrica adosado a la pared que llegaba hasta el mismo hueco del pozo y a cuya altura estaba situada la ventana abierta para la utilización del pozo. Desde ese banco de obra y utilizando la referida ventana, el fallecido accedió a la cubierta del pozo que cedió, cayendo aquél al anterior del mismo. Doña R. interpone demanda en reclamación de daños y perjuicios contra la entidad *Provalcid, Sociedad Anónima Limitada*, contra don J. y contra la entidad aseguradora *Aurora Polar, S. A.*, solicitando que se condene solidariamente a los codemandados al pago de una indemnización por el fallecimiento de su esposo. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y absuelve a los codemandados.

Recurrida la decisión en apelación, la Audiencia Provincial estima el recurso y condena a los demandados al abono a la actora de la indemnización solicitada.

Los demandados interponen recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 1902 y 1903 CC, y la inexistencia de culpa o negligencia por su parte. El Tribunal Supremo estima los recursos por la imprevisibilidad del daño, la falta de nexo causal y la inexistencia de una acción u omisión imputable a los codemandados. (*S. L. M.*)

**44. Responsabilidad civil extracontractual. Relación causal. Aplicación de la teoría de la causalidad eficiente o adecuada según resulte de la valoración de las diversas condiciones y circunstancias concurrentes en cada caso.**—Esta Sala se basa en la doctrina jurisprudencial de la causalidad adecuada o eficiente para determinar la existencia de relación o enlace entre la acción u omisión, causa, y el daño o perjuicio resultante, efecto, pero siempre termina afirmando que opta decididamente por soluciones y criterios que le permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, y que la determinación

del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con la abstracción de todo exclusivismo doctrinal, pues, como se viene repitiendo con reiteración, si bien el artículo 1902 CC descansa en un principio básico culpabilístico, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa, así como la aplicación, dentro de unas prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirles en fundamento único de la obligación de resarcir, todo lo cual permite entender que para responsabilizar una conducta, no sólo ha de atenderse a esa diligencia exigible según las circunstancias personales, de tiempo y lugar, sino, además, al sector del tráfico o entornos físico y social donde se proyecta la conducta, para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio (STS de 30 de diciembre de 1995).

**Responsabilidad civil extracontractual. Nexo causal entre el incendio y las lesiones sufridas. No queda roto por el hecho de que la víctima intentase salir por el lugar donde se originó el siniestro.**—Frente a la alegación de que la causa de las quemaduras que sufrió el demandante se debió a su propio comportamiento al hallarse en el patio interior del establecimiento, por el que no era necesario pasar para salir de la vivienda que ocupaba a la calle, hay que advertir que el patio trasero era accesible a cualquiera y no se habían agotado las medidas necesarias para evitar las causas del incendio, que realmente se produjo. Y esta última circunstancia constituye el elemento culpabilístico determinante de la responsabilidad extracontractual declarada, sin que se discuta el nexo causal entre el incendio y las lesiones sufridas por el actor.

**Confesión en juicio. Valoración de la prueba. Ha de hacerse en conjunto, tomando en cuenta todo lo confesado.**—La fuerza probatoria de la confesión bajo juramento indecisorio debe deducirse no de una posición aislada, sino del conjunto armónico e indivisible de todo lo confesado, sin que en ningún caso puedan escogerse fragmentariamente posiciones aisladas, aceptándola solamente en lo que al confesante perjudique y rechazándola en lo que le favorezca. La fuerza probatoria de la confesión no es superior a los demás medios de prueba y debe apreciarse por el Tribunal en combinación con las demás practicadas (STS de 2 de julio de 1984). (STS de 11 de noviembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—A consecuencia del incendio producido en los bajos del edificio donde vivía, don M. C. sufrió quemaduras que le afectaron a un 80 por 100 de su cuerpo, curando al cabo de doscientos cuarenta y cinco días y quedándole secuelas definitivas para articular tobillos, picores y disminución de agudeza visual. Dichas quemaduras se las produjo al sorprenderle, mientras evacuaba el inmueble por el patio trasero, la explosión de unas bombonas de gas almacenadas en dicho espacio y pertenecientes al establecimiento dedicado a la venta de precocinados que ocupaba el bajo del edificio donde se originó el siniestro en cuestión. Don M. C. demandó a *F. S. A.*, propietaria de la industria, y a *B. V. E., S. A.*, aseguradora de la anterior, reclamando una indemnización por los

daños y perjuicios sufridos a consecuencia del accidente. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó solidariamente a los demandados a abonar al actor la cantidad de 11.715.000 pesetas, más intereses legales y costas. La Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso de apelación de los condenados. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de los demandados. (*L. A. G. D.*)

**45. Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad por riesgo: insuficiencia de la diligencia reglamentaria.**—En relación con las situaciones de riesgo considera esta Sala que la responsabilidad no se circunscribe a los supuestos de infracción reglamentaria, pues no basta acomodar la actitud diligente a las exigencias normativas, sino que hay que agotar la diligencia socialmente exigible en atención a las circunstancias que concurren en cada caso.

**Concurrencia causal y moderación de la responsabilidad.**—La proporcionalidad de la contribución causal en relación con la cuantía de la indemnización sólo excepcionalmente puede acceder a la casación (STS de 20 de mayo de 2004). (**STS de 2 de diciembre de 2004**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El objeto del proceso se refiere al accidente mortal de un menor de 14 años de edad por electrocución al subir a una torre de alta tensión propiedad de la entidad eléctrica demandada. La madre del menor demandó una indemnización de 20.000.000 de pesetas por culpa extracontractual a la entidad eléctrica y también, como responsable civil subsidiario, a la Conselleria de Industria de la Generalitat Valenciana.

El Juzgado desestimó la demanda al apreciar culpa exclusiva de la víctima. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia y condenó a la compañía eléctrica y a la Conselleria, como responsable civil subsidiaria, a abonar a la actora 5.000.000 de pesetas como indemnización, al quedar acreditado que la compañía eléctrica no adoptó las medidas de seguridad posibles y previsibles para atenuar al menos la situación de riesgo, y que la Administración autonómica codemandada autorizó una instalación deficiente en cuanto a las medidas de seguridad. El Tribunal Supremo no dio lugar a los recursos de casación planteados por la actora y por el Letrado de la Generalitat Valenciana (*I. D.-L.*)

**46. Responsabilidad extracontractual. Causación del daño: contribución a modo de factor conjunto con la conducta de los agentes inmediatos del daño. Propietarios de locales arrendados: conocimiento de una actividad que sobrepasaba el mero uso autorizado y propiciaba las sobrecargas por distribución desigual del material. Presencia continuada en el edificio. No adopción de medidas.**—Se considera suficiente título de imputación el artículo 1902, para declarar su responsabilidad, dado que habían sido avisados de las vibraciones de su edificio por posible exceso de carga en las plantas superiores y no adoptaron medida alguna tras el hundimiento de la acera el día antes del derrumbamiento. Y todo ello pese a su presencia continuada en el edificio, por desarrollar su propia actividad en la

planta baja. La conducta de los propietarios al consentir una actividad de producción textil en cadena que sobrepasaba con mucho el mero uso autorizado de almacén y necesariamente propiciaba las sobrecargas, al tener que dedicarse una parte de los locales al trabajo de confección, contribuyó a la causación del daño a modo de factor conjunto con la conducta de quienes sin autorización administrativa desarrollaban sus actividades en las plantas superiores. Por la propia naturaleza de las cosas no podían ser ajenos a tal actividad, dada su continuada presencia en la planta baja.

**Arrendataria: actividad dañosa. Contribución a una situación global de negligencia: maquinaria de escaso peso.**—La responsabilidad de esta recurrente se individualiza por carecer también de licencia para el desarrollo de su actividad impidiendo así su control administrativo en relación con las condiciones del edificio y por su contribución causal al daño por el funcionamiento de máquinas, aun de escaso peso. Factor este último que no puede oponerse al perjudicado, al margen de las reclamaciones que, entre sí pudieran dirigirse luego los declarados responsables. Y menos aún si se contempla la situación global de prácticamente todo un edificio dedicado a una actividad de producción textil en cadena.

**La realización de actividad de producción textil sin licencia administrativa: conducta negligente.**—Ello desautoriza desde luego los planteamientos de la recurrente sobre el caso fortuito o la observancia, por su parte, del patrón de diligencia exigible. (STS de 4 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interponen tres recursos de casación por sendas partes demandadas (propietarios del inmueble, matrimonio arrendatario de uno de los locales y arrendataria de otro de los locales) y condenadas a indemnizar a los demandantes de los daños y perjuicios causados por el derrumbamiento de un edificio de varias plantas sobre otro de solamente planta baja, con el resultado de dos personas muertas (una de ellas hermana de la demandante y madre del codemandante, y la otra, abuela de éste y madre de aquélla), al quedar sepultadas bajo los escombros del edificio de una sola planta, que quedó totalmente destruido.

El edificio que se derrumbó había sido construido en tres fases. En la primera, antes de 1934, se hizo únicamente una planta baja, dedicada a almacén. En 1958, se autorizó la reforma del almacén, para preparar la planta baja para recibir futuras plantas superiores. En 1959, se autorizó la construcción de dos plantas industriales que el interesado se comprometió a destinar sólo a almacén, especificándose en la autorización que no podía instalarse maquinaria. En 1961 se permitió levantar los pisos tercero, cuarto, ático y sobreático con igual compromiso. En cuanto a la causa del derrumbamiento del edificio, acaecida el 29 de junio de 1984, la sentencia impugnada concluye que debe descartarse cualquier vicio constructivo y que el derrumbamiento se debió a sobrecarga de uso del edificio, en donde los arrendatarios de sus distintas plantas desarrollaban una actividad industrial de confección en la que intervenían todos a modo de producción en cadena. En prueba de confesión, fue reconocido por los propietarios demandados que en todo momento fueron conocedores de las actividades que se desarrollaban y la cantidad de material que se depositaba en el lugar.

La sentencia de primera instancia absolvió de la demanda a los demandados propietarios del inmueble derrumbado y condenó a los demandados arrendatarios de locales en el mismo inmueble (uno de ellos en rebeldía). Y la de apelación, desestimando el recurso de los arrendatarios personados, pero estimando el de la parte demandante, extendió la condena a los propietarios del inmueble. (S. M. S.)

**47. Culpa extracontractual. Responsabilidad de la empresa contratista y no de quien la contrató.**—El Tribunal Supremo entiende que, ateniéndose a la abundante jurisprudencia (SSTS de 24 de marzo, 16 de enero y 16 de junio de 2003, entre otras), la recurrente *Gallego Asociados Hosteleros, S. L.*, no puede ser imputada como responsable, pues se limita en su objetivo de realizar unos trabajos en su propiedad, a encargar ese cometido a una empresa contratista, y con los debidos asesoramientos técnicos del arquitecto aparejador. Dado que no interviene en absoluto dentro del campo estricto de esa ejecución, cuando, como en autos, el siniestro se produce por esas negligencias (tanto en el manejo de la grúa, como en la falta de vigilancia en su operación), nada de ello puede afectar a quien se ha limitado a una actuación al margen de esa ejecución. 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, sin que aquélla tuviera ningún tipo de intervención en la dirección y ejecución de los trabajos, ni consta tuviese conocimiento de la situación de riesgo que, en definitiva, provocó el siniestro. Por ello, no puede exigírsele ningún tipo de responsabilidad. La STS de 9 de julio de 1984 expresa que no puede decirse que quien encarga cierta obra a una empresa autónoma en su organización y medios, y con asunción de los riesgos 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, sometiéndolos a su vigilancia, reserva que en el presente caso no se dio. (STS de 14 de octubre de 2004; ha lugar.)

**HECHOS.**—El 10 de mayo de 1990 se estaba realizando la construcción del que más tarde sería *Hotel Gallego*. La empresa propietaria del inmueble en construcción era *Gallego Asociados Hosteleros, S. L.*, cuya dirección ostenta don I. El Proyecto de la obra fue encargado al arquitecto don R., que ejerció la alta dirección de las obras, en las que figuraba como aparejador don C.

Don J. L. se hallaba en la cubierta del edificio en construcción cuando fue golpeado por el contrapeso de una grúa. Debido al impacto se precipitó al vacío a través de un hueco abierto en la misma cubierta y falleció.

La grúa, propiedad de don A., era manejada, mediante unos mandos conectados a través de una manguera, por el hijo y empleado de don A., don G., quien se encontraba en una zona del edificio desde la que no era visible la parte trasera o contrapeso de aquella, siendo conocedor de que, en ese momento, trabajaban varios obreros en la cubierta. La vigilancia de esa operación correspondía al arquitecto técnico, don C.

La esposa viuda de don J. Luis interpone demanda de cantidad derivada de responsabilidad civil solidaria contra don G, don A.,

don J. A., don R., don C., don I. y la empresa *Gallego Asociados Hosteleros, S. L.* (en dos demandas acumuladas por el Juzgado de Primera Instancia). La demanda es estimada parcialmente (se condena únicamente a don A. y a don G., su hijo, absolviendo al resto de los codemandados). El fallo del Juzgado de Primera Instancia es recurrido en apelación por ambas partes. La Audiencia Provincial sólo estima parcialmente el recurso interpuesto por la viuda del fallecido don J. L. Extiende la condena al arquitecto técnico, don C., y a la dueña del inmueble (*Gallego Asociados, S. L.*), y mantiene la suma de la indemnización. *Gallego Asociados Hosteleros S. L.* y don C. interponen recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Pero don C. desiste de su recurso. (*S. M. S.*)

**48. Culpa extracontractual: responsabilidad de centros docentes por accidentes escolares: negligencia del centro: doctrina general.**—Según jurisprudencia de esta Sala la culpa del artículo 1902 CC no consiste en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar o elemental experiencia, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar; en este caso hay negligencia en la instalación sin anclaje de la portería de fútbol que permitía la previsible movilidad de la misma. Esta Sala ha declarado que las responsabilidades en los supuestos de riesgo, la culpa exigida se mueve en el ámbito de lo cuasi-objetivo, que impone extremar todas las precauciones y evitar los medios para evitar la concurrencia de aquellas circunstancias que cabe controlar y pueden generar daños efectivos; ha de tener lugar la inversión de la carga de la prueba, que obliga a la recurrente a demostrar que en la producción del accidente no había tenido ninguna actuación negligente o imprudencial, al haber obrado con la mayor y más atenta diligencia y prudencia, o que el suceso se debió a caso fortuito, fuerza mayor o lo produjo el exclusivo actuar imprudencial de la víctima. Al desestimar el motivo se continúan los criterios jurisprudenciales mantenidos en la responsabilidad de los centros docentes por accidentes escolares (SSTS de 10 de noviembre de 1990, 3 de diciembre de 1991, 30 de octubre de 1992, 15 de diciembre de 1994, 5 y 10 de octubre de 1995, 19 de junio de 1997, 29 de diciembre de 1998 y la muy reciente de 23 de septiembre de 2004).

**Concurrencia de culpas: cuantía de la indemnización a fijar en ejecución de sentencia: secuelas no determinadas.**—El lesionado es un alumno de BUP que ha cumplido 17 años y que durante la clase de educación física es autorizado por el profesor para el ejercicio libre del deporte, dirigiéndose al campo de fútbol en donde pretendía jugar de portero, y al agarrarse al travesaño o larguero de la portería, balanceándose la estructura que carecía de anclaje, se le vino encima golpeándole el rostro, causándosele diversas lesiones, como traumatismo craneo-encefálico con fractura fronto-naso-etmoidal, de las que ha sido dado de alta aunque sin determinar las secuelas de todo tipo. Se denuncia indeterminación de la cuantía indemnizatoria, pero ello se debe exclusivamente a que las secuelas padecidas por el menor no estaban definitivamente señaladas y fijadas, debidas a la gravedad de las lesiones padecidas, tanto física como psíquicamente, siendo procedente aplicar el artículo 928 LEC 2000. Debe recordarse que con arreglo a la ley derogada sólo cabía deferir para ejecución de sentencia la fijación cuantitativa o las bases, únicamente en caso de imposibilidad de hacerlo en sentencia

(SSTS de 14 de octubre y 18 de noviembre de 1991), sin que en modo alguno quepa dejar para la fase de ejecución la prueba de la existencia de los daños (SSTS de 24 de marzo y 2 de junio de 1992, y 25 de mayo de 1993), o la procedencia de la indemnización (STS de 25 de marzo de 1992). En el presente caso se dan por probados los daños consistentes en la existencia de secuelas, aunque su completa determinación no se haya declarado por no haberse todavía producido.

**Póliza de seguros del centro docente: interpretación de la cobertura de riesgos: no es de responsabilidad, sino de accidentes.**—La póliza contratada por el centro docente única y exclusivamente cubre la asistencia sanitaria de los accidentes que ocurran en el centro asegurado, de aquí que resulta inaplicable el artículo 76 LCS para fundar una responsabilidad que queda fuera de la cobertura del seguro concertado, por lo que procede mantener el pronunciamiento absolutorio de la instancia respecto de la entidad aseguradora. (STS de 5 de noviembre de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Parece clara la responsabilidad del centro por mantener, en uso para los alumnos, una portería de futbito sin el debido anclaje, siendo notorio que los estudiantes acostumbran a columpiarse en el travesaño de las porterías. A mi juicio el problema a decidir en este caso es el de si la conducta de un menor de 17 años (por tanto, un muchacho próximo ya a alcanzar la mayoría de edad) no representa un factor decisivo, desencadenante de los hechos, que absorbe o compensa al 100 por 100 la posible negligencia de la entidad docente. Parece claro que, de haberse accidentado un mayor de edad lo más probable que se le aplicara la regla *sibi imputet*, de modo que, en el caso examinado, al lesionado le hubiera bastado con hacer previamente una sencilla comprobación para saber si existía, o no, el anclaje de seguridad al objeto de balancearse sin riesgo para su integridad física. La problemática de los casos que llegan al Tribunal Supremo es muy variada; a la jurisprudencia mencionada por la sentencia cabe añadir la STS de 31 de octubre de 2003 relativa al atropello de una menor de 6 años al salir del centro por un autobús escolar, con negligencia de la profesora vigilante y apreciación del importante daño estético a la víctima a efectos de fijar la cuantía indemnizatoria (extractada en *ADC*, 2005, pp. 992 ss.). (G. G. C.)

**49. Culpa extracontractual: daños causados por paralización de obra a consecuencia de interdicto: doctrina general.**—La posibilidad de que el proceso o los singulares actos procesales causen daño a otro, más allá de los que puede reparar la condena en costas, está contemplada por el legislador, ya sea para condicionar la admisión de aquéllos al aseguramiento de la indemnización correspondiente, ya sea para legitimar expresamente al perjudicado en orden a exigir la reparación pertinente. En particular son múltiples las sentencias relativas a la responsabilidad por daños causados por la paralización de obras, a consecuencia del ejercicio de la acción de interdicto de obra nueva con apoyo en los derogados artículos 1663 ss. LEC 1881 (SSTS de 7 marzo de 1967, 5 de diciembre de 1980, 17 de marzo y 23 de noviembre de 1984, 7 de abril de 1986, 4 de diciembre de 1993 y 5 de junio de 1995). La *quaestio iuris* es determinar si el daño está o no justificado, y ello depende de que haya habido o no extralimitación en el ejercicio del derecho, el cual no es

otro que el que todo ciudadano tiene a la tutela judicial efectiva según el artículo 24.1 CE; este derecho incluye, además de la facultad de acceder a los Tribunales, la de escoger la vía judicial más conveniente (STC de 18 de julio de 1991), por más que siendo un derecho fundamental no es absoluto (STC de 21 de febrero de 1986), de modo que la regla *qui iure suo utitur neminem laedit* no significa que no esté sometido a límites intrínsecos ni, por ello, que esté amparado su ejercicio abusivo.

**Abuso del ejercicio judicial de los derechos.**—Esta Sala ha llamado la atención sobre lo delicado de la operación de identificar, en cada caso, los límites del derecho a acceder a los Tribunales, así la STS de 31 de enero de 1992 declaró que en modo alguno cabe extraer y generalizar la idea de que el fracaso o el abandono de una acción revele el carácter abusivo de un intento de ejercicio, por lo que la calificación de la actuación abusiva ha de ser tomada con exquisito cuidado y riguroso análisis de la conducta procesal supuestamente abusiva, para no coartar el ejercicio de las acciones; y en la STS de 4 de diciembre de 1996 se afirma que en esta materia ha de procederse con sumo cuidado, pues no toda desestimación de la demanda es prueba por sí misma del actuar negligente ni puede coaccionarse psíquicamente con la amenaza de un pleito de responsabilidad civil a quien cree honestamente tener derechos que ejercitar o defender, para que no acuda a la vía jurisdiccional, pues violaría el artículo 24 CE. En el presente caso es de tener en cuenta: *a)* que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia ratificó la suspensión de la obra, afirmando el fundamento de la acción; *b)* la de la Audiencia Provincial la alzó en aplicación del artículo 16 de los Estatutos de la Comunidad de Propietarios a que pertenecían ambas partes, al considerar que las obras eran de adaptación del local y que no afectaban a la estructura del edificio; y *c)* la entidad de las obras suspendidas que incluían la creación de una planta intermedia en el local, mediante la rebaja del suelo, convertía en discutible, cuando menos, que la estructura no resultaba afectada. En consecuencia, usando términos de la STS de 27 de mayo de 1988, no cabe atribuir a quienes ejercitaron la acción interdictal *una conducta claramente infundada*. (STS de 29 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Asunto importante por la elevada cuantía de la indemnización reclamada (superior a 352 millones de las antiguas pesetas) y lo numeroso de las partes procesales al estar implicadas en su mayoría los propietarios pertenecientes a comunidades de propiedad horizontal de varias fincas ubicadas en dos calles madrileñas, si bien la demanda fue desestimada en ambas instancias, y asimismo lo fue el recurso de casación por la sentencia extractada, de la que ha sido Ponente el Magistrado señor Ferrándiz Gabriel en ajustada sentencia. (G. G. C.)

**50. Responsabilidad extracontractual. Daños causados por animales. Aplicación del artículo 1905 CC al caso de daño causado por una res no identificada. Confusión de derechos en el actor cuando ostenta la cualidad de perjudicado y responsable del daño.**—La existencia de la vacada compuesta por vacas del actor y del asegurado, unido a la falta de determinación de la res concreta que ocasiona los daños a la víctima, provoca que la responsabilidad sea compartida entre ambos propietarios, produciéndose una confusión de derechos en el citado actor y por tanto queda extinguida la

acción a tenor del artículo 1192 CC, sin que el hecho de que estén todas las vacas aseguradas impida la confusión de derechos en el actor propietario, puesto que la compañía aseguradora demandada hace frente únicamente a las obligaciones pecuniarias de sus asegurados frente a terceros y el actor en su condición de propietario del ganado asegurado, responsable del daño causado, no tiene la consideración de tercero. Así, al estar la responsabilidad atribuida a los dos propietarios de los ganados, no puede uno de ellos, hermano de la víctima, reclamar por la muerte de éste, por ser igualmente responsable, asegurando la demandada el propio ganado del reclamante. (STS de 2 de noviembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. H. falleció a consecuencia de las heridas producidas por la embestida de una res brava, sufrida mientras paseaba por una finca en la que se guardaban reses pertenecientes tanto al dueño de la finca como a uno de los hermanos de la víctima; y sin que se llegase a saber a qué ganado pertenecía el animal en cuestión. Dichos animales estaban asegurados en la compañía demandada. Los herederos del señor M. H. demandaron a la aseguradora en reclamación de los daños sufridos. Entre los actores se encontraba también el propietario de parte del ganado vacuno. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que concurría culpa exclusiva de la víctima. La Audiencia Provincial de Salamanca, estimó el recurso de apelación de los demandantes y, revocando la sentencia de instancia, estimó la demanda inicial. El Tribunal Supremo dio lugar parcialmente a la casación, en el sentido de absolver a la aseguradora demandada de la condena a abonar la indemnización correspondiente al demandante que al mismo tiempo era propietario de parte de las vacas. (L. A. G. D.)

**51. Responsabilidad civil por inmisiones: daños continuados por contaminación: doctrina general de la responsabilidad civil por agresiones al medio ambiente.**—Como reitera la STS de 28 de enero de 2004, la protección del medio ambiente puede considerarse en abstracto como protección al ambiente sano y adecuado para el desarrollo de la persona, y en concreto como protección específica a derechos subjetivos patrimoniales; mientras la primera no ha sido objeto de sentencia alguna de la Sala Primera del Tribunal Supremo, existe una reiterada jurisprudencia civil que con base en el artículo 1908.2.º CC configura un supuesto de responsabilidad, de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado, al establecer que los propietarios responden de los daños causados *por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades*, que es lo ocurrido en el presente caso, pues aunque cuantitativamente los humos y gases expelidos por la fábrica de la entidad recurrente hayan podido respetar los niveles de contaminación reglamentariamente establecidos, lo cierto es que cualitativamente fueron nocivos y causaron daños a terceras personas totalmente ajenas a la referida explotación industrial, lo que evidencia que tales medidas fueron insuficientes para evitar los daños a terceros. Es de destacar que la STS de 24 de mayo de 1993 estimó la acción de los mismos demandantes o sus causantes contra las mismas sociedades demandadas, y ahora se reclama la indemnización por los subsiguientes daños causados con posterioridad. En definitiva se reitera la protección judicial respecto a la responsabilidad civil y en defensa del medio

ambiente, acatando el mandato constitucional sobre el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, que proclama el artículo 45.1 CE.

**Abuso del derecho.**—Es impensable el abuso del derecho en cuestiones de medio ambiente en que, la sociedad en abstracto y el ciudadano en concreto, tienen derecho constitucional a su protección.

**Aplicación del artículo 1908.2 CC: responsabilidad objetiva.**—La normativa aplicable al presente caso no son los artículos 1902 y 1903 CC sino el 1908.2.º, que configura una responsabilidad de carácter objetivo, que se impone al propietario, o más bien al empresario, titular de la empresa causante de los humos o emanaciones, es decir, de la agresión al medio ambiente; por otra parte, el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias no excluye la responsabilidad civil si se ha producido, como en el presente caso, el daño.

**Incongruencia.**—No la hay porque en la demanda se reclama no sólo indemnización hasta 1994, sino en cada uno de los años siguientes. (STS de 14 de marzo de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—La STS de 28 de enero de 2004 citada en la sentencia extractada y que también tuvo por Ponente a O'Callaghan Muñoz, se publica en *ADC* 2005, pp. 1464 ss. con anotaciones más, y recoge una abundante jurisprudencia que bien puede calificarse de *reiterada*. Doctrina que se extiende a las *inmisiones acústicas* por STS de 29 de abril de 2003 (extractada en *ADC* 2005, pp. 392 ss. con anotaciones más) por virtud de una *fuerza expansiva*. (G. G. C.)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**52. Jurisdicción competente en el ejercicio de la acción negatoria de servidumbre.**—Tienen la jurisdicción exclusiva para conocer de estos asuntos los Tribunales del orden jurisdiccional civil, según el artículo 9 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En efecto, la defensa de la propiedad mediante la declaración de la inexistencia de servidumbres constituye una materia propia del orden jurisdiccional civil, aunque se susciten a consecuencia de una actuación administrativa (SSTS de 30 de marzo de 1977, 12 de febrero de 1979, 18 de julio de 1989, 21 de diciembre de 1992, 13 de junio de 1997 y 17 de marzo de 2004).

**Cesión obligatoria a los Ayuntamientos respectivos de la parte del terreno destinado a vial.**—El artículo 83.3.1 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, que aprueba el Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, exige a los propietarios de suelo urbano ceder gratuitamente a los Ayuntamientos respectivos los terrenos destinados a viales. Ahora bien, esto no significa que la mera condición de terreno de cesión obligatoria permita establecer algún tipo de limitación al derecho de propiedad. Por el contrario, sin perjuicio del sistema de actuación aplicable, subyace el derecho de propiedad sobre el suelo sujeto a planificación, de manera que si no se demuestra lo contrario, dicho suelo ha de considerarse libre, es decir, sin limitaciones (SSTS de 9 de febrero de 1983 y 15 de junio de 1987). (STS de 18 de noviembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Sociedad Cooperativa Juego de la Bola* fue la promotora de la construcción de una serie de viviendas construidas dentro de una urbanización privada. El terreno donde se construyó, sito en el término municipal de Oropesa (Toledo), era de su propiedad y no estaba gravado por servidumbres de paso, luces y vistas. Con el fin de que los propietarios pudieran acceder a dichas viviendas la *Sociedad Cooperativa* abrió una calle dentro de la urbanización privada. Los propietarios de las fincas colindantes abrieron entonces puertas a dicha calle, ante lo cual, la *Sociedad Cooperativa Juego de la Bola* ejerció acción negatoria de servidumbre con el fin de evitar esos nuevos accesos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda declarando que se trataba de una calle privada sin ninguna servidumbre de paso, luces o vistas y ordenando a los demandados a que se abstuvieran de utilizar o pasar por la calle privada. Recurrida en apelación la sentencia, la Audiencia Provincial la desestimó, confirmando la de primera instancia. Finalmente, los demandados recurrieron en casación, si bien el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a las pretensiones aducidas. (*J. D. S. C.*)

**53. Alteración de elementos comunes sin haber obtenido el permiso del resto de comuneros.**—La realización de obras de adaptación en la planta baja para la apertura de un local comercial constituye una alteración de elementos comunes de la edificación. Su realización sin el permiso de la Junta de Propietarios constituirá una infracción de los artículos 7 y 11 LPH, que prohíben la realización de obras de modificación de elementos comunes (muro de carga y fachadas, entre otros), sin un permiso dado a través de un acuerdo unánime del resto de comuneros. El Tribunal Supremo tiene dicho, en una jurisprudencia consolidada, que la alteración en la configuración de la fachada de un edificio, así como del estado exterior de la finca o la alteración de un muro de carga, suponen la necesidad de previa autorización de los copropietarios (SSTS de 5 de marzo de 1998 y 30 de julio de 1999).

Es irrelevante a estos efectos, el hecho de que las cláusulas estatutarias del edificio permitan la divisibilidad del local; no significa que permitan también la modificación de fachadas o de cimientos del mismo. (**STS de 23 de febrero de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. interpone demanda contra la entidad mercantil *Cense, S. A.*, por la realización de unas obras inconscientes (modificaciones de huecos existentes en la fachada, realización de nuevos huecos y demolición del muro de carga). El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, declarando que dicha entidad ha realizado obras inconscientes que afectan a determinados elementos comunes del edificio y le condena a reponer aquellos elementos que resulten afectados a su estado esencia original y anterior a la realización de las mismas.

El demandado interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial estima el recurso y absuelve a la demandada de las pretensiones del actor.

El demandante recurre en casación, donde el Tribunal Supremo declara que efectivamente realizó las obras de adaptación de la

planta baja del edificio para un servicio de tanatorio, que dichas obras constituyen una alteración de los elementos comunes y que se ha producido una infracción de los artículos 7 y 11 LPH. Por ello estima el recurso y confirma la sentencia de instancia. (S. L. M.)

**54. Carácter de elemento común de los muros, suelo y subsuelo.**—Si el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal no menciona el sótano o el subsuelo como elementos privativos, no cabe legitimar como elemento privativo de hecho lo que con arreglo a Derecho había de conceptuarse como elemento común, predicable de todo el resto del terreno situado al nivel del sótano pero sin excavar. Según el Alto Tribunal, de otro modo se llegaría al absurdo de que los propietarios de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal pudieran, después del otorgamiento del título correspondiente pero antes de haber vendido uno solo de los elementos privativos, practicar cualesquiera alteraciones en los elementos comunes no expresamente mencionados con tal carácter en el título para apropiárselos irrevocablemente por vías de hecho. El Tribunal Supremo ya ha declarado reiteradamente el carácter de elemento común del suelo, el subsuelo y, lógicamente, de los muros (SSTS de 27 de mayo de 1993, 31 de octubre de 1996, y 10 de mayo de 1999). (STS de 22 de febrero de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don Á. T. interpone demanda contra don M. y doña M. P. solicitando que se dictara sentencia en la que se declarara: 1) La existencia en el edificio de una planta inferior a la de sótano, cuya existencia no corresponde con la declaración de obra nueva y división horizontal. 2) Que para acceder a la misma se han abierto por los demandados dos huecos en la pared trasera del edificio, para la entrada y salida de vehículos. 3) Que igualmente sobre la pared señalada en el apartado anterior se han abierto en la planta segunda del edificio y en la vivienda que pertenece a los demandados y por éstos dos ventanas, inexistentes en el proyecto de edificación. 4) Que en la rampa de acceso al sótano existente se han colocado por los demandados dos pilares metálicos y una cadena que impiden el paso. 5) Que tanto la pared sobre la que se han abierto los huecos y las ventanas, como la planta de sótano y la rampa de acceso al sótano son zonas comunes y no se pueden alterar, por tanto, sin el consentimiento de todos los copropietarios. 6) Que la planta de sótano creada y la rampa de acceso al sótano ya existente viene siendo usada de forma exclusiva y excluyente por los demandados. Se pide que se condene a los demandados a reponer la pared exterior del edificio a su estado primitivo, cerrando los huecos que habían abierto, y a eliminar los pilares metálicos y la cadena que impiden el acceso al sótano al resto de copropietarios. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, condenando a los demandados a reponer la pared a su estado primitivo, a excepción de los dos huecos de ventana en ella abiertos.

Ambas partes interponen sendos recursos de apelación, que son estimados por la Audiencia Provincial. Ésta condena a los demandados a eliminar el pilar y la cadena que colocaron en la rampa de acceso al garaje.

El actor recurre la decisión de la Audiencia en casación, solicitando que se reponga la pared al estado primitivo, cerrando las dos puertas que permiten el acceso a la planta inferior a la del sótano, para así adecuar la declaración de obra nueva a la realidad. El Tribunal Supremo finalmente estima el recurso, declarando el carácter de elemento común de los muros, el suelo y el subsuelo. (S. L. M.)

**55. Comunidad de bienes: división. Reducción de cuotas a metálico para abonar al actor su parte subsistiendo la comunidad entre los demás copartícipes. La utilización del piso-vivienda por uno de los comuneros sin oposición de los demás no permite el acrecimiento a favor de los restantes comuneros como compensación a la utilidad obtenida.**—Según los hechos de la demanda, desde que los padres de los litigantes les donaron el piso y la plaza de garaje a finales de 1974, sólo uno de ellos había utilizado tales bienes de forma exclusiva y sin abonar canon arrendaticio alguno, por lo que, calculado el valor medio de uso en 25.000 pesetas mensuales y multiplicada esta cantidad por los veinte años y dos meses transcurridos, se fijaba en 6.050.000 pesetas la cantidad deducible a ese comunero de la cuota que le correspondiera para, así, acrecer por partes iguales a todos los demás copropietarios. En la contestación a la demanda, los cuatro demandados reconocieron que el comunero indicado venía habitando el piso-vivienda desde la donación, pero precisamente porque la razón de sus padres para comprarlo y luego donárselo a sus cinco hijos había sido la de dotar de vivienda al matrimonio que iba a formar ese hermano. Por ello, nunca se había fijado canon arrendaticio ni modificado el acuerdo ordinal, según el cual, el hermano asumía, en exclusiva, todos los gastos tributarios, de propiedad horizontal y de conservación de los bienes. La sentencia de instancia tuvo por probado que la actora había consentido la situación, sin sufragar gasto alguno de los inmuebles, incluso aunque el hermano hubiera arrendado el piso-vivienda a terceros, al tener que trasladar su residencia por razones profesionales. El Tribunal considera absolutamente inverosímil que durante más de veinte años la actora-recurrente dejara de manifestar su oposición a una situación dada desde el mismo momento inicial de la comunidad de bienes, aunque durante más de la mitad viviese en Italia. Aparte de ello, de su absoluto silencio sobre el fundamento jurídico de la pretensión de acrecimiento a favor de todos los demás comuneros y de la falta de explicación razonable sobre tan prolongado silencio, junto con la prueba testifical de la madre de los litigantes, lo que se desprende no es la falta de consentimiento tácito de la actora al estado de las cosas subsiguientes a la donación sino el enfrenamiento de ella con su madre, por cuestiones relativas a la herencia de su padre, lo que corrobora la desestimación de la pretensión de que se trata. (STS de 20 de octubre de 2004; no ha lugar, respecto al fallo recurrido.)

HECHOS.—La demandante (luego recurrente ante el Tribunal Supremo) interpone acción de división de cosa común, solicitando que se ofreciera a sus cuatro hermanos (demandados) la adquisición de la cuota proindiviso de la actora en un piso-vivienda y una plaza de garaje «por su valor» y, si no aceptaban, se procediera a la venta de tales bienes en pública subasta y al reparto del montante obtenido, minorando la cantidad correspondiente a uno de los cuatro hermanos en 6.050.000 pesetas, que deberían acrecer en partes

iguales al montante del resto de copropietarios y ordenando la participación en los gastos ocasionados en proporción a la participación de cada uno en la propiedad.

Los hermanos contestan pidiendo que se les adjudicara el inmueble mediante pago a la actora del valor de su cuota y se declarase su mala fe y su anormal ejercicio de la acción de indivisión.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y declaró extinguida la comunidad de bienes litigiosa pero sólo en cuanto a la actora, cuya quinta parte se adjudicaba a los otros condueños por 4.000.000 de pesetas. La parte actora interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia y fue desestimado por la Audiencia Provincial. (S. M. S.)

**56. Legitimidad de obras necesarias en el predio sirviente para el adecuado uso de la servidumbre.**—El artículo 543 CC establece un derecho necesario para el uso de la servidumbre. El dueño del predio dominante podrá hacer, a su costa, en el predio sirviente las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre. Al tiempo que es un derecho del predio dominante, para el predio sirviente es un deber soportarla. En relación con las obras necesarias, éstas tienen su límite en la alteración o el aumento de la onerosidad y están además limitadas a las necesarias para el uso y conservación. (STS de 2 de marzo de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de la calle Lope de Rueda, número 55, de Madrid, se encuentra gravada con una servidumbre de paso a favor de la finca colindante, la comunidad de garajes de la misma calle número 53, cuya propietaria es *Inversiones Cotui, S. A.*, que ha acondicionado y construido un aparcamiento, cuyo acceso lo tiene a través de la referida servidumbre de paso de carácter voluntario, inscrita en el Registro de la Propiedad. Igualmente hay que dejar constancia de: a) El levantamiento de un muro que divide el espacio que constituye la servidumbre en dos accesos diferenciados, uno para paso de vehículos y otro de peatones. b) La colocación en la pared medianera de ambas fincas de unos conductos para la ventilación del aparcamiento. c) La existencia de una zona no afectada por la servidumbre, propiedad de la comunidad actora, que ha quedado dentro del acceso al aparcamiento. La comunidad de propietarios del número 55 interpone demanda contra *Inversiones Cotui* y, subsidiariamente, contra otra comunidad de propietarios del número 53. Solicita la demolición del muro que divide la servidumbre, la retirada de los tubos y conductos colocados en la pared medianera entre ambas fincas y la devolución de la porción de terreno propiedad de ésta. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda presentada por la comunidad de propietarios del número 55, en el sentido de aceptar todas las pretensiones de la actora a excepción de la indemnización por daños.

Presentado recurso de apelación por *Inversiones Cotui*, la Audiencia Provincial lo estima, absolviendo a los demandados.

La comunidad de propietarios del número 55 interpone recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 598 y 543 CC.

Señala el Tribunal Supremo que parte de las obras acreditadas se encuentran amparadas por la realidad y el fin social llamado a desempeñar. Al haber optado por el uso de garaje, el levantamiento del muro resulta necesario para el adecuado aprovechamiento, sin que, por el contrario, impliquen aumento de onerosidad, sino facilidad y disminución de peligrosidad para el uso de aparcamiento, del que también se pueden beneficiar los propietarios de la comunidad demandada. Sin embargo, lo anterior no puede alcanzar a las obras necesarias no para la adecuada utilización de la servidumbre, sino en beneficio del garaje, y en tal sentido no están cubiertas por el artículo 543 CC. De ahí que estime el recurso. (S. L. M.)

**57. Retracto. *Dies a quo* del plazo de caducidad de la acción.**—Los textos legales que se refieren a la constancia registral de una compraventa o dación en pago como inicio del cómputo para el ejercicio del derecho del retracto legal hacen mención expresa y concreta de la inscripción de la operación en el Registro de la Propiedad y no a la fecha de la práctica de cualquier asiento registral relativo al título de la adquisición del predio en que el retrayente quiere subrogarse (arts. 1524, 1638.2 y 1639 CC, Ley 458.2 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, art. 150.2 de la de Aragón, art. 123 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, y art. 23.2 de la Ley 6/1990, de Censos del Parlamento de Cataluña).

Estas específicas referencias legales a la inscripción registral propiamente dicha y la improcedencia de la pretensión de que se asimilen a las mismas las anotaciones preventivas responde a la naturaleza principal, definitiva y de carácter positivo de las primeras, que hacen constar de modo completo y solemne los actos de constitución, transmisión o modificación de un derecho real inmobiliario, frente a las anotaciones preventivas, que aun siendo también asientos principales tienen, en cambio, un carácter provisional o transitorio (FD 2.º).

El asiento de inscripción se fija por la ley como fecha de referencia para el cómputo del plazo de caducidad de la acción de retracto por constituir un medio seguro, que sirve de base al doble fin del conocimiento cabal del negocio por el futuro retrayente y del establecimiento de una fecha cierta para evitar la inseguridad en el tráfico jurídico. De esta forma queda eliminada la permanente incertidumbre del comprador respecto a su posible sustitución en la adquisición realizada (STS de 14 de marzo de 1956). (STS de 1 de marzo de 2005; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El 29 de diciembre de 1994, tras ejercitar derecho de opción de compra sobre una finca se otorgó escritura pública a favor de doña S., y don L. y don E., la cual tuvo acceso en el mismo día al libro Diario del Registro de la Propiedad. El 20 de marzo de 1995 se practicó anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable. Treinta días más tarde doña A., don M. y doña C. formularon demanda de retracto sobre la mencionada finca contra los herederos de don C., doña S., y don L. y don E. La demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia por haber sido deducida una vez transcurrido el plazo de caducidad que establece el artículo 1524 CC, al entender que el mismo comenzó a correr desde la fecha en que se practicó anotación preventiva de suspen-

sión por defectos subsanables. Apelada la sentencia dictada en primera instancia, la Audiencia Provincial acogió el recurso de la parte actora y estimó totalmente la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—La sentencia anotada sigue la reiterada doctrina del Tribunal Supremo que entiende que el plazo de nueve días que establece el artículo 1524 CC no ha de contarse desde la fecha del asiento de presentación, sino desde la inscripción (entre otras, SSTS de 21 de julio de 1993, 7 de abril de 1997 y 27 de junio de 2000). (M. C. L. J.)

**58. Acción contradictoria de dominio. Ejercicio, al menos, coetáneo, de acción dirigida a obtener la anulación o cancelación de la inscripción registral: artículo 38 LH; innecesario.**—La moderna doctrina jurisprudencial tiene declarado que, superando la interpretación rigorista del precepto contenido en el párrafo segundo del artículo 38 LH, que exigía el ejercicio previo o, al menos coetáneo con la acción contradictoria del dominio inscrito, de la acción dirigida a obtener la anulación o cancelación de la inscripción registral, se pasa a la actual, más acertada en el plano hermenéutico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esta petición y no puede ser causa de que se deniegue la formulada respecto a la titularidad dominical. El Tribunal Supremo cita reiterada jurisprudencia de la Sala al respecto, y en especial la STS de 1 de diciembre de 1995.

**Tercero hipotecario: efectos. Inexistencia: falta de buena fe.**—Según doctrina sentada por esta Sala, resultan consagrados tanto el principio de fe pública registral, sancionado en el artículo 34 LH, y que implica que el tercero que adquiera del titular registral confiado en el Registro e inscribe está protegido y no le afecta la posterior declaración de nulidad del contrato del transmitente, como también el principio de inoponibilidad de lo no inscrito, según el cual al tercero que inscribe no le afectan los actos inscribibles no inscritos, de modo que frente a él es inoponible lo que no ha tenido acceso al Registro, siempre que adquiera, eso sí, bajo determinadas condiciones. De modo que concurriendo tales requisitos, el citado artículo 34 LH enerva la acción reivindicatoria, la acción meramente declarativa, la acción confesoria o cualquier acción real y protege al adquirente frente a cualquier impugnación del título adquisitivo que pretenda la anulación del derecho del transferente.

El Tribunal entra a examinar si concurre el requisito de la buena fe en los adquirentes (recurrentes) a título oneroso que han inscrito su título en el Registro. Y concluye:

A) En el caso de don H., don C. y don A. D.: su madre, doña L., de quienes ellos adquieren su cuota de participación, formaba parte de la comunidad de propietarios cuando se acuerda instar la venta de los locales comerciales a través de los mandatarios correspondientes. Y, como tal, quedó sujeta a los estatutos y al reglamento de régimen interior de la comunidad, así como a los acuerdos válidamente adoptados y no impugnados en forma. Concertados los contratos de compraventa por doña A., doña G. y don C. F. con quienes ostentaban la representación de los copropietarios de los locales vendi-

dos, éstos, entre ellos los aquí recurrentes, quedan vinculados por los actos y contratos celebrados por sus mandatarios, sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitar contra los miembros de la comisión liquidadora. Por lo que se refiere a las participaciones que doña L. adquiere sobre algunos de los locales en litigio que resultan haber sido enajenados por la comunidad antes de venderse a doña L., debe considerarse un supuesto de venta de cosa ajena. Si bien es verdad que, en principio, no podía afectar a la adquirente que accedió al Registro lo no inscrito en él, no puede apreciarse la existencia de buena fe, ya que, por su condición de copropietaria no podía desconocer la discordancia entre la realidad registral y la extrarregistral, materializada en la ocupación real y efectiva de los locales comerciales por los otros compradores (anteriores), que, de hecho, figuraban en las actas de Juntas de Propietarios correspondientes, como deudores por impago de las cuotas establecidas sobre los locales.

B) En el caso de doña L., ella adquiere la participación indivisa en los locales en litigio por escritura pública de 11 de enero de 1984; todas las enajenaciones realizadas a favor de los demandantes recurridos son anteriores y, por tanto, respecto a ella, también nos encontramos ante supuesto de venta de cosa ajena. Pero igualmente resulta imposible apreciar, por los mismos motivos, la buena fe que exige la aplicación de la protección registral que ella pretende que se le otorgue como adquirente que inscribe.

**Facultad de exigir el otorgamiento de escritura pública al amparo del artículo 1279 CC. No se aprecia.**—En la escritura pública de compraventa de 11 de noviembre de 1982, otorgada a favor de don C. F., consta que don L. A. y don J. A. estuvieron representados por don E. y don L. M.; dicha escritura tuvo acceso al Registro de la Propiedad, si bien sólo respecto de las participaciones de los vendedores que se relacionan en la nota del Registrador, entre los que no figuran los recurrentes, haciendo constar el Registrador que «no se ha efectuado operación alguna con las participaciones de los demás vendedores, a solicitud verbal del presentante». Por ello no puede ejercitarse frente a los aquí recurrentes la facultad de requerir el otorgamiento de escritura pública, al haber dado ya tal satisfacción a esta pretensión, sin que a ello obste la falta de acceso al Registro por causas no imputables a los recurrentes. (STS de 4 de octubre de 2004; ha lugar en parte.)

**HECHOS.**—En reunión de propietarios del edificio Rioja celebrada el día 31 de agosto de 1973, se constituye definitivamente la comunidad de propietarios de dicho edificio, al amparo de la Ley de Propiedad Horizontal entonces vigente, acordándose, asimismo, la disolución de la comunidad de propietarios-promotores hasta entonces existente y constituyéndose una comisión liquidadora de la construcción y resto de actividades, a la que se concedió, entre otras, la facultad de «vender los locales comerciales que aún quedasen por vender y el sobrante que hubiese en sótanos, éste sólo para aparcamientos, en el precio y condiciones que se tuviesen por convenientes, cobrando las cantidades que resulten de los contratos que suscriban a tales efectos». No se fijó límite temporal a la actuación de la comisión liquidadora nombrada. Doña A., don V., don R., don C. F. y don L., pretenden hacer valer su derecho de propietarios sobre distintas fincas destinadas a local comercial integradas en esta comunidad de propietario. doña A., don V., don R. y don C. F.

concluyeron (en fechas diferentes, entre 1973 y 1984) los correspondientes contratos de compraventa con representantes de la comunidad de propietarios. A don L. le es adjudicada la propiedad de su local en escritura pública de partición de herencia de doña G., aunque en documento privado de 14 de marzo de 1978 ya aparecía como subrogado en los derechos y obligaciones sobre el mencionado local que ostentaba doña G.. Ésta, por su parte, había concluido contrato privado de compraventa de dicho local comercial con los representantes de la comunidad de propietarios en su momento. De todos ellos, sólo don C. F. otorga escritura pública del contrato de compraventa y la inscribe en el Registro de la Propiedad, aunque sólo en las participaciones correspondientes a 24 propietarios (de los 89 que integran la comunidad). Todos los compradores entraron en posesión de los locales por ellos adquiridos y habían completado el pago del precio.

Todos ellos interponen demanda de menor cuantía sobre declaración de dominio y otorgamiento de escritura pública contra todos los miembros de la comunidad de propietarios. Sólo comparecen como demandados opuestos don H., don C., don A. D., don J. A., don L. A. y doña L.

Don H., don C., don A. D. y doña L., individualmente, son titulares inscritos en el Registro de la Propiedad de cuotas de participación indivisas en la propiedad de los locales litigiosos y se oponen a los derechos de los nuevos adquirentes.

Don H., don C. y don A. D. adquirieron su cuota de participación del 0,89 por 100 en la propiedad de los locales comerciales litigiosos como herederos de su madre, doña L., quien la adquirió de don I., según escrito de división horizontal, uno de los copropietarios-promotores del edificio (escritura pública de 25 de septiembre de 1975, inscrita en el Registro el 29 de enero de 1976).

Doña L. compra a don J. M. y doña A., para su sociedad de gananciales, en virtud de escritura pública de 11 de enero de 1984, una participación indivisa (de 1,50 por 100) sobre cada uno de los quince locales comerciales que aparecen en la escritura pública. don J. A. y don L. A., en concreto, se oponen al requerimiento de parte de don C. F., como comprador, al otorgamiento de escritura pública, conforme al artículo 1279 CC, por infundado, ya que los demandados otorgaron escritura pública a favor de don C. F. y si no ha sido inscrita en cuanto a sus participaciones indivisas no ha sido por causa atribuible a ellos.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Recurrída la sentencia en apelación por los únicos demandados opuestos, el recurso es desestimado. Todos los apelantes (don L. A. sustituido por su esposa doña R.), interponen recurso de casación. (S. M. S.)

**59. Buena fe registral.**—La buena fe registral consiste en el desconocimiento de la inexactitud registral, pero no comprende aquellas situaciones en que de la prueba resulte que pudo conocerse la realidad desarrollando un mínimo de diligencia. Esto no supone imponer al tercero deberes de una especial investigación, ni tabular ni extratabular. (STS de 4 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La comisión liquidadora de una sociedad en quiebra, ejercitó acciones a fin de reintegrar a la masa de la sociedad ciertos bienes (acciones e inmuebles) con los que habían negociado tanto los representantes de la empresa como los Síndicos de forma aparentemente irregular. Habiendo sido estimada parcialmente la demanda en ambas instancias, en casación no hubo lugar. (C. J. D.)

**60. Fe pública registral. Condición de tercero hipotecario.**—Para ser tercero hipotecario, conforme al artículo 34 LH —y ser beneficiario de la protección que del artículo se desprende— no es necesario que la persona que adquiera la finca realice una investigación exhaustiva con el objetivo de comprobar que en el Registro de la Propiedad no aparece alguna causa de ineficacia que pueda alcanzar a su adquisición. Solamente es necesario que compruebe que no existe causa de ineficacia que pueda alcanzar a su adquisición en el folio real de la finca que pretende adquirir. (STS de 3 de marzo de 2005; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don J. G. M. adquirió una finca de quien constaba en el Registro de la Propiedad como titular registral (*Surio, S. A.*). Con posterioridad se descubre que la finca adquirida constaba también inscrita como parte integrante de otra propiedad cuya titular era la *Fundación San Pío X*, si bien dicha declaración se enunciaba en otro folio registral. La *Fundación San Pío X* ejercita acción reivindicatoria de la finca contra la entidad *Surio* y contra don J. G. M. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial revoca la sentencia estimado la pretensión del actor. Se recurre por don J. G. M. y por la entidad *Surio* en casación. El Tribunal Supremo estima el recurso planteado por don J. G. M. y desestima la acción principal planteada por la *Fundación San Pío X* además de declarar que no ha lugar al recurso planteado por la entidad *Surio*. (A. V. G.)

## DERECHO DE FAMILIA

**61. Sociedad legal de gananciales. Artículo 1324 CC: eficacia. Valor de confesión probatoria *inter partes*. Fuerte presunción legal que se establece por encima de la regla común del *onus probandi*. Bien privativo: concurrencia del marido a la compra por la mujer «confesando» que el dinero que ésta da para su adquisición es privativo de ella.**—Ciertamente, el artículo 1361 CC establece, como regla general, a falta de otra prueba o declaración, la presunción de ganancialidad de los bienes «existentes» en el matrimonio, debiendo probar la parte que pretenda la privación de los mismos o de algunos de ellos. Pero existen otras normas que permiten alterar esa regla, como son las del artículo 1355, por un lado, y la del artículo 1324, por otro, que a su vez, permite mediante «confesión» (declaración unilateral, válida en Derecho) hecha por el que, de los cónyuges pueda resultar perjudi-

cado, 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.

La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo atribuye a esa confesión, una fuerza probatoria «inter partes», es decir, en el ámbito de las relaciones entre los cónyuges, 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. La prevalencia confesoria que el artículo 1324 establece no es absoluta y cabe prueba en contrario, pruebas que han de ser eficaces y contundentes.

Se trata pues, de una «fuerte» presunción legal que se establece por encima de la regla común del *onus probandi* (art. 1214 CC) y que evita tener que acudir a la prueba corriente de presunciones (arts. 1299 ss. CC) si bien no con el carácter del artículo 1250 (las que dispensan de toda prueba a los favorecidos por ellas), dándosele más bien el valor de la «confesión», con el valor del artículo 1232 y el artículo 1239 cuando es prestada extrajudicialmente (en cuanto se trata de hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales, pero siempre con el carácter y límites que fija el propio art. 1324 CC).

Esa fuerza hace que situaciones como aquellas en que se produzca la falta de precio 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 que se dé la existencia de situaciones enervantes (error, dolo, engaño, falta de capacidad del que la hace).

Vale tal norma para dar 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 es aplicable, no sólo a los casos de obtención de la privatividad, sino también a los supuestos contrarios, en cuanto un bien privativo pase a ganancial por la declaración del que por ello resulte perjudicado. (STS de 8 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. formula demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don J. C., para obtener la división de la cosa común referida a la finca situada en el término de Boadilla del Monte (Madrid), Dirección..., inscrita. Basa dicha pretensión en que, con fecha 26 de abril de 1990, ante Notario, el demandado vendió a su esposa y demandante la mitad indivisa de la finca descrita por el precio de 3.000.000 de pesetas, haciéndose constar expresamente en la escritura, por parte de don J. C., que «el dinero invertido en la compraventa es de exclusiva propiedad de la esposa». El demandado niega este extremo en su escrito de contestación. Y se opone, planteando, a su vez, demanda reconventional, en solicitud de nulidad de la indicada compraventa, por entender que es nula al no mediar los requisitos exigidos en nuestra legislación para que el contrato traslativo sea eficaz, ya que nunca medió causa, consentimiento y precio, pues el precio que se declara recibido nunca fue entregado; se dice que hubo una simulación total de la compraventa. Se añade por el demandado que el precio real en tal momento era superior a los 30.000.000 de pesetas. En la demanda reconventional, igualmente, se solicita que la compraventa realizada en la escritura otorgada el 24 de marzo de 1990, ante Notario, sobre el piso de la Dirección... de Málaga e inscrito en el Registro de la Propiedad, se declare nula en lo referente al carácter privativo

de la compraventa efectuada por doña M. de una cuota indivisa, y que, en su lugar, se indique que tal compraventa es de carácter ganancial, y debe inscribirse para la sociedad de gananciales constituida por los aquí litigantes, toda vez que el dinero pagado en tal adquisición es ganancial al haberse obtenido por un préstamo concedido a las partes por «Caja Madrid». No obstante, en la correspondiente escritura pública de compraventa, a la que comparece don C. J., se ratifica por éste que el dinero satisfecho por su esposa, después demandante, era de carácter privativo.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda principal y estima la reconvencción. La demandante-reconvenida presenta recurso de apelación, que es estimado. (S. M. S.)

**62. Sociedad de gananciales en liquidación por fallecimiento de la esposa: inaplicación del artículo 1384 CC a sociedad familiar en liquidación formada por cónyuge y tres hijos: inaplicación del principio de la apariencia.**—Es errónea la aplicación del artículo 1384 CC al cónyuge superviviente titular del 35 por 100 de las acciones de una sociedad familiar, pretendiendo que aquél siga siendo aplicable en la fase de liquidación de ésta, pues dicho precepto no atribuye ninguna titularidad al cónyuge a cuyo nombre figuran las acciones de naturaleza ganancial, sino que es una norma de protección del tráfico, que da validez a los actos de administración o disposición del cónyuge a cuyo nombre figuren, corrigiendo así las consecuencias perturbadoras que podían derivarse de una rígida aplicación del principio de cogestión y codisposición de bienes gananciales establecido en el artículo 1375 CC; en consecuencia, sólo se aplicará aquél precepto cuando exista una sociedad de gananciales en funcionamiento, pero no cuando se haya disuelto por muerte de uno de los cónyuges. Es obvio que la protección de la apariencia jurídica no podría tener aplicación en este caso para afirmar que las 420 acciones a nombre del cónyuge superviviente (equivalentes al 35 por 100 del total) tenían derecho a voto en la Junta General de la sociedad familiar, cuando los restantes socios de la misma (los tres hijos comunes del matrimonio) conocen la realidad y están junto con aquél envueltos en un juicio de testamentaría sobre la herencia de su fallecida madre.

**Nulidad de acuerdos sobre modificación de estatutos: falta de *quorum*.**—El artículo 103.1 LSA establece que para que la Junta, tanto ordinaria como extraordinaria, pueda modificar los estatutos sociales, será necesaria en primera convocatoria la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean al menos el 50 por 100 del capital suscrito con derecho a voto, circunstancia que no hubiera concurrido cuando se negó la posibilidad de votar al 70 por 100 del capital social, circunstancia que debería haber comportado la celebración de la Junta en segunda convocatoria, en la que este requisito no se exige. De aquí la nulidad de los acuerdos adoptados con la participación sólo del 30 por 100 de aquél, a saber, cese del Administrador Único, modificación de los estatutos para introducir un Consejo de Administración, nombramiento de nuevos Consejeros y exigencia de responsabilidad al Administrador Único.

**Confirmación de la sentencia recurrida por otro motivo: aplicación del artículo 66 LSA.**—Aunque se ha estimado uno de los motivos del recurso, procede mantener la sentencia impugnada por otra razón sustitutoria, consistente en que al estar las 840 acciones de la sociedad de gananciales, represen-

tativas del 70 por 100 del capital social de la sociedad demandada dentro de la masa patrimonial que forma la comunidad postganancial de los cónyuges, concurría la situación prevista en el artículo 66 de la referida Ley, debiendo designar los miembros de aquella comunidad persona en el ejercicio de los derechos de socio de acuerdo con el artículo 395 CC. (STS de 14 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Mediante escritura pública de 27 de noviembre de 1987 los padres y tres hijos comunes constituyen una sociedad anónima familiar en la que cada cónyuge posee el 35 por 100 del capital social (equivalente a 420 acciones para cada uno), mientras que cada uno de los hijos recibe 120 acciones (en total, 360 acciones), lo que significa que el total capital social está representado por 1.200 acciones. Fallecida la esposa, el cónyuge superviviente y los tres hijos, por desavenencias familiares, aparecen inmersos en un juicio de testamento. En 1995 se celebra Junta General extraordinaria de la sociedad familiar, previa convocatoria judicial, cuyos acuerdos se impugnan por el padre en el proceso que ha culminado en el presente recurso de casación. En ambas instancias se estima la demanda de nulidad de acuerdos, rechazándose el recurso de casación, aunque con fundamento diverso de la sentencia de la Audiencia Provincial. En efecto, la sentencia extractada (Pte.: Gullón Ballesteros) declara inaplicable al caso el artículo 1384 CC al estar basado en la protección de la apariencia, si bien apoya la nulidad de aquéllos en el incumplimiento del artículo 66 LSA.

NOTA.—Parece acertada la inaplicabilidad de dicho precepto al caso aquí planteado, y ello pese a la indudable trascendencia práctica que atribuí al mismo (en Castán, *Derecho civil español, común y foral*, v. 1.º, 12.ª ed., Madrid, 1994, p. 505); en efecto la opinión doctrinal común califica el artículo 1384 CC de legitimación externa a uno de los cónyuges para dar seguridad al tráfico (así Pretel, *Comentarios Ministerio de Justicia*, II, p. 738). El razonamiento resulta plenamente convincente ya que resulta incongruente que, según pretenden, los hijos se admita la legitimación del padre en la Junta Extraordinaria a efectos del *quorum* de asistencia y luego se le deniegue al mismo legitimación a la hora de votar. Sentencia de aprobar. (G. G. C.)

**63. Acción de reclamación de la filiación no matrimonial. Legitimación activa del padre (o madre) aunque no exista posesión de estado.**—Es doctrina jurisprudencial reiterada la que reconoce la legitimación del padre en los casos de filiación no matrimonial, aunque no exista posesión de estado; superando así la literalidad del artículo 133 del CC y afirmando que ya que el artículo 134 del mismo cuerpo legal legitima en todo caso al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, ha de entenderse que también está habilitado para el ejercicio de la acción de reclamación de filiación extramatrimonial, pues ni puede prescindirse de la verdad biológica ni debe echarse en olvido el interés justificado de los hijos en saber y conocer quién es su padre (SSTS de 24 de junio de 1996, 30 de marzo y 19 de mayo de 1998, 20 de junio de 2000 y 22 de marzo de 2002).

**Nombramiento de un defensor judicial al menor cuando el padre o la madre tengan algún interés opuesto al de aquél.**—La representación legal de los padres en relación a sus hijos sometidos a patria potestad ha de quedar excluida cuando se compruebe la existencia de un conflicto de intereses que pueda poner en peligro el del hijo, debiendo en tales casos pedirse al nombramiento de un defensor judicial que pueda velar con la necesaria imparcialidad por los derechos del menor. (STS de 8 de julio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—El actor reclamó la paternidad no matrimonial de una menor, a la que se opuso la madre de ésta. El Juzgado desestimó dicha pretensión por falta de pruebas convincentes. La Audiencia consideró que al no existir posesión de estado, el supuesto progenitor carecía de legitimación para la acción que pretendía ejercitar, por lo que confirmó la sentencia recurrida. El Tribunal Supremo acoge el recurso de casación interpuesto por el actor y declara la nulidad de lo actuado a partir del momento procesal anterior al auto de la Audiencia que denegó la práctica de la prueba biológica, la cual había sido admitida en primera instancia, pero por la actitud negativa de la demandada a someterse a las extracciones sanguíneas oportunas, no pudo llevarse a efecto; todo ello, previa designación de un defensor judicial que asuma la representación de la menor. (I. D.-L.)

**64. Filiación no matrimonial: reclamación de paternidad: prueba por indicios: negativa a pruebas biológicas: doctrina constitucional.**—El derogado artículo 127 CC, recogido ahora en el artículo 767.1 LEC 2000, en modo alguno da normas de valoración de las pruebas o del no sometimiento a las biológicas; en el presente caso el demandado debió someterse a ellas cuando fueron reiteradamente ordenadas judicialmente, hasta cuatro veces, para despejar las dudas sobre su paternidad a que daban lugar las demás pruebas. Como dijo la STC de 17 enero de 1994, precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad; en estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial, y desde la perspectiva de los artículos 24.1 y 39 CE no es lícito que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable de la decisión judicial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación. (STS de 30 de junio de 2004; no ha lugar.) (G. G. C.)

**65. Filiación no matrimonial. Negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas: valor probatorio especialmente valioso. Acreditación de la filiación por la existencia de otras pruebas complementarias practicadas en el proceso.**—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 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 debe soportarlas, ni pueden considerarse degradantes, ni contrarias a la dignidad de la persona (STS de 1 y 11 de octubre de 1999, 29 de marzo, 30 y 24 de mayo de 2000, 3 de noviembre y 27 de diciembre de 2001, y 17 de julio de 2002).

**Posibilidad de practicar la prueba biológica en caso de prefallecimiento del progenitor a sus causahabientes o hijos.**—La negativa de los causahabientes o hijos a someterse a esta prueba equivaldría a un cierre del principal instrumento probatorio, con lo que quedaría indefenso el actor. Además, provocaría 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 cierre o imposibilidad de averiguar la verdad biológica. Por último, estas personas han de colaborar con la justicia en pos del objetivo acreditativo de progenie. (STS de 2 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora reclamó la paternidad extramatrimonial con respecto a don J. M. G. O. fallecido durante el procedimiento. Numerosos testigos declararon que la actora era hija del demandado, entre ellos un párroco que manifestó que recibía mensualmente un sobre del demandado que hacía llegar a la madre de la actora. No se pudo contar con la prueba biológica: en el caso del demandado la enfermedad que padecía impidió su realización y en el caso de sus herederos por incomparecencia de éstos a su práctica. El Juzgado estimó la demanda, la Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia y el Tribunal Supremo no acogió el recurso de casación interpuesto por los hijos del demandado. (I. D.-L.)

**66. Filiación no matrimonial. Negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas: valor probatorio especialmente valioso. Acreditación de la filiación por la existencia de otras pruebas complementarias practicadas en el proceso.**—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 debe soportarlas, ni pueden considerarse degradantes, ni contrarias a la dignidad de la persona. (STS de 7 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La madre de dos menores reclamó la paternidad extramatrimonial del demandado en relación con sus dos hijos. Quedó acreditada la existencia de relaciones sentimentales entre ambas partes, actora y demandado, y la convivencia mantenida por los mismos, de la que se infirieron relaciones sexuales en la época de la concepción de ambos menores. También, el demandado, que en principio mostró su conformidad a la práctica de la prueba biológica, a lo largo del proceso puso de manifiesto su afán obstruccionista a la misma, lo que impidió que pudiera practicarse. El juzgado estimó la demanda, la Audiencia confirmó la sentencia de instancia

y el Tribunal Supremo no acogió el recurso de casación interpuesto por el demandado. (*I. D.-L.*)

**67. Filiación matrimonial. Investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas y derecho a la intimidad.**—El derecho a la intimidad no se vulnera cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas, como en el caso de investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación (AATC 103/1990 y 221/1990), y porque en los supuestos de filiación prevalece el interés social y el orden público y porque entra también en juego en ellos los derechos de alimentos y sucesorios.

**La tutela constitucional del derecho a investigar la filiación no ampara la negativa a someterse a la misma.**—El negarse a la prueba biológica conculca el deber que impone la Constitución a todos de velar por sus hijos menores, sean procreados dentro o fuera del matrimonio. El artículo 18.1 CE puede imponer la investigación de la filiación y no justifica la negativa (STC 7/1994, de 12 de enero).

**Negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas: valor probatorio especialmente valioso.**—La negativa a la realización de las pruebas biológicas no tiene por sí misma un valor probatorio de *facta confessio* de paternidad, sino un indicio razonable en conjunción con otras pruebas de las que se infiera la existencia de relaciones sexuales en la época de la concepción (SSTS de 25 de octubre de 1996 y 19 de mayo de 1997).

Según el Tribunal Constitucional, cuando un órgano jurisdiccional, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad, negada por quien no posibilitó la práctica de tal prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación permitido por el artículo 135 *in fine* CC y así se ha recogido por las SS de 12 y 14 de noviembre de 1987 que ya acuden a las pruebas indirectas (STC 7/1994, de 17 de enero). (**STS de 29 de junio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—La madre de un menor demandó a don F. L. S. para que se declarara al niño hijo del demandado. Las partes habían tenido una relación sentimental de dos años y durante ese período de tiempo se produjo la concepción del hijo de la actora. A esta circunstancia se unió la ambigua confesión del demandado, las declaraciones testimoniales y la injustificada negativa de don F. L. S. a someterse a la prueba biológica. Todo ello produjo que el Juzgado estimase la demanda y que la sentencia de primera instancia fuese confirmada por la Audiencia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—El artículo 135 CC fue derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Las pautas legales al derogado artículo 135 CC se integran en el artículo 767.3 LEC. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial concerniente al precepto derogado podrá ser utilizada en el futuro desde su posicionamiento en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (*I. D.-L.*)

**68. Filiación no matrimonial: pruebas indirectas.**—La doctrina jurisprudencial sentada, entre otras por SSTS de 5 abril de 1990 y 26 de septiem-

bre de 1998, a falta de pruebas directas autoriza a acudir a las pruebas indirectas a que se refieren los artículos 135 y 127 CC, lo cual no supone infracción alguna de tales preceptos sino correcta acomodación a los mismos, independientemente de que la valoración de esos distintos medios probatorios se adecue, o no, a las normas reguladoras de las mismas.

**Prueba biológica imposible de realizar.**—El Instituto de Medicina Legal no establece, como conclusión de las pruebas realizadas, la exclusión de la paternidad del presunto padre respecto de la actora que, de ser así, tendría un grado de fiabilidad absoluto, sino que lo que sienta es la imposibilidad de llegar a una conclusión, afirmativa o negativa, acerca de la paternidad reclamada debido a la mala calidad del material genético obtenido de los restos óseos que le fueron entregados; por lo tanto, estamos ante un supuesto de falta de la prueba directa biológica y no ante una prueba biológica que haya dado un resultado negativo.

**Usufructo vidual del cónyuge separado por sentencia.**—El decreto de separación conyugal dictado por el Obispado de Lausana, Ginebra y Friburgo, inscrito en el Registro Civil de Ortigueira, no contiene declaración alguna sobre culpa de los cónyuges en la causa de separación, por lo que es correcta la aplicación por el Tribunal de instancia del artículo 834 CC que sólo reconoce al cónyuge separado el derecho de usufructo sobre el tercio de mejora, concurriendo con hijos o descendientes del difunto, cuando estuvieren separados por culpa del difunto, culpa que ha de estar declarada en la sentencia de separación, y que en este caso no consta. (STS de 24 de febrero de 2005; no ha lugar.) (G. G. C.)

**69. Filiación no matrimonial: acción ejercitada por la hija contra la viuda del presunto padre: extinción por muerte de los derechos de la personalidad: colisión entre el derecho a la intimidad familiar proyectado sobre el cadáver del marido y el derecho a no sufrir indefensión en el ejercicio de la acción de reclamación de filiación: prueba biológica correctamente acordada.**—Como declaró la STC de 2 diciembre de 1988, muerta la persona y extinguida su personalidad desaparece el derecho a la intimidad personal del difunto. Ello no impide que el cónyuge viudo sea titular del derecho a la intimidad familiar referido o proyectado sobre el cadáver de su marido, por lo cual se produce una colisión de derechos que debe resolverse tomando en consideración que el derecho a la intimidad no puede convertirse en una consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares (STS de 17 enero de 1994 y Auto del Tribunal Constitucional de 9 marzo de 1990). En consecuencia la negativa de la viuda a la exhumación de los restos de su marido para la práctica de la prueba del ADN no estaba justificada, pues había indicios serios de la conducta atribuida al difunto y la prueba había sido admitida como pertinente. Por ello la prueba fue correctamente admitida y practicada.

**Acumulación de acciones de filiación y sucesorias.**—En el presente caso se ejercitaron las acciones de reclamación de una filiación no matrimonial, de impugnación de una filiación contradictoria determinada legalmente como matrimonial, y de declaración de heredera abintestato de su verdadero padre, y todas ellas pueden acumularse según SSTs de 6 noviembre de 1998 y 23 octubre de 1990, pues existe un nexo por razón de la causa de pedir suficiente para justificar el ejercicio acumulado. (STS de 2 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora nació en 1959 de las relaciones extramatrimoniales mantenidas entre don J. y doña M.<sup>a</sup> J. En 1961 cada uno de los progenitores contrae matrimonio con tercera persona. Siendo legitimada la hija por subsiguiente matrimonio respecto del varón que casó con la madre, que previamente la había reconocido. En 1988 fallece sin hijos don J. y se declaran herederas abintestato dos hermanas suyas con el usufructo a favor de la viuda. La acción de investigación de la paternidad tan tardíamente ejercitada tiene una indudable finalidad hereditaria, siendo estimada en ambas instancias. El recurso de casación ejercitado por la viuda plantea la interesante colisión de derechos que el Tribunal Supremo resuelve a favor de la hija.

NOTA.—Adviértase que de haberse invocado y aceptado por el Tribunal Supremo la sugestiva teoría de la protección de los derechos de la personalidad pretérita (cfr. Lacruz, *Derechos de sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1961, pp. 123 ss.) el resultado hubiera sido idéntico al aquí obtenido. Obsérvese que se está incrementando el número de acciones de filiación ejercitadas *post-mortem* del progenitor, lo que puede originar situaciones conflictivas como la aquí descrita (viuda del presunto padre no matrimonial que se opone a la exhumación). (G. G. C.)

**70. Filiación no matrimonial: aplicación retroactiva cuando el supuesto padre fallece en 1977: Disposición Transitoria séptima de Ley 1981: doctrina constitucional.**—Alienta, sin duda, tras la Disposición Transitoria séptima de la Ley de 1981 el deseo de conseguir seguridad jurídica respecto de situaciones personales inciertas con posible trascendencia económica, una vez que muera cualquiera de quienes con mayor legitimidad están directamente interesados en el esclarecimiento de aquéllas. Mas en tema relativo al estado de las personas debe ponderarse el alcance de la expresada norma en función de derechos fundamentales de la máxima importancia cual es el derecho a la igualdad en los casos y situaciones que reconoce el artículo 14 CE, a la luz de la STC de 20 diciembre de 1982 que declara inconstitucional el artículo 137 CC en su redacción anterior por cuanto establecía discriminaciones por razón de nacimiento contrarias a la igualdad en relación con las acciones de filiación, doctrina que obliga a que deba entenderse derogada por anticonstitucional cualesquiera discriminación contraria. Es verdad que con criterios meramente legales la Disposición Transitoria 7.<sup>a</sup> se configura como una excepción a la retroactividad, pero también examinada la legalidad desde una interpretación constitucional no se puede prescindir de las exigencias que dimanarían del artículo 14 CE y, por ello, debe entenderse que la remisión que establece la Disposición Transitoria de referencia a la legislación anterior opera en relación con aquellas normas del Derecho preconstitucional que no estuvieran derogadas por la norma suprema, de fecha anterior a la reforma de la materia de filiación. En definitiva, ejercitadas las acciones de reclamación de la paternidad no matrimonial e impugnación de la matrimonial, vigente la Constitución Española y ya promulgada la Ley de 1981, no se pueden aplicar al caso normas o prohibiciones normativas tales como las referentes a plazos de caducidad de las acciones o denegar las acciones para la determinación de la filiación o imponer restricciones a la

legitimación que impliquen un trato diferencial no justificado en perjuicio de los hijos no matrimoniales.

**Prueba biológica practicada según prescripciones legales.**—No se puede acordar la nulidad de todo lo actuado en la primera instancia a partir del auto en el que se admite la prueba pericial biológica mediante objetos o piezas de convicción del presunto padre y con muestras de saliva de las presuntas hijas y madre de éstas, sin la intervención ni cooperación de la parte demandada, por no ser contraria a derechos fundamentales y haber sido acordada correctamente. Por otra parte el Juez de instancia prescindió del resultado de aquélla para llegar a la conclusión judicial de la declaración de paternidad con base en el artículo 135 CC, derogado por LEC 2000 y sustituido por el artículo 767.3 de ésta. (STS de 7 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El presunto padre (F.) falleció en 1977, en estado de casado con doña M.), y en 1996 doña M. y doña S. reclaman contra la viuda de aquél que se declare la paternidad no matrimonial en su favor, obteniendo sentencia favorable en ambas instancias. El recurso de casación se basa en dos argumentos; por un lado en la nulidad de la prueba biológica acordada y practicada con oposición de la viuda, consistente en analizar objetos o piezas de convicción del presunto padre (no se especifican cuáles) en relación con muestras de saliva de las presuntas hijas y madre de éstas, y por otro en la interpretación que debe darse a la Disposición Transitoria 7.<sup>a</sup> de la Ley de 1981. El primero ofrece escaso interés, porque, en definitiva, los Tribunales de instancia deciden con base en el artículo 135 CC sin referencia a la base biológica, mientras que al resolver el segundo se sienta una doctrina innovadora. En todo caso, la prueba del ADN está siendo tratada por los Tribunales con similares criterios a las pruebas biológicas (cfr. M.<sup>a</sup> C. Q. G. *La prueba del ADN en los procesos de filiación*, ADC 2005, p. 493 ss. esp. pp. 519 ss.).

Debe advertirse que el texto completo de la sentencia que manejo deja sin aclarar la personalidad de una de las demandadas (I. D. G.) cuyo parentesco con los directamente interesados no queda claro (¿madre biológica de las actoras, que se opondría eventualmente a la demanda? ¿hijo matrimonial del presunto padre, lo que parece más lógico y probable?) La cuestión empero no afecta a la doctrina.

NOTA.—La Disposición Transitoria 7.<sup>a</sup> de la Ley 1981 dice literalmente: *Las acciones de filiación se regirán exclusivamente por la legislación anterior cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubiere fallecido al entrar en vigor la presente Ley. Prima facie* esta norma constituye una excepción a la regla de la retroactividad establecida en la 1.<sup>a</sup> de las Disposiciones Transitorias. Pero los primeros comentaristas alertaron de la prudencia que había que tener al interpretar el régimen transitorio especial de aquella ley (así, De la Cámara Álvarez, *Comentarios Albaladejo*, III-1.º, Madrid, 1984, pp. 976 ss.). Prudencia en la que, acaso, se excedió la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo (véase el puntual seguimiento de su inicial jurisprudencia por parte de Serrano García, *El derecho transitorio de la filiación en la jurisprudencia*, ADC 1986, pp. 1280 ss.) hasta la conocida STC de 20 diciembre de 1982 que imprimió un giro copernicano a la jurisprudencia de dicha Sala, cuyo punto final

parece no obstante alejarse en el horizonte con la doctrina ahora extractada. El Presidente de la sentencia extractada ha sido Sierra Gil de la Cuesta y parece que la doctrina que sienta al final del 2.º FD deberá aplicarse a las restantes remisiones que aparecen entre las disposiciones transitorias de la referida ley; entre ellas la 8.ª, según la cual las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta ley se regirán por la legislación anterior. En el presente caso, aunque las operaciones particionales de la herencia del padre no matrimonial, fallecido en 1977, estén hace años liquidadas, habrá que revisarlas por haber incurrido en preterición respecto de las dos actoras, y ello después de más de un cuarto de siglo de abierta la sucesión (ello contra el inicial criterio de la STC de 1 junio de 1981). Cabe desear que la doctrina civilista profundice en el estudio del régimen transitorio de la Ley de 1981 tal como resulta interpretado ahora por el Tribunal Supremo, para calibrar sus –en apariencia, desmesuradas– consecuencias. (G. G. C.)

#### **71. Acción de reclamación de filiación para los hijos ilegítimos.–**

Sólo se estima constitucional una interpretación de la Ley que conduzca a establecer que los llamados con notoria discriminación en el Código civil «hijos ilegítimos» tienen acción para reclamar su verdadera filiación durante toda su vida, como ocurre con la «acción que para reclamar su legitimidad compete a los hijos legítimos», conforme al artículo 118 CC, en su versión legal precedente (STS de 17 de marzo de 1995).

**Preterición intencional. Efectos. Intangibilidad cuantitativa de la legítima.**–La doctrina que sigue la STS de 9 de julio de 2002 determina que se ha dado preterición, regulada por el artículo 814 CC, que fue reformado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, cuya Disposición Transitoria 8.ª dispone que la nueva legislación se aplica a las sucesiones que se abran después de entrar en vigor. Se da exactamente el concepto de preterición intencional: omisión de los legitimarios en el testamento, sabiendo que existen y que no han recibido nada en concepto de legítima. El efecto lo declara, como principio, el artículo 814: la preterición de un heredero forzoso (legitimario) no perjudica a la legítima. Con esta doctrina, el Tribunal Supremo considera inadmisibles los motivos formulados por los recurrentes, pues olvidan que, en el caso presente no hay concurrencia de la demandante (heredera forzosa, legitimaria) con otros legitimarios, como se desprende de la relación de hechos. De tal manera que, siendo el único heredero forzoso la actora, la legítima que le corresponde es la señalada por la sentencia que se recurre: las dos terceras partes del haber hereditario, según lo previsto en el artículo 808, en relación con el artículo 823, ambos del CC. (STS de 7 de octubre de 2004; no ha lugar.)

**HECHOS.**–Doña M.ª I. ejerció acción de reclamación de paternidad no matrimonial, por la que se interesaba que se declarase que era hija no matrimonial de don L. M. (fallecido en 1953) y que se declarase, en consecuencia, la nulidad de las disposiciones de contenido patrimonial del testamento otorgado el día 1 de octubre de 1991 por doña C. (madre de don L. M., y, por lo tanto, abuela de la actora, viuda desde 1972), y, una vez declarada la nulidad, se abriera la sucesión intestada en que se declarara heredera de ésta,

la reintegración del patrimonio recibido por los demandados y las cancelaciones y anotaciones registrales oportunas.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, al declarar la paternidad no matrimonial de don L. M., respecto a la actora, pero desestima la pretensión de que se declare nulo el testamento otorgado el día 11 de octubre de 1991, declarando a la actora heredera forzosa de doña C. de la legítima estricta.

La demandante interpone recurso de apelación, que fue estimado parcialmente, al declarar que hubo preterición intencionada de heredero forzoso en el testamento referido y confirmando la validez de la institución de herederos y el legado de cantidad en él establecidos, señala el derecho de la actora a percibir dos tercios del haber hereditario, incluyendo el importe de la donaciones en vida. Los demandados personados interponen recurso de casación ante el Tribunal Supremo. (S. M. S.)

**72. Filiación no matrimonial: desestimación de la acción ejercitada por nieto del supuesto progenitor con base en posesión de estado: falta de prueba: artículo 131 CC.**—La acción se basa en el artículo 131, norma *ex novo*, apenas sin correspondencia en el Derecho comparado, que legitima a terceros portadores de un interés legítimo para pedir se declare una filiación determinada por la constante posesión de estado. Como resulta de una interpretación sistemática, el régimen de las acciones de reclamación de la filiación diferencia entre las acciones que corresponden a los presuntos hijos o presuntos progenitores (arts. 132, 133 y 134 CC) y las que se atribuyen a otras personas; respecto de los primeros, y salvo el supuesto de sucesión del artículo 132.2.º, la acción de reclamación es intransmisible *mortis causa*: en cuanto a los terceros, el artículo 131 atiende a la concurrencia conjunta de dos requisitos o elementos constitutivos, a saber, el interés legítimo y la posesión de estado. En el presente caso la desestimación de la demanda se basa en la inexistencia de la posesión, cuya inexactitud no ha sido impugnada en sede casacional y que resulta ajustada tanto al antiguo régimen de la filiación como el actualmente vigente, habiéndose dictado la sentencia en un correcto entendimiento de la doctrina jurisprudencial.

**Relación abuelo-nieto: depende de la determinación legal o judicial del grado intermedio de parentesco.**—La supuesta *declaración de abuelidad* no puede basarse en el artículo 92 de la Ley del Registro Civil, cuyo párrafo 1.º sólo establece que las inscripciones sólo pueden rectificarse por sentencia firme recaída en juicio ordinario, puede interpretarse en el sentido de que instituye una acción para declarar la relación parental abuelo-nieto, y que esa relación sea objeto de inscripción registral. Como dice la sentencia recurrida nuestro ordenamiento no reconoce esa clase de acción, ya que la relación parental abuelo-nieto depende inexorablemente de la determinación legal o judicial del grado intermedio; en consecuencia, no reconocida la filiación paterna reclamada deviene imposible el reconocimiento de aquel vínculo parental.

**Denegación de la prueba biológica en primera instancia: su planteamiento en casación es cuestión nueva.**—En primera instancia se inadmitió la prueba biológica en una muy detallada motivación que, lejos de ser arbitraria, traduce una correcta interpretación y aplicación al caso de los requisitos de admisibilidad de esta prueba por su directa relación con la cuestión de la

legitimación de la parte actora, tema previo y condicionante de las acciones de filiación; en efecto, desestimada la demanda por falta de legitimación la más elemental prudencia aconsejaba no anticipar una prueba que devendría inútil y aun perturbadora si se ratificaba el fallo apelado, máxime si al Tribunal le quedaba la posibilidad de ordenarla para mejor proveer. Por otra parte, en apelación no se reiteró la petición de aquella práctica, por lo que cabría entender que en casación se plantea una cuestión nueva.

**Confesión de la esposa del presunto padre: prueba de imposible cumplimiento.**—Consta en autos un informe médico, no impugnado por la parte recurrente, que acreditó de imposible realización la prueba de confesión, dada su edad de 94 años, con síntomas evidentes de un serio deterioro mental que afectaba a la memoria de los hechos pasados y a su orientación tempo-espacial, lo que hacía inviable la imposibilidad de que recordase hechos tan lejanos en el tiempo y de los que no podría tener noticia dado que habían ocurrido antes de su matrimonio con el presunto padre. (STS de 16 de marzo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora (R.) pretende que durante los años veinte del pasado siglo habían mantenido una relación sentimental sus supuestos abuelos V. y M.<sup>a</sup> J., cuando esta última trabajaba como doméstica en la casa del primero, de la cual nació el padre de la actora (J. A.) ya fallecido, el cual no fue reconocido por su progenitor, pero sí disfrutó de la posesión de estado de hijo no matrimonial por parte de V. y su familia. La demanda se dirige contra la viuda de V. y es contestada por una docena de parientes de este último; se desestima en ambas instancias (salvo en cuanto a las costas en apelación). El recurso de casación es rechazado en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado señor Sierra Gil de la Cuesta.

NOTA.—Hasta hace poco los procesos de filiación se resolvían de modo expeditivo acudiendo a las pruebas hematológicas practicadas en el laboratorio, pero últimamente hay que acudir previamente al cementerio para exhumar restos de los presuntos progenitores y practicar la prueba del ADN (*¿quid* si se practicó la cremación y las cenizas no se han conservado con garantías?). El presunto abuelo de la actora había fallecido en 1971 y la acción ejercitada por la presunta nieta se basa en el actual artículo 131 CC, lo que nos situaría en el difícil tema de la aplicación retroactiva de la Ley de 1981 y de sus nada claras disposiciones transitorias. (Ver anotaciones a la STS de 7 de julio de 2004, en este fascículo del ADC). La desestimación de esa singular acción ejercitada por la presunta nieta se basa fundamentalmente en la falta de prueba de la posesión de estado invocada. Sorprende las llamadas a la prudencia a la hora de acordar por el Juzgado de Primera Instancia la prueba biológica sobre los restos; lo cierto es que en este caso tal petición de prueba no se repitió en apelación. Parece que las reiteradas invocaciones al orden público en materia de acciones de filiación tampoco han tenido aquí lugar. Probablemente ello se debe a que tanto el presunto progenitor como su hijo habían fallecido al tiempo de interponerse la demanda. (G. G. C.)

**73. Pensión de alimentos a favor de un mayor de edad: improcedencia cuando puede ejercer un oficio, profesión o industria.**—El Tribunal

Supremo afirma que para poder ser beneficiario de una pensión de alimentos se deben cumplir ciertos requisitos. El sujeto que los reclama (alimentista) debe encontrarse en situación de necesidad, es decir desasistido de «sustento diario, alojamiento, vestido y asistencia médica». La Sala Primera del Tribunal Supremo enuncia que dicha necesidad no existe cuando el alimentista puede ejercer un oficio, profesión o industria por no encontrarse en una situación de incapacidad total o parcial para realizar trabajos retribuidos ya sean de tipo manual o intelectual.

**Paternidad. Negativa a practicar las pruebas biológicas.**—El Tribunal Supremo expone que no se puede declarar la condición de padre biológico de un sujeto únicamente por su negativa a realizar las correspondientes pruebas biológicas, se debe relacionar con los restantes elementos probatorios. (STS de 30 de junio de 2004; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Doña M. B. G., don A. B. G. y don I. B. G. interponen demanda de juicio declarativo de menor cuantía ejercitando acción de reclamación de filiación no matrimonial contra don E. F. G. y solicitando se establezca pensión de alimentos a favor del menor de los hermanos de 25 años de edad. La parte demandada, don E. F. G. se opone negando su paternidad y manifestando la improcedencia del establecimiento de una pensión alimenticia.

El Juzgado de Primera Instancia declara la filiación extramatrimonial de los hijos y establece a favor del menor de ellos una pensión de alimentos por cuantía de 75.000 pesetas mensuales.

La parte demandante recurre en apelación. La Audiencia Provincial confirma la filiación declarada por el Juzgado de Primera Instancia pero estima el recurso en el sentido de reducir la pensión de alimentos a la cuantía de 40.000 pesetas mensuales.

La parte demandada recurre en casación. El Tribunal Supremo estima parcialmente sus pedimentos considerando que el hijo no debe ser beneficiario de una pensión de alimentos, pero confirma la declaración de paternidad teniendo en cuenta los elementos probatorios y la negativa del demandante a efectuar las pruebas biológicas correspondientes. (A. V. G.)

**74. Guarda y custodia. Obligación de audiencia del menor con posterioridad al fallo emitido por el Tribunal Supremo.**—La Sala Primera del Tribunal Supremo fundamenta la audiencia de una menor, en un procedimiento contencioso de guarda y custodia, sobre la base del contenido del artículo 9.3 de la Ley del Menor, en la edad suficiente de la misma (12 años) y a la vista de las determinaciones procesales que establecen los artículos 770.6.º, 774 y especialmente el artículo 775 LEC. (STS de 14 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras la ruptura de la pareja de hecho, tanto don M. B. I. como doña M. G. E. interponen demanda de menor cuantía sobre guarda y custodia de la hija común ante diferentes partidos judiciales. Acumulados finalmente los procesos en el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Barcelona éste resuelve atribuyendo a don M. B. I. la guarda y custodia de la hija común. Doña M. G. E. interpone recurso de apelación y la Audiencia revo-

ca la sentencia estableciendo que la madre ejercerá la guarda y custodia. Don M. B. I. recurre en casación. El Tribunal Supremo atribuye la guarda y custodia de la menor a la madre al considerar que la resolución de la Audiencia Provincial era conforme a Derecho y al interés general de la misma. A pesar de su fallo, emplaza al Ministerio Fiscal para que oiga a la menor en audiencia ante el Juzgado de Primera Instancia que conoció de los autos y en caso de que lo considere oportuno solicite la modificación de la medida de guarda y custodia. (A. V. G.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**75. Imposibilidad de rescindir una partición judicial fijada por sentencia firme.**—El Tribunal Supremo no considera rescindible una partición judicial realizada por sentencia que ha llegado a ser firme. Las causas aducidas son las siguientes: 1) Si bien es cierto que los artículos 1074 y 1075 CC no excluyen la rescisión por lesión de las particiones realizadas por el Juez también es cierto que tales artículos no pueden aplicarse a supuestos en los que existan resoluciones judiciales firmes. 2) El artículo 1073 CC equipara las particiones a las obligaciones, por lo que, en ambos casos, una vez han sido fijadas por una resolución judicial sólo pueden rescindirarse conforme al sistema de recursos procedentes en vía judicial. Si la resolución es firme, no cabrá por tanto rescisión.

**Requisitos de la «cosa juzgada». Inexistencia.**—Para poder apreciar la existencia de «cosa juzgada» es necesario identidad en: 1) el objeto de la discusión, 2) las causas de pedir y 3) las personas intervinientes. Una vez realizada la partición por resolución judicial firme no cabe iniciar un nuevo proceso, por el hecho de que la valoración de los bienes se realizó a la fecha del fallecimiento del causante en vez de realizarse tomando el valor que aquéllos tenían en el momento de la partición. (STS de 24 de febrero de 2005; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Tras el fallecimiento intestado de don E. S. H., el Juzgado de Primera Instancia de Navalcarnero declara herederos abintestato del mismo a sus padres don J. S. G. y doña A. H. S. con reserva de la cuota legal usufructuaria a favor del cónyuge superviviente doña T. H. G. Los padres del causante promovieron juicio universal de testamentaría en el que se realizó el inventario y las operaciones divisorias pertinentes. Al resultante cuaderno particional mostraron su conformidad todos los herederos pero se opuso al mismo la viuda del causante. La falta de acuerdo en este sentido, llevó al Juez a dar por concluido el acto, acordando la tramitación del asunto por los cauces del juicio ordinario de menor cuantía.

Interpuesta demanda por los padres herederos y formulada reconvencción por la viuda, el Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente ambas y declaró realizadas la liquidación de la sociedad de gananciales y las operaciones particionales con las adjudicaciones correspondientes. La Audiencia Provincial confirmó la sen-

tencia de instancia y llegó a ser firme. Comoquiera que la madre y hermanas del fallecido estaban en desacuerdo con la partición realizada en las anteriores resoluciones, presentaron nuevamente una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia ejercitando la acción de rescisión por lesión de la partición realizada. El Juez estimó la demanda y rescindió la partición de la herencia. Recurrida en apelación la sentencia, el Tribunal provincial la revocó por estimar la excepción de «cosa juzgada». Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo, confirmando la sentencia de la Audiencia. (*J. D. S. C.*)

## DERECHO MERCANTIL

**76. Competencia desleal. Promoción comercial de libros de texto por grandes superficies comerciales: admisibilidad.**—No se ha producido el supuesto primero del número 2.º del artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal, en el sentido de que los hechos recogidos en la sentencia impliquen que se induzca o pueda inducir al consumidor a error acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento. Y si esto es así procede relacionar lo expuesto con la disposición del número 1.º del mismo artículo, referido a obsequios, primas y supuestos análogos, cuando dispone: que la entrega de obsequios con fines publicitarios y prácticas comerciales análogas se reputarán desleales cuando, por las circunstancias en que se realicen, pongan al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal. Pero, la oferta realizada en ningún caso puede inducir al consumidor a error acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento; y por otra, tampoco coloca al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal. (**STS de 16 de diciembre de 2004**; ha lugar.)

HECHOS.—La *Confederación Española de Gremios y Asociaciones de Libreros* (CEGAL) formuló demanda contra las entidades *Hipermercados Alcampo, S. A.*, y *Centros Comerciales Continente, S. A.*, en la que solicitaba la declaración de deslealtad de las ventas de libros de texto efectuadas por las demandadas con ocasión del curso escolar 1994/1995 y la prohibición de la comisión de tales prácticas en el futuro. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número siete de Madrid desestimó la demanda. Recurrida en apelación la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el mismo, por lo que declaró la deslealtad de las ventas de libros de texto realizadas por las demandadas en las que incluían descuentos indirectos del 20 y del 25 por 100, respectivamente. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D.-L.*)

**77. Ausencia de responsabilidad civil por el traslado interprovincial de cadáveres. Actuación ilícita inexistente.**—La pretensión de subsumir los servicios de realización de labores de conducción de personas residentes

fuera del término municipal, que, por razón de la distribución de los servicios sanitarios, fallecen en hospitales radicados en la capital de la provincia, desde los citados centros sanitarios hasta los lugares de su residencia para proceder a su enterramiento, en el monopolio conferido al Ayuntamiento, en base a la previa municipalización del servicio funerario operada, supone un desbordamiento de las previsiones legales en materia competencial de los municipios, en la medida en que la municipalización y ulterior explotación del servicio en régimen de monopolio se opera en beneficio de personas no residentes en el término municipal y para la realización de un servicio que tiene lugar fuera de los lindes del propio municipio [FJ 2.º, STS de 26 de octubre de 2004 (RJ 2004/6649)]. Por ello, no puede considerarse ilícita la realización de los servicios funerarios señalados (FJ 3.º, STS de 26 de octubre de 2004 (RJ 2004/6649)). Tampoco es posible entender que ha existido responsabilidad civil mientras no se dilucide con claridad el problema de la titularidad administrativa en los traslados de cadáveres fuera del municipio, que por su complejidad excede de las posibilidades de conocimiento como cuestión prejudicial de la cuestión administrativa al amparo del artículo 10.1 LOPJ. Aspectos como la validez, nulidad o revocación de licencias bajo las que las empresas operan, la extensión en cuanto al territorio, las condiciones de prestación del servicio impuestas por el Ayuntamiento, son cuestiones administrativas cuyo esclarecimiento compete a la jurisdicción contencioso-administrativa [FJ único, STS de 14 de noviembre de 2002 (RJ 2002/9760); FJ 3.º, STS de 9 de marzo de 2005].

**Falta de competencia desleal.**—La actividad comercial consistente en prestaciones de servicios de preparación y enfermetamiento de cadáveres recogidos en el término municipal para su traslado a otras localidades no puede ser tachada de desleal si los traslados han sido efectuados mediante las oportunas autorizaciones legales, otorgadas por el organismo competente. En principio es lícito que se permita actuar a quienes poseen licencia de otros municipios, ya que ello facilita la libre competencia, siempre que se cumplan las disposiciones sanitarias y las exigencias de policía mortuoria [FJ 3.º, STS de 20 mayo de 1996 (RJ 1996/3794)]. A ello se añade que, no debiéndose fraccionar el régimen del servicio prestado, ha de entenderse que efectivamente no pueden incluirse en el régimen de monopolio que establece el Reglamento Municipal las actividades preparatorias del cadáver, salvo que se trate de utilizar instalaciones municipales como el tanatorio [FJ 2.º STS de 25 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8092)]. (STS de 9 de marzo de 2005; ha lugar.)

**HECHOS.**—La parte actora interpone demanda solicitando el resarcimiento de los daños y perjuicios que le han sido ocasionados como consecuencia de la irregular ejecución de su actividad por parte de los demandados, al proceder al traslado de cadáveres violando la concesión exclusiva que ostenta la parte actora de los servicios de pompas fúnebres, traslado y conducción de cadáveres. Las partes demandadas contestaron, oponiéndose a la demanda, y suplicando se dictara sentencia desestimatoria. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, entendiendo que el monopolio no significa exclusión de terceros para el transporte de cadáveres de personas fallecidas en el término municipal que deban ser inhumadas en cementerios de otros municipios. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima parcialmente, al

considerar que el monopolio de la parte demandante alcanza al traslado de cadáveres dentro y fuera del término municipal, incurriendo así las empresas demandadas en responsabilidad al efectuar algunos de sus traslados. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto. (L. Z. G.)

**78. Propiedad industrial. Modelo de utilidad: concepto.**—Los modelos de utilidad suponen especie de invención en la escala inferior o última en relación con la patente, caracterizado, en su entendimiento más comprensivo, tanto por esa subordinación en el producto del ingenio humano, como, sobre todo, por su carácter instrumental o servicial, esto es, algo que se alumbra al mercado para mejorar las técnicas de elaboración o simple tarea laboral en pos de la consecución de un producto que aflora al acervo de intercambio-uso o consumo, del que se deriva una ventaja respecto a los preexistentes en esas características definitorias y, a lo que alude la propia Exposición de Motivos de la Ley de Patentes cuando habla de su *novedad relativa y actividad inventiva menor que la de la patentes* y su artículo 143.

**Propiedad industrial. Modelo de utilidad: objeto de la protección.**—La protección que se concede al modelo de utilidad es, por razón de la forma en que se ejecuta y que da origen a un resultado industrial, recayendo en instrumentos, herramientas, dispositivos y objetos, o parte de los mismos, que aportan a la función a que son destinados un beneficio o efecto nuevo o una economía de tiempo o un mejoramiento en las condiciones higiénicas, o psicológicas del trabajo.

**Propiedad industrial. Modelo de utilidad: fundamento de la protección.**—La protección dispensada al modelo de utilidad no mira sólo a las características de la cosa o parte de ellas sobre la que recae y, por tanto, la concesión se ha de otorgar y protegerse si en la práctica se produce el nuevo efecto, la economía o el mejoramiento que la Ley contempla, como razón determinante de la protección registral.

**Propiedad industrial. Modelo de utilidad: requisitos.**—Los modelos de utilidad han de contar sustancialmente con los soportes siguientes: *por un lado*, la novedad a la cual se refieren los artículos 166, 171, 173 y 176 del Estatuto de la Propiedad Industrial (EPI) y 143.1 y 145 de la Ley de Patentes, en cuanto, efectivamente, surgen como consecuencia de una actividad de perfección inventiva, han de presentarse como nuevos, tanto en su forma externa como en la función a que vayan a ser destinados; *por otro*, que la novedad lograda genere utilidad, produciendo beneficios, ventajas técnicas o económicas o de cualquier tipo apreciables, evaluables y susceptibles por ello de aplicación industrial.

**Propiedad industrial. Modelo de utilidad: requisito de novedad.**—El requisito de la novedad, es que no puede considerarse como nuevo y, por tanto, protegible, lo que sea de dominio público pero sin que esta circunstancia suponga tampoco la imposibilidad de obtener nuevos modelos de utilidad que, aun basándose en otros anteriores, caducados o no, aporten ese beneficio, economía o mejoramiento a que se refiere el artículo 171 EPI (equiparable al 143.1 de la Ley de Patentes); en definitiva, es necesario que el modelo de utilidad, introduzca novedad o represente una evidente utilidad práctica respecto de los precedentes. (STS de 29 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Pequeño Material Eléctrico, S. A.*, interpuso contra *AEM, S. A.*, demanda solicitando la nulidad del modelo de utilidad de la demandada. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 1 de Valencia estimó en parte la demanda de la actora. Recurrida en apelación por *AEM, S. A.*, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D.-L.)

**79. Propiedad industrial. Marcas. Adquisición del derecho de exclusiva mediante registro.**—La Ley de Marcas 32/1988, de 10 de noviembre, en la actualidad sustituida por la Ley 17/2001, de 7 de diciembre (LM), optó por el sistema de adquisición de la titularidad mediante el registro. El derecho sobre la marca se adquiere por el registro válidamente efectuado de conformidad con las disposiciones de la presente Ley (art. 3.1 LM).

**Propiedad industrial. Marcas. Protección del uso extrarregistral: supuestos.**—Para obtener la concesión de la marca, es preciso el uso o la creación del signo (o adquisición derivativa), y que la Ley protege, en determinadas circunstancias y con concretas condiciones, el uso extrarregistral, como ocurre en los supuestos regulados en la Disposición Transitoria tercera, en el artículo 3.2 (marca anterior notoriamente conocida), y en el artículo 3.3 (reivindicación), que precisamente corresponden a hipótesis en que el perjudicado no es el titular registral; y así resulta del propio texto del precepto últimamente citado, que dice que si un registro de marca ha sido solicitado con fraude de los derechos de un tercero o con violación de una obligación legal o contractual (por lo tanto, no válidamente), la persona perjudicada podrá reivindicar la propiedad de la marca, siempre que ejercite la oportuna acción reivindicatoria con anterioridad a la fecha de la concesión o en el plazo máximo de cinco años desde la fecha de publicación de dicha concesión. (STS de 25 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. J. A. C. interpuso demanda contra J. M. F. A. y don J. C. G. G. integrantes de una comunidad de bienes solicitando se declare que los demandados han estado utilizando el signo gráfico en «V» registrado a favor del actor y se les condene a cesar en los actos de violación del derecho de marca y para evitar que continúe la violación del derecho de marca, se retiren del tráfico económico todo el material publicitario, comunicaciones, documentación y, en general, todos los instrumentos utilizados para el desarrollo de su actividad empresarial en los que aparezca el signo en «V» protegido por el derecho de marca registrado a favor del actor. Los demandados formularon reconvencción solicitando que se declare la mala fe del actor. El Juzgado de Primera Instancia número 8 de Valladolid dictó sentencia desestimando la demanda y estimando parcialmente la reconvencción. Recurrida en apelación por los actores, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid estimó parcialmente el recurso de los demandados y desestimó el planteado por el actor. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D.-L.)

**80. La acción de cesación de la Ley de Marcas.**—La acción de cesación prevista en la Ley de Marcas exige unos concretos requisitos, como son: a) Una violación del derecho de marca. b) La legitimación pasiva de las entidades. c) Un riesgo de repetición. Además, el Tribunal Supremo tiene declarado que, para el ejercicio exitoso de la acción de cesación, no es preciso que la marca afectada goce de la cualidad de notoriedad. Tampoco se exige un previo requerimiento, pues éste es sólo un requisito indispensable para poder esgrimir la acción de reclamación de daños y perjuicios o acción resarcitoria, pero no la acción de cesación. (STS de 3 de marzo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—*Chanel S. A.* interpone demanda contra *Undiscal, S. L.*, y *Creaciones Co. Design, S. L.*, en la que solicita que se declare que las demandadas han lesionado los derechos de *Chanel, S. A.*, como titular registral de unas marcas, mediante la fabricación (la segunda) y la comercialización (la primera) de zapatos distinguidos con signos similares a la marca gráfica referida (consistente en dos «C» entrecruzadas), y que se las condene al cese en la fabricación y exposición en sus escaparates de tales zapatos, y a retirarlos del tráfico económico. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda formulada contra *Undiscal*, absolviéndola, pero estima la demanda planteada frente a *Creaciones Co. Design*.

Tanto la entidad actora como la entidad condenada plantean recurso de apelación. La Audiencia Provincial estima el recurso de *Chanel* frente a *Undiscal* y declara que ha lesionado los derechos de la demandante. Por otro lado, desestima el recurso planteado por la entidad demandada y condenada en primera instancia.

Ambas demandadas plantean recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 3 y 37 de la Ley de Marcas, Ley 32/1988, de 10 de noviembre (entonces vigente). El Tribunal Supremo llega a la conclusión de que aquí se dan todos los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción de cesación, pues las diferencias gráficas entre ambos anagramas son tan nimias que inducen a efectiva confusión. (*S. L. M.*)

**81. Contratos mercantiles. Prescripción: interrupción por reclamación extrajudicial.**—El artículo 944 CCO no contempla expresamente la reclamación extrajudicial entre las causas de interrupción del plazo de prescripción de las acciones relativas a los contratos mercantiles. La jurisprudencia, en su función integradora del ordenamiento, ha considerado que, en este punto, el régimen de interrupción de las obligaciones contenido en el Código civil y el de Comercio es el mismo y ha atribuido tal eficacia a dicho tipo de reclamación en el ámbito de este último.

**Contrato de construcción de buque: carácter mercantil.**—El contrato de construcción de buque tiene naturaleza mercantil, como precisaron las SSTS de 10 de febrero de 1984 y 1 de diciembre de 1988, al encontrarse nominado en el Código de comercio (art. 2.2, en relación con los arts. 574 y 580.8.º, todos de dicho Código), por más que la inclusión no supere el límite de la simple mención.

**Contrato de construcción de buque. Prescripción de acciones: extensión.**—La inclusión de este contrato en el Código de comercio, determina la aplicación del artículo 952.1.º, en relación con los artículos 942 y 943, que

alcanza, además de al contrato de construcción de todo el buque, a aquel que tenga por objeto una reforma parcial del mismo.

**Contrato de construcción de buque. Prescripción de acciones: *dies a quo*.**—El día inicial del cómputo del plazo de prescripción, según el artículo 952.1.º CCO, es el de la conclusión de la obra, mediante la entrega del buque, ya que en ese momento, producida, con la insatisfacción del acreedor, la violación de su derecho, pudo ya el titular del mismo ejercitar la acción (*actioni nondum natae non praescribitur*). (STS de 20 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Naviera Pinillos, S. A.*, formuló demanda contra las entidades mercantiles *Astilleros Canarios, S. A.*, y *Amaya Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.*, en reclamación de ciertas cantidades derivadas de la indemnización por un contrato de ejecución de obra consistente en la transformación (alargamiento y ampliación de la capacidad de carga) de un buque. Igualmente las aseguradoras de *Naviera Pinillos, S. A.*, *Plus Ultra Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, S. A.*, y *Nacional Hispánica de Seguros y Reaseguros, S. A.*, reclamaron a los demandados el pago solidario de la cantidad que habían satisfecho a la asegurada. La parte demandada formuló reconvencción. El Juzgado de Primera Instancia número 43 de Madrid dictó sentencia estimando parcialmente la demanda de *Naviera Pinillos, S. A.*, estimó íntegramente la demanda de *Plus Ultra Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, S. A.*, y *Nacional Hispánica de Seguros y Reaseguros, S. A.*, y desestimó la reconvencción. Recurrida en apelación, la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso en lo relativo a la imposición de las costas de la primera instancia en relación con las acciones ejercitadas por las compañías de seguros *Plus Ultra* y *Nacional Hispánica de Seguros*, las que deberán imponerse a las demandadas, en todos los demás extremos fue confirmada la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D.-L.)

**82. Excepción a la limitación temporal de los contratos de compra en exclusiva (art. 12.2 del Reglamento comunitario 84/1983).**—La limitación temporal de diez años de los contratos de compra en exclusiva contenida en el artículo 12.1.c) del Reglamento comunitario 84/1983, encuentra una excepción en el artículo 12.2 del citado Reglamento comunitario al establecer que «no obstante lo dispuesto en la letra c) del apartado 1, cuando el acuerdo se refiera a una estación de servicio que el proveedor haya arrendado al revendedor o cuyo usufructo le haya concedido de hecho o de derecho, se le podrán imponer al revendedor las obligaciones de compra exclusiva y las prohibiciones de competencia contempladas en el presente título, durante todo el período durante el cual explote efectivamente la estación de servicio».

**Derecho comunitario: aplicación en España.**—El Tribunal Supremo afirma que el Derecho comunitario es de obligatoria aplicación como Derecho interno de España.

**Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: no es jurisprudencia a los efectos del artículo 1.6 CC.**—La Sala Primera del Tribunal Supremo afirma que las sentencias dictadas por el Tribunal

de Justicia de las Comunidades Europeas pueden tener un gran valor referencial, pero nunca pueden constituir jurisprudencia porque no emanan de la Sala Primera del Tribunal Supremo. (STS de 23 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El 4 de junio de 1992 la empresa *L'Andana, S. A.*, concedió el usufructo de una estación de servicio durante veinticinco años a la entidad mercantil *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S. A.*, a cambio de un canon de 9.000.000 de pesetas.

En la misma fecha, la entidad *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S. A.*, como titular del mencionado derecho de usufructo, celebra con la empresa *Estaciones de Servicio L'Andana, S. L.*, un contrato denominado como «contrato para la cesión de la explotación de estaciones de servicio, arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento», cuyo plazo de duración es de veinticinco años.

Las entidades mercantiles *L'Andana, S. A.*, y *Estaciones de Servicio L'Andana, S. L.*, interponen una demanda contra *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S. A.*, en la que solicitan que se declare la nulidad absoluta o inexistencia de los contratos que han celebrado las partes de este proceso judicial, por tratarse de un fraude de ley realizado mediante contratos simulados y contravenir diversas normas de la legislación comunitaria [entre otras, el art. 12.1.c) del Reglamento comunitario 84/1983, de 22 de junio], asimismo solicitan la cancelación en el Registro de la Propiedad de las inscripciones y anotaciones realizadas con ocasión de los citados contratos simulados.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que el Reglamento comunitario número 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva* conforme a lo establecido en su artículo 19 [en su redacción dada por el Reglamento comunitario núm. 1582/1997, de la Comisión, de 30 de julio, *por el que se modifican los Reglamentos (CEE) núm. 1983/83 y núm. 1984/83, relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, a determinadas categorías respectivamente de acuerdos de distribución exclusiva*] y de compra exclusiva] ha dejado de estar en vigor el 31 de diciembre de 1999. En la actualidad, debe tomarse en consideración el Reglamento comunitario núm. 2790/1999, de la Comisión, de 22 de diciembre, *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas* (M. J. P. G.)

**83. Contrato de agencia: diferencia con contrato de Taller de servicio.**—El artículo 1.º de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia dice, al respecto, que en dicho contrato, el agente se obliga a promover actos u operaciones de comercio y concluirlos por cuenta del principal,

mediando una remuneración, y sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de aquellas operaciones. El contrato entre las partes, no es de agencia, sino de *taller de servicio*, ya que el servidor sólo se obliga a prestar los de reparación y asistencia de la marca de que se trata, sin otorgársele ninguna exclusiva de venta de los vehículos, pues si de alguno lo ha hecho, ha sido en número muy escaso y en forma esporádica, y el contrato de servicios (arrendamiento específico de tal clase: art. 1544 CC) lo es por cuenta propia, y sin remuneración de la parte principal, aunque ésta le otorgue una exclusiva en ese aspecto.

**Contrato de agencia: improcedencia de transformación del contrato de taller de servicio.**—La relación, o continuación ligada en el tiempo, de este contrato de taller de servicio con los anteriores, que sí eran de agencia, y basada en la mera continuidad, no confiere, por el mero transcurso del tiempo en la tal continuación de la relación, una cualificación de contrato igual a los anteriores, agencia, pues, de acuerdo con el principio de la *autonomía de la voluntad*, y sin que en este caso se adivine o presuma *mala fe, fraude o negocio simulado*, aquéllos tenían una duración anual definida, con posible prórroga, que no los convierte en uno solo de duración indefinida, y en el último que se dio entre las partes, se varía el objeto con respecto a los anteriores, y ello no obliga a considerarlos uno solo y con esa duración. En suma, la sucesión de contratos no los convierta en uno solo, y que éste sea de duración indefinida, ni de agencia continuado, pues la voluntad de las partes fue celebrar cada año un contrato, con duración definida, y con posibilidad de resolución contractual para que no se produzca la prórroga tácita, y el de que se trata se resolvió por aplicación de su propio clausulado. (STS de 4 de noviembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—*Talleres TV, S. C. P.*, interpuso demanda contra la mercantil *Citröen Hispania, S. A.*, reclamando el cumplimiento del contrato de agencia que las ligaba. *Citröen Hispania, S. A.*, formuló reconvencción. El Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona dictó sentencia estimando la demanda y desestimando la reconvencción. Recurrida en apelación, la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona resolvió revocando la sentencia de instancia exclusivamente en la parte que desestima la demanda reconvenccional que es estimada parcialmente en lo referente a la devolución de signos. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D.-L.)

**84. Distinción entre cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y las cláusulas que delimitan la cobertura del seguro.**—El Tribunal Supremo señala que hay que diferenciar las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados (cláusulas limitativas del riesgo), que son constreñidas por el artículo 3 LCS, y aquellas cláusulas que señalan el ámbito o la cobertura del seguro, en el sentido de establecer el riesgo al que alcanza el contrato, cuya base u origen es el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC).

La exigencia de que deberán ser aceptadas por escrito que impone el artículo 3 LCS, no se refiere a cualquier condición general del seguro, sino a aquellas cláusulas que son limitativas de los derechos de los asegurados, pues las cláusulas de exclusión del riesgo son las que especifican qué clase de ellas

se ha constituido en objeto del contrato, lo que elimina la necesidad de aceptación y suscripción expresa. (STS de 2 de marzo de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—El pleito se plantea a raíz de la interpretación de la cláusula 1-1-3 de las Condiciones Generales de la Póliza suscrita entre los litigantes sobre responsabilidad civil. Esa cláusula se denominaba «Delimitación Geográfica de la Cobertura» y su tenor literal era el siguiente: «La garantía de este seguro se extiende y limita a las responsabilidades derivadas de daños sobrevenidos en territorio español y reclamados o reconocidos por Tribunales españoles». Los daños del pleito fueron los consecuentes de haber quedado bloqueada una de las válvulas de bloqueo del cilindro izquierdo, ocurrido en el puerto de Tánger (Marruecos), con ocasión de llevar a cabo *Keelavite Hispania* trabajos contratados con *Instalaciones Abengoa, S. A.*, consistentes en la instalación y puesta en marcha de un equipo hidráulico. *Keelavite Hispania, S. A.*, interpone demanda contra *Assicurazioni Generali Compañía de Seguros*, solicitando que se declare que el siniestro ocurrido en Tánger el 6 de junio de 1996 está cubierto por la póliza de responsabilidad civil general, suscrita entre la actora y la demandada, y que se la condene al pago de una cantidad de dinero por los gastos generados como consecuencia del siniestro. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda.

La entidad actora interpone recurso de apelación, estimándolo en parte la Audiencia, en el sentido de condenar a la demandada al pago de una cantidad de dinero, si bien no ascendía a la perdida en la demanda.

La demandada interpone recurso de apelación, alegando la infracción de los artículos 1281, 1255 y 1091 CC, así como la aplicación indebida del artículo 20 de la Ley 50/1980. El Tribunal Supremo entiende que estamos ante una cláusula que delimita geográficamente la cobertura. No estamos ante una cláusula limitativa, sino más bien ante una cláusula delimitativa del riesgo asegurado, excluyente de los hechos que tengan lugar en el extranjero, resultando eficaces y obligatorias para las partes que las asumieron, por no atentar contra norma imperativa alguna, lo que no sucede con las cláusulas limitativas no aceptadas expresamente, pues carecen de fuerza vinculante. Por tanto, el Tribunal Supremo estima el recurso, al entender que no se ha llevado a cabo una interpretación correcta de dicha cláusula y que el siniestro del pleito representa un riesgo que queda fuera de la cobertura del seguro. (S. L. M.)

**85. Contrato de seguro. Deber de declaración del tomador: alcance.**—El artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS) ha articulado los efectos del incumplimiento del deber de declaración según haya existido o no dolo o culpa grave por parte del tomador del seguro. En todo caso, ha de partirse del presupuesto esencial de que se ha producido una infracción del deber de declaración del tomador del seguro dentro de los límites que conocemos y que vienen determinados por la redacción del cuestionario efectuado por el asegurador y presentado para su contestación al tomador del seguro.

**Contrato de seguro. Deber de declaración del tomador. Plazo del asegurador para resolver el contrato: criterio general.**—Se ha conferido al

asegurador una facultad para resolver el contrato en un plazo determinado (un mes a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud). Término breve para el ejercicio de la facultad resolutoria que concede el artículo 10.2 al asegurador con carácter general para todos los supuestos (es decir, sin tener en cuenta si ha existido culpa grave o dolo o no por parte del tomador del seguro), que contrasta con el supuesto de que se produzca el siniestro antes de que el asegurador haga esa declaración, en el que distingue el caso de que el tomador del seguro hubiera operado con dolo o culpa grave o no; supuesto, precisamente, de producción del siniestro antes de la referida declaración del asegurador.

**Contrato de seguro. Deber de declaración del tomador: concurrencia de dolo o culpa grave.**—El párrafo 3.º del artículo 10 LCS termina diciendo que si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro quedará exonerado el asegurador del pago de la prestación. Al referirnos a este supuesto, como hace la doctrina más autorizada, interesa hacer notar, en primer lugar, que se trata de estudiar el supuesto en el que exista dolo o culpa grave del tomador del seguro. La Ley, en este caso, se refiere a los dos conceptos, mientras que en otros se alude únicamente al dolo o, con terminología insegura, de la que había pretendido huir el Proyecto de Ley, a la *mala fe*. El elemento intencional al que es tan sensible el contrato de seguro ha querido extenderse, en este caso, del artículo 10 a esos dos supuestos. Comprende así el caso de declaraciones inexactas o reticentes por dolo, es decir, cuando esas declaraciones tienen como finalidad el engaño del asegurador, aun cuando no se tenga la voluntad de dañar a la otra parte (arts. 1260 y 1269 CC) y, también, aquellas declaraciones efectuadas por culpa grave, esto es, con una falta de diligencia inexcusable en la contestación del cuestionario.

**Contrato de seguro. Deber de declaración del tomador: distinción entre culpa leve y culpa grave del tomador.**—La precisión de si un determinado supuesto es meramente culposo por parte del tomador, o bien se ha debido a culpa grave, no es tarea fácil, en que la línea divisoria entre la culpa leve y la grave es sutil. Sólo a la vista de cada caso concreto podrá determinarse si nos encontramos ante un supuesto de culpa grave o no. Todo ello es de libre apreciación del Tribunal sentenciador en cuanto, siendo conceptos jurídicos, han de resultar de lo actuado como hechos, conductas y circunstancias que el órgano judicial interpreta y valora, para decretar su concurrencia. (STS de 7 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. R. R. formuló demanda contra la entidad aseguradora *Allianz-Ras Seguros y Reaseguros, S. A.*, solicitando se condene a la entidad demandada a pagar al actor determinada cantidad con aplicación del 20 por 100. El Juzgado de Primera Instancia de A Estrada desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D.-L.)

**86. Contrato de seguro. Indemnización por mora ex artículo 20 LCS: requisitos.**—La aplicación de la indemnización por mora *ex artículo 20 LCS* exige que la falta de satisfacción de la indemnización principal obedezca a una causa injustificada o imputable a la aseguradora, pues, aun cuando diversas resoluciones han considerado como causa justificada del

retraso o demora la polémica o discusión sobre la existencia del siniestro o su causa, si existe controversia que exija decisión judicial que determine si efectivamente la aseguradora ha de proceder a la cobertura del evento acaecido; o la incertidumbre sobre el importe de la indemnización cuando la oposición al pago se declara ajustada a Derecho, aunque sea parcialmente; cuando la indemnización reclamada era exagerada; cuando la determinación de la causa y en consecuencia de la exacta cantidad a abonar por vía de indemnización ha precisado efectuarse por el órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes; sin embargo, también tiene declarado que carece de justificación la mera oposición al pago, así como las maniobras dilatorias por parte de la entidad aseguradora, como la de negar la existencia del contrato, o cuando la causa de la cantidad y la cantidad a abonar se encuentra previamente determinada por vía contractual o por otra causa eficiente, y ello tanto para antes como para después de la Ley de 8 de noviembre de 1995, cuya Disposición Adicional Sexta dio nueva redacción al artículo 20 LCS.

**Contrato de seguro. Mora creditoris: improcedencia.**—No basta el mero ofrecimiento de pago por la aseguradora, especialmente cuando lo ofrecido es una cantidad muy por debajo de la procedente, pudiendo la aseguradora eludir la supuesta práctica espuria de los asegurados o perjudicados de no aceptar ningún tipo de pago por parte de la aseguradora para reclamar posteriormente los intereses del artículo 20 LCS, buscando con ello procurarse el instrumento mejor remunerado de nuestro mercado financiero, la entidad aseguradora tiene a su disposición el fácil mecanismo jurídico de la consignación judicial para enervar la hipotética actuación torticera,

**Contrato de seguro. Fecha de producción del siniestro; supuesto de declaración de invalidez.**—La declaración de invalidez, lejos de significar el hecho de causación del daño o del siniestro, es meramente una formalidad administrativa determinante entre otras, de las consecuencias económicas de diversos aspectos del accidente, pero en modo alguno puede identificarse con éste, la existencia de la incapacidad no concurre únicamente desde que así se declara, sino que se origina con el accidente y es consecuencia inherente al mismo y a su causación; de modo que el acaecimiento real del evento no puede confundirse con la declaración formal de sus consecuencias.

**Contrato de seguro. Riesgos cubiertos. Supuesto de incapacidad permanente: eficacia de la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS).**—El evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, el hecho generador de la incapacidad, no lo determina la resolución del INSS, que no tiene valor constitutivo, sino de mera constatación formal de la existencia (aparte de los efectos correspondientes en el ámbito laboral); y en tal sentido el reconocimiento por la Dirección del INSS de una determinada situación no significa que ésta no existiere desde la fecha del siniestro; sin que sea preciso entrar en otras consideraciones, pues los contratos son lo que son y el de autos se rige por la Ley del Contrato de Seguro y las estipulaciones pactadas. (STS de 8 de noviembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. S. T. interpuso demanda contra la entidad aseguradora *La Estrella, S. A.*, reclamando cierta cantidad con arreglo a la obligación derivada de la póliza de accidentes colectiva en la que constaba como beneficiario, junto a los intereses que legal y/o contractualmente correspondan. El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Vitoria dictó sentencia estimando la demanda.

Recurrida en apelación la demandada, la entidad aseguradora *La Estrella, S. A.*, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vitoria desestimó el recurso y estimó parcialmente la adhesión al mismo formulada por el actor. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D.-L.*)

**87. Contrato de transmisión de participaciones sociales. Transmisión o traspaso de los sujetos iniciales de la relación jurídico negocial: modalidades.**—Comprende la cesión de créditos (como una forma de pago de las obligaciones, en el art. 1175), la asunción de deuda (arts. 1205 y 1206 CC), el llamado *contrato para persona que se designará* (el conocido en Derecho italiano como *contrato per persona nominando*: art. 1499 LEC 1881, permitiendo la «cesión del remate» en las subastas judiciales y Ley 514 de la Compilación Foral Navarra; así como los supuestos de ventas de viviendas en construcción con pago aplazado, generalmente por documento privado, como cláusula habitual en las mismas, y también en las compraventas de vehículos de motor usados, entregados al vendedor, generalmente concesionario de la «marca» correspondiente, como formando parte del precio pedido, y el art. 1406 CC italiano), y la «cesión del contrato» (Ley del Fuero Nuevo de Navarra núm. 513, art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, sobre «cesión de contratos de trabajo» o de «sucesión de empresa», la «cesión del arrendamiento de local de negocio», de la LAU derogada, la «cesión de certificaciones de obra» y del «contrato de obra» en Derecho administrativo: art. 58 de la Ley de Contratos del Estado, de 28 de diciembre de 1963). (**STS de 16 de febrero de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. E. O., don J.-F. M. Z., doña M. M. E., y don J. M. L. V. interpusieron demanda contra don H. A. U., doña N. O. Z., y las sociedades *Ila, S. A.*, *Inbide, S. A.*, *Grelsa, S. A.*, *Icara, S. A.*, *Acelei, S. A.*, *Boinsa, S. A.*, *Gestora Amesa, S. A.*, y *Amesa, S. A.*, sobre reclamación de cantidad, en cumplimiento de contrato sobre compraventa de acciones. El Juzgado de Primera Instancia de Bilbao número 3 dictó sentencia, estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por el codemandante don J.-F. M. Z., y por el codemandado don H. A. U., la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D.-L.*)

**88. Sociedades anónimas. Junta General: representación.**—El artículo 66 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que los copropietarios de una acción habrán de designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, y, en la interpretación de este precepto, la doctrina científica entiende que esta persona habrá de ser uno de ellos, y la designación de otro representante distinto se regirá por las normas generales de la representación y, en particular, por las de la representación en las Juntas Generales; el artículo 106 de la referida Ley dispone que todo accionista que tenga derecho de asistencia podrá hacerse representar en la Junta General por medio de otra persona; y el artículo 104 determina que el Presidente de la Junta General podrá autorizar la asistencia de cualquier otra persona que juzgue conveniente, es decir, el Presidente puede autorizar la presencia de varios representan-

tes o de representante y representado cuando obedezca a una razón lógica, como en el caso de copropietarios de unas acciones que designan un representante para unas y otro para otras, con objeto de reflejar varios criterios en la Junta.

**Sociedades Anónimas. Junta General convocada judicialmente: ausencia de oposición a su constitución.**—La Junta convocada judicialmente, presidida por un jurista independiente designado por el Juzgado, con presencia notarial y del Letrado asesor de la compañía, el socio recurrente, que asistió personalmente, no verificó alegación alguna, durante el desarrollo del acto, para la designación de una sola persona a los efectos indicados en autos, ni para su representación en la Junta respecto a las acciones que tenía en régimen de proindivisión con otro socio; y, en atención a estas circunstancias, es evidente que se conformó con la forma de constitución de la Junta y con los acuerdos adoptados en la misma. (STS de 17 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Productos Churruca, S. A.*, interpuso demanda contra don J. L. L. ejercitando acción social de responsabilidad reclamando. Por su parte, don J. L. L. formuló reconvencción solicitando la nulidad de la Junta General Extraordinaria y la nulidad de los acuerdos adoptados en la misma. El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Requena dictó sentencia desestimando la demanda y la reconvencción. Recurrida en apelación, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D.-L.)

**89. Sociedad Anónima. Responsabilidad de los administradores ex artículo 135 LSA. Prescripción: régimen jurídico.**—La jurisprudencia ha señalado que el precepto aplicable a la prescripción extintiva de la acción individual de responsabilidad que regula el artículo 135 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas es el artículo 949 CCO. Según dicho artículo, el día inicial del cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción ejercitada en la demanda es aquel en que los administradores sociales *por cualquier motivo* hubieran cesado en *el ejercicio de la administración*.

**Sociedad anónima. Responsabilidad de los administradores ex artículo 135 LSA. Prescripción: finalidad.**—El artículo 949 CCO, como consecuencia de la eficacia *ex tunc* de la sentencia judicial, más allá de lo que exige la seguridad jurídica y la propia finalidad del precepto (que, como se indicaba en la Exposición de Motivos del Proyecto de 18 de marzo de 1882, respondió a la necesidad de poner *término a la incertidumbre que lleva consigo la prescripción* también respecto de *la responsabilidad de los socios gerentes y administradores de las compañías por las operaciones que en este concepto hubieren realizado*, razón por la que se expresó la conveniencia de limitar la duración de dicha responsabilidad y de identificar el día inicial del plazo, *ya sean los mismos socios, ya sean los extraños los que se consideren perjudicados*, de modo que *tanto unos como otros deberán entablar sus reclamaciones dentro de los cuatro años siguientes a la fecha en que por cualquier motivo cesaron aquellos en el ejercicio de su administración*.

**Sociedad anónima. Responsabilidad de los administradores ex artículo 135 LSA. Prescripción: dies a quo.**—El inicio del cómputo de la

prescripción reclama el cese del administrador, si bien la causa de éste puede ser cualquiera de las muchas aptas para producirlo. Entre ellas, la apertura de la liquidación de la sociedad, consecuencia automática, salvo en supuestos excepcionales, de su disolución (art. 266 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), en cuanto determinante de la sustitución del administrador por los liquidadores en las actividades de gestión y representación (arts. 267 y 272 del mismo texto); o, también, la renuncia del administrador (art. 147.1.º del Reglamento del Registro Mercantil, o su separación por decisión de la Junta General (art. 131 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y del 148 del Reglamento del Registro Mercantil).

**Sociedad anónima. Impugnación de acuerdos: efectos.**—Los efectos destructivos de la declaración de nulidad contenida en una sentencia estimatoria de la impugnación de acuerdos sociales operan *ex tunc* y, además, para todos los socios y, en general, para quienes no ostentasen la cualidad de terceros adquirentes de buena fe a consecuencia de los acuerdos impugnados (art. 122.1 del Texto refundido).

**Sociedad anónima. Impugnación de acuerdos: conversión de acuerdos.**—La invalidez de los acuerdos anulados (por la deficiente constitución de la Junta en que se adoptaron) con la relevancia jurídica y efectividad del cese de los administradores, a consecuencia de haberse producido, no una sanación por transcurso del tiempo (ya que *quod ab initio vitiosum est non potest tractu tempore convallescere*: Digesto 50.17.29), sino una conversión del acuerdo, adoptado con el apoyo de la totalidad de capital social, incluido el voto de las actoras, en un acto de dimisión o renuncia ejecutado por los propios administradores, que propusieron a la Junta General la disolución de la sociedad, como socios contribuyeron al logro de los acuerdos con sus votos y, en ejecución de ellos, cesaron en sus funciones de gestión y representación, para dar paso a los trámites precisos para la completa liquidación de la sociedad, casi cuatro años antes de que la nulidad de los acuerdos fuera definitivamente declarada. (STS de 26 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña A. L. M., doña O. E. L. L. y doña A. L. L. interpusieron demanda contra don R. G. B., don R. R. G., doña R. A. G., doña M. L. F., doña G. L. F., y don J. G. U. A. solicitando se condenase a los codemandados conjunta y solidariamente, a pagar en concepto de indemnización, por los daños irrogados, la suma resultante de la diferencia entre el valor real de las acciones y el valor dado a las mismas por los administradores, más los gastos judiciales ocasionados por su actuación y los intereses legales dejados de percibir, con expresa imposición de las costas de este procedimiento. El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Gijón desestimó la excepción de prescripción y estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo resolvió estimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D.-L.)

**90. Abuso de derecho. Concepto.**—La doctrina del abuso del derecho está elaborada por la doctrina científica y por la jurisprudencia sobre la base del ejercicio de un derecho con la intención de dañar, o en la utilización del mismo de un modo anormal y contrario a la convivencia y, como remedio extraordinario, no puede dicha doctrina dar facultad a los Tribunales para

hacer uso de ella más que en casos patentes y manifiestos, sin que resulte provecho alguno para la gente que lo ejercita, sólo imbuido del propósito de causar daño a otro interés jurídico; y no puede admitirse que exista abuso de derecho cuando la acción ejercitada se apoya en preceptos legales que avalan su viabilidad y el perjuicio que ocasione al demandado es consecuencia necesaria de la colisión de intereses entre acreedor y deudor que entran en juego cuando el crédito no ha sido satisfecho.

**Abuso de derecho. Improcedencia.**—No existe abuso de derecho cuando sin traspasar los límites de la equidad y la buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle, por oponerse a ello la máxima *qui iure suo utitur neminem laedit*, salvo que el Tribunal sentenciador hubiera declarado su culpabilidad, estimando la inexistencia de *justa causa litigantes*.

**Sociedades anónimas. Disolución: necesidad de acuerdo de la Junta General.**—La celebración de la Junta General de Accionistas constituye un presupuesto ineludible para la disolución de la sociedad anónima y su inexistencia ocasiona la nulidad de tal disolución, que puede ser apreciada de oficio por los Tribunales aun sin ser alegada por las partes, pues incluso afecta al procedimiento a seguir. No es posible admitir la disolución de una sociedad ni la existencia de liquidadores por el cauce de las presunciones, siendo imprescindible el acuerdo de disolución emitido por la Junta General, y no cesando los administradores en su representación, aun en el supuesto de suspensión de pagos o de insolvencia laboral, salvo en el caso de quiebra, en la forma regulada por las Leyes, en el cual y a pesar de haber sido ya declarada, se requiere igualmente el acuerdo social para la disolución según determina el artículo hoy 262.2 LSA.

**Sociedades anónimas. Disolución: efectos.**—La disolución de la sociedad no equivale a su extinción inmediata, sino que determina el comienzo de un período de liquidación, durante el cual la entidad social sigue existiendo, como persona jurídica con su patrimonio, ínterin no terminen las operaciones liquidatorias, en beneficio de los en ella interesados, en el sentido de mantener la subsistencia de la sociedad, cuya disolución no se produce *ipso iure*, sino que para llegar a su extinción precisa su propia liquidación con determinación del haber partido, lo que implica su duración mientras subsista tal fase.

**Sociedades anónimas. Disolución: legitimación de los acreedores.**—La Ley de Sociedades Anónimas faculta a los acreedores, de forma subsidiaria, a que insten la disolución de las sociedades incursas en causa legal de disolución; pero tal potestad no puede estimarse como una obligación o carga.

**Sociedades anónimas. Disolución. Ausencia de analogía con la suspensión de pagos.**—La suspensión de pagos no es análoga a la disolución, en modo alguno se orienta a la extinción de la sociedad (lo que, tal vez, podría predicarse de la quiebra), sino a lo contrario y en modo alguno tampoco modifica la estructura patrimonial de la sociedad, pues afecta meramente a su liquidez o capacidad de efectuar pagos debidos, sin efecto alguno sobre su balance.

**Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores ex artículo 262.5 LSA: naturaleza.**—La responsabilidad solidaria que impone el artículo 262.5 LSA a los administradores sociales es una responsabilidad sanción, que solamente precisa la concurrencia de las dos citadas circunstancias: por una parte, que por consecuencia de pérdidas dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que

éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente; y por otra, que los administradores no cumplan con la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución. No requiere más que la prueba de los hechos que son presupuesto de la efectividad de la sanción, es una responsabilidad *ex lege*, configurada ésta como una responsabilidad *cuasi objetiva* y entendida desde luego, como una responsabilidad *ex lege*, carente de las notas conceptuales de la responsabilidad aquilina.

**Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores *ex artículo 262.5 LSA: remoción de la causa.***—El artículo 260.1.4.º LSA hace una advertencia casi obvia: que la reducción y/o ampliación de capital pueden, desde luego, remover la causa de disolución. Pero si la causa de disolución subsiste por más de dos meses desde su acaecimiento, los administradores han incumplido el deber del artículo 262.2 del mismo texto legal, lo que implica que tal deber no se incumplirá si la causa de disolución desaparece antes del término bimensual, pues desaparecido el requisito previo del deber no hay tal deber y menos incumplimiento del mismo.

**Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores *ex artículo 262.5 LSA: alcance.***—El apartado 5.º del artículo 262 LSA establece que los administradores responderán de las obligaciones sociales, al emplear el término de obligaciones se significa que se abarca el ámbito posible, incluyendo no sólo las deudas de carácter negocial que pueda ostentar el acreedor, sino aquellas que nazcan de la Ley, de un ilícito o de un cuasi contrato. Y en referencia a las obligaciones sociales de las que responden los demandados, si bien en teoría puede discutirse si responden solamente de las contraídas después de la concurrencia de la causa de disolución o bien de las contraídas antes de la concurrencia de la causa y vencidas después o también de las contraídas y vencidas antes de la concurrencia de la causa, ante la falta de explicitación del artículo 262.5 de la nueva Ley, hay que llegar a la conclusión de que los demandados responden de todas las obligaciones de la sociedad, solución indudablemente dura para los administradores, pero que responde al deseo de la nueva Ley de obligar a los administradores a solicitar la disolución de aquellas sociedades anónimas cuya apariencia jurídica no corresponda a su situación real.

**Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores *ex artículo 262.5 LSA: momento para determinar las pérdidas.***—Es al cierre del ejercicio social cuando los administradores formulan las cuentas anuales de la empresa con los resultados económicos definitivos, siendo por tanto, a partir de tal momento rebatido, cuando quedan determinadas las pérdidas sufridas.

**Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores *ex artículo 262.5 LSA. Plazo para convocar la Junta General: *dies a quo.****—El plazo para la convocatoria de la Junta General para la disolución de la sociedad debe contarse desde que los administradores tuvieron o debieron tener conocimiento de tal situación, siendo válido para determinar el desequilibrio patrimonial de la sociedad tanto un balance de comprobación como un estado de situación.

**Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores *ex artículo 262.5 LSA. Plazo para convocar la Junta General: carácter fatal del término.***—La Ley de Sociedades Anónimas impone un plazo inexorable de dos meses a los administradores de las sociedades anónimas para convocar la Junta de Accionistas para que en su caso acordar la disolución o las

medidas sustitutivas adecuadas. Si fuese la voluntad del legislador el establecer una excepción o cesación de responsabilidad por un cumplimiento tardío, tal cosa sería lógicamente incompatible con el establecimiento de un término fatal, cual es el de dos meses, para convocar la Junta. En efecto, si la responsabilidad se alzase en el momento del cumplimiento tardío ello supondría que los administradores en cualquier momento (transcurridos meses o años), cumplido que fuera su deber se liberarían de la responsabilidad que la norma les atribuye y carecería de sentido alguno el plazo bimensual que tan claramente ha establecido la Ley.

**Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores ex artículo 262.5 LSA y suspensión de pagos de la sociedad.**—La responsabilidad solidaria de los administradores no puede, en modo alguno, perjudicar a los acreedores de la sociedad en estado de suspensión de pagos, pues ésta permanece en dicha situación de manera inalterada respecto a éstos, al margen de la responsabilidad de los administradores, pues no son ellos los que se encuentran en situación de suspensión de pagos. (STS de 16 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Caja de Ahorros de Catalunya* interpuso demanda contra la entidad mercantil *Sotaverd, S. A.*, y don J. R. M., don J. F. M. S., don J. B. O., don J. C. B., don C. G. H., don I. L. B., don I. M. A., y don C. N. F. como responsables solidarios de las obligaciones sociales de *Sotaverd, S. A.*, por haber incumplido el deber legal de convocar en plazo la Junta de Accionistas de dicha mercantil para proceder bien a su disolución, bien a la reducción y/o ampliación de capital, tal como previene el artículo 262.5 LSA en relación con el artículo 260.4 del mismo texto; y declarada tal responsabilidad les condene, solidariamente con la demandada *Sotaverd, S. A.*, al pago de la suma principal adeudada, más los intereses de demora que procedan y las costas del presente procedimiento. El Juzgado de Primera Instancia número 21 de Barcelona dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona resolvió desestimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D.-L.)

**91. Retroacción absoluta de los efectos de la quiebra. Efectos de la doctrina de los actos propios y del principio de apariencia jurídica. Legitimación para el ejercicio de la acción de retroacción.**—Frente a la nulidad radical de los actos derivada de la retroacción absoluta del artículo 878.2 CCO no cabe invocar la doctrina de los actos propios. Además, la nulidad de pleno derecho existe aunque opere respecto de tercero el principio de apariencia jurídica, el cual no se aplica ni a quien conoce o podía conocer la realidad jurídica ni a quien actúa en connivencia fraudulenta. En concreto, si el negocio está envuelto en fraude es nulo (STS de 2 de diciembre de 1996). En cualquier caso, la jurisprudencia ha admitido la legitimación de la sindicatura de la quiebra para ejercitar las acciones de retroacción derivadas del artículo 1366 LEC de 1881 (STS de 29 de noviembre de 2004).

**Negocio fiduciario. Posición del «fiduciario». Actos del fiduciario en el período de retroacción de la quiebra.**—El fiduciario sólo ostenta una titularidad formal, es decir, carece de poder de disposición sobre la cosa objeto

de la fiducia. Los fiduciarios carecen de *ius disponendi*, el cual corresponde al verdadero propietario de la cosa. Por tanto, los actos del fiduciario, del mismo modo que sucede con los actos de los intermediarios, sustitutos o delegados, quedan afectados por la nulidad que conlleva la retroacción absoluta de la quiebra (STS de 1 de febrero de 1974).

**Similitudes entre el negocio jurídico de puesta a nombre de otro o *nomen commodat*, el negocio fiduciario y el denominado «testaferro».**—El negocio jurídico de puesta a nombre de otro tiene unos perfiles similares con los negocios fiduciarios pero aquél trata de conseguir la ocultación de la titularidad real del propietario para salvar el patrimonio de las responsabilidades en que se halla implicado. También guarda semejanza con otras figuras afines, como la interposición de personas. El denominado «testaferro» (del italiano «cabeza de hierro») puede definirse como «una persona que figura con su nombre en un contrato, o como propietario de cierta cosa, en vez del interesado, o dueño verdadero, que queda oculto». (STS de 17 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La comisión liquidadora de *Mateu y Mateu, S. A.*, interpuso demanda de juicio ordinario de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia contra la entidad *Inmobiliaria Bolueta Bilbao, S. A.*, el *Banco Exterior de España, Banco de Comercio, S. A.* (antes conocido como *Induban, S. A.*), y otras tantas personas físicas. Más tarde se amplió la demanda extendiendo las pretensiones a las entidades *Casalot, S. A.*, *Lis Leasing Industrial y de Servicios, S. A.* y *Componentes Textiles Industriales, S. A.* El Juzgado, en base a las peticiones solicitadas, estimó parcialmente la demanda absolviendo al *Banco de Comercio, S. A.*, por falta de legitimación pasiva.

En la sentencia el Juez declaró básicamente lo siguiente: 1) que el 100 por 100 de las acciones de *Inmobiliaria Bolueta Bilbao, S. A.*, eran propiedad exclusiva de la compañía *Mateu y Mateu, S. A.*; 2) que debido a la retroacción absoluta, todos los actos y negocios jurídicos realizados sobre tales acciones eran radicalmente nulos y sin posibilidad de subsanación; 3) que la finca sita en Málaga y descrita en la demanda pertenece en pleno dominio a la compañía *Mateu y Mateu, S. A.*; 4) que debido a la retroacción absoluta, la venta de la citada finca por parte de *Mateu y Mateu, S. A.* a *Inmobiliaria Bolueta, S. A.*, así como las sucesivas ventas son radicalmente nulas; 5) que todas las inscripciones obrantes en los respectivos Registros de la Propiedad relativas a los actos y contratos nulos eran asimismo nulas, quedando todas ellas canceladas, así como cualesquiera asientos o inscripciones derivados de aquellos actos.

Como consecuencia de todo lo expuesto, el Juez condenó: 1) a todos los demandados a estar y a pasar por las anteriores declaraciones; 2) a *Inmobiliaria Nueva Bolueta, S. A.*, don F. I. M., don J. A. P. M., doña P. R. S., *Casalot, S. A.* y *Leasing de Industrias y Servicios, S. A.*, a restituir a la masa activa de *Mateu y Mateu, S. A.* la precitada finca sita en Málaga; 3) a los demandados que sean administradores de *Inmobiliaria Nueva Bolueta, S. A.*, a reintegrar a la masa activa de *Mateu y Mateu, S. A.*, las cantidades percibidas en concepto de alquileres, frutos o rentas derivadas de la misma

finca desde la fecha de retroacción de la quiebra. Algunos de los demandados presentaron recurso de apelación contra la sentencia del Juez de Primera Instancia, el cual fue desestimado. Posteriormente, las entidades *Banco Exterior de España, S. A.* y *Casalot, S. A.*, interpusieron sendos recursos de casación ante el Tribunal Supremo. Ambos fueron desestimados en su integridad.

NOTA.—La reintegración de la masa activa puede ser definida, en materia concursal, como el conjunto de operaciones destinadas a facilitar la reivindicación de aquellos bienes del deudor que salieron indebidamente del patrimonio del quebrado. En las distintas tradiciones jurídicas existen *tres sistemas distintos de reintegración de la quiebra*: a) «Retroacción absoluta», b) «retroacción relativa» y c) acciones impugnatorias que pueden ser ejercitadas contra algunos actos del deudor anteriores a la declaración de la quiebra.

a) La «retroacción absoluta» de la quiebra implica la nulidad absoluta, radical y de pleno derecho de todos aquellos actos, contratos o negocios jurídicos realizados por el deudor en el plazo de retroacción anterior a la declaración concursal.

b) Por su parte, la «retroacción relativa» permite anular determinados actos realizados por el deudor en un plazo anterior a la declaración. El plazo puede ser fijado legal o judicialmente.

c) Las «acciones impugnatorias» contra determinados actos del deudor son otro modo de reintegrar bienes a la masa de la quiebra. Son acciones con las cuales se pueden *rescindir* concretos negocios jurídicos realizados entre el deudor y terceros, en beneficio de la masa.

En España, nuestro Código de comercio de 1885 (CCO) estableció un sistema mixto de reintegración basado en la retroacción absoluta de los efectos de la quiebra (art. 878.2 CCO) y en las acciones revocatorias contenidas en los artículos 879 a 882 CCO. Sin embargo, y como señaló en su momento la doctrina, el sistema derivó en la excesiva protección de los acreedores concursales en detrimento de los adquirentes de los bienes del deudor en ese período de retroacción. Ello unido a la inseguridad jurídica derivada de la fijación de la fecha de retroacción por parte del Juez, ha llevado al legislador a derogar el citado sistema de reintegración mediante la reciente Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal. En efecto, el capítulo IV, titulado «De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa», dentro del título III de la Ley, introduce una serie de acciones de reintegración eliminando así la retroacción absoluta. El artículo 71.1 LC establece que, en el plazo de los dos años, anteriores a la fecha de declaración del concurso pueden ser impugnados aquellos actos sospechosos de ser perjudiciales a la masa activa sin perjuicio de la intención fraudulenta de quien los realizó. Es importante destacar que los actos realizados en ese período no pueden ser considerados nulos de pleno derecho porque no opera ya la retroacción absoluta. Se trata tan sólo de un período en el que pueden impugnarse esos posibles actos perjudiciales a la masa activa. (J. D. S. C.)

**92. Nulidad radical de los actos dispositivos realizados con posterioridad a la fecha de retroacción de la quiebra.**—Tales actos (*v. gr.* la hipoteca) son nulos de pleno derecho en aplicación del artículo 878.2 CCO, el cual establece además el principio de retroacción absoluta. La nulidad de tales actos es absoluta y de pleno derecho tanto desde el punto de vista subjetivo, frente a todos, como objetivo, toda vez que afecta a todos los actos de dominio y administración del deudor (quebrado).

**Retroacción absoluta y Registro de la Propiedad.**—Fijada la nulidad de los actos de dominio y administración posteriores al momento a que se retrotraigan los efectos de la quiebra, la inscripción de tales actos en el Registro de la Propiedad no los convalida (art. 33 LH). La mencionada nulidad de los actos afectaría incluso al tercero protegido por la fe pública registral del artículo 34 LH, toda vez que tal protección cede ante la nulidad del artículo 878.2.º CCO. **(STS de 24 de febrero de 2005; no ha lugar.)**

**HECHOS.**—Las sociedades *Gascón Langreo, S. A.* y *Promociones El Palais, S. L.*, celebraron un contrato de permuta, en virtud del cual la primera entregaba a la segunda dos fincas edificables para su agrupación en un solar y, a cambio, *Promociones El Palais, S. L.*, se obligaba a redactar y gestionar un proyecto de edificación, entregando posteriormente, a la otra parte, locales comerciales construidos en la finca entregada.

Años más tarde, *Neumáticos Michelin, S. A.*, concedió un crédito hipotecario a la entidad *San Lázaro, S. L.* La finca hipotecada era propiedad de *Promociones El Palais, S. L.*, concretamente se trataba de parte de la finca obtenida en el mentado contrato de permuta celebrado con *Gascón Langreo, S. A.* *Neumáticos Michelin, S. A.*, procedió a ejecutar la hipoteca por los trámites previstos en el artículo 131 LH tras lo cual la sindicatura de la quiebra de la entidad *Gascón Langreo, S. A.*, ejercitó acción de nulidad de los actos del quebrado, solicitando la nulidad radical o de pleno derecho del acto de constitución de la hipoteca realizado por *Promociones El Palais, S. L.*, en favor de *Neumáticos Michelin, S. A.* Asimismo, se solicitó la nulidad de la inscripción de la hipoteca en el correspondiente Registro de la Propiedad. Se consideró que la finca hipotecada no era propiedad del tercero hipotecante sino de la sociedad quebrada.

Así, y dado que el otorgamiento de la hipoteca se había realizado después de la fecha de retroacción fijada por el Juez tras la quiebra, el Juzgado de Primera Instancia que conoce de la acción de nulidad estima la demanda de la sindicatura y declara la nulidad de la hipoteca, así como de su inscripción. En el mismo sentido, el recurso de apelación presentado ante la Audiencia Provincial fue íntegramente desestimado. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo confirmó las resoluciones judiciales anteriores.

**NOTA.**—El Código de comercio de 1885 (CCO) establecía un sistema de reintegración mixto, esto es, basado por una parte en la *retroacción absoluta* de los efectos de la quiebra y, por otra parte, en las *acciones revocatorias* fijadas en los artículos 879 a 882 CCO. Ambos mecanismos trataban de evitar que el deudor que se encontraba próximo a una situación de concurso pudiera desprenderse de su patrimonio en perjuicio de los acreedores. En concreto, la retro-

acción absoluta (contenida en el art. 878.2 CCO) consistía en considerar nulos todos los actos de dominio y administración realizados por el deudor (quebrado) desde la fecha fijada por el Juez en base al sobreseimiento de los pagos (art. 1024 CCO de 1829) hasta la fecha de declaración judicial de la quiebra.

Este sistema ha sido derogado por la Disposición Derogatoria única (párrafo 3.º, punto 3) de la reciente Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (LC). Concretamente, el capítulo IV, titulado «De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa», dentro del título III de la Ley, sustituye el citado sistema mixto de reintegración por una serie de acciones de reintegración. Queda así totalmente eliminada de nuestro sistema la retroacción absoluta y con ella la incertidumbre que suponía la fijación de la fecha de retroacción por parte del Juez. Actualmente, el artículo 71.1 LC fija un período de dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, en el cual pueden impugnarse los actos realizados por el deudor cuando se consideren perjudiciales para la masa activa, aunque no exista intención fraudulenta.

Una vez estimada la correspondiente acción de reintegración por un órgano jurisdiccional, se declarará la ineficacia del acto impugnado y se condenará a la parte correspondiente a la restitución o reintegración de las prestaciones objeto de aquél acto, con sus frutos e intereses (art. 73 LC). En todo caso y en aplicación del artículo 71.6 LC, el ejercicio de las citadas acciones de reintegración contenidas en la Ley concursal es perfectamente compatible con otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho. Es el caso del ejercicio de la acción revocatoria de Derecho común o pauliana de los artículos 1111 y 1291.3 CC, de la cual también conocerá el Juez del concurso. (*J. D. S. C.*)

## DERECHO PROCESAL

**93. Cesión de parcela de cultivo por Ayuntamiento. Competencia del orden jurisdiccional civil para la resolución de los conflictos que surjan entre las partes contratantes.**—En virtud del contrato de cesión, el Ayuntamiento cede a la contraparte bienes que deben ser calificados de patrimoniales o de propios. «Se trata de bienes que, siendo propiedad de la entidad local, no están destinados a uso público ni afectados al servicio público, constituyendo fuentes de ingresos para el erario, rigiéndose tales bienes por su legislación específica y, en su defecto, por las normas del Derecho privado [...]» (FJ 3.º, STS de 21 de diciembre de 2004).

Los contratos que hayan sido celebrados por la Administración Pública pueden tener el carácter de administrativos o de privados, según establece el artículo 5 del RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este mismo precepto establece la distinción que existe entre ambos, señalando que serán privados todos aquellos contratos que no hayan sido catalogados como contratos administrativos, y en particular, los contratos de compraven-

ta, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, así como los contratos de seguros, bancarios y de inversiones, y aquellos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria, incluyendo los de los espectáculos. A su vez, establece que será el orden jurisdiccional civil el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes cuando celebren este tipo de contratos, mientras que será el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes si el contrato que celebran puede encuadrarse dentro de la categoría de contratos administrativos.

En esta ocasión, habiendo sido celebrado por las partes, Ayuntamiento y particular, un contrato que tiene la consideración de «privado», es claro que la resolución de conflictos corresponde al orden jurisdiccional civil.

**Imposibilidad de apreciar la situación litisconsorcial.**—«No es de apreciar la situación de litisconsorcio pasivo necesario cuando los posibles efectos hacia terceros se producen, con carácter reflejo, por una simple o mediata conexión, o porque la relación material sobre la que recae produce la declaración que sólo les afecta con carácter prejudicial o indirecto; en estos casos su posible intervención en el litigio no es de carácter necesario, sino voluntaria o adhesiva, ya que la extensión de los efectos de la cosa juzgada no les alcanza, ni se produce para ellos indefensión» [FJ 2.º, STS de 16 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7448); FJ 3.º, STS de 4 de octubre de 1989 (RJ 1989/6883); FJ 2.º, STS de 23 de octubre de 1990 (RJ 1990/8036); FJ 4.º, STS de 21 de diciembre de 2004]. (STS de 21 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se ejercita por la parte actora acción de resolución de contrato de cesión de un bien patrimonial concertado con la parte demandada, alegando que se han incumplido las cláusulas del contrato, al haber entregado el demandado a su propio nombre durante las campañas de 1989, 1990 y 1991 determinadas partidas de tabaco que le han generado unas asignaciones, reclamadas por la parte actora como suyas, por proceder tales partidas de tabaco de la finca arrendada al demandado. El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda interpuesta por el Ayuntamiento, condenando al demandado a abonar únicamente las cantidades que tiene pendientes de pago por los cánones establecidos en el contrato de cesión. Interpuesto recurso de apelación por el Ayuntamiento, la Audiencia condena al demandado a que entregue al Ayuntamiento la cuota individual de cultivo de tabaco que le fue reconocida para el año 1993. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por el particular.

**NOTA.**—La sentencia que anotamos aborda el problema de la competencia jurisdiccional para la resolución de conflictos que surjan entre las partes contratantes cuando una de ellas sea una Administración Pública. El RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, señala que es necesario, en primer lugar, determinar si el contrato realizado por el ente público tiene el carácter de privado o público, ya que de ello supone que sea el orden jurisdiccional civil o el contencioso-administrativo el competente para la resolución de las controversias que puedan surgir entre los contratantes. El artículo 1 del Texto refundido establece el

ámbito de aplicación subjetiva, disponiendo que las entidades que integran la Administración Local deben considerarse Administraciones Públicas a efectos de la aplicación de esta Ley. Seguidamente, el artículo 5 establece el carácter administrativo o privado de los contratos celebrados por la Administración Pública, señalando los contratos que deben ser considerados administrativos y aquellos que deben considerarse privados. Una vez determinado el carácter del contrato celebrado por la entidad pública, los artículos 7 y 9 establecen el orden jurisdiccional competente para conocer de los litigios suscitados como consecuencia de la celebración de dicho contrato, señalando que será el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes cuando el contrato celebrado tenga el carácter de administrativo, mientras que será el orden jurisdiccional civil el competente para resolver los conflictos derivados de la celebración de contratos privados. (*L. Z. G.*)

**94. Competencia de la jurisdicción civil en los casos de responsabilidad médica.**—En principio, es la adscripción de los médicos a centros públicos integrantes de la Administración pública sanitaria lo que justifica la atribución de competencia a uno u otro orden jurisdiccional. Sin embargo, es doctrina del Tribunal Supremo que la razón jurídica para denegar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, en estos casos, radica exclusivamente en la doctrina de la *vis atractiva* del orden civil, que es aplicable cuando, tratándose de una reclamación patrimonial por daños derivados de un acto ilícito (extracontractual), se demanda a la Administración conjuntamente con personas físicas o jurídicas, existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas.

Nada influye en la solución que se adopta el hecho de que la demanda se haya deducido cuando ya había entrado en vigor el régimen jurídico de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Reglamento 429/1993, aprobado por el Real Decreto de 26 de marzo, porque el Tribunal Supremo viene aplicando a tales reclamaciones la doctrina de la *vis atractiva*, entre otros motivos por razones de seguridad jurídica (SSTS de 7 de marzo de 2002 y 15 de julio de 2003, entre otras). (**STS de 23 de diciembre de 2004**; ha lugar.)

**HECHOS.**—Los actores interponen demanda contra don F. J. (médico del Servicio de Cardiología del Hospital General «Gregorio Marañón») y contra la Consejería de Salud de la Comunidad de Madrid, solicitando que se condene a los demandados a pagarles una indemnización, como perjudicados por la muerte de su padre. El Juzgado de Primera Instancia decreta el sobreseimiento del proceso, conclusión a la que también llega la Audiencia Provincial.

Los actores recurren en casación, donde el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. Afirma la competencia de la jurisdicción civil para enjuiciar los casos de responsabilidad médica y determina la reposición de las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior al auto del Juzgado. (*S. L. M.*)

**95. Naturaleza del proceso contenido en el artículo 13 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.**—Se trata de un proceso autónomo que puede incoarse ante el Juzgado de Primera Instancia correspondiente, en aquellos casos en que se ha producido la vulneración de un derecho fundamental. Por consiguiente, dicho proceso no puede ser reconducido al incidente de previo y especial pronunciamiento del artículo 744 LEC 1881, es decir, no es un incidente de ningún proceso y por tanto no quedaría en suspenso el curso de la demanda principal.

**Competencia del proceso contenido en el artículo 13 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.**—Dado el carácter autónomo del proceso, el órgano jurisdiccional competente no es el de la demanda principal sino que la competencia es fijada con sujeción al turno de reparto. (STS de 1 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1987, don J. L. N. P. constituyó un hipoteca a favor del Banco Hipotecario de España, en garantía de un préstamo de 7.000.000 de pesetas. El 21 de septiembre de 1990 el citado banco interpuso demanda de ejecución hipotecaria en virtud del artículo 1560 LEC 1881. Con el objeto de suspender la tramitación de los autos de ejecución, don J. L. N. P. interpuso demanda sobre protección jurisdiccional civil de los derechos de la persona contra el Banco Hipotecario y el Ministerio Fiscal. Esta demanda no fue turnada al Juzgado que estaba conociendo de los autos de ejecución sino a otro distinto, que por providencia acordó la suspensión del juicio hipotecario. El Ministerio Fiscal interpuso entonces recurso de reposición contra la citada providencia, con el fin de continuar la ejecución.

El Juez de Primera Instancia estima el recurso y declara la nulidad de la providencia. La Audiencia Provincial confirma la resolución del Juez desestimando el recurso de apelación presentado. Del mismo modo, el Tribunal Supremo desestima los tres motivos en los que se basa el recurso de casación.

NOTA.—Los artículos 744 y 1560 LEC 1881 fueron derogados por la Disposición Derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En cuanto a la Ley 62/1968, de 26 de diciembre está totalmente derogada puesto que: 1) la *garantía jurisdiccional penal* se recoge actualmente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma introducida en la misma por la Ley 38/2002, de 24 de octubre; 2) la *garantía contencioso-administrativa* la encontramos en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y 3) la *garantía jurisdiccional civil*, que es la planteada en este caso, está contenida hoy en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (J. D. S. C.)

**96. Acumulación de acciones. Compatibilidad en el ejercicio de las acciones de reclamación de filiación, declaración de herederos, declaración de preterición en testamento y nulidad de compraventa. Interpretación jurisprudencial del artículo 154.1 LEC 1881.**—Amén de que la complejidad de las acciones no es un criterio para apreciar la posibilidad de acumulación, sino el de su incompatibilidad, según se recoge en el artícu-

lo 154.1.º LEC 1881, esta Sala tiene sentado que la declaración de heredero abintestato puede obtenerse a través de un juicio declarativo ordinario, y la competencia para conocer del mismo corresponde al Juzgado de Primera Instancia, al igual que para el conocimiento de las otras dos acciones ejercitadas, de declaración de filiación y de petición de partición de herencia, por lo que es procedente la acumulación de las tres acciones mencionadas (STS de 6 de noviembre de 1998). La condición de heredera forzosa no puede eludirse, y su omisión en el testamento produce los efectos de la preterición, en cuanto se priva a la hija de manera tácita de los derechos legitimarios que le corresponden en la herencia, de manera que ha de admitirse la acumulación de esta acción con la relativa al reconocimiento de la filiación (STS de 17 de marzo de 1995). Es de apreciar la conexión causal a que se refiere el artículo 156 LEC respecto a la acción de nulidad de la compraventa celebrada por el fallecido y la codemandada, al fundarse la misma en la condición de heredera forzosa de la actora cuyos derechos legitimarios pueden resultar afectados por dicha compraventa. (STS de 21 de diciembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Doña I. L. B. ejercitó conjunta y acumuladamente, por los trámites del juicio de menor cuantía de la LEC 1881, las acciones de reconocimiento de filiación, la de declaración de preterición, la de reducción de la institución de heredero, la de división y adjudicación de la herencia, así como la de nulidad de contrato de compraventa de bienes pertenecientes a la masa hereditaria. El Juzgado de Primera Instancia acogió la pretensión principal de la actora y declaró que la misma era hija del testador fallecido, reconociendo su condición de heredera forzosa. Pero, al mismo tiempo, estimó la excepción alegada de contrario de inadecuación de procedimiento, por lo que, sin entrar en el fondo, absolvió a los demandados del resto de pedimentos articulados en la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid confirmó la resolución de instancia, y desestimó el recurso de apelación planteado por uno de los demandados, así como la adhesión a la impugnación formulada por la actora. El Tribunal Supremo casa y anula la sentencia recurrida al estimar la compatibilidad del ejercicio acumulado de las acciones señaladas, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 154 de la antigua LEC 1881, aplicable al caso, así como de la jurisprudencia que lo interpretaba. (L. A. G. D.)

**97. Exequátur sentencia extranjera. Interpretación del artículo 1 del Convenio de Bruselas de 1968.**—El Tribunal Supremo afirma que el artículo 1 del Convenio de Bruselas de 1968 establece que no se podrá solicitar el reconocimiento y ejecución de una resolución extranjera cuando la resolución haya sido emitida en un procedimiento de ejecución universal (quiebra, suspensiones de pagos...). La Sala Primera del Tribunal Supremo afirma que no debe interpretarse dicho artículo en el sentido de que no se podrá reconocer y ejecutar una sentencia extranjera cuando el ejecutado se encuentre inmerso en un procedimiento de ejecución universal. (STS de 18 de noviembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Royal Nederland Schadeverzekering* promovió procedimiento para el reconocimiento y ejecución en

España de una resolución extranjera por la que se condenaba a la entidad *Transportes José Carrillo Benítez* al abono de ciertas cantidades debidas. El Juzgado de Primera Instancia accedió al reconocimiento por reunir la solicitud todos los requisitos legales del artículo 34 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. La entidad *Transportes José Carrillo Benítez* interpuso recurso de apelación que fue desestimado. Posteriormente recurrió en casación, alegando que, al encontrarse la empresa en situación de suspensión de pagos, el Convenio de Bruselas no era de aplicación por estar fuera de su ámbito material de aplicación conforme al artículo 1 del Convenio. El Tribunal Supremo desestima el recurso acordando el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera. (A. V. G.)

**98. Impugnación de honorarios por indebidos. Impuesto sobre el valor añadido (IVA).**—El Tribunal Supremo afirma que el abogado y el procurador, sujetos pasivos del Impuesto sobre el Valor Añadido, tienen derecho a repercutirlo sobre su cliente al ser un impuesto que responde a los servicios profesionales que le han prestado. Pero al ser su cliente el vencedor procesal y acreedor de las costas, su pago corre a cuenta de quien resulta condenado. (STS de 24 de noviembre de 1994; no ha lugar.)

HECHOS.—La Audiencia Provincial condena a la *Empresa Nacional Hulleras del Norte* al pago de las costas causadas en el procedimiento. Practicada la tasación de costas del abogado y procurador, incluyendo la partida del IVA en ambos casos, la representación de la *Empresa Nacional Hulleras del Norte, S. A.*, impugna la tasación de costas por indebidas al considerar que las partidas referidas al Impuesto sobre el Valor Añadido no deben incluirse.

NOTA.—La Dirección General de Tributos: por medio de su consulta 0100-05, de fecha 9 de marzo de 2005, modifica el criterio que había establecido: «Las cantidades que en concepto de costas judiciales se tasan a favor de una de las partes litigantes no tienen la consideración de contraprestación de operación alguna sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, puesto que la parte en favor de la cual se determina la percepción de dichos importes no efectúa ninguna entrega de bienes o prestación de servicio en favor de la parte condenada al pago de las citadas costas judiciales. Dichas costas judiciales corresponderán, generalmente, a los gastos incurridos en un procedimiento judicial por la parte en favor de quien se determine el cobro de las mismas. Por consiguiente, las cantidades que en concepto de costas judiciales se tasan en favor de una de las partes en un proceso judicial tienen para dicha parte el carácter de indemnización, y no constituyen por tanto la contraprestación de operación alguna gravada por dicho impuesto realizada por la parte que las satisface en favor de la parte que las percibe, no debiendo ni pudiendo por ello repercutir esta última a aquella cantidad alguna en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido con ocasión del cobro de tales cantidades.» (A. V. G.)