

# Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **María del Carmen CRESPO MORA, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Miriam de la FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Antonio GÁLVEZ CRIADO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, Carmen JEREZ DELGADO, Javier LARENA BALDERRAÍN, Andrea MACÍA MORILLO, Óscar MONJE BALMASEDA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, María del Carmen PLANA ARNALDOS, Antonio José QUESADA SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ**

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. Normas de conflicto aplicables a las donaciones.**—La donación en la que el donante es extranjero debe regirse por la ley nacional de éste. En el caso que nos ocupa, es la ley danesa, ya que el donante es danés: el artículo 10.7 CC señala que «las donaciones se regirán, en todo caso, por la ley nacional del donante», siendo este artículo de aplicación en virtud del artículo 12.1 CC, que establece que la norma de conflicto se determinará conforme a la ley española (solución que coincide además con la derivada del art. 11 CC).

**La aplicación de derecho extranjero en España exige que éste resulte probado.**—El derecho material extranjero es perfectamente aplicable en nuestro país, pero debe resultar probado. «La falta de prueba o información suficiente sobre los requisitos exigibles en la materia por la legislación danesa determina como solución jurídica aplicable la normativa jurídica española».

Al tratarse de una donación de bien inmueble y ser de aplicación, finalmente, la ley española, es el artículo 633 CC el determinante, y éste exige la necesidad de cumplimentar una forma determinada, forma que no consta en el caso concreto. Por tanto, la donación es inválida: la falta de forma conlleva «la nulidad radical o, más técnicamente, la inexistencia».

**Las donaciones por razón de matrimonio son auténticas donaciones.**—Pese a que exijan una intención especial, las donaciones por razón del matrimonio son, ante todo, auténticas donaciones y, «en cualquier caso (...) se rigen por las reglas ordinarias en cuanto no resulten modificadas por los artículos siguientes (art. 1337 CC.), y, por consiguiente, las que tengan por objeto bienes inmuebles requieren como requisito de forma la escritura pública».

**No aplicabilidad al caso del artículo 1279 CC.**—La aplicación del artículo 1279 CC exige la existencia de un contrato válidamente celebrado, por lo que no pueden caer bajo su órbita contratos en los que la forma sea requisito *ad solemnitatem*, como el contrato de donación de bienes inmuebles. (STS de 5 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Kaja M. E. formula demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don Bent K. O. suplicando que se declare su dominio sobre el 50 % indiviso de la finca Casa Rosa o Rosada, con las modificaciones registrales oportunas que adapten la realidad registral a la extrarregistral. El Juzgado de Primera Instancia de Fuengirola desestimó la demanda al entender que no se habían cubierto los presupuestos formales necesarios para que fuese válida. Dicha sentencia es apelada, y el recurso es desestimado por la Audiencia Provincial de Málaga. Contra dicha sentencia se interpone, finalmente, recurso de casación, desestimado por el TS.

NOTA.—La sentencia que anotamos se incluye en la órbita, abrumadoramente mayoritaria, de las sentencias que exigen que el derecho extranjero, conforme al artículo 12.6 CC, sea probado por la parte que lo alegue, y no aplicado de oficio, como defiende alguna sentencia de Audiencia Provincial. Se debe probar su contenido y vigencia para que «su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles» (en este sentido, entre otras, las SSTS de 7 de septiembre de 1990 y 25 de enero de 1999). De dicha idea se hace eco la sentencia que anotamos.

Sin embargo, existen tres sentencias del TS que defienden que sólo la aplicación de oficio del derecho extranjero garantiza la realización de la Justicia en derecho internacional privado (en concreto, las SSTS de 17 marzo de 1992, 10 de junio de 1995 y 3 de marzo de 1997).

Respecto de los medios de prueba, el TS suele aludir habitualmente a las pruebas documental y pericial para determinar esa existencia, contenido y aplicación al caso.

Por otra parte, defiende la sentencia que anotamos que la falta de prueba del derecho extranjero conlleva la aplicación del derecho español que sea útil al caso, solución que, si bien parece aportar gran seguridad, no aparece expresamente recogida en el artículo 12.6 CC, en el que se aprecia una importante laguna en este sentido. Dicha solución adoptada en la sentencia es la seguida en otras muchas sentencias por el TS (por ejemplo, entre otras, SSTS de 13 de febrero de 1974, 11 de mayo de 1989, 23 de marzo y 23 de mayo de 1994 y 25 de enero de 1999).

Se apunta también en la sentencia la cuestión de la forma en la donación de bienes inmuebles: el artículo 633 CC exige escritura pública (de donación) para que sea válida, escritura que exprese

individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que debe satisfacer el donatario. El carácter formal de la donación, que la configura como un negocio solemne, contradice el espíritu del artículo 1278 CC, tal y como ha puesto de manifiesto el TS habitualmente (entre otras, SSTS de 10 de octubre de 1961 y 15 de octubre de 1985).

Debido a esa relevancia de la forma, no cubrir la misma conlleva la invalidez del negocio, «la nulidad radical o, más técnicamente, la inexistencia», según establece la sentencia que anotamos, insertándose en la línea jurisprudencial que señala que esa falta conlleva la nulidad radical de la misma, su invalidez por inexistencia (en este sentido, SSTS de 26 de enero de 1988, 10 de noviembre de 1994, 5 de noviembre de 1996, 31 de julio y 16 de octubre de 1999, entre otras).

Por último, estimamos de interés resaltar dos acertados comentarios recogidos en la sentencia: el primero recuerda que las donaciones por razón del matrimonio son auténticas donaciones, tal y como se deduce del artículo 1337 CC, y cómo su régimen será el de éstas en lo que no se modifique por los artículos específicos dedicados a dichas donaciones especiales. Ello conlleva que si la donación por razón del matrimonio recae sobre bienes inmuebles, debe constar en escritura pública de donación (en este sentido, SSTS de 4 de noviembre de 1908, 6 de febrero de 1954 y 23 de junio de 1960).

El segundo comentario alude a que el artículo 1279 CC, para ser operativo, debe referirse a contratos válidamente celebrados. Esta idea, que defiende el TS en la sentencia que anotamos, es sostenida por el TS a partir de sentencias como la de 24 de noviembre de 1914, y se puede encontrar en bastantes otras sentencias posteriores (por ejemplo, las de 3 de marzo de 1995 y 19 de junio de 1999, entre otras). (A. J. Q. S.)

**2. Contratos con pacto exclusivo.**—Nos hallamos ante contratos mercantiles atípicos, bilaterales de empresa, sinalagmáticos, fiduciarios y de duración indefinida. No obstante, los pactos no deben ser ilimitados (STS de 22 de marzo de 1988).

**Doctrina de los actos propios.**—Es el principio *nemo potest contra proprium actum venire*, cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 7.1 CC, imponiendo un deber de coherencia para evitar defraudar la confianza suscitada. En lo que respecta a la aplicación de la doctrina, es necesario un determinado comportamiento que refleje la conciencia de «crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica», comportamiento inequívoco que induzca a que entre la conducta anterior y la pretensión exista contradicción (SS de 27 de enero y 24 de junio de 1996, 16 de febrero, 19 de mayo y 23 de julio de 1998, 30 de enero, 3 de febrero, 30 de marzo y 9 de julio de 1999). En lo que respecta a la inaplicación de la doctrina de los actos propios, sucede en los supuestos en los que los precedentes fácticos tengan carácter ambiguo o carezcan de trascendencia para producir cambio jurídico alguno (SS de 23 de julio de 1997 y 9 de julio de 1999). (STS de 9 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa mercantil *Carbónica, V. S. A.*, suscribió con un número determinado de clientes contrato de distribución de

mercancías, decidiendo en momento posterior suministrarlas por sí misma, vendiendo desde la fábrica a un precio menor, lo que dio lugar a las bajas voluntarias. Con posterioridad celebran de nuevo con la empresa contratos de distribución en exclusiva, pero durante la vigencia empezó a efectuar competencia por ventas directas a menores precios, evitando la prohibición a los distribuidores de venta a precios distintos a los establecidos. Se demanda a la empresa ante el Juzgado de Primera Instancia de Valencia por actuar con abuso de derecho y mala fe, realizando competencia desleal a sus distribuidores, reconviniendo la demandada. Se estimó en parte la demanda, declarando resueltas las contratas de distribución sin indemnización alguna. Ante el recurso de apelación en la Audiencia, se estima, obligando a la indemnización correspondiente. Se recurre en casación ante el TS, basándose la empresa en la doctrina de los actos propios. (P. S. S.)

**3. Síntesis jurisprudencial acerca de la simulación.**—Apreciación de la mencionada figura como cuestión fáctica apreciada por el juzgador de primera instancia. Se remite a dos sentencias recopiladoras de la doctrina jurisprudencial: SS de 21 de julio de 1998 y 31 de diciembre de 1999. En ellas se especifica el tratamiento de simulación como libre apreciación del juzgador, revelado por pruebas indiciarias en las que se basa la existencia de causa o su falsedad (SS de 3 de junio de 1953, 23 de junio de 1962, 20 de octubre de 1966, 20 de enero de 1968, 11 de mayo de 1970, 17 de noviembre de 1983, 24 de abril de 1984, 14 de febrero y 11 de octubre de 1985, 5 de marzo y 13 de octubre de 1987, 16 de septiembre y 1 de julio de 1988, 12 de diciembre de 1991, 29 de julio de 1993 y 19 de junio de 1997); es preciso acudir a las pruebas indirectas de las presunciones, en cuanto cuestión de hecho (STS de 24 de noviembre de 1988); la *simulatio nuda* es una apariencia engañosa (*substantia vero nullam*) carente de causa, con finalidad ajena al negocio que se finge (STS de 19 de julio de 1984); la figura de la causa es relevante en la aparición de la simulación, ya que implica un vicio en la causa comercial, partiendo de que la falta de causa hace inexistente el negocio y que la falsedad en la causa equivale a su no existencia, produciendo la nulidad (SS de 21 de marzo de 1956, 23 de mayo de 1980, 1 de julio de 1989 y 15 de marzo de 1996).

**Simulación en el contrato de compraventa.**—Entre los supuestos que se recoge de simulación absoluta por carencia de causa se encuentra la compraventa sin precio (SS de 24 de octubre de 1992, 7 de febrero de 1994, 24 de mayo de 1995 y 26 de marzo de 1997). No alcanzan a perfeccionarse los contratos por carencia de uno de los elementos esenciales, como es la causa, ya que existe una falta de entrega de precio en dinero o signo que lo represente. (STS de 6 de junio de 2000; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El 26 de noviembre de 1986 los esposos doña Rafaela P. D. y don José M.<sup>a</sup> C. L. vendieron a sus hijas doña Catalina y doña Carmen un total de dieciséis y veinte inmuebles respectivamente. La esposa padecía parálisis del lado derecho del cuerpo, imposibilidad de hablar, con frecuentes cuadros convulsivos, quedando al cuidado de su hija doña Catalina. La venta se realizó, porque eran éstas las que estaban a cargo de la esposa, por cien mil pesetas en concepto de precio cada una. Ante el Juzgado de Primera

Instancia de Arrecife se presentó demanda por parte de los restantes hermanos, don José M.<sup>a</sup> y doña Julia, sobre declaración de nulidad de escritura, por medio de las cuales se transmitían simuladamente los bienes inmuebles. El Juzgado rechazó la demanda, que fue revocada por la Audiencia Provincial. Se recurre en casación ante la Sala 1.<sup>a</sup> del TS. (P. S. S.)

**4. Responsabilidad extracontractual. Inicio del plazo de prescripción.**—El *dies a quo* que precisa el inicio del plazo se determina por la fecha en la que se declara la naturaleza invalidante de las acciones, tras declararse por el Juzgado de lo Social la incapacidad permanente total.

La doctrina jurisprudencial en cuanto al cómputo del plazo establece como comienzo el momento en que lleguen a conocerse de forma definitiva los efectos del quebranto padecido, no siendo la fecha del alta médica, sino a partir del conocimiento del daño padecido (SS de 8 de junio de 1987, 8 y 10 de octubre de 1988, 15 de julio de 1991, 14 de febrero, 26 de mayo, 28 de julio y 28 de octubre de 1994, 22 de abril de 1995, 31 de marzo de 1996 y 22 de noviembre de 1999.) Es posible considerar el inicio del cómputo del plazo en la fecha del certificado médico que describa el alcance invalidante de la secuela.

**Efecto no interruptivo de las acciones ejercitadas ante el Tribunal de lo Social.**—La petición relativa a la calificación de invalidez ante el Juzgado de lo Social carece de efectos interruptivos para la acción civil. Se trata de actuaciones independientes, con objetivos distintos, por ello no vinculante para la jurisdicción civil. (STS de 4 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Emilio B.O. demandó por juicio declarativo de menor cuantía a la *Falla Arzobispo O.S.M., Compañía Nacional de Seguros y Reaseguros M., S. A., Compañía de Seguros y R. A.E., S. A.* y don Vicente C.D., debido los daños personales sufridos en marzo de 1987 por estallarle un artefacto pirotécnico en el pie derecho en una mascletá de las fiestas falleras, produciéndose un empeoramiento de las lesiones en abril de 1988 y 25 de julio de 1990 hasta la incapacidad permanente total. En un primer juicio ante la Sala de lo Social en la que recogía 263 días correspondientes a los tiempos de baja por los daños personales sufridos, se presentó el expediente de invalidez que en junio de 1990 la Unidad de Valoración Médica de Incapacitados dictaminó como irreversible, así como un certificado médico de septiembre de 1990 en el que se describió la secuela permanente. El Juzgado acogió la excepción de prescripción, ya que desde este certificado no actuó el actor hasta octubre de 1991 en que interpuso demanda de conciliación. Su sentencia fue revocada en la Audiencia parcialmente en grado de apelación en cuanto a la excepción de cosa juzgada. Se recurre en casación ante el TS. (P. S. S.)

**5. Prescripción extintiva de la acción por responsabilidad extracontractual. Inicio del cómputo anual.**—La relación entre el artículo 1902 y 1968.2.º CC ha sido problemática para determinar el *dies a quo*. La doctrina jurisprudencial establece que la determinación del evento indemnizable, en casos de lesiones corporales y daños, se configuran únicamente cuando se resuelva de manera definitiva las secuelas causadas. El inicio del cómputo

tendrá lugar a partir del alta médica, o fijación de la incapacidad o defectos permanentes.

En los supuestos en los que las lesiones dejan secuelas físicas susceptibles de curación o mejora, el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción no comienza a partir de la fecha de alta, sino desde el momento en el que se conozca el alcance definitivo de las lesiones, determinado por el juzgador de instancia. Resultado todo ello de la calificación del artículo 1969 CC como precepto dispositivo (SS de 22 de marzo de 1985, 21 de abril de 1986, 26 de septiembre de 1994 y 3 de septiembre de 1996). La fecha del alta médica sólo se considerará inicio del cómputo cuando no existan secuelas que requieran un tratamiento posterior (STS de 10 de octubre de 1995). Se computa el plazo prescriptivo a partir del momento en el que se conozca definitivamente por el interesado el quebranto sufrido (SS de 16 de junio de 1975, 9 de junio de 1976, 3 de junio y 19 de noviembre de 1981, 8 de julio de 1983, 22 y 13 de septiembre de 1985, 21 de abril de 1986, 3 de abril y 4 de noviembre de 1991, 30 de septiembre de 1992 y 24 de junio de 1993).

**Interrupción de la prescripción por apertura de proceso penal.** Según jurisprudencia del TS, en los supuestos de actuaciones penales, se paraliza la posibilidad de intervención civil, o el proceso que haya comenzado hasta que recaiga sentencia firme (según art. 114 LECr) (SS de 16 de noviembre de 1985, 20 de octubre de 1987, 30 de noviembre de 1989 y 20 de enero de 1992).

**Distinción entre las figuras de «interrupción» y «suspensión» del cómputo del plazo.**— Existe posibilidad de equívoco en torno a los términos «suspensión» del artículo 112 LECr e «interrupción» del Código civil. El primero se refiere al proceso civil ya comenzado y no a la prescripción de la acción civil que queda interrumpida. La suspensión que se encuentra en algunos códigos extranjeros únicamente alcanza a reanudar el plazo. La interrupción, que es recogida de manera única en nuestro Código civil, origina un nuevo cómputo del plazo de prescripción de la acción.

**Responsabilidad por hecho ajeno.**—Se basa en una relación de dependencia o subordinación entre el causante material del daño y el empresario demandado, requiriendo que el acto antijurídico y lesivo haya sido realizado en la esfera de actividad del responsable, con posibilidad de acción directa contra el titular de la empresa (SS de 18 de junio de 1979, 4 de enero de 1982, 28 de febrero de 1983 y 26 de junio de 1984.) En cuanto a la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, y acudiendo a la responsabilidad por riesgo, hace indispensable una actuación culposa del dependiente (S de 9 de julio de 1984). (STS de 24 de junio de 2000; ha lugar.)

**HECHOS.**—Don Sergio G.B. prestaba servicios como ayudante minero para la empresa *Minera P., S. A.*, desde marzo de 1987. En febrero de 1988 sufrió un accidente siendo atrapado por el cable de un torno (en el momento en el que el entibador y la víctima procedían a sujetar un cabestrante, otro obrero accionó el mecanismo de puesta en marcha del torno), y ello le produjo lesiones en la pierna izquierda de tal magnitud (aunque el parte médico lo calificara como «leve») que motivaron primero la Incapacidad Laboral Transitoria, posterior Invalidez Provisional hasta marzo de 1991 y calificación de secuelas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social como Incapacidad Permanente Total en abril de 1991. Tras ello, en dicho mes se presentó denuncia para determinar el alcance delictivo

de los hechos, concluyendo en auto de junio de 1991, adquiriendo firmeza con el «visto» del Ministerio Fiscal en julio de 1991. En junio de 1992 se presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Ponferrada contra don Jose G.G., don Mario A.A., don Constantino L.D. y *Minera P., S.A.*, solicitando la cantidad de diez millones de pesetas en concepto de indemnización de daños y perjuicios, derivado del accidente reseñado. Tras la alegación de excepción de prescripción de la acción por conocimiento desde febrero de 1988 de la gravedad de las lesiones, se desestimó la demanda interpuesta. Contra dicha sentencia se recurrió en apelación, desestimando de nuevo el recurso. Se presentó ante la Sala 1.<sup>a</sup> del TS recurso de casación, por infracción de los artículos 1902, 1093, 1103 y 1114, 1968.2.<sup>o</sup> CC.

NOTA.—Se establece como regla general, según Pantaleón Prieto (voz «Prescripción», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo III, Madrid 1995), la irrelevancia de que el titular conociera o pudiera conocer la existencia de la pretensión para que la prescripción comience. La excepción se encuentra en el párrafo 2.<sup>o</sup> del artículo 1968.2.<sup>o</sup> CC. Resulta indiferente que los efectos dañosos se prolonguen en el tiempo, no obstante en los casos de lesiones la prescripción no comienza hasta que el lesionado no obtenga el alta médica definitiva, según doctrina jurisprudencial que parece ser discutible. La interpretación jurisprudencial en torno a la relación entre los artículos 1969 CC y 114 LECr es errónea, según el autor mencionado, en cuanto que la prescripción comenzará sólo cuando gane firmeza la resolución que ponga término al proceso penal es errónea, ya que no se trata de un problema en estos casos de comienzo de la prescripción; según la doctrina jurisprudencial, finalizado el plazo del artículo 1968.2.<sup>o</sup> CC, la apertura de un procedimiento penal para revivir la acción prescrita. Nos hallamos ante un supuesto de interrupción (art. 1973 CC) cuando la pretensión indemnizatoria se haya ejercitado en el procedimiento penal; en caso contrario estaremos ante una suspensión de la prescripción (siendo dudoso ya que nuestro ordenamiento posibilita la reclamación extrajudicial). (*P. S. S.*)

## DERECHO DE LA PERSONA

**6. Competencia objetiva por razón de la materia en las reclamaciones por vulneración o desconocimiento de los derechos fundamentales conforme a la Ley 62/1978, de 26 de diciembre.**—Conforme al artículo 111 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, las reclamaciones por vulneración o desconocimiento de los derechos fundamentales de la persona comprendidos en el ámbito de dicha ley se formularán ante los Juzgados de Primera Instancia correspondientes a la localidad donde se haya producido el hecho o radique el registro u oficina en que deban manifestarse. (**STS de 3 de marzo de 2000**; no ha lugar.)

HECHOS.—*Radio Santander, Radio Popular, RTVE, Diario Montañés, RNE, Onda Cero* y la *Asociación de la Prensa de Canta-*

bria promueven, ante la Sala de lo Civil y Penal de Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, demanda incidental de protección civil de derechos fundamentales de la persona, contra don Juan H. C., Presidente de la Diputación Regional de Cantabria, y contra el Jefe del Gabinete de Protocolo, Relaciones Institucionales y Medios de Comunicación de dicha Comunidad Autónoma, suplicando sentencia estimativa de la misma que declare la vulneración del artículo 20.1 CE sufrida, el derecho de los mismos a asistir a las ruedas de prensa que tengan carácter oficial convocadas por la Diputación Regional de Cantabria, así como a que se publique en prensa la sentencia y se condene en costas a los demandados. La sentencia desestima la demanda, y contra la misma se interpone recurso de casación, desestimado por el TS al entender que la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria no es competente para conocer del asunto, y, por ello, declara la falta de competencia objetiva de dicha Sala y la nulidad de las actuaciones practicadas desde la providencia en que dicha Sala admite a trámite la demanda, sin entrar a valorar la cuestión objeto del proceso.

NOTA.—Debe aclararse que hoy día el artículo 11 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, junto a los artículos 12 a 15, fueron derogados por la DD Única, punto 2.3, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (A. J. Q. S.)

**7. Derecho al honor y libertad de información: colisión entre ambos. La veracidad de la información y la doctrina del reportaje neutral: no cabe su aplicación a este caso.**—Para resolver el conflicto o colisión entre dos derechos de rango constitucional como son el derecho al honor (art. 18) y el derecho a difundir información veraz o libertad de información (art. 20.1.d), el TC ha establecido una doctrina, seguida por el TS, conforme a la cual debe otorgarse valor preferente a esta última libertad en aquellos casos en los que la información difundida sea de relevancia pública e interés general y resulte veraz.

Respecto al requisito de la veracidad, se ha elaborado doctrinalmente la llamada doctrina del reportaje neutral, «teoría que tiene su base en la jurisprudencia del TS norteamericano que ha creado la figura del *neutral reportaje doctrine*, que parte de la base de un reportaje que recoge unas declaraciones u opiniones, sin que por el informador se exprese o haya valoración alguna, lo que ya, por sí, indica una situación del derecho a la información que no puede ser limitado *per se* con base a una supuesta infracción al honor. Y así se proclama, además, en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 7 de diciembre de 1976 y 8 de julio de 1986, casos *Handyside* y *Lingens*, respectivamente». La aplicación de esta doctrina exige un comportamiento diligente del informador en orden a verificar el hecho de la declaración o las opiniones realizadas y la identidad de quien las hace, por lo que no puede aplicarse cuando o no se cita la fuente o se pretende que ésta sea una información publicada en otro medio el mismo día que la que pretende quedar amparada por dicha doctrina del reportaje neutral.

La inaplicación de la anterior doctrina conlleva necesariamente, para resolver el conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor, a analizar la veracidad de lo publicado y asumido por el informador, aunque tal requisito «no se halla ordenado a procurar la concordancia exacta entre la



información difundida y la verdad material u objetiva de los hechos narrados, sino que, más bien, se dirige a exigir del informador un específico deber de diligencia en la búsqueda de la verdad de la noticia y en la comprobación de la información difundida» (vid. SSTC 6/1988, 107/1988, 105/1990, 171/1990, 172/1990, 178/1993, 336/1993, 41/1994 y 144/98, y SSTs de 20 de diciembre de 1994, 26 de junio de 1996, 5 de febrero, 28 de mayo, 22 de junio, 25 de septiembre, 15 y 25 de noviembre y 31 de diciembre de 1998 y 23 de marzo y 24 de septiembre de 1999) y no puede entenderse que concurre, produciéndose una intromisión ilegítima en el derecho al honor de los afectados cuando «no se hizo la más mínima gestión ni el más mínimo esfuerzo en constatar unos hechos que había transcrito literalmente, sin citar, se vuelve a repetir, la fuente informativa, sobre todo cuando le constaba que una de las afectadas había desmentido tajantemente la noticia (...) A lo que hay que añadir de una manera contundente que ninguna de las imputaciones que se reprochan a las partes recurridas han sido demostradas o averdadas por la prueba practicada en auto, quedando demostrado, al contrario, que todos los movimientos de fondos que se les imputaban eran inexistentes». (STS de 11 de abril de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—En el diario *Alerta* se publicó, el 19 de mayo de 1994, una información en la que se relataban determinadas operaciones financieras, presuntamente irregulares según el antiguo contable de la entidad financiera afectada, llevadas a cabo por familiares de la cúpula judicial de Cantabria, todos ellos citados con nombres y apellidos. Como consecuencia de ello, don Claudio M. A., Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, y su esposa, doña Elisa P. T., interpusieron demanda de juicio incidental de protección de los derechos fundamentales contra este Diario, su editora, *Cantábrico de Prensa, S.A.*, su Presidente-Editor, don Ciriacó D. P., y su Director, don Juan Luis F. V., solicitando se declarara la existencia de intromisión ilegítima en su derecho al honor y, entre otras peticiones, una indemnización de doce millones de pesetas. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia la estimó parcialmente y condenó a los demandados, excepto al Diario al estimar la excepción de falta de legitimación pasiva, a indemnizar solidariamente a los actores con cuatro millones de pesetas, que recibirían a partes iguales.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Santander desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo. (A. G. C.)

**8. Derecho al honor y libertad de información: colisión entre ambos. Doctrina establecida por el TC y seguida por el TS.**—«Cuando surge la colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión, de un lado, y el derecho fundamental al honor, de otro, la jurisprudencia de esta Sala, así como la del TC, se ha decantado por el seguimiento de las siguientes directrices:

- a) que la delimitación entre la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos,
- b) que la tarea de ponderación 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».

En esta tarea de ponderación debe tenerse en cuenta «que el derecho al honor sólo cede ante la libertad de información cuando es veraz y se refiere a asuntos de interés general por las materias sobre las que versa o por las personas que en ellas intervienen» (*vid.* recientemente SSTS de 25 de noviembre de 1998, 15 y 29 de enero, 8 y 23 de marzo, 24 y 25 de septiembre, 20 y 25 de octubre y 20 y 30 de noviembre de 1999 y 4 y 13 de marzo de 2000).

**Veracidad de la información como específico deber de diligencia en la búsqueda de la verdad.**—Tiene establecido el TC (*vid.* SS 6/1988, 107/1988, 105/1990, 171/1990, 172/1990, 178/1993, 336/1993, 41/1994 y 144/98), y es acogido también por el TS (últimamente, SS de 5 de febrero, 28 de mayo, 22 de junio, 25 de septiembre, 15 y 25 de noviembre y 31 de diciembre de 1998, 23 de marzo y 24 de septiembre de 1999 y 4 de marzo de 2000), que por información veraz [el art. 20.1, apartado *d*), reconoce el derecho a transmitir información «veraz»] debe entenderse no solamente aquella que objetivamente lo es, sino también aquella información que es obtenida y publicada después de que el informador hubiera llevado a cabo una diligente búsqueda de la verdad y hubiera comprobado y contrastado la noticia con datos objetivos o con fuentes informativa fiables y sólidas. Por ello, «no debe caber duda que únicamente una declaración manuscrita de una persona que dice ser contable de la empresa *Intra*, sobre una contabilidad de unos datos de unos disquetes, de la que no existe la más mínima apariencia de veracidad, y sobre todo provenientes de una persona —Sr. L.— que había sido despedido de la empresa precisamente por causa de la desaparición de la contabilidad, hace que nunca podrá estimársele como fuente fiable». (STS de 11 de abril de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—En el diario *El Mundo* se publicó, el 19 de mayo de 1994, un artículo periodístico en el que se decía que familiares de la cúpula judicial de Cantabria habían llevado a cabo determinadas operaciones financieras de forma irregular, según afirmaba el anti-guero contable de la entidad financiera afectada. Por ello, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, don Claudio M. A., y su esposa, doña Elisa P. T., interpusieron demanda de juicio incidental sobre protección de los derechos fundamentales contra aquel Diario, su editora, *Unidad Editorial, S.A.*, su Presidente, don Alfonso de S. C., su Director, don Pedro José R. C., y contra don José María Z. C, solicitando se declarase la existencia de intromisión ilegítima en su derecho al honor y una indemnización de doce millones de pesetas, entre otros extremos. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia absolvió a don Alfonso de S. C. y condenó a los demás demandados a indemnizar solidariamente a cada uno de los demandados con dos millones de pesetas.

Apelada la sentencia por los demandados, con adhesión a este recurso por la parte demandante, la Audiencia Provincial de Santander desestimó el recurso y confirmó la resolución de primera instancia. Recurrieron en casación los demandados condenados y el TS declaró no haber lugar a este recurso.

NOTA.—Dos cuestiones merecen ser resaltadas de la presente sentencia. La primera, la relación que guarda con la sentencia de la misma fecha (la núm. 420/2000, siendo la actual la núm. 426/2000),

pues aunque existen lógicas diferencias en cuanto a las fechas de las sentencias de primera y segunda instancia en ambas (31 de mayo de 1995 y de marzo de 1997, frente a 6 de mayo de 1996 y 5 de febrero de 1998 de la que aquí anotamos), sin embargo, en ambas el Ponente es el mismo (Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), los demandantes son los mismos, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (don Claudio M. A.) y su esposa (doña Elisa P. T.), los demandados son dos periódicos y sus sociedades editoras (*Cantábrico de Prensa, S. A.*, del diario *Alerta*, por un lado, y *Unidad Territorial, S. A.*, del diario *El Mundo*, por otro), en ambas demandas se solicita como indemnización la cantidad de doce millones de pesetas a partes iguales y finalmente los tribunales conceden dos millones a cada uno de los demandantes (en ambos casos, la sentencia de primera instancia es confirmada en apelación y el TS declara no haber lugar al recurso interpuesto), idénticos fueron los hechos publicados que dieron origen a los procesos judiciales, y por fin, la publicación de estos hechos se produjo el mismo día, el 19 de mayo de 1994.

La segunda de las cuestiones planteadas se refiere exclusivamente a la presente sentencia y se centra en el problema de prueba que en ella se planteó. En efecto, se había solicitado una prueba pericial en primera instancia para tratar de descifrar (en realidad, leer) el contenido de unos archivos en soporte disquete en los que presuntamente quedaba probada la veracidad objetiva de las informaciones que habían sido publicadas y que habían dado origen al litigio, es decir, las presuntas irregularidades financieras cometidas por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria y su esposa. Estos disquetes parece que procedían del antiguo contable de la entidad financiera a cuyo través se había actuado irregularmente, según decía la publicación.

Es sorprendente que la práctica de dicha prueba fracasara porque, según consta, el «programa» utilizado en el proceso para transcribir los archivos no reconocía el documento, tras lo cual los demandados presentaron como prueba documental la transcripción que ellos mismos habían realizado de los archivos, lo que no fue admitido por el Juzgado al no estar dicho documento autenticado.

El fracaso de esta prueba pericial llevó también al TS, recogiendo literalmente la doctrina de la STC 144/1998, a entender que la información no era veraz porque entendía que no había cumplido el informador «un específico deber de diligencia en la búsqueda de la verdad de la noticia y en la comprobación de la información difundida, de tal manera que lo que se transmite como hechos o noticias haya sido objeto de precio constante [previo contraste] con datos objetivos o con fuentes informativas de solvencia», puesto que en el presente caso solamente quedaba como prueba de la diligencia del informador una declaración manuscrita de una persona que decía ser el contable de la entidad financiera sobre una contabilidad a cuyo contenido no se había podido tener acceso de forma fidedigna precisamente por el fracaso de dicha prueba pericial. (A. G. C.)

**9. Colisión entre el derecho al honor y las libertades de información y de expresión. Directrices establecidas por el TC y seguidas por el TS para su resolución.**—«Cuando surge la colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión, de un lado, y el derecho fundamental al honor, de otro, la jurisprudencia de esta Sala, así como la del TC, se ha decantado por el seguimiento de las siguientes directrices:

a) que la delimitación entre la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos,

b) que la tarea de ponderación 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.

Pero además es preciso añadir y en relación a lo anterior, que el honor como objeto consagrado en el artículo 18.1 CE, es un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento; de ahí que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué debe tenerse por lesivo del derecho fundamental que le protege.

Ahora bien, el derecho al honor comprende la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas (SSTC 107/1988, 185/1989, 171/1990, 223/1992, 170/1994, 139/1995 y 3/1997, entre otras). Además, hay que afirmar que las libertades de expresión e información recogidas en la Constitución Española —arts. 20.1.a) y d)— no puedan dar amparo constitucional a expresiones formalmente injuriosas e innecesarias para el mensaje que se trata de divulgar (SSTC 6/1988, 59/1989, 105/1990, 190/1992, 123/1993, 170/1994, 76/1995, 138/1996, 3/1997, 1/1998 y 46/1998, entre otras)».

**El prestigio profesional forma parte del derecho al honor.**—Como tienen establecido el TC (SS 223/1992, 76/1995 y 180/1999) y el TS (a partir sobre todo de las SS de 18 de noviembre de 1992 y 25 de marzo de 1993, y más recientemente, de 15 de diciembre de 1997, 27 de enero de 1998, 22 de enero de 1999 y 15 de febrero de 2000), «el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor personal». (STS de 17 de abril de 2000; ha lugar.)

**HECHOS.**—En diversas fechas de los años 1993 y 1994 se publicaron cuatro artículos periodísticos en el diario *Alerta*, donde se vertían diversas informaciones y críticas relativas al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria y su esposa, donde a él se le reprochaba su actitud de búsqueda de notoriedad, su autoproclamado posicionamiento político y su falta de imparcialidad, entre otros, y a ella se le imputaba haber accedido a un puesto de trabajo en la Diputación provincial en condiciones «más que sospechosas». Como consecuencia de ello, don Claudio M. A. y doña Elisa P. T. interpusieron demanda de juicio incidental sobre protección de los derechos fundamentales contra la editora del periódico, *Cantábrico de Prensa, S.A.*; su Presidente-Editor, don Ciriaco D. P.; su Director, don Juan Luis F. V., y contra don José Ramón S. F., autor de los artículos, solicitando se declarase la existencia de intromisión ilegítima.

tima en el derecho al honor de los demandantes y se indemnizara con doce millones de pesetas. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia la estimó parcialmente y condenó a don José Ramón S. F. a indemnizar a los actores con cuatro millones de pesetas, absolviendo al resto de los demandados.

Apelada la sentencia por don José Ramón, la Audiencia Provincial de Santander estimó íntegramente el recurso y absolvió al recurrente. Interpuesto recurso de casación por los demandantes, el TS declaró haber lugar al mismo y confirmó la sentencia dictada en primera instancia.

NOTA.—En la presente sentencia el TS reitera la muy consolidada doctrina establecida para resolver los conflictos entre las libertades de expresión y de información y el derecho al honor. Aunque en ocasiones pudiera parecer otra cosa (debiendo también obviarse la afirmación de que: «se puede decir que el derecho fundamental de libertad de expresión en relación con el más genérico de libertad de información»), se vuelve a establecer como elemento básico de análisis la distinción entre ambas libertades, tal y como se había afirmado especialmente en las SS de 13 de noviembre de 1997 y 30 de julio de 1998, siguiendo las SSTC 159/1986, 172/1990 y 3/1997, en las que se establece que lo primero que debe realizarse en la tarea de ponderación es establecer cuál de estas libertades es la que ha entrado en conflicto, puesto que ello determina los requisitos exigibles para su resolución.

En la sentencia que anotamos es claro que la libertad que entra en conflicto es la de expresión, para cuya prevalencia frente al derecho al honor se exige que las opiniones o juicios de valor emitidos se refieran a asuntos de relevancia pública que sean de interés general y que no aparezcan acompañados de expresiones o calificativos vejatorios, insultantes o denigrantes que nada aporten a la formación de la opinión pública libre y que sólo pretendan la pública difamación de una persona citada con su nombre y apellidos (así, SSTC de 4 de noviembre de 1986, 25 de marzo y 29 de diciembre de 1995, 5 de junio de 1996, 9 de febrero de 1998 y 16 de febrero de 1999, entre las más importantes). En este caso, el TS entiende que la intromisión ilegítima existe, a pesar de que los artículos periodísticos que dieron origen al proceso (que indudablemente hacían alusión a asuntos de relevancia pública e interés general por referirse a presuntas irregularidades cometidas por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria y su esposa) se limitaban a criticar la labor profesional llevada a cabo por una persona de proyección pública, reprochándole su imparcialidad, su falta de discreción y constante búsqueda de notoriedad y el haberse posicionado políticamente en público. Todo ello lleva al Alto Tribunal a casar la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmar la dictada en primera instancia, indemnizando a los actores con dos millones de pesetas a cada uno (la misma cantidad que la establecida, también por el mismo Ponente, en las dos sentencias dictadas con fecha 11 de abril de 2000 y que se referían también a los mismos hechos).

El interés de tal resolución se centra en haber declarado la existencia de intromisión ilegítima en un caso en el que una persona de proyección pública, cuyo ámbito de protección debe entenderse más

reducido (STS de 14 de junio de 1996), resulta criticada sin haberse utilizado para ello expresiones que puedan juzgarse como insultantes o denigrantes, y además, dicha crítica se refiere a su prestigio o labor profesional, que se incluye con buen criterio (*vid.* también la STS de 11 de octubre de 1999) dentro del concepto de honor a los efectos de su protección. (A. G. C.)

**10. Colisión entre el derecho al honor y libertad de información: doctrina del TC y del TS.**—La resolución de los posibles conflictos o colisiones entre el derecho al honor y el derecho a difundir información veraz o libertad de información, ambos de rango constitucional y sin relación jerárquica [arts. 18.1 y 20.1, apartado *d*), CE], debe realizarse atendiendo a las directrices o criterios establecidos por el TC, seguidos por el TS, conforme a los cuales debe llevarse a cabo una tarea de ponderación de forma casuística, aunque otorgando valor preferente a la libertad de información en aquellos casos en los que la información difundida sea de relevancia pública e interés general y resulte veraz (recientemente, SSTS de 25 de noviembre de 1998, 15 y 29 de enero, 8 y 23 de marzo, 24 y 25 de septiembre, 20 y 25 de octubre y 20 y 30 de noviembre de 1999 y 4 y 13 de marzo de 2000). La veracidad de la información concurre cuando el informador ha desplegado una suficiente actividad, de acuerdo con lo que es exigible a un profesional, en orden a la comprobación y contraste de la noticia publicada con datos objetos (últimamente, SSTS de 15 y 25 de noviembre y 31 de diciembre de 1998, 23 de marzo y 24 de septiembre de 1999 y 4 de marzo de 2000), debiendo entenderse cumplido este requisito cuando lo publicado coincide «sustancialmente» con el contenido de las fuentes, aunque no exista coincidencia absoluta (en el mismo sentido, SSTS de 6 de marzo, 14 y 30 de diciembre de 1995, 26 de junio de 1996, 13 de febrero de 1997 y 8 de marzo de 1999).

«En relación con las directrices jurisprudenciales expuestas, es de incluir, asimismo, aquellas que conceden mayor prevalencia al interés general cuando la persona afectada por la tarea informativa ostenta el carácter de persona pública en función del cargo desempeñado en la vida política, en cuyos casos, la protección a los derechos fundamentales recogidos en el artículo 18.1 CE debe ceder, en una mayor medida, frente a los reconocidos en los apartados *a*) y *d*) de su artículo 20.1» (STS de junio de 1996). Un último elemento a tener en cuenta para resolver la colisión entre estos derechos es que las libertades de información y de expresión no pueden amparar informaciones que contengan expresiones denigrantes o insultantes, absolutamente innecesarias para el ejercicio de aquellas libertades, y que tengan como único objetivo el menosprecio o la denigración de la reputación ajena (así, SSTS de 4 de noviembre de 1986, 25 de marzo y 29 de diciembre de 1995, 5 de junio de 1996, 9 de febrero de 1998 y 16 de febrero de 1999, entre otras).

**Aplicación de la doctrina del reportaje neutral: determinación de la diligencia exigible al informador en este caso.**—Respecto al requisito de la veracidad, cuando el medio informador se limita a recoger y reproducir las declaraciones u opiniones ajenas, sin expresar valoración alguna, se está en presencia de la llamada «doctrina del reportaje neutral», elaborada por el TS norteamericano, y se entiende que la información así publicada es veraz siempre y cuando el informador despliegue un comportamiento suficientemente diligente en orden a verificar el hecho de la declaración o

las opiniones realizadas y la «identificación necesaria del sujeto que emite las opiniones o noticias, que de este modo quedan limitadas por la propia credibilidad de su autor» (SSTC 6/1988, 107/1988, 105/1990, 171/1990, 172/1990, 178/1993, 336/1993 y 144/1998, y SSTs de 13 de noviembre de 1997, 5 de febrero, 28 de mayo, 22 de junio, 25 de septiembre, 15 y 25 de noviembre y 31 de diciembre de 1998 y 19 de febrero, 23 de marzo y 24 de septiembre de 1999).

Pero también, «el mínimo de diligencia exigible ha de entenderse que abarca, además de a los extremos anteriores, a la entidad de la noticia valorada en relación con su conexión material con el objeto del debate público y a la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de los datos transmitidos, para evitar que el reportaje neutro sirva indebidamente de cobertura de meras suposiciones o rumores absolutamente injustificados para cualquier sujeto mínimamente atento» (STC 41/1994 y STS de 5 de junio de 1996), y además, «el respeto al honor, como derecho fundamental, impone al medio la específica obligación de permanecer accesible a la persona o personas afectadas por las manifestaciones presuntamente injuriosas para que a su vez puedan hacer públicas las alegaciones que estimen convenientes para desmentir los hechos o para defender su buena fama». (STS de 18 de abril de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—En el diario vasco *Egin*, entre noviembre de 1990 y enero de 1991, aparecieron diversas publicaciones en las que se reproducían, sin añadir comentario alguno y citando como fuente el periódico *Diario 16*, diversas informaciones relativas al llamado *Informe Navajas* y a la presunta vinculación de la Guardia Civil con el narcotráfico, así como otras noticias en relación al entonces Teniente Coronel de dicho cuerpo, don Enrique R. G. Por otro lado y en el mismo diario, aparecieron también a partir de febrero de 1991 detalladas informaciones sobre el patrimonio familiar de dicho Teniente Coronel y sobre el importante incremento que éste había experimentado en los últimos años.

Por este motivo, don Enrique R. G. interpuso demanda de juicio incidental sobre protección de los derechos fundamentales contra el diario *Egin*, su sociedad editora, *Orain, S. A.*, su Director, don Xavier O. A., y contra los periodistas del mismo, don José Benigno R. R y don Pablo María M. P., solicitando se declarase la existencia de intromisión ilegítima en su derecho al honor y una indemnización de treinta millones de pesetas. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimándola parcialmente y condenó a los demandados a indemnizar al actor con diez millones de pesetas.

Apelada la anterior sentencia, la Audiencia Provincial de Bilbao estimó el recurso, revocó la sentencia y desestimó la demanda. Interpuesto recurso de casación por el demandante, el TS declaró no haber lugar al mismo. (A. G. C.)

**11. Derecho al honor y libertad de expresión con relación a personas que ocupan un cargo de autoridad pública.**—El TC ha declarado en reiteradas ocasiones (SSTC 107/1988, 105/1990, 85/1992, 336/1993 y 3/1997) que los límites de la crítica permitidos en el ejercicio de la libertad de expresión reconocida en el artículo 20.1.a) CE son más amplios, si ésta se refiere a personas dedicadas a actividades públicas, puesto que las mismas están expues-

tas a un mayor control de sus actividades y manifestaciones, control propio de un Estado de Derecho. Por dicho motivo esa crítica es inseparable de todo cargo público, y más aún en lo relacionado con asuntos de interés general. Sin embargo, no significa de modo alguno que, en atención a su carácter público, dichas personas queden privadas de ser titulares del derecho al honor que el artículo 18 CE garantiza (SSTC 105/1990, 190/1992 y 336/1993). Como derecho derivado de la dignidad humana, y, por ende, consagrado como derecho fundamental en nuestra Carta Magna, no puede ser libremente negado o desconocido a través de cualquier expresión proferida o cualidad atribuida que lo haga desmerecer tanto en el marco interno de la propia persona afectada, como en el externo o ámbito social y profesional en el que cada uno desarrolle su actividad. Por dicho motivo se entiende que se sobrepasan los límites de la libertad de expresión y de información y que, por tanto, se produce una intromisión ilegítima del derecho al honor, cuando se atribuye a una persona que ocupa un cargo público la participación en un delito de tráfico de drogas, sin que dicha extralimitación se pueda entender justificada ni por el carácter público del personaje en cuestión ni por ser una cuestión de interés general.

**Doctrina jurisprudencial acerca de las publicaciones de cartas en medios periodísticos. Deber de diligencia y comprobación de la identidad del autor.**—La publicación en un medio de comunicación de un escrito, en este caso una carta, dentro de la sección «Cartas al Director», ajenos al mismo tanto el escrito en cuestión como su autor, requiere la identificación previa del mismo para que, en caso de ser el contenido de la carta lesivo de alguno de los derechos consagrados en el artículo 18 CE con respecto a un tercero, asuma la responsabilidad que del mismo pueda derivarse. Por el contrario, cuando no ha quedado suficientemente probada la identidad del autor de la carta, «en tal supuesto dicho escrito no constituyó una acción que pueda ser separada de la publicación por el medio, conforme a la doctrina expuesta en la STC 159/1986» (FD 2.º). «Al autorizarse la publicación del escrito pese a no conocer la identidad del autor, ha de entenderse que el medio, por ese hecho, ha asumido su contenido, lo cual entraña una doble consecuencia: en primer lugar, el ejercicio de las libertades que el artículo 20.1 CE reconoce y garantiza habrá de ser enjuiciado, exclusivamente, en relación con el medio, dado que el redactor del escrito es desconocido. En segundo término, al medio le corresponderá o no la eventual responsabilidad que pueda derivarse del escrito si su contenido ha sobrepasado el ámbito constitucional protegido de la libertad de información y, en su caso, de la libertad de expresión, lesionando el honor de terceras personas o, por el contrario, lo ha respetado» (FJ 3, STC 3/1997 de 13 de enero).

El deber de diligencia del director del periódico se materializa en la constancia por parte del medio de la identidad del remitente, no siendo suficiente, como en el caso que nos ocupa, conformarse con los datos identificadores que en la carta se hacían constar, para evitar que los mismos resulten que no se corresponden con persona alguna. (STS de 7 de junio de 2000; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El día 24 de enero de 1992 se publicó en la sección «Cartas al Director» del *Diario LNE* el texto de una carta firmada por C.M.A., a la que en su momento acompañó fotocopia del DNI, cuyos datos no se correspondían con la realidad. En la misma, bajo el título «Apología del terrorismo del Alcalde de C», don JA. P.P., se afirmaba con respecto al mismo que «siendo aún Concejal, fue dete-



nido en el aeropuerto de Barajas en relación al tráfico de cocaína...». Interpuesta una querrela criminal, se dictó auto de sobreseimiento al no haberse podido identificar al autor de la carta. La representación legal de don JA. P.P., interpuso demanda ante el Juez de Primera Instancia, solicitando que se dictara sentencia en la que se declarara que la publicación en cuestión constituía una intromisión ilegítima en su derecho al honor y en su imagen pública, que se publicara el texto íntegro de la sentencia, así como la condena solidariamente a los demandados, director y subdirector del periódico en cuestión y la editorial *Prensa S. A.*, al pago de la correspondiente indemnización. Estimada parcialmente la demanda, ambas partes interpusieron recurso de apelación. La Audiencia Provincial dictó sentencia en la que, desestimando el recurso de la parte demandada, estimó el interpuesto por don JA. P.P. La representación legal de la parte demanda interpuso recurso de casación, con base, entre otros motivos, en la infracción de la normativa y la jurisprudencia aplicables al caso, y en concreto, del artículo 20.1.d) CE.

NOTA.—El TS ante un nuevo supuesto de colisión del derecho al honor y el derecho a comunicar y/o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, reitera su jurisprudencia anterior (STS de 13 de noviembre de 1997) acerca de la responsabilidad de los directores de medios periodísticos en relación con el contenido de las llamadas «Cartas al Director», cuando por falta de diligencia de los mismos no se compruebe la identidad de los autores, y el contenido de las mismas se entienda, como es el caso, que es atentatorio del derecho al honor de un tercero. Sin embargo, del relato fáctico de los hechos no se desprende con claridad que consistió la falta de diligencia del director y subdirector, pues si bien en el FD 1.º se señala que a la carta se acompañó copia del DNI, por el contrario en el FD 2.º se indica que por el mismo no se llevó a cabo ninguna actividad tendente a la identificación de la persona que firmaba la carta publicada, «dando por buenos los datos identificadores que en ella se hacían constar, habiendo resultado inexistente persona alguna que respondiese a los mismos». En otros casos enjuiciados por el TC y reseñados por la sentencia que nos ocupa, la responsabilidad del director se debió a un fallo del medio cuando se procedió a la transferencia de los datos del DNI a su base de datos [Antecedentes 2.b) STC 3/1997 de 13 de enero] o a la autorización por él dada a la publicación de una carta a la que no se acompañaba número del DNI, por haber el remitente dirigido con anterioridad otras cartas al periódico ( FJ 2.º, STC 336/1993, de 15 de noviembre). (R. D. O.)

**12. Colisión entre libertad de información y derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen: el criterio del interés general.**—Para que pueda proclamarse la prevalencia del derecho a la información sobre el de protección al honor, la intimidad y la propia imagen se requiere en general (además de tenerse en cuenta las circunstancias específicas de cada caso concreto) que la noticia publicada (además de su veracidad, que aquí nadie se cuestiona) verse sobre hechos de interés general con trascendencia política, social o económica. La noticia de una violación cometida, indudablemente es de interés general dada la grave y notoria trascendencia social que tiene, pero,

en cambio, carece en absoluto de interés general (salvo algún supuesto muy excepcional que aquí no se da) la noticia de la identidad de la persona violada, que, además de la muy grave afrenta recibida con la violación en sí, se ve doblemente afrentada con la innecesaria divulgación de su identidad, con el consiguiente ataque a su propia intimidad, que es lo que hizo el diario en el reportaje periodístico objeto del litigio.

**Revisión en casación del *quantum* indemnizatorio.**—En materia de intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen de las personas, el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección del honor, la intimidad y la propia imagen, marca unas pautas valorativas del daño moral: «se resolverá atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido», por lo que cuando tales pautas no hayan sido tenidas en cuenta en la sentencia recurrida o lo haya sido de manera claramente arbitraria, inadecuada o irracional, puede ser revisada en casación, con carácter excepcional, la fijación del *quantum* indemnizatorio hecha por el Tribunal de apelación. (STS de 21 de febrero de 2000; ha lugar en parte.)

**HECHOS.**—El diario *Alerta* de Cantabria, en su edición de 6 de octubre de 1990, publicó un reportaje, en el que, bajo el título «Encarcelado un “violador” que asegura tener pruebas de su total inocencia», informaba de que la víctima era «Nuria C.C.», «la joven Nuria-Patricia, de 18 años», con domicilio en el portal núm. 72 de la calle San Fernando, con una fotografía en cuyo pie decía «Portal de la calle San Fernando donde se produjo la violación de Nuria» agregando el artículo, en otro pasaje del relato, que la víctima era «virgen». La aludida, al considerar que esta información atenta contra su derecho a la intimidad, demanda (al amparo de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen) al periódico, así como al periodista autor del artículo y al fotógrafo autor de la fotografía. En primera instancia son condenados tanto la mercantil editora del periódico como el redactor del artículo y es absuelto el fotógrafo; la audiencia revoca parcialmente la sentencia de primera instancia, en el sentido de rebajar la cuantía de la indemnización. (M. C. P. A.)

**13. Exigencia de veracidad en la información como presupuesto de la libertad de información.**—Tal como establece la STC de 15 de julio de 1999, con arreglo a la doctrina reiterada de ese Tribunal, la exigencia de que la información debe ser veraz para encontrar protección en el artículo 20.1.d) CE, no va dirigida tanto a la imposición de una rigurosa total exactitud en el contenido de la información, cuanto a negar la protección constitucional a la transmisión como hechos verdaderos, bien de simples rumores carentes de toda constatación, bien de meras invenciones o insinuaciones, sin comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente, y ello, a pesar de que su total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado (SSTC 6/1988, 107/1988, 105/1990, 171/1990 y 172/1990).

**La existencia de perjuicio se produce siempre que se acredite la intromisión ilegítima.**—Tal como establece el artículo 9.3 de la Ley Orgánica de 5 de mayo, de 1982, «la existencia de perjuicio se producirá siempre que se

acredite la intromisión ilegítima», por lo que acreditada dicha intromisión es evidente que ello conduce a la existencia de perjuicio y, por tanto, se declara la responsabilidad de los codemandados. La condena debe comprender los llamados daños morales y perjuicios causados, aunque no sean de tipo económico. (STS de 17 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—En el primer informativo de la mañana la periodista-locutora de la cadena SER en Melilla facilitó la noticia de que A.V.A., en compañía de otro, había sido detenido en Málaga como presuntamente implicado en una operación de tráfico de veinticinco kilos de cocaína, valorada en unos cien millones de pesetas, y que la implicación de esta persona en las actuaciones de esta naturaleza venía circulando en calidad de rumor por las calles de Melilla. A pesar de que posteriormente este mismo medio desmintió la noticia en otros tres informativos y en los tres diarios que se editan en Melilla, por haberse producido un error *in personam*, el aludido en esta información demanda a la periodista, al director de la emisora y a la *Sociedad Española de Radiodifusión, S.A. (SER)*, por considerar que se ha producido una intromisión ilegítima en su derecho al honor. En primera instancia se declara la responsabilidad solidaria de los demandados y la sentencia en confirmada por la Audiencia Provincial. (M. C. P. A.)

**14. Inclusión del «prestigio profesional» dentro del ámbito del derecho al honor.**—El «prestigio profesional» se incluye entre los bienes tutelados dentro del ámbito del derecho al honor. Esta doctrina deriva de la línea jurisprudencial marcada por el TC en la sentencia de 14 de diciembre de 1992. Pero del mismo modo se pronuncia el TS, antes y después de la Constitución; esta jurisprudencia tiene su punto de arranque en la sentencia de 7 de febrero de 1972, a la cual siguieron otras muchas.

**La veracidad como límite a la libertad de información.**—La desnaturalización de datos ciertos e inclusión de otros no ocurridos, con errores que no eran de carácter meramente circunstancial sino nucleares del artículo y el titular que lo sustentaba, supone quebrantamiento del deber de veracidad que el artículo 20.d) CE impone como límite al derecho a la libertad de información, incurriendo en perjuicio del prestigio profesional de la guardería afectada. Con tal extralimitación de los contornos constitucional y jurisprudencialmente fijados (STC de 24 de junio de 1994 o de 19 de septiembre del mismo año) al derecho a difundir información, se incurrió en intromisión ilegítima del honor (no de la imagen en la forma legalmente protegida como representación gráfica de la persona) prevista en el artículo 7 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982. (STS de 15 de febrero de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—El 14 de noviembre de 1993 el diario *El Periódico de Aragón* publica un artículo acerca de las incidencias sobre un brote de meningitis supuestamente detectado en la guardería infantil «Arco Iris». El reportaje de la periodista M.C.M.A., bajo el título «Cuarentena en el centro de la meningitis» destacaba, entre otros extremos, que la guardería, situada en el barrio de Las Fuentes, permanecería cerrada por cuarentena a raíz de la muerte de uno de sus alumnos. Asimismo señalaba que el servicio de epidemiología de la D.G.A. había decretado el cierre de la guardería hasta que pasara el período de cuarentena y pudiera asegurarse que no existía contagio

de meningitis entre los compañeros del niño fallecido. Finalmente se especificaba qué epidemiología había determinado el tratamiento preventivo con antibióticos para todos los alumnos («Al menor síntoma el niño debía ser trasladado a las urgencias del Infantil»). El artículo se acompañaba con una fotografía de la fachada con el nombre del centro, que aparecía cerrado. Ante las afirmaciones del periódico, las propietarias de la escuela infantil consideran vulnerado su derecho al honor y propia imagen y demandan a la editora-propietaria del periódico, al director del mismo por haber dado su visto bueno, y a la periodista autora del reportaje. (M. C. P. A.)

**15. Derecho a la propia imagen: concepto.**—«La imagen es la representación gráfica de la figura humana, visible y reconocible; concepto acuñado por la doctrina y recogido expresamente por reiterada jurisprudencia, desde las de 11 de abril de 1987, 29 de marzo de 1988, 9 de febrero y 13 de noviembre de 1989, 29 de septiembre y 19 de octubre de 1992 hasta la reciente de 27 de marzo de 1999 que desarrolla el derecho a la imagen en los siguientes términos: de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, el derecho a la propia imagen es el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres especiales de su figura sin consentimiento del sujeto, de tal manera que todo acto de captación, reproducción o publicación por fotografía, filme u otro procedimiento de la imagen de una persona en momentos de su vida privada o fuera de ellos supone una vulneración o ataque al derecho fundamental a la imagen, como también lo es la utilización para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. El derecho se vulnera, también, aunque la reproducción de la imagen de una persona, sin su consentimiento, se haga sin fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga».

**Proyección pública de la persona cuya imagen es reproducida y publicada y lugar en que se obtuvo.**—Cuando se trata de una persona de proyección pública «su derecho al honor disminuye, su derecho a la intimidad se diluye y su derecho a la imagen se excluye, y este último se excluye en aplicación de lo dispuesto en el artículo 8.2.a) de la Ley de 5 de mayo de 1982 que no considera intromisión la publicación de imagen de persona de proyección pública en lugar público» (respecto a esto último, *vid.* SSTS de 28 de diciembre de 1996, 25 de septiembre de 1998 y 16 de febrero de 1999). En este sentido debe entenderse que «una iglesia, lugar de culto, es lugar abierto al público, pero el domicilio de los padres de las demandantes en ningún caso puede tenerse como lugar público».

**Consentimiento para la obtención de la imagen, pero no para su publicación.**—El artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, excluye la intromisión ilegítima cuando media el consentimiento expreso, pues «el consentimiento no sólo excluye el concepto de intromisión, sino que implica el ejercicio del derecho a la imagen, consistencia a algunas profesiones, como las de modelo o actor o actriz de cine o teatro». Sin embargo, debe distinguirse entre consentimiento para la obtención de una imagen y consentimiento para su divulgación o publicación: «la obtención de las fotografías fue voluntariamente no ya aceptado, sino encargado al estudio fotográfico; pero no hubo consentimiento expreso para su publicación en una revista, ni de ningún modo puede deducirse del hecho de tratar-se de una boda con asistencia de invitados» (en el mismo sentido, SSTS de

3 de octubre de 1996 y 18 de julio de 1998). (STS de 24 de abril de 2000; ha lugar.)

**HECHOS.**—La revista *Diez Minutos* publicó, el 21 de julio de 1991, un reportaje en el que posaban, entre otras personas, doña Leonor B. de B. en el día de su boda y su hermana doña Lydia, conocida ésta artísticamente como Lydia Bosch. Dichas fotografías habían sido obtenidas por el estudio del que es titular don Jaime P. R., que había sido contratado al efecto, y reproducían diversos momentos del acontecimiento, tanto en el domicilio de los padres de ambas como en la iglesia donde la primera contrajo matrimonio. Como consecuencia de ello, doña Leonor y doña Lydia interpusieron demanda de juicio incidental sobre protección de los derechos fundamentales contra don Jaime, contra el director de la revista, don Basilio R. A., contra la editora, *Editorial Gráficas Espejo, S.A.*, y contra la agencia que firmaba el reportaje, *Scorpio Agency, S.A.*, solicitando se declarase la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen y a la intimidad de las demandadas y una indemnización a fijar en ejecución de sentencia. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia declarando la existencia de intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y a la propia imagen y condenó a los demandados a indemnizar en cuantía a fijar en ejecución de sentencia.

Apelada esta resolución, la Audiencia Provincial de Madrid estimó los recursos de los demandados y desestimó la demanda. Interpuesto recurso de casación por las demandantes, el TS declaró haber lugar al mismo y condenó a los demandados, excepto a don Jaime P. R., a indemnizar a las actoras con quinientas mil pesetas por haber vulnerado su derecho a la propia imagen, pero no a la intimidad. (A. G. C.)

**16. Títulos nobiliarios. Orden sucesorio por causa de muerte. Normativa aplicable.**—El TS ha reiterado en numerosas ocasiones que la sucesión en los títulos y dignidades nobiliarias se rige por lo dispuesto en la carta de creación de cada uno de ellos, y en caso de no establecerse en la misma una forma específica regirá lo dispuesto en la legislación vigente en nuestro Derecho nobiliario, y en concreto por las Leyes X, Título 1 y 2, Título 15, ambos de la Partida II; Leyes XL y XLV de Toro, especialmente esta última, incluida como Ley 1.<sup>a</sup>, Título 29, libro 11 de la Novísima Recopilación; Real Cédula de Carlos IV de 29 de abril de 1804; Ley Desvinculadora de 11 de octubre de 1820, artículo 13; Real Decreto de 27 de mayo de 1912, artículos 12 y 13; Ley de 4 de mayo de 1948, que restablece en su artículo 1 todas las disposiciones nobiliarias vigentes hasta el 14 de abril de 1931; y, finalmente, el Decreto de 4 de junio de 1948, artículo 5.

**Constitucionalidad y vigencia del principio de varonía.**—La actual naturaleza meramente honorífica reconocida a los títulos nobiliarios conduce a contemplar a los mismos como simples prerrogativas de honor, como *nomen iuris*, que no llevan aparejados como antaño «status o condición estamental privilegiada» (FJ 12, STC de 3 de julio de 1997). La diferenciación por razón de sexo contenida en los títulos posee en la actualidad un valor meramente simbólico, dado que el fundamento de la diferenciación que incorporan no

está vigente y se encuentra vacía de contenido material (FJ 15, STC de 3 de julio de 1997). No siendo discriminatorio y, por tanto inconstitucional el título de nobleza, «tampoco puede serlo dicha preferencia (del hombre sobre la mujer)», puesto que «resultaría paradójico que el título de nobleza pudiera adquirirse por vía sucesoria no tal como es y ha sido históricamente según los criterios que han presidido las anteriores transmisiones, sino al amparo de criterios distintos» (FD 3.º).

**Reivindicación de dignidades nobiliarias. Legitimación pasiva.**—No puede alegarse por la parte recurrente falta de litis consorcio pasivo necesario por no haberse procedido a la citación mediante edictos de todas y cada una de las personas que se crean con mejor derecho al título litigioso, puesto que la declaración del derecho sólo produce efectos frente a los demandados, y no excepción de cosa juzgada en contra de un «tercero fantasmagórico». Además, como consecuencia de la naturaleza jurídica de la Carta de Sucesión, como autorización administrativa para el uso efectivo nobiliario, esto es, como simple cédula posesoria con reserva de propiedad a favor del prellamado, la expedición de las mismas siempre se hace «*sin perjuicio de tercero*» (SSTS de 4 de junio de 1963 y 21 de mayo de 1964), puesto que la Administración, tal y como tiene declarado en sus dictámenes el Consejo de Estado, carece de competencia para formular declaraciones de derecho en materia nobiliaria. Así pues, la expedición de las cartas de sucesión no implican, en ningún caso, derecho a la dignidad, las cuales están evidentemente sujetas a la revisión de la jurisdicción (FD 4.º). (STS de 11 de mayo de 2000; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Doña M.<sup>a</sup> Luz G. P. interpuso demanda contra sus hermanos don Hipólito G.P., doña Carmen, G.P. y doña Paloma G.P., solicitando que se dictara sentencia en la que se declarara su mejor derecho a suceder a su padre, don Hipólito G.P, en la posesión del título de Marquesado de Llano, con exclusión de su hermano y del resto de sus hermanas. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la petición. Interpuesto por los demandados el correspondiente recurso de apelación, éste fue desestimado. Contra dicha resolución, la parte demanda interpuso recurso de casación por infracción de las normas del ordenamiento y de la jurisprudencia en relación con la «litis consorcio pasivo necesario», así como por no reconocer la sentencia impugnada la eficacia del artículo 504 LEC, en relación con los artículos 1214 y 327 CC.

**NOTA.**—En la presente sentencia el TS nos ilustra acerca del orden de suceder en los títulos y dignidades nobiliarias, conforme a la legalidad vigente, así como su reiterada jurisprudencia acerca del mismo (SSTS de 11, 13 y 15 de diciembre de 1997, 2 de junio y 20 de julio de 1998, 25 de enero, 9 y 19 de febrero de 1999). Tras declarar la vigencia y constitucionalidad del principio de varonía, desestima, sin embargo, el recurso interpuesto por la parte demanda, don Hipólito G.P., a quien, por aplicación de todo lo anteriormente argumentado le correspondería la sucesión en el título frente a su hermana, doña M.<sup>a</sup> Luz G.P., por no haberse postulado la casación de la sentencia por la parte demanda «por ningún otro motivo con argumentos hoy imperantes en la cuestionada delación sucesoria de los honoríficos títulos nobiliarios». (R. D. O.)

**17. Sucesión de los títulos nobiliarios. Llamamientos con la fórmula «hijos y sucesores legítimos». Hija extramatrimonial.**—En la sucesión por causa de muerte en los títulos nobiliarios el orden de suceder lo determina la carta de creación de cada uno de ellos y, en su defecto, por lo ordenado en la legislación que constituye nuestro vigente Derecho nobiliario (por todas, STS de 11 de mayo de 2000). Así pues, al establecerse en el documento de fundación de la dignidad que el mismo se confiere «a vos, el referido don Antonio L.Z.D., como a vuestros hijos y sucesores legítimos, varones y hembras, por el orden de suceder regular», y teniendo lugar la apertura de la sucesión del título litigioso antes de la promulgación de nuestra Carta Magna y de la Ley de 11 de mayo de 1981, en concreto, en 1973 y 1974, ambos textos legales no pueden servir «de cimiento de la pretensión de la recurrente al no estar en vigor en la fecha del hecho causante» (FD 3.º).

**Prescripción adquisitiva inmemorial. Fijación del *dies a quo* para el cómputo de la misma.**—El TS, aplicando el artículo 42 de la Ley de Toro, que supuso la derogación del principio tradicional de la imprescriptibilidad de los títulos nobiliarios, requiere para que tenga lugar la prescripción adquisitiva de un título nobiliario la posesión pacífica, mantenida, constante e ininterrumpida (SSTS 27 de julio de 1987, 21 de junio de 1989, 3 de enero de 1990, 12 de diciembre de 1990, 4 de junio de 1997, 7 de marzo de 1998), de éste durante cuarenta años (SSTS de 21 de febrero de 1992 y 16 de noviembre de 1994), contados no desde la fecha de creación del mismo, tal y como pretende la parte demandante, sino desde la fecha de la sucesión del mismo, momento en el que se entiende que comienza la posesión pública y pacífica de la merced nobiliaria, bien sea la fecha de la escritura de cesión (STS de 17 de marzo de 1998).

**Doctrina procesal de «equivalencia de resultados».**—El acogimiento de un motivo no supone la casación de la sentencia recurrida, y por tanto, la estimación del recurso, cuando haya de mantenerse el fallo de la resolución impugnada, aunque sea por otros razonamientos distintos a los que en su momento se tuvieron en cuenta, «dado que el carácter de este recurso extraordinario es producir, caso de ser aceptado, una alteración en la parte dispositiva de la resolución de la instancia» (FD 4.º). (STS de 19 de junio de 2000; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El 30 de abril de 1870 se concedió el título de Conde de CT a don Antonio L.Z.D., en el que literalmente constaba que se otorgaba «para vuestros hijos y sucesores legítimos, varones y hembras, por el orden de sucesión regular». Tras el fallecimiento del Conde, se expidió carta de sucesión a favor de su primogénita, y a su óbito, a favor de su hermana Enriqueta L.Z.T., abuela de la demandante. A su fallecimiento, su hijo no solicitó la sucesión, de modo que el título quedó vacante hasta 1954, cuando, tras su fallecimiento, lo reclamó su sobrino carnal Enrique C.V, hijo de su hermana. Tras la muerte de Enrique C.V. en 1969, el título quedó vacante. Ante tal situación, José Ramón L.H. solicitó en 1973 la sucesión del título, expidiéndose a favor del mismo Carta de Sucesión «sin perjuicio de terceros». Posteriormente, en 1974, distribuyó sus títulos entre sus hijos, y el que es objeto de litigio recayó en Ángela L. R. La representación de doña Antonia V.B., hija extramatrimonial de don Antonio L.Z., nacida en 1933, y reconocida en el acta de la inscripción, promovió demanda de juicio declarativo de

mayor cuantía, solicitando que se declaren a su favor los mismos derechos sucesorios con respecto a su bisabuelo don Antonio L.Z., su abuela doña Enriqueta, y su padre don Antonio L.Z., que tendría de haber sido hija matrimonial de este último. Desestimada la demanda en primera instancia, la sentencia fue apelada ante la Audiencia Provincial, siendo igualmente desestimado. Se interpuso recurso de casación alegando, entre otro motivos, por infracción de la LEC por inaplicación de los artículos 14 y 24.1 CE, artículo 108, párrafo segundo, CC, y DT 1.ª y 8.ª de la Ley 11/1981, de 13 de marzo.

NOTA.—En la sentencia que anotamos, y con relación al llamamiento contenido en la Carta de fundación del título litigioso, el TS declara que, al haber tenido lugar la sucesión del título con anterioridad a la entrada en vigor de la CE y de la Ley 11/1981, éstas no tienen efectos retroactivos. Sin embargo, el TS no tiene en cuenta, tal y como el propio TC ha declarado, que «el carácter histórico de una institución no puede excluir por sí sólo su contraste con la CE» (STC 126/1997, FJ 8.º). Puesto que «los principios y valores de ésta informan la totalidad del ordenamiento jurídico», la vigencia de la misma «imposibilita el mantenimiento de instituciones jurídicas (aun con probada tradición) que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales» (STC 76/1988, FJ 3.º).

Los llamamientos con la fórmula «*hijos y sucesores legítimos*» pueden ser objeto de una doble lectura. De una parte, puede entenderse que la locución hijos y sucesores legítimos abarca hijos y sucesores tanto matrimoniales como extramatrimoniales, y el calificativo «legítimos» no hace referencia, en ningún caso, a supuestos de filiación, sino, tal y como establece el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, a su estricta adecuación a la Ley. Sin embargo, conforme a las puras esencias del Derecho nobiliario, otro sector doctrinal y el TS en la sentencia que nos ocupa entienden que el adjetivo «legítimo» se refiere únicamente a quienes ostenten la cualidad de proceder de relaciones matrimoniales. (*R. D. O.*)

**18. Colegios Profesionales: naturaleza jurídica y normas reguladoras.**—La CE establece en su artículo 36 que una Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales, cuya estructura interna y funcionamiento deberán ser, en todo caso, democráticos. Ahora bien, como dice la STC 89/1989, la reserva legal a que se refiere tal artículo está, hoy por hoy, salvada por una Ley predemocrática como es la Ley de Colegios Profesionales de 15 de febrero de 1974, modificada por Ley de 26 de diciembre de 1978 y por el Real Decreto-Ley de 7 de junio de 1996, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y Colegios Profesionales, que modifica los artículos 2, 3 y 5 de dicha Ley, atribuyendo a los artículos 2 y 3 el carácter de legislación básica al amparo del artículo 149.1.º.1 y 18 CE, en la que se configura a dichos Colegios Profesionales como entes reconocidos por el Estado dirigidos no sólo a la consecución de fines estrictamente privados, lo que podría conseguirse con la asociación, sino esencialmente a garantizar que el ejercicio de la profesión se ajuste a las normas o reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad en tal ejercicio (ver asimismo las SSTC 76/1983 y 20/1988).



**El derecho de asociación comprende el de autoorganización o autorregulación. El marco legal regulador de esta materia es anterior a la Constitución.**—El derecho de asociación explicitado en el artículo 22 CE, comprende no sólo el derecho de asociarse, sino también el de autoorganización o autorregulación dentro del marco legal (Ley 191/1964 y Decreto 1440/1995, modificados por Ley 30/1994 de Fundaciones), lo que indica que es uno de los pocos derechos fundamentales cuya regulación legal es anterior a la CE. Con arreglo a ello hay que afirmar que la actividad de las asociaciones, aunque no forma parte de una zona exenta al control judicial, pero sin que este control, como dice la STC 217/1988, pueda afectar a su derecho de autoorganización, limitándose únicamente a comprobar la razonabilidad de las decisiones de los órganos asociativos. Decisiones entre las que se encuentra la plasmación de unos determinados Estatutos, que son el objeto de discusión en el caso concreto de que se trata aquí.

**Derecho de asociación y Colegios profesionales como límite a este derecho.**—Hay que tener en cuenta como límite al derecho de asociación que los Colegios Profesionales, como corporaciones de Derecho público, ejercen unas competencias que suponen un concreto poder público. Con todo, la fijación del ámbito territorial de la asociación, de su domicilio, de la acreditación de sus miembros ante la Administración, la compatibilidad de asociado con la de miembro del Colegio Profesional, la no exclusividad de los intereses ajenos a los profesionales, la posibilidad de intervención en las cuestiones públicas, la programación de acciones adecuadas para conseguir mejoras sociales y económicas para los asociados, la confección de una guía de ejercicio libre de la profesión, la realización de actividades teóricas profesionales; todas esas facultades suponen el núcleo eficaz para un asociacionismo lógico y racional y además no significan un menoscabo o interferencia de las facultades o atributos de un Colegio Profesional. (STS de 16 de marzo de 2000; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El Colegio Oficial de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales de Cataluña impugna los Estatutos de la «Asociación Profesional Ejercicio Libre de Peritos e Ingenieros Industriales-08» (APELPITI-08) por considerar que no son ajustados a Derecho al invadir facultades exclusivas de un Colegio Profesional. (M. C. P. A.)

**19. Las Cámaras de Comercio son corporaciones sectoriales con una base privada y cumplen algunas funciones públicas.**—Según la doctrina del TS contenida en la S de 19 de noviembre de 1998, que resuelve un caso similar a éste, si bien las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación tienen naturaleza jurídica y plena capacidad de obrar, no es menos cierto que también persiguen y protegen intereses privados, por lo que hay que decir que su configuración se presenta como la de corporaciones sectoriales que sustentan su composición, organización y actividad sobre una base privada y, al mismo tiempo, tienen también atribuidas por Ley, o delegadas, algunas funciones públicas (tal como se desprende de la STC de 15 de julio de 1987).

**Competencia jurisdiccional civil para el conocimiento de los litigios relativos a la reclamación de recursos camerales.**—A las Cámaras Oficiales de Comercio les asiste, con relación a las cuotas a cargo de los socios electores (recursos camerales) derecho patrimonial para obtener su cobro mediante el ejercicio de la acción de condena, que sólo procede ante los Tribunales del orden civil y no del contencioso-administrativo, cuya función jurisdiccional

se proyecta a la revisión de los actos estrictamente administrativos, es decir que ha de concurrir necesariamente un acto previo sujeto al Derecho administrativo (art. 9.4 LOPJ, anterior a la reforma de la Ley de 17 de julio de 1998) y en relación al artículo 24.2 CE. La pretensión procesal de la Cámara no es precisamente revisora de acto administrativo alguno, y no asistiéndole, por falta de disposición legal expresa que lo autorice, el privilegio de poder acudir al procedimiento de apremio administrativo para el logro de la efectividad de sus créditos frente a los asociados incumplidores de sus deberes de satisfacer las cuotas que les corresponden [art. 3.1.c) del Real Decreto de 28 de marzo de 1977, que modificó el Régimen General de Recaudaciones] la reclamación judicial civil se presenta como la única vía expedita, sin perjuicio de que la Ley de Cámaras de Comercio de 22 de marzo de 1993 contenga habilitación legal, ya que no resulta aplicable a los recursos camerales anteriores a su promulgación.

**Inconstitucionalidad de la adscripción forzosa a las Cámaras de Comercio por vulnerar el derecho de asociación. Irretroactividad de la sentencia del TC.**—La STC de 16 de junio de 1994 declara la inconstitucionalidad de las bases cuarta y quinta de la Ley de 29 de junio de 1911 (Ley de Bases para la Reorganización de las Cámaras) y el artículo 1 del Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1929 (Reglamento Orgánico), en cuanto implican la adscripción forzosa a las Cámaras, por vulnerarse el derecho de asociación. En sentencias posteriores (de fecha 12 de febrero y 12 de marzo de 1996 y en el mismo sentido la S de 22 de octubre de 1999) el TC ha establecido que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la S 179/1994 no se retrotraen sino para afectar a aquellos supuestos de cuotas que, devengados, no han sido objeto de impugnación, en tiempo y forma, antes del 9 de julio de 1994, fecha de publicación oficial. (STS de 24 de enero de 2000; no ha lugar.)

*HECHOS.*—La Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona reclama a la sociedad *Juve Camps, S.A.*, las cuotas anuales que tiene pendientes de pago, correspondientes a los ejercicios de 1988 a 1992, ya que se considera que, como integrada en la citada Cámara de Comercio con la condición de electora, está obligada a atender los recursos camerales adecuados. (M. C. P. A.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**20. Las normas administrativas sobre titularidad de las farmacias no afectan a las relaciones jurídico-civiles.**—El Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, establece que sólo los farmacéuticos, individual o asociados en las formas que se autoricen, podrán ser los propietarios de las oficinas de farmacia. La Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, en su artículo 103, define las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios y prescribe que sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público. Sin embargo, el incumplimiento de las normas puramente administrativas, al igual que ocurre con las de carácter fiscal, no deben primar o interferir en los efectos jurídicos del contrato privado. Lo que es objeto de la cuestión debatida no lo constituye la intangibilidad o intransmisibilidad de un título universitario ni las atribuciones o facultades

inherentes al mismo, sino la naturaleza, en el orden civil, del fondo negocial que constituye la base económica de una farmacia y si, en el presente caso, se trata o no de un bien ganancial.

**Las oficinas de farmacia son locales de negocio.**—La jurisprudencia de la Sala 1.ª del TS tiene declarado, en SS de 24 de enero de 1953, 31 de enero de 1962 y 25 de marzo de 1964, según se recoge en la S de 26 de febrero de 1979, que las farmacias son locales de negocio, y así ha de conceptuarse todo establecimiento farmacéutico, entendiéndose como tal no sólo el local y elementos accesorios del mismo, sino, el negocio o empresa comprensivo de las existencias, clientela, derecho de traspaso y demás que del mismo deriven, siendo dichos local y elementos accesorios el soporte físico de la actividad negocial. (STS de 27 de marzo de 2000; ha lugar.)

**HECHOS.**—Don J.G.P. demanda a doña A.M.P., ambos separados por S de 10 de febrero de 1990, instando la liquidación de la sociedad de gananciales. El objeto del litigio lo constituye la calificación como privativo o ganancial del inmueble y negocio de farmacia que explota la demandada, adquirido mediante documentos privados de 26 de enero de 1983 y elevados a escritura pública el 18 de mayo de 1983. En primera instancia se declara el carácter privativo del bien, que pertenece pro indiviso por partes iguales a demandante y demandada. La Audiencia Provincial de Jaén declara la nulidad del documento privado de compraventa en cuanto atribuye propiedad sobre la oficina de farmacia a don J.G.P., con la consecuencia de que doña A.M.P. deberá restituir a aquél la cantidad de tres millones ochocientas mil pesetas, así como restituir a la sociedad de gananciales los quince millones actualizados con los que se abonó el precio aplazado de la oficina de farmacia. (M. C. P. A.)

**21. Imprescriptibilidad de la acción para pedir la nulidad de una compraventa simulada cuando la donación disimulada también es nula por ilicitud de la causa.**—La sentencia aquí recurrida (en plena coincidencia con la de primer grado) declara la nulidad radical del contrato de compraventa litigioso por falta de causa en el mismo (falta de precio), así como también declara la nulidad radical de la donación que, al parecer se hizo bajo la apariencia de dicho contrato de compraventa, por ilicitud de la causa de la misma, al haberse pretendido, mediante ella, defraudar los derechos legítimos del heredero don F.P.S. (nieto de los causantes, por fallecimiento de su madre doña F.S.S.).

En el motivo primero se denuncia infracción del artículo 1301 CC, sosteniendo los recurrentes que al tratarse de una simulación relativa, por haberse disimulado una donación bajo la apariencia de una compraventa, el plazo de prescripción de la acción es el de cuatro años, por lo que consideran los recurrentes que, desde la fecha en que se otorgó la escritura de compraventa litigiosa (17 de diciembre de 1980) hasta que se promovió el proceso al que se refiere este recurso (julio de 1988), ha prescrito la acción ejercitada. La Sala desestima el expresado motivo recordando que para que pueda hablarse de simulación relativa es requisito indispensable que el contrato disimulado (el que verdaderamente se ha querido celebrar bajo la apariencia de otro) sea plenamente válido, pero éste no es el caso aquí contemplado, en el que no nos hallamos en presencia de ninguna simulación relativa en el sentido antes expuesto, ya que los dos contratos son radicalmente nulos: el aparen-

te de compraventa (por falta de causa: precio) y el disimulado de donación (por ilicitud de la causa, al haberse defraudado mediante ella los derechos legitimarios del actor), concluyendo que la acción ejercitada para obtener dicha nulidad radical es imprescriptible.

**Cuando la compraventa simulada se ha hecho para defraudar derechos legitimarios de otros herederos, también es nula la donación disimulada, por ilicitud de causa.**—Declara la sentencia que con el trozo de terreno que, en 1973, por donación de sus padres, recibió doña F.S.S., madre del actor, no pueden considerarse cubiertos los derechos legitimarios de éste en la herencia de sus abuelos (padres de la fallecida doña F.S.S.), toda vez que doña C.S.S. también recibió, por igual donación de sus padres en la misma fecha citada, otro trozo de igual valor que aquél, y como ambas hermanas (únicas hijas de los referidos causantes), en los respectivos testamentos de éstos, fueron instituidas herederas por partes iguales, es evidente que a las dos hermanas (y, por fallecimiento de doña F.S.S., al hijo de ésta, el demandante en este proceso) les han de corresponder iguales derechos legitimarios (tercios de legítima estricta y de mejora) y hereditarios (al no hacerse, en los respectivos testamentos, ninguna disposición en favor de ninguna otra persona), cuya igualdad no existe si se mantiene subsistente la pretendidamente disimulada donación, la cual ha de considerarse, por tanto, también nula, con nulidad radical, por ilicitud de la causa, al defraudar los derechos legitimarios del demandante, ya que, según dice la S de 20 de diciembre de 1985, «reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Sala, de la que es muestra la S de 20 de octubre de 1961, y las citadas por la misma, ha establecido la doctrina de que cuando la escritura de compraventa se otorga con la exclusiva finalidad de defraudar los derechos legitimarios de los demás herederos, procede declarar también inexistente el contrato de donación por ser ilícita su causa». (STS de 1 de abril de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Los esposos don F.S.H. y doña C.S.S. tuvieron dos hijas, llamadas doña F.S.S. y doña C.S.S. En 1973, los referidos esposos, mediante escritura de compraventa otorgada disimuladamente por un tercero, donaron a sus aludidas hijas dos trozos de terreno (uno para cada una de ellas) del mismo valor los dos. El día 1 de enero de 1975 falleció la hija doña F.S.S., dejando como universal heredero abintestato a su único hijo don F.P.S. El 17 de diciembre de 1980, los padres don F.S.H. y doña C.S.S. otorgaron escritura de compraventa por la que manifestaron vender a su hija doña C.S.S. y al esposo de ésta la casa-cueva (de naturaleza ganancial) por el precio cuatrocientas mil pesetas, que confesaron haber recibido con anterioridad de los compradores. El 17 de diciembre de 1987 falleció la madre, doña C.S.S., bajo testamento abierto de fecha 26 de agosto de 1971, en el que instituyó herederas, por iguales partes, a sus dos únicas hijas y nombró sustitutos vulgares de las instituidas a sus descendientes. El día 14 de enero de 1988 falleció el padre, don F.S.H., bajo testamento abierto de fecha 26 de agosto de 1971, en el que igualmente instituyó herederas, por iguales partes, a sus dos únicas hijas y nombró sustitutos vulgares de las instituidas a sus descendientes. (A. G. B.)

22. **Venta de cuerpo cierto: supuestos.**—La venta de cuerpo cierto se produce en dos supuestos: en primer lugar, cuando no se determina el precio

singular por unidad de medida ni se precisan las dimensiones globales del inmueble. En segundo lugar, cuando no se indica un precio singular por unidad de medida pero se especifica la dimensión total del inmueble; en este último caso la ley presume *iuris et de iure* que las partes no han convenido el precio global supeditado a las dimensiones especificadas del inmueble.

**Determinación del precio en la venta a cuerpo cierto.**—La calificación de una venta como cuerpo cierto implica que el precio se determina a tanto alzado y no por unidad de medida, por lo que, en virtud del artículo 1471 CC, las diferencias posibles de cabida no afectan al precio.

**Prescripción de las acciones derivadas de los artículos 1469 a 1471 CC reguladores de la venta de bien inmueble a precio alzado o por unidad de medida.**—El artículo 1472 CC establece que las acciones de los artículos 1469 a 1471 del mismo cuerpo legal prescriben a los seis meses, constituyendo el *dies a quo* el día de la entrega del bien. (STS de 29 de mayo de 2000; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El 21 de diciembre de 1990 la entidad *Instituto de Psicoterapia de Peña Retama, S.A.*, y *Sonicial S.A.*, celebraron un contrato de compraventa por el que la primera vendía a la segunda una finca por precio alzado con independencia de la superficie total, entregando todo lo comprendido en sus linderos. La entidad vendedora interpuso demanda sobre reclamación de cantidad contra la compradora solicitando el pago de lo correspondiente a la liquidación por el pago aplazado pactado en la venta. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia en apelación estiman la demanda. La demandada recurre en casación alegando infracción del artículo 1471 CC.

**NOTA.**—La sentencia analizada hace referencia al primer párrafo del artículo 1471 CC por ser éste el supuesto planteado por la recurrente, pero hay que tener en cuenta que el propio artículo 1471 CC, en su párrafo 2.º, establece la disminución obligatoria del precio para los casos de venta de cuerpo cierto en los que el vendedor no pueda entregar los números o la cabida que están dentro de los linderos. Díez-Picazo, L., y Gullón citan a este propósito el ejemplo de la existencia de un enclave de propiedad de tercero (*Instituciones de Derecho Civil*, I., ed. Tecnos, 1995, p. 613). (B. F. G.)

**23. Desestimación de la demanda e incongruencia.**—La sentencia totalmente desestimatoria sólo puede declararse incongruente cuando la absolución del demandado se haya producido alterando el soporte fáctico o basándose en una excepción no aducida por el demandado y no apreciable de oficio.

**Requerimiento resolutorio del artículo 1504 CC.**—El requerimiento no constituye, según la jurisprudencia, una intimación al pago con resolución *ex lege* si éste no se produce. Para que el requerimiento de pago realizado en virtud del artículo 1504 CC tenga dichos efectos resolutorios es necesario que el vendedor condicione la resolución del contrato al pago de las cantidades adeudadas en el plazo que concede al comprador; no nos encontraremos ante un requerimiento resolutorio, por tanto, si el vendedor simplemente intima a los compradores al pago de la parte del precio no satisfecha pero no hace mención del plazo citado. (STS de 26 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El 24 de abril de 1989 *Inmobiliaria Esacio, S.A.*, y *Mares, S.A.*, celebraron con *Ermine Estates Limited, Isley Estates Limited y Spiaggia Realty Limited* tres contratos de compraventa sobre sendas viviendas unifamiliares y sobre un par de acciones por cada una de aquéllas. El 3 de diciembre de 1990 *Inmobiliaria Esacio, S.A.*, y *Mares, S.A.*, enviaron un requerimiento notarial dirigido al representante de las tres sociedades compradoras por la falta de pago de las letras de cambio, firmadas y aceptadas en su día, a la fecha de su vencimiento, estableciendo que se formulaba el requerimiento a los efectos del artículo 1504 CC, «manifestando así las entidades vendedoras su voluntad de dar por resuelto el contrato en caso de impago». Las sociedades requeridas no atendieron el requerimiento de pago, por lo que *Inmobiliaria Esacio, S.A.*, y *Mares, S.A.*, formularon demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra las sociedades compradoras, en la que solicitaban la resolución de los tres contratos de compraventa mencionados y la indemnización de daños y perjuicios. Las demandadas *Ermine Estates Limited, Isley Estates Limited y Spiaggia Realty Limited* formularon reconvencción pidiendo la rescisión de los contratos de compraventa y la consiguiente devolución de las cantidades abonadas a la sociedad vendedora. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la reconvencción declarando, por tanto, resueltos los contratos de compraventa con las acciones a las que ya nos hemos referido anteriormente y condenando a las demandantes al pago de 19.500.000 pesetas más intereses legales a las sociedades reconvinientes. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación absolviendo a las demandantes de las pretensiones de la reconvencción y declarando no haber lugar a la resolución de los contratos. (B. F. G.)

**24. Venta de bien mueble con reserva de dominio.**—La entidad actora, en el primer motivo alegado, señala que la necesaria inscripción registral en el Registro al efecto, del contrato de venta con reserva de dominio, según criterio sentado en la sentencia combatida, resulta en realidad irrelevante cuando la relación queda limitada a las partes contratantes.

Las ventas con reserva de dominio, por definición, sólo se perfeccionan cuando se verifica el completo pago del precio, lo cual ocasiona la transferencia definitiva de lo vendido. Por tanto, actúa como garantía del cobro del precio aplazado, pudiendo oponerse el vendedor a que el comprador disponga de los bienes en forma voluntaria o forzosa.

En el caso de autos, la parte compradora dejó de abonar la segunda letra de último pago del bien, con lo que el vendedor podía recuperar el bien vendido pero, sin embargo, se produjo la suspensión de pagos de la compradora con anterioridad a la interposición de la demanda por la vendedora. De esta forma, entran en conflicto los intereses de la vendedora con los de otros acreedores de la suspensa, a los que les asiste la condición de terceros a los efectos del artículo 23 de la Ley de 17 de julio de 1965.

Conforme al artículo 19 de la misma, para que el crédito de la recurrente fuere singularmente privilegiado sería necesaria la inscripción en el Registro especial a que se refiere el artículo 23. Además, la Orden de 8 de julio de 1966, que aprobó la Ordenanza rectora de dicho Registro, señala en su artículo 20 que los terceros no resultan afectados por los convenios especiales si no

existe constancia registral de los mismos, dada la presunción de veracidad y exactitud de lo incorporado al Registro. Por tal razón, se desestima el motivo alegado.

Asimismo, si bien el artículo 1922.1 CC establece que gozan de preferencia los créditos que corresponden al precio de venta de bienes muebles que están en poder del comprador, hasta donde alcance el valor de los mismos, dicho privilegio cede si se trata de ventas a plazos sometidas a la Ley de 17 de julio de 1965, que impone la necesidad de haber llevado a cabo inscripción registral de la relación convenida. (STS de 28 de abril de 2000; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se presenta demanda de juicio declarativo de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alcázar de San Juan, reclamando la propiedad de un bien mueble por incumplimiento de un contrato de compraventa suscrito con anterioridad con la parte demandada.

Esta última promovió cuestión de competencia por declinatoria, que el Juzgado resolvió mediante auto de 1 de febrero de 1994, rechazándola. Sin embargo, la parte demandada recurrió en apelación, que fue resuelta por la Audiencia Provincial de Ciudad Real la cual, mediante auto de 29 de julio de 1994 estimó dicho recurso, declarando haber lugar a la cuestión de competencia planteada por declinatoria. Así, las actuaciones pasaron al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Quintanar de la Orden núm. 2, el cual dictó sentencia con fecha 30 de enero de 1995, desestimando la demanda formulada.

Promovida la apelación a este respecto, ante la Audiencia Provincial de Toledo, se resolvió la misma por S de 16 de mayo de 1995, desestimando el recurso.

Finalmente, se interpone recurso de casación al amparo del núm. del artículo 1692 LEC, alegando la infracción de diversos preceptos, tanto de la Ley de Suspensión de Pagos de 17 de febrero de 1965, como de la de 12 de julio de 1922. (*J. L. B.*)

**25. Licitud del pacto de reserva de dominio sobre un bien mueble a favor del financiador.**—El ordenamiento jurídico otorga al comprador de un bien mueble la posibilidad de condicionar la adquisición de la propiedad a la reintegración del capital prestado por la entidad financiadora para hacer efectivo el precio de la transmisión, de tal manera que a esta última le corresponde la posesión mediata del bien ínsita en el dominio y al comprador la posesión inmediata. Este tipo de acuerdos son válidos por adecuarse al artículo 1255 CC, que impone como límites a la autonomía de la voluntad la ley, la moral y el orden público, al artículo 1463 del mismo cuerpo legal, referido a la entrega de bienes muebles, y a la normativa reguladora de la venta de bienes muebles a plazos, que encontramos en la antigua Ley 50/1965, de 17 de julio (arts. 1, 3, 6.12 y 12), y en la actualmente vigente Ley 28/1998, de 13 de julio.

**La financiación con pacto de reserva de dominio no implica un pacto comisorio.**—En el supuesto de la sentencia comentada no tiene lugar un pacto comisorio, prohibido por nuestro ordenamiento en los artículos 1859 y 1884 CC, ya que éste supone la resolución del contrato y en este caso nada puede resolverse: el comprador, de hecho, ha suspendido la adquisición de la pro-

piedad del bien y, por tanto, la consumación del contrato, condicionándola a la devolución total del préstamo a la entidad financiadora.

**Embargo de los bienes muebles vendidos o financiados con pacto de reserva de dominio.**—El artículo 4.c) de la Orden de 19 de julio de 1999, que aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, impide el embargo por deudas del comprador de los bienes muebles comprados o financiados a plazos con pacto de reserva de dominio; se admite, en cambio, cuando el embargo se lleva a cabo por deudas del beneficiario.

**Tercería de dominio y tercería de mejor derecho.**—La finalidad de la tercería de dominio consiste en sustraer del juicio ejecutivo los bienes indebidamente embargados por error de titularidad; por ello, la acreditación inicial de la propiedad sobre el objeto por parte del tercero constituye requisito de procedibilidad. La existencia de un contrato de financiación con pacto de reserva de dominio cumple el requisito mencionado por lo que no procedería la interposición de una tercería de mejor derecho por parte del financiador, y es que «a cargo de lo que es propio es imposible señalar una preferencia de créditos» (FD 3.º). (STS de 20 de junio de 2000; no ha lugar.)

**HECHOS.**—*Mapfre Finanzas E.F.S.A.* financió a M.B.E. la compra de un camión mediante contrato de 15 de mayo de 1991 inscrito en el Registro de Bienes Muebles a plazos el 9 de diciembre del mismo año y consignado el 2 de julio de 1992 en el Registro de Permisos de Circulación de Vehículos de Motor. En el citado contrato se pactó una reserva de dominio del vehículo a favor de la entidad financiadora a efectos de garantía, estableciendo asimismo que gozaría de los mismos derechos de un vendedor a plazos. Como consecuencia del impago de las cotizaciones debidas a la Seguridad Social por parte del prestatario y comprador del vehículo, la Unidad de Recaudación llevó a cabo un procedimiento de apremio para su cobro en el que se embargó el camión. *Mapfre Finanzas E.F.S.A.* formuló tercería de dominio sobre el bien embargado, que fue estimada en primera instancia y confirmada por la Audiencia.

**NOTA.**—La Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles admite explícitamente el pacto de reserva de dominio a favor del financiador en el artículo 4.2.a); algunos autores no consideran posible la existencia de un pacto de reserva de dominio a favor del financiador, argumentando que éste en ningún momento ha sido dueño del bien. En este sentido Díez-Picazo, L. y Gullón (*Instituciones de Derecho Civil*, I., ed. Tecnos, 1995, p. 638) sostienen que debería entenderse como una cesión de la propiedad al financiador con finalidad de garantía. Por su parte, Bercovitz (*La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, ed. Cuadernos de Moneda y Crédito, 1971) configura la reserva de dominio como un derecho real de garantía y no como una verdadera titularidad dominical. (B. F. G.)

26. **Prohibición de la *reformatio in peius*.**—La resolución de un recurso de apelación interpuesto por los demandados en los que la Audiencia condena a la indemnización de los daños por incumplimiento (pronunciamiento no acogido por la sentencia del Juzgado), no precisa los parámetros para determinar los intereses por mora en ejecución, habiendo sido éstos concretados



en primera instancia, y condena a los demandados al pago de una cantidad mayor a la establecida por el Juzgado y prevista en el propio contrato para el supuesto que da lugar al litigio, supone una agravación del fallo en perjuicio del recurrente prohibido por el ordenamiento.

**Diferencia entre el contrato de *leasing* y el contrato de préstamo simple o mutuo.**—El contrato de *leasing* o arrendamiento financiero se realiza en función de un bien determinado que el financiado necesita y que no adquiere por carecer de soporte económico o por otras razones, reservándose, sin embargo, la facultad de adquisición para un momento posterior mediante la opción de compra. El fundamento del préstamo de dinero estriba, sin embargo, en la necesidad de dicho dinero: se transmite su dominio con obligación de devolver el *tatundem* con precio o sin él. Mediante el *leasing* se financia el objeto en sí, mientras que el préstamo lo que financia es la empresa.

**Simulación nula por vulneración de la prohibición de pacto comisorio.**—La realización de una venta en garantía con el fin de responder del incumplimiento de la deuda no da lugar a una verdadera transmisión del dominio ya que falta el título idóneo para ello. Mediante dicho contrato el adquirente (acreedor) bajo la forma de precio otorga un préstamo al vendedor (deudor): de este modo y en combinación con un posterior contrato de *leasing* sobre el mismo inmueble entre acreedor y deudor, se pretende que tenga lugar una transmisión inmediata del dominio en el momento de generación de la deuda con efecto claudicante si ésta se abonara totalmente a través del ejercicio de la opción de compra, siendo el valor residual el último plazo de amortización del préstamo y pudiendo el acreedor, en caso de impago, hacer suya la cosa dada en garantía. Según el TS nos encontramos, pues, ante un pacto comisorio prohibido por nuestro ordenamiento en los artículos 1859 y 1884 CC para la prenda e hipoteca y para la anticresis respectivamente y aplicable a todo tipo de garantía atípica por razones de coherencia del sistema, analogía, evitación del fraude de ley y moralidad; la vulneración de esta prohibición convierte la simulación relativa en radicalmente nula.

**Nulidad radical en caso de negocios complejos.**—La nulidad del pacto comisorio no implica la ineficacia del negocio atípico de garantía excepto por lo que se refiere a la apropiación definitiva del bien por el acreedor en caso de incumplimiento del deudor. Esta regla general no es aplicable a los negocios complejos integrados por numerosos subnegocios entrelazados entre sí y por cláusulas relacionadas con los diversos aspectos del conjunto. La nulidad parcial sólo puede darse cuando conste que el contrato se habría celebrado sin la parte nula y la nulidad no trasciende a la totalidad, supuesto que no se da en los contratos complejos en los que «el crédito concedido al deudor está causalizado, en el sentido del artículo 1274 CC, a la puesta en garantía, y es la venta la que determina que se conceda el préstamo (deuda) constituyendo una contraprestación de esta concesión, por lo que el efecto de la invalidez incide, impregna en todo el sinalagma». (STS de 16 de mayo de 2000; ha lugar.)

**HECHOS.**—Mediante escritura pública otorgada en Burgos el 12 de julio de 1989, *Proleasing, S.A.*, compró a L.F.S. de la S. y A.A.R.T. un bien inmueble consistente en un local garaje, por importe de once millones de pesetas. El mismo día, por escritura otorgada ante el mismo Notario, las partes anteriormente citadas concluyeron un contrato que denominaron de arrendamiento financiero inmobiliario (*leasing* inmobiliario). La cesión de uso del inmueble fue por un tiempo de 120 mensualidades (hasta el 12 de

julio de 1999) y el contrato quedaba extinguido sin necesidad de requerimiento previo de *Proleasing, S.A.* Se estableció un precio total y un valor residual a efectos de la opción de compra que el arrendatario financiero tenía la posibilidad de ejercitar al término del contrato. Entre las cláusulas del contrato, interesa destacar la decimotercera en virtud de la cual *Proleasing, S.A.*, no garantizaba al usuario ni la idoneidad del inmueble, ni su adecuación a la explotación a que iba destinado, ni sus instalaciones o servicios. A partir del mes de diciembre de 1990 los arrendatarios financieros incumplieron reiterada y sistemáticamente la obligación de pago de la cuota mensual convenida. Por conducto notarial se comunicó la resolución contractual por parte de *Proleasing, S.A.* (ahora *Menhir Leasing, S.A.*), que interpuso demanda de juicio de menor cuantía contra L.F.S. de la S. y A.A.R.T. solicitando la resolución del contrato, la restitución de la posesión del inmueble objeto del contrato resuelto, el pago de los daños por incumplimiento, la inadmisión de recursos de los demandados en caso de no acreditarse al tiempo de la interposición el pago o la consignación de todas las cuotas vencidas hasta ese momento, y el posterior decaimiento irreversible del posible recurso interpuesto en el supuesto de impago de las cuotas que continuasen venciendo; en aplicación de lo previsto en el contrato para el caso de resolución del mismo por incumplimiento, se solicitaba el pago de las rentas devengadas, de los intereses de demora pactados y de la cláusula penal correspondiente.

El Juzgado de Primera Instancia acogió parcialmente la demanda calificando el contrato de *lease-back* y desestimando únicamente la petición de pago por daños al entender que la cláusula penal cumple una función liquidatoria de tales perjuicios. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por los demandados modificando la sentencia de instancia en los siguientes extremos: se condenó a la indemnización de daños por incumplimiento, los intereses por mora que el Juzgado había precisado en un 2% mensual se dejaron a determinar en ejecución de sentencia y el 15% del precio de adquisición, a pagar en aplicación de la cláusula penal, que con arreglo a la sentencia del Juzgado era una cantidad única, fue fijada por la Audiencia por cada mes o fracción de mes que transcurriese desde la fecha en que la entrega del inmueble debiera haberse producido.

NOTA.—Cabe plantearse si realmente el supuesto resuelto por la sentencia analizada encierra un pacto comisorio. Éste se caracteriza, según palabras de Rodríguez Rosado, por la posibilidad del acreedor, llegado el vencimiento del crédito garantizado, «de elegir entre reclamar el pago de la deuda o apropiarse de un bien dado en garantía por el deudor» (*Fiducia y pacto de retro en garantía*, ed. Marcial Pons, 1998, p. 202). Puede entenderse que en el caso concreto nos encontramos ante lo que el autor citado denomina *compraventa con promesa unilateral de reventa sometida a plazo* en la que el comprador, en este caso *Proleasing, S.A.*, se convierte en propietario definitivo del inmueble si al cumplirse el plazo pactado el vendedor no ha hecho uso del derecho de opción que en este caso se articula a través de un contrato de *leasing* inmobiliario con opción de compra. Aunque podría afirmarse que se trata de un negocio indirecto de

crédito, debe subrayarse que con la venta realizada *Proleasing, S.A.*, no cuenta con la posibilidad de exigir el reembolso del préstamo y, por tanto, con la elección mencionada anteriormente y que caracteriza al pacto comisorio, sino que es el vendedor quien tiene la opción de recuperar el inmueble devolviendo el precio de la compraventa calificada por Rodríguez Rosado de *dación en pago* (*op.cit.*, p.220). (B. F. G.)

**27. Obligación de conservar del arrendador y ruina del edificio.**—El arrendador no está obligado a reconstruir para cumplir su obligación de conservar salvo cuando la causa de la ruina sobrevenida estriba en el incumplimiento de las obligaciones legales impuestas por el artículo 1554 CC en sus apartados 2.º (reparaciones necesarias para que el inmueble sea apto para el uso al que está destinado) y 3.º (mantenimiento al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato).

**Continuidad en la obligación de conservar del arrendador.**—El incumplimiento de las obligaciones por parte de los arrendadores anteriores no permite al arrendador actual proseguir en la inactividad dejando que el edificio se siga deteriorando. La obligación de conservar de cada arrendador no se limita únicamente a aquello que necesite conservación desde el momento en que se incorpora a la cadena de arrendadores. (STS de 3 de julio de 2000; ha lugar.)

**HECHOS.**—En 1990 los inquilinos de un inmueble denunciaron a los propietarios de dicha finca solicitando al Ayuntamiento que les compeliere a arreglar el tejado; la propiedad fue instada mediante dos decretos sucesivos del Ayuntamiento a la ejecución de las obras de conservación y seguridad, cumpliéndose de forma parcial lo ordenado. El Decreto de la Alcaldía de 13 de octubre de 1992 estableció que la situación del inmueble se había visto agravada. A.O. de la F. interpuso demanda sobre reparación del inmueble contra la entidad *Fondos Propios, S.L.*, M.F.B. y C.F.V., copropietarios del inmueble. Durante la sustanciación de la primera instancia tuvo lugar la declaración administrativa de ruina técnica y económica del inmueble, hecho que fue previsto por el actor en la demanda ya que solicitaba subsidiariamente la indemnización de daños y perjuicios en caso de ruina del edificio por no haber llevado a efecto los propietarios las obras oportunas. El Juez de Primera Instancia declaró a los demandados responsables mancomunados en la proporción en que fuesen propietarios del inmueble de los daños y perjuicios causados al demandante como consecuencia de la declaración de ruina del edificio. La Audiencia revocó la decisión de primera instancia absolviendo a los demandados. (B. F. G.)

**28. Aportación de inmueble a una sociedad: imposibilidad de ejercicio del derecho de retracto.**—La aportación de un inmueble a una sociedad impide al arrendatario del mismo ejercitar el derecho de retracto ya que dicha aportación no se considera venta; lo que entrega la sociedad son acciones de la misma que no podrán ser reembolsadas por el retrayente ya que no forma parte de su patrimonio.

**Objeto del retracto.**—La jurisprudencia ha señalado en sentencias como la de 31 de enero de 1992 que el retracto se limita a lo que se lleva en arriendo. (STS de 27 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—R.L.I. y R.L.F. celebraron un contrato por el que, del relato de los hechos de la sentencia analizada, parece que aportaron un inmueble a la entidad mercantil *Proconcor, S.L.* Uno de los locales que formaba parte de dicha finca se encontraba arrendado a favor de la entidad mercantil *Muebles López Marzo, S.L.*, que formuló demanda sobre resolución de contrato de arrendamiento contra R.L.I., R.L.F. y *Proconcor, S.L.*, solicitando la declaración de fraude de ley del contrato celebrado entre los dos primeros demandados y la estimación posterior del ejercicio del derecho de retracto de la parte ocupada por la actora como arrendataria, con arreglo al precio y condiciones figurantes en la escritura de constitución de la sociedad también demandada.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda pronunciándose en el mismo sentido la Audiencia.

NOTA.—No existe una posición unánime en relación con la existencia o inexistencia de un derecho de retracto a favor del arrendatario en caso de aportación de vivienda a una sociedad, ya que este supuesto no se encuentra previsto en el artículo 25 de la vigente LAU de 1994 referido únicamente al ejercicio del mencionado derecho en caso de venta de vivienda.

Díaz Romero (*La aportación a sociedad de vivienda arrendada como supuesto del derecho de retracto legal del arrendatario*, ed. Tirant lo Blanch, 1999) mantiene que es posible reconocer un derecho de retracto a favor del arrendatario en el supuesto planteado y basa su postura fundamentalmente en dos argumentos: en primer lugar, propone la aplicación analógica del régimen de la compraventa para estos casos. En segundo lugar, realiza una interpretación extensiva del citado artículo 25 LAU en conexión con el derecho a una vivienda digna reconocido en el artículo 47 CE; aduce la autora citada que la aportación de vivienda a sociedad dificulta al arrendatario acceder a la propiedad, siendo la finalidad buscada por el legislador mediante los derechos de tanteo y retracto, precisamente, facilitar el acceso del inquilino a la propiedad de su vivienda.

En contra de estos argumentos se pronuncia San Miguel Pradera (recensión a la obra citada de Díaz Romero, en *ADC*, tomo LII, fascículo III, pp. 1151-1154) que, en primer lugar, califica las diferencias entre compraventa y aportación a sociedad de «esenciales» concluyendo que no es posible la aplicación analógica de ambas figuras más allá del régimen de saneamiento y riesgos previsto para la compraventa. En segundo lugar, no niega el carácter tuitivo de la LAU pero aduce que debe aplicarse a un supuesto previsto en la norma, hecho que no se da en relación con la aportación de vivienda a sociedad; añade que el verbo «disfrutar» utilizado en el artículo 47 CE no implica necesariamente la propiedad de la vivienda. Por último, considera que el reconocimiento del derecho de retracto en estos supuestos resultaría excesivamente oneroso para el arrendador, mientras que el Preámbulo de la LAU dice expresamen-

te que dicho derecho se caracteriza por beneficiar al arrendatario sin suponer una gran onerosidad para el arrendador.

Por último, hay que tener en cuenta que el recurrente en casación alega infracción del artículo 47 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, vigente hasta 1995 y aplicable al caso concreto. La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos ha reducido el plazo de ejercicio de los derechos de tanteo y retracto de 60 a 30 días, tanto para el arrendamiento de viviendas (art. 25), como para el de uso distinto del de vivienda (art. 31 que se remite al citado art. 25). (B. F. G.)

**29. Derecho de tanteo en caso de varios arrendadores.**—La falta de ejercicio del derecho de tanteo por alguno de los arrendadores copropietarios del inmueble arrendado se entenderá como renuncia al mismo en beneficio del coarrendador que quisiera tantear. (STS de 30 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El 30 de julio de 1993, D.S.R. y su esposa, M.R.C., arrendatarios de un local de negocio, celebraron un contrato de traspaso con la entidad mercantil *Familia Miguel Escudero, S.L.*, condueña del local traspasado y que había ejercitado derecho de tanteo. Dicha iniciativa fue comunicada fehacientemente a los restantes copropietarios, A.M.E., F.M.E. y los hijos de este último; todos ellos, tras el requerimiento para que manifestaran si deseaban hacer uso del derecho de tanteo, se pronunciaron en el sentido de no ejercitarlo. A.M.E., V.S.G., F.M.E., M.A.M.G., M.C.M.G., J.J.M.G., M.C.M.G., F.J.M.G., F.M.G. y M.M.G. formularon demanda contra las partes del mencionado contrato de traspaso de local solicitando su nulidad. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y en el mismo sentido se pronunció la Audiencia.

NOTA.—La sentencia analizada aplica el Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, vigente hasta 1995 y, por tanto, de aplicación en el supuesto de hecho. La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos es la norma actualmente vigente. (B. F. G.)

**30. Legitimación activa del promotor en la acción derivada del artículo 1591 CC.**—El TS admite la legitimación activa y pasiva de los promotores de la vivienda no sólo por haber pagado extrajudicialmente a los propietarios y adquirentes de las viviendas y locales del edificio afectado, sino también en interés propio con el fin de que la obra se ejecute correctamente «aunque ello redunde en beneficio de los propietarios» (STS de 9 de junio de 1989).

**Delimitación de la responsabilidad del arquitecto.**—El arquitecto es responsable por los vicios derivados de una defectuosa dirección de obra, definida en el Decreto de 17 de junio de 1977 y en el Real Decreto de 23 de enero de 1985 como la «coordinación del equipo técnico facultativo de la obra [...]» y «la actividad que controla y ordena la ejecución de la edificación en sus aspectos técnicos, económicos y estéticos [...]». El Alto Tribunal entiende que no entran en dicho ámbito de actuación la adecuada dosificación

de materiales y su correcta colocación (tareas que competen al arquitecto técnico), ni la supresión de la cámara de aire en los cuartos de baño que fue proyectada cuando dicha eliminación no cuenta con su autorización. (STS de 3 de julio de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—M.A. y M.C.G.F., promotoras de las edificaciones que presentaban los vicios ruínógenos, demandaron a R.P.G. y a E.V.T., arquitecto y aparejador de dicha obra, solicitando la condena solidaria o mancomunada de ambos a la reparación en forma específica de los daños descritos en la demanda. Las demandantes, que ya habían enajenado todos los pisos y locales existentes en los edificado, habían accedido a las reclamaciones extrajudiciales de los propietarios y demás adquirentes perjudicados llegando a un convenio de pago. El Juzgado de Primera Instancia no entró a resolver el fondo al estimar la falta de litisconsorcio pasivo necesario alegada por los demandados. Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial la revocó condenando a los demandados de forma solidaria a la reparación del edificio. El demandado R.P.G. interpuso recurso de casación.

NOTA.—Hay que tener en cuenta que el 6 de mayo de 2000 entró en vigor la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación que regula, entre otros aspectos, la responsabilidad civil de los distintos agentes que intervienen en el proceso de edificación por vicios o defectos de la construcción en los artículos 17 y 18. Autores como Cabanillas Sánchez («La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIII, fascículo II, pp. 405 a 510) sostienen que dichos preceptos han derogado implícitamente el artículo 1591 CC ya que así se deriva de la DD única que establece lo siguiente: «quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en esta Ley» (*op. cit.*, p. 506). Díez Picazo, L. («Ley de Edificación y Código civil» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIII, fascículo I, pp. 5 a 21), sin embargo, parece entender que el artículo 1591 CC sigue vigente en relación con los daños causados por un proceso de edificación en bienes de naturaleza distinta a los contemplados en el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación (*op. cit.*, p. 14). (B. F. G.)

**31. La responsabilidad del constructor-promotor por vicios del suelo en la construcción de edificios.**—La cuestión a decidir se concreta a si resultan aplicables las responsabilidades del artículo 1591 CC a la constructora demandada, que el Tribunal de instancia absolvió. Ha de partirse necesariamente de que la constructora, que asumió funciones de promotora y fue la que vendió las casas, no probó, ni siquiera lo intentó, que antes de llevar a cabo el encargo del proyecto, y sobre todo con anterioridad a comenzar el proceso constructivo de las viviendas, se hubiera preocupado de promover y obtener informes, estudios y asesoramientos geotécnicos acabados y suficientes de organismos o entidades especializadas sobre las condiciones del suelo para acometer las edificaciones en la forma segura y firme.

En este caso el suelo presentaba especiales características que ya de principio lo convertían en irregular y no plenamente apto para edificar con las seguridades que imponen y cada vez resultan más exigentes por presentarse

como necesarias en orden a una más justa y pacífica convivencia social, teniendo en cuenta que la vivienda sirve de morada y hogar a las personas (art. 47 CC), donde desarrollan la mayor parte de su existencia vital y relaciones familiares, por lo que debe ser adecuada (art. 11 del pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, *BOE* de 30 de abril de 1977). Si se exige seguridad jurídica como una de las conquistas de la civilización actual, ésta no sólo debe ser personal y colectiva, sino que también debe proyectarse a los espacios donde la vida del hombre se desenvuelve, para que así su libertad y propio desarrollo pueda ser lo más efectivo posible (art. 9.3 CC).

La constructora -promotora demandada no resulta liberada de las responsabilidades constructivas que el artículo 1591 CC le impone, integrada en su responsabilidad decenal, por su mal hacer constructivo, al haberse aventurado a ejecutar las edificaciones sin cerciorarse debidamente de que las mismas resultaban lo más estables posibles en su asentamiento en el suelo, dada la existencia detectada de la falla y las condiciones adversas que presentaba el terreno, lo que ya exigía por sí el necesario estudio detallado del mismo, a efectos de prever y, en su caso, adoptar e imponer al proyectista de la obra las medidas necesarias para lograr una edificación segura en cuanto a las posibles proyecciones de las deficiencias en los terrenos de las inmediaciones, estudios que no dice la sentencia se hubiera demostrado resultasen plenamente ineficaces para evitar la ruina, sino que sólo podían ser indicios de tal conclusión, y de esta manera no se cierra por completo que una investigación seria y profunda de la patología del terreno pudiera alcanzar otras conclusiones, las que al tenerlas en cuenta la constructora las hubiera transmitido a los técnicos que planearon y llevaron a cabo la construcción e, incluso, como última solución, no acometerla.

**Si las reglas de construcción y las condiciones hostiles del suelo demandan una cimentación determinada debe cumplirse, en otro caso se responde de sus consecuencias.**—Se aportó estudio completo del terreno según las circunstancias concurrentes imponían, máxime cuando a la constructora-promotora no le era desconocido por completo las alteraciones que afectaban a los edificios de la zona, con lo que aceptó el riesgo y debe responder de sus consecuencias negativas frente a los compradores de las viviendas, en su condición de promotor de las mismas, conforme a la reiterada doctrina jurisprudencial, que declara el papel relevante del promotor en el proceso constructivo y la obligación que asume al realizar la obra sin deficiencias, presentando en el mercado un producto correcto. Si bien no es ningún reproche que su actividad se encamine al logro de beneficios económicos, ello también refuerza la exigencia de responsabilidades en los casos de ejecuciones deficientes, que resultan permanentes y máxime si son progresivas como ocurre en el caso que nos ocupa (SS de 1 de octubre de 1991, 2 de septiembre y 20 de diciembre de 1993, 28 de enero, 2 de febrero y 29 de marzo de 1994, 21 de marzo de 1996 y 13 de octubre de 1999). Las consecuencias de su falta de prueba del origen de la ruina no recae sobre los demandantes, a los que les basta con acreditar que la ruina existe, que se produjo y se manifestó en el plazo decenal, sino sobre los demandados, siempre y cuando que aquéllos no aparezcan como los únicos imputables de los defectos constructivos que denunciaron. (**STS de 31 de marzo de 2000**; ha lugar.)

**HECHOS.**—Los demandantes, propietarios de cuatro viviendas unifamiliares interponen ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Sabadell juicio declarativo de menor cuantía para que se establezca la responsabilidad del constructor-promotor por vicios en la construcción. Y suplican que se declare la ruina funcional de los edificios, estableciendo la responsabilidad solidaria de todos los codemandados en la producción de dicha ruina, y se les condene a ejecutar de su cuenta y cargo todas las obras y reparaciones necesarias para dotar a dichos edificios de las condiciones de estabilidad, y procedan también, a su costa, a la reparación de cuantos elementos hayan resultado afectados por la indicada ruina funcional. Se estima parcialmente en primera instancia la demanda, en la que se absuelve a la empresa promotora-constructora, sin realizar especial imposición de costas. Se recurre en apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que estimando el recurso interpuesto revoca la sentencia apelada y absuelve a los recurrentes, sin imposición de costas. Se interpone recurso de casación ante el TS, en el que se casa y anula la sentencia de apelación y se revoca parcialmente la de primera instancia, condenando también a la empresa constructora, además de a la compañía de seguros del Colegio de Arquitectos. (A. I. H. O.)

**32. Imposibilidad de plantear nuevas cuestiones en casación.**—Los principios de audiencia y contradicción impiden el planteamiento de cuestiones no alegadas en el período expositivo del pleito y en las que no se fundaba la demanda de la actora.

**Mantenimiento en casación de la doctrina de la instancia.**—La interpretación de la instancia sólo puede modificarse en casación cuando se demuestre que ha sido ilógica, arbitraria o vulneradora de normas legales.

**Aumento de precio en los supuestos del artículo 1593 CC: carácter dispositivo.**—La asunción del riesgo y ventura por el contratista en la estipulación del contrato impide modificar el precio aunque se hayan ejecutado partidas de obras no previstas en el proyecto y presupuesto inicial y el artículo 1593, CC otorgue la posibilidad de pedir un aumento de precio en estos supuestos. El precepto citado no es imperativo, por lo que puede ser alterado por las partes en el contrato. (STS de 21 de junio de 2000; no ha lugar.)

**HECHOS.**—*Demoliciones Técnicas, S.A.*, demandante, concluyó un contrato de obra con la demandada, *Construcciones y Promociones Arsenio's, S.A.*, para cuya ejecución se había establecido un precio cerrado de ciento veinte millones de pesetas. La demandante, recurrente en casación, alegaba la ejecución de partidas de obras no previstas en el proyecto ni en el presupuesto inicial. A partir de la lectura de la sentencia comentada, parece derivarse que la demandada, *Construcciones y Promociones Arsenio's, S.A.*, desistió unilateralmente del contrato de obra. *Demoliciones Técnicas S.A.*, solicitaba el abono de 38.588.536 pesetas por la obra realmente realizada. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que *Construcciones y Promociones Arsenio's, S.A.*, había satisfecho a la actora lo adeudado en función del presupuesto cerrado y las partidas ejecutadas hasta el desistimiento del contrato. La Audiencia Provincial condenó a la demandada a abonar la cantidad de 330.405 pesetas más intereses legales, cantidad resultante de la



diferencia entre el total debido por la demandada y lo que ya había entregado. (B. F. G.)

**33. Acción directa ex artículo 1597 CC como excepción al principio de relatividad de los contratos del artículo 1257 CC.**—La aplicación del artículo 1597 CC, referido al contrato de obra, debe realizarse atendiendo a la realidad social de nuestro tiempo caracterizada por la existencia de subcontratos encadenados en los que el último eslabón de la cadena es aquel que pone su trabajo y materiales; éste tiene acción directa no sólo contra el que le contrató directamente, sino también contra los contratistas anteriores y el propio dueño de la obra. El fundamento de todo ello reside en razones de equidad, de evitación del enriquecimiento injusto, así como en una subrogación general derivada del principio de que «el deudor de mi deudor es también mi deudor».

**Cuantía y tipo de responsabilidad derivada del ejercicio de la acción directa.**—El tercero que pone su trabajo y materiales en la obra tiene la posibilidad de demandar a su deudor directo y a los contratistas anteriores de manera conjunta; en tal caso, todos ellos responden solidariamente. La cuantía por la que puede ejercitarse dicha acción directa está limitada por el propio artículo 1597 CC, de tal manera que sólo podrá reclamarse hasta la cantidad que el dueño de la obra o contratista anterior deba al deudor directo del último eslabón de la cadena.

**Inversión de la carga de la prueba de la cantidad debida y prueba de su extinción.**—La carga de la prueba de la cantidad debida por el dueño de la obra o por el contratista anterior al deudor directo del demandante corresponde al demandado; de este modo se invierte la carga de la prueba a favor del actor ya que a éste le resultaría imposible probar la mencionada cantidad al no conocer las relaciones internas entre los contratistas anteriores. La acción directa derivada del artículo 1597 CC es inmune frente a derechos de terceros ajenos a la obra determinada de que se trate; por ello, al contratista anterior, deudor del deudor directo del demandante, no le basta para eximirse de la acción derivada del artículo 1597 CC aducir la compensación de la deuda con el deudor directo del demandante alegando que le ha sido cedido de manera gratuita por parte de un tercero un crédito contra el deudor directo del actor. De lo contrario se burlaría la protección de los derechos buscada por el artículo 1597 CC. (STS de 6 de junio de 2000; ha lugar en parte.)

**HECHOS.**—El *Club deportivo Aurrera* contrató para la construcción de un campo de fútbol sobre terreno de su propiedad a la compañía mercantil *Balsam Ibérica, S.A.*, que, a su vez, subcontrató todas las partidas de la obra civil, excepto el suministro de la cancheta principal, a *Prodesport, S.A.* Las sociedades demandantes, contratadas por esta última compañía, aportaron los materiales y ejecutaron la obra. En la demanda se solicitaba la condena solidaria del propietario del terreno, de *Balsam Ibérica, S.A.*, y de *Prodesport, S.A.*, al abono de las cantidades correspondientes a los créditos no satisfechos por esta última compañía, que les contrató directamente. *Balsam Ibérica, S.A.*, alegó la compensación de la deuda para con *Prodesport, S.A.*, con un crédito por importe superior al de dicha deuda que le había sido cedido gratuitamente por una empresa perteneciente a su mismo grupo empresarial. El Juzgado de Primera Instancia condenó a *Prodesport, S.A.*, absolviendo al resto de

los demandados. La Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por los actores condenando solidariamente al club y a las dos compañías demandadas. (B. F. G.)

**34. Diferencia entre congruencia y motivación.**—La argumentación de la sentencia, que no debe necesariamente referirse a todos los hechos y argumentos de las partes, es un concepto distinto a la *congruencia*, que se refiere a la relación entre el suplico de la demanda y de la reconvención en su caso, y el fallo de la sentencia (SSTS de 4 y 18 de mayo, 1 de junio y 19 de octubre de 1999 y 22 de enero de 2000).

**Improcedencia de la alegación en casación de error en la apreciación de la prueba: confesión en juicio y presunciones.**—La confesión y la prueba de presunciones podrán ser sometidas a valoración en casación únicamente en supuestos muy concretos: en el caso de la confesión, cuando el confesante realice una declaración contra sí de manera inequívoca, sin ninguna ambigüedad y de manera clara, lisa y llana (SSTS de 28 de enero de 1997, 17 de julio de 1998 y 14 de diciembre de 1999). Por lo que se refiere a la prueba de presunciones, sólo será revisable en casación cuando falte de manera evidente el enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trate de deducir según el raciocinio lógico (STS de 27 de diciembre de 1999).

**Carácter de la obligación del abogado: obligación de medios.**—Uno de los objetos posibles del arrendamiento de servicios está constituido por los servicios de un profesional liberal. La obligación de éste derivada del contrato puede ser de medios o de resultado, según los casos. En el supuesto de contratación de los servicios de un abogado su obligación esencial está constituida por llevar la dirección técnica de un proceso de forma correcta, lo cual no implica necesariamente estar obligado a lograr el éxito de la acción: se trata, pues, de una obligación de medios. (STS de 8 de junio de 2000; no ha lugar.)

**HECHOS.**—J.L.G. de la S. dirigió personalmente un proceso a M.T.G.M. presentando la demanda en el Juzgado de Primera Instancia de Huelva aun existiendo una cláusula de sumisión expresa a los Juzgados y Tribunales de Granada en el contrato cuya nulidad se postulaba. Asimismo el abogado cometió un error en la presentación de un documento, hecho sobre el que la sentencia comentada no aporta más detalles. El procedimiento terminó por sentencia de la Audiencia confirmatoria de la del Juzgado estimando la excepción de falta de competencia territorial. M.T.G.M. interpuso demanda contra J.L.G. solicitando la devolución de honorarios adelantados en concepto de provisión de fondos e indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad civil derivada del incumplimiento del contrato de arrendamiento de servicios por culpa o negligencia profesional inexcusable. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, confirmando dicha resolución la Audiencia, para la que la falta de presentación del documento carecía de trascendencia jurídica.

**NOTA.**—Hay que tener en cuenta que la LEC 1/2000, de 7 de enero, ha derogado los preceptos del Código civil referentes a la prueba en la DD única 2.1.; la nueva regulación se encuentra en los artículos 281 a 386 LEC 1/2000, de 7 de enero. (B. F. G.)

**35. Cuestión prejudicial.**—«No es competencia del TJCE entrar a resolver cuestiones de derecho interno (de cada país) y pronunciarse sobre la aplicabilidad de la legislación de los Estados miembros».

**Importe de la indemnización de daños causados en el seno de la actividad de caza.**—Todo cazador debe concertar obligatoriamente un contrato de seguro que cubra la obligación de indemnizar los daños indicados en el artículo 33.5 de la Ley de Caza (arts. 52.1 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza, y del Reglamento, aprobado por Decreto 506/1971, de 25 de marzo). La obligación de indemnizar se limita por la cuantía que reglamentariamente se fije para las prestaciones del seguro obligatorio (sin perjuicio de la posible aplicación del CC o del CP), y la cuantía máxima a cargo del seguro será la que, conforme a la naturaleza de los daños, se establezca en el caso del Seguro Obligatorio de Vehículos de Motor (art. 52.3 Reglamento).

Dicha cuantía máxima, tras la reforma producida por el RD 1313/1992, de 30 de octubre, en el artículo 13.a) del RD 2641/1986, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil derivado del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, será de ocho millones de pesetas (cantidad aplicable a los siniestros acaecidos a partir del 31 de diciembre de 1988).

Esa remisión es acertada: «sería contrario a la realidad sociológica, que tiene en cuenta el artículo 3 CC, reputar de peor condición a quien es víctima por accidente de caza respecto al que lo es por accidente circulatorio, con atentado frontal a la equidad, que faculta buscar la solución justa, que en este caso cuenta con el apoyo legal suficiente».

La concreta indemnización debe determinarse, dentro de dicho límite fijado, por el órgano jurisdiccional en cada caso, valorando todas las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto, sin que necesariamente deba existir correlación entre primas e indemnizaciones, por «no resultar trascendente a los efectos de fijar el importe económico de la cobertura del seguro y no darse condicionalidad ni supeditación jurídica y necesaria de una cosa y otra». (STS de 6 de julio de 2000; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Doña María-Begoña P. S. formula demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don José Antonio C. D. y la aseguradora *Lepanto, S. A.*, ante el Juzgado de Primera Instancia de Lalín suplicando el abono de una concreta cantidad de dinero con cargo al seguro obligatorio (ocho millones de pesetas, más los intereses oportunos), debido al daño derivado de la muerte del esposo de la demandante, don Fernando G. M., mientras realizaba actividades de caza. La sentencia estima la demanda y condena a los demandados a pagar a la comunidad hereditaria las cantidades requeridas. Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación, y la Audiencia Provincial Pontevedra desestima las pretensiones de la recurrente. A su vez, contra esta última sentencia se interpone recurso de casación, desestimado por el TS.

**NOTA.**—El TS se ocupa, en el presente caso, de un supuesto de reclamación de indemnización que pretende reparar el daño derivado de la muerte de una persona ocurrida en el seno de actividades de caza. Todo cazador debe indemnizar los daños por él causados en el ejercicio de la caza, salvo cuando se debieren únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor [art. 33.5 de la Ley de

Caza, y art. 35.6.a) del Reglamento], y, para facilitar que el dañado sea reparado, todo cazador debe concertar un seguro obligatorio en los términos del artículo 52, tanto de la Ley de Caza como de su Reglamento.

A la hora de fijar las cantidades máximas para reparar el daño, existe remisión legal expresa al régimen de la responsabilidad derivada del uso de vehículos de motor (al citado RD 2641/1986, de 30 de diciembre), y de dicha remisión se deriva que, en caso de daños corporales, se pueda elevar la suma indemnizatoria hasta a ocho millones de pesetas. Esta remisión ha sido valorada positivamente en la sentencia que anotamos (en la línea de otras sentencias anteriores, como las de 12 de marzo y 30 de noviembre de 1998).

El asegurador, por otra parte, está obligado a abonar, hasta el límite del seguro, al dañado o sus causahabientes, el importe de los daños, sin oponer las excepciones que le asistan contra el asegurado o un tercero, teniendo la víctima o sus causahabientes acción directa contra el asegurador hasta dicho límite (arts. 52.5 y 52.6 del Reglamento).

Dicha cantidad máxima, unida a los intereses oportunos, se concedió en primera instancia, y tanto en apelación como en casación se desestimaron las pretensiones contrarias.

No nos parece acertada esa pretendida falta de equivalencia entre primas e indemnizaciones a las que alude el recurrente para conseguir modular la indemnización, ya que no existe base legal en los preceptos de interés para fundamentar dicha pretensión. Y así lo establece acertadamente la sentencia que anotamos, como en su día lo hiciese, de modo más extenso y motivado, la STS de 30 de noviembre de 1998. Sin perjuicio de que pueda ser un dato a tener en cuenta para que el órgano jurisdiccional valore en el caso concreto la cuantía de la indemnización, no puede establecerse ese paralelismo que se pretende por el recurrente, porque no hay base legal para ello, y la finalidad reparadora existente exige que cualquier posible límite a la misma deba establecerse expresamente.

Por último, resulta correcto el tratamiento dispensado por la sentencia a la cuestión prejudicial, pues con ella se pretende ayudar al juez nacional en su tarea de interpretar y aplicar el Derecho comunitario, y que todo ello se haga de modo uniforme y armónico en la Unión, y no que el TJCE resuelva cuestiones de derecho interno de cada país.

Además de que dicha visión es técnicamente correcta, hay que destacar que el TS, expresándose en esos términos, hace suya la reiterada doctrina del TJCE en este sentido, que incide habitualmente en que con la cuestión prejudicial no debe pretenderse resolver cuestiones de derecho interno de cada uno de los países miembros. (A. J. Q. S)

**36. Responsabilidad patrimonial de los entes públicos.**—El primer motivo resulta desestimado por cuanto que la pretensión del recurrente se basa en un presunto funcionamiento anormal de un complejo hospitalario psiquiátrico dependiente del Instituto Nacional de la Salud, que tiene su fundamento en una responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC. Dado que en este supuesto se estaba utilizando un servicio público de la Adminis-

tracción, no es aplicable el artículo 41 LRJAE por cuanto que la relación establecida no es de Derecho privado, con lo que no puede someter a la jurisdicción civil la responsabilidad dimanante de este supuesto. Por tanto, la pretensión formulada deberá dilucidarse en vía contencioso-administrativa, con lo que se desestima el recurso interpuesto, al no concurrir defecto en el ejercicio de la jurisdicción. (STS de 19 de abril de 2000; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Interpuesta demanda de juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de los de Lugo, solicitando indemnización de daños y perjuicios contra el Instituto Nacional de la Salud y, solidariamente, el director del complejo hospitalario Xeral de Calde, se resolvió por S de 25 de noviembre de 1994, desestimando la demanda en cuestión.

Con posterioridad, se interpuso recurso de apelación, resuelto en su caso por la Audiencia Provincial de Lugo, con fecha 24 de febrero de 1995, de forma desestimatoria.

De tal modo, se presenta recurso de casación fundado en dos motivos: el primero, basado en el núm. 1 del artículo 1692 LEC, y el segundo, sustentado en el núm. 3 del mismo precepto, alegándose diversas infracciones de la LEC, la LOPJ y el CC. (*J. L. B.*)

**37. Responsabilidad civil derivada de delito: prescripción: indulto de 1971.**—El plazo de prescripción de la acción civil derivada de delito es el de quince años, establecido en el artículo 1964 CC para las acciones personales que no tengan señalado uno especial, y no el de un año de la nacida de culpa extracontractual; el indulto establecido en el Decreto de 23 de septiembre de 1971 origina la inexistencia de una sentencia condenatoria en el litigio penal y el consiguiente sobreseimiento acordado por efecto de aquél, sin que ello presuponga una consecuencia absolutoria de la responsabilidad, sino de un efecto impuesto *ope legis*.

**Improcedente acumulación de acciones.**—En el caso aquí debatido, por la parte perjudicada se han ejercitado dos acciones: la *ex delicto*, del artículo 1092 CC, en atención a la calificación de los hechos como penales, por la que se solicitó la declaración de responsabilidad directa de don J.L.E., y la subsidiaria, de conformidad con el artículo 22 CP entonces en vigor; y la de responsabilidad extracontractual de los artículos 1902 y 1903 CC en la que, con carácter subsidiario, junto a la petición antecedente se solicitaba la condena por culpa *in eligendo* a la entidad ENSIDESA. Esta Sala tiene declarado (SSTS, entre otras, de 19 de noviembre de 1988 y 18 de junio de 1992) que si la demanda se ha formulado en base al artículo 1902 CC, no cabe la aplicación del principio *iura novit curia*. Es cierto que la anterior doctrina no se aplica últimamente por esta Sala cuando, con asiento en la unidad de la culpa civil, fue alegada en la demanda la acción por culpa extracontractual, pues entonces pudo aplicarse la consecuencia jurídica correspondiente como si se hubiese ejercitado la acción por culpa contractual y viceversa, pero esta circunstancia no se produce en la coyuntura del debate.

**Cambio en el fundamento de la responsabilidad extracontractual.**—Del tenor de la letra de la sentencia recurrida se aprecia que se ha asentado la responsabilidad del responsable civil subsidiario en una *culpa in vigilando* o *in eligendo* pero nunca en otra *ex delicto*, sin valorar que contra dicha compañía, la cual no figuraba como responsable civil subsidiaria en las actuaciones

penales, no se había ejercitado la acción derivada de la culpa extracontractual. (STS de 4 de julio de 2000; ha lugar en parte.)

HECHOS.—En 1974 un auto de la Audiencia Provincial de Oviedo aplica al aquí demandado, don J.L.E., el indulto de 1971 por un delito de imprudencia, sin que haya datos sobre los hechos base de aquella (salvo que los daños se produjeron por accionar una báscula), sino únicamente el monto de la responsabilidad que uniformemente diversas resoluciones lo han fijado en quince millones de pesetas. Tampoco se aclara por qué hasta 1993 no se dicta sentencia en primera instancia por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Gijón, siendo de 1995 la sentencia de la Audiencia Provincial que resuelve la apelación. La diferencia entre ambos fallos radica en que la segunda consideró como responsable civil subsidiaria a ENSIDESA, extremo que al ser estimado parcialmente el recurso de casación ha quedado sin efecto. El fallo definitivo civil sobre hechos ocurridos antes de 1974 recae en el año 2000, sin que haya constancia tampoco sobre la solvencia actual de los condenados.

Al margen de la extraordinaria dilación que en el presente caso se ha producido, se trata de una *vexata quaestio* que la reciente publicación del nuevo CP ha dejado sin resolver y que la doctrina permanentemente trata en el frontispicio de la culpa extracontractual (*vide* las sugestivas páginas que siguen dedicando al tema Lacruz et alii, *Elementos*, II-2.º, Madrid, 1999, pp. 458-464). La sentencia anotada, además de ratificar la dirección jurisprudencial más moderna en orden al plazo quincenal de prescripción, añade la prohibición de acumular los fundamentos de la responsabilidad civil exigible, lo que se justifica al pervivir la naturaleza de la *actio ex delicto*, pero parece estar en desacuerdo también con la proclamada *unidad de la culpa civil*. (G. G. C.)

**38. Culpa extracontractual: accidente en hipermercado: menor de ocho años en carro de compra: pérdida pabellón auricular al moverse elevador: incumplimiento de medidas de seguridad.**—El establecimiento no cumplía la medida de seguridad relativa a las cintas transportadoras de personas a que se refiere la norma europea EN-115, adoptada el 31 de mayo de 1983 por el Comité Europeo de Normalización; en concreto, por no haber colocado por encima de la balastrada, deflectores verticales de, al menos, 0'3 metros de altura que no presenten ningún borde alguno cortante, lo cual únicamente no es necesario si la distancia entre el eje del pasamanos y un obstáculo es igual o superior a 0'5 metros, lo que no se producía en el caso de autos, que es de 0'08 metros.

**Culpa concurrente del padre del menor lesionado: incidencia de la teoría del riesgo.**—El padre consiente el desplazamiento de su hijo, que cuenta ocho años de edad y una estatura de 1,50 metros, desde el garaje hasta las instalaciones del hipermercado, dentro de un carro de la compra, lo que resulta impropio de las características del medio utilizado; sigue con su inhibición ante la conducta del niño consistente en ir con la cabeza sobre sus manos y apoyado en el pasamanos del elevador, mirando por encima de la barandilla el suelo de otra plataforma mecánica ubicada más abajo, todo lo cual constituye una manifestación de descuido al consentir el traspaso indicado y no impedir

la irregular posición del menor, dado que, por las características de tales carros de compra, el espacio reservado al efecto sólo es apto para bebés o niños de corta edad que por su peso y altura puedan ir sentados correctamente en el interior del carro; el padre con su conducta participó en nexo causal a la efectividad del accidente, habida cuenta de la inconsciencia propia del menor. Además, cabe señalar la incidencia de la responsabilidad por riesgo no sólo en la conducta de *Hipercor*, sino también, en el padre del menor, pues según STS de 30 de junio de 1985 la transgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos *in potestate*, con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad. Por lo explicado resulta la existencia de dos conductas culposas compartidas, cuyo resultado se traduce en una compensación de las consecuencias pecuniarias. (STS de 16 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El accidente se produce al cruzarse en un punto determinado la barandilla del elevador mecánico con la estructura de cemento donde se asienta otro elevador que, formando ángulo, enlaza con la planta superior, con el resultado de que al niño le quedó atrapado el cuello con la cabeza para abajo, mientras que su cuerpo era transportado hacia arriba, y, por la presión sufrida, aquélla salió despedida del hueco, resultando con la amputación del pabellón auricular izquierdo,

La sentencia declara compensadas las culpas en proporción de un 40% de *Hipercor* y un 60% el padre, lo que parece razonable habida cuenta de lo extendido que está la costumbre de que los padres lleven a sus hijos menores dentro del carro de la compra, cualquiera sea su edad, y tanto en situaciones normales como de riesgo. Yo creo, además, que el TS se ha excedido un tanto, en el margen de tolerabilidad, al afirmar que en los carros de la compra *el espacio reservado al efecto sólo es apto para bebés o niños de corta edad*; lo que puede resultar cierto respecto de las dimensiones del espacio, pero no de la conducta de los padres que se atreven a dejar dentro de tales carros a un bebé o a un niño de corta edad. En realidad, la empresa debiera advertir de la prohibición general (insisto en el ámbito de aplicación) de usar los carros como transporte de menores. Puede así estar originándose una peligrosa tolerancia con resultados altamente perjudiciales y lesivos para los usuarios de tales medios de transporte interno. (G. G. C.)

**39. Culpa extracontractual: responsabilidad de ATS: muerte por gangrena: relación de causalidad: falta de prueba.**—La actuación del primer ATS utilizando jeringuilla y aguja esterilizada por ebullición cabe calificarla, en principio, de negligencia profesional porque tal técnica no resulta la más segura, pues tratándose de proteger la salud han de usarse los medios, no sólo los más eficaces, sino los que se presentan más seguros y positivos; pero ocurre que al día siguiente el enfermo recibió otra inyección, sin que conste material empleado ni parte del cuerpo inyectada; todavía un día después otro practicante inyectó al enfermo otro producto utilizando la misma técnica que el primero, falleciendo el enfermo por gangrena gaseosa cuatro días más tarde. La sucesiva intervención de varios ATS obliga a declarar no probada la relación de causalidad que incumbía al actor, pues la actuación profesional sani-

taria resulta reprochable a tenor de la *lex artis ad hoc* cuando el responsable resulta perfectamente identificado, bien personalmente o bien se trate de organismos o entes hospitalarios a los que cabe atribuir actividad de prestación o gestión determinante de imprudencia sanitaria. Es reiterada la jurisprudencia de que, si no es posible establecer la relación de causalidad culposa, no se puede declarar responsabilidad sanitaria.

**Pluralidad de posibles sujetos causantes del daño.**—Concurrió en el caso la práctica de tres inyecciones en períodos de tiempo casi contiguos y a cargo de profesionales distintos, por lo que se presenta una situación de posibilidad en tres direcciones que los medios probatorios practicados no han definido de forma cierta y fija, con lo que la necesaria causalidad adecuada y precisada no se presenta en el caso de autos. Conviene añadir que los padres del fallecido mostraron en su día una conducta de oposición al no autorizar la práctica de la autopsia, cuyo resultado podía haber despejado la incertidumbre fáctica que se presenta. (STS de 22 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—No puede menos de causar desasosiego la lectura de esta sentencia, sobre todo al declararse en ella con toda claridad la actuación profesional negligente del demandado. Hay indudablemente un inadecuado planteamiento procesal de la demanda (que el FD 2.º hace ver) al dirigirse ésta exclusivamente contra el ATS que intervino en primer término. Sin embargo, esperar al año 2000 para resolver negativamente una cuestión planteada en 1983 no parece que contribuya a hacer efectivo el derecho establecido en el artículo 24 CE a favor de los padres del enfermo fallecido por gangrena gaseosa como consecuencia de la intervención de tres ATS, dos de los cuales lo han hecho probadamente con infracción de la *lex artis ad hoc*. Si se estima que los tres han podido intervenir en los hechos determinantes del fatal desenlace (o, al menos, dos de ellos), ¿no cabría aplicar la responsabilidad solidaria? ¿no hubiera sido equitativo, al menos, la condena al pago de la tercera parte, o de la mitad de la indemnización por muerte culpable, respecto del ATS que ha sido demandado y cuya negligencia es paladina? (G. G. C.)

**40. Culpa extracontractual: muerte y lesiones por explosión de gas butano: falta de prueba de la relación de causalidad: doctrina general.**—No se ha probado la existencia de una relación de causalidad entre la conducta de los demandados y el daño producido, y el recurso confunde la problemática probatoria del nexo causal con la de la culpa. Es doctrina de esta Sala que para la imputación de la responsabilidad, cualquiera que sea el criterio que se utilice, es requisito indispensable la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño (S de 11 de febrero de 1998), el cual ha de basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba (SS de 2 de abril y 17 de diciembre de 1988); es preciso la existencia de una prueba terminante (SS de 3 de noviembre de 1993 y 31 de julio de 1999), sin que sean suficientes meras conjeturas, deducciones o probabilidades (SS de 4 de julio de 1998, 6 de febrero y 31 de julio de 1999); el *cómo* y el *porqué* del accidente constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso (SS de 17 de diciembre de 1988, 27 de octubre de 1990, 13 de febrero y 3 de noviembre de 1993).



**Carga de la prueba de la correcta utilización de la bombona.**—La prueba del nexo causal incumbe al actor, el cual debe acreditar la realidad del hecho imputable al demandado del que se hace surgir la obligación de reparar el daño causado (SS de 14 de febrero de 1985, 11 de febrero de 1986, 4 de febrero y 4 de junio de 1987, 17 de diciembre de 1988 y 14 de febrero de 1994, entre otras). En el presente caso no se da ningún hecho atribuible a los demandados que pueda estimarse o valorarse como origen de la cadena causal o que haya podido contribuir al resultado dañoso; es cierto que por los demandados se proporcionó la bombona de butano, de la que salió el gas, cuya explosión produjo el daño, pero no fue la bombona la causante de la explosión, dado que no se apreció en la misma ningún defecto; por otro lado, la asunción del riesgo derivado de la correcta utilización de la bombona corresponde a los usuarios que lo asumieron. Por consiguiente, no siendo la bombona la causante de la explosión, falta la relación de causalidad y no cabe apreciar la culpa extracontractual que constituye el fundamento jurídico de la pretensión ejercitada. (STS de 30 de junio de 2000; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El 26 de junio de 1988 se produjo una explosión de gas en el domicilio familiar del matrimonio actor, a consecuencia de la cual falleció, al ser lanzada a la calle por el efecto expansivo, que derribó una de las paredes de la vivienda, una hija de aquéllos, resultando otro hijo con lesiones, así como los propios actores. Seguidas diligencias previas, se sobreseee en 1990. La demanda civil dirigida contra *Repsol-Butano, S.A.*, y *Mapegas, S.A.*, reclama una indemnización de 37.100.000 pesetas que es desestimada en ambas instancias, e interpuesto el recurso de casación, corre igual suerte.

Parece que hemos retrocedido a los primeros años del siglo XX cuando se presentaban ante los Tribunales las tempranas demandas *ex artículo 1902 CC* ¿No se está exigiendo ahora a los perjudicados una *probatio diabolica*? En efecto, se reconoce que los daños proceden de una explosión de gas butano, pero el TS requiere demostrar que el gas causante procede precisamente de la bombona instalada en aquel momento en la vivienda (se afirma categóricamente que la bombona no fue causante de la explosión). Los estragos causados inducen a pensar en la explosión del gas butano acumulado en la vivienda al cabo de cierto tiempo, depósito originado por causas que escapan normalmente al control de los usuarios, gas que tanto pudo proceder de aquella bombona como de otra anteriormente suministrada. Parece olvidarse que, junto a la obligación de uso correcto de la bombona, hay, a cargo de la suministradora, un deber legal incorporado al contrato de inspeccionar periódicamente la vivienda por parte de aquélla, y nada se dice ni de la frecuencia de las inspecciones ni del resultado de la última realizada. En la sentencia tampoco se hace cuestión de la acumulación de responsabilidad contractual y extracontractual, ni parece que hubiera obstáculos procesales para aplicar el régimen procedente. (G. G. C.)

**41. Responsabilidad extracontractual.**—El motivo primero alegado no es tomado en consideración, ya que ni el artículo 1243 CC ni el artículo 632 LEC presentan carácter de precepto de contenido valorativo de la prueba a los efectos de acreditar un error de derecho en casación, ya que la prueba pericial es de valoración libre por el órgano jurisdiccional de instancia.

De igual manera, debe desestimarse el segundo motivo, por cuanto que no es más que una mera reproducción del anterior, y así no cabe alegar falta de motivación suficiente en la sentencia recurrida por ignorar la prueba pericial practicada y admitida en apelación, ya que se entiende que se ha hecho una apreciación conjunta de la prueba.

El último motivo estima infracción en la sentencia recurrida del artículo 1105 CC y la errónea interpretación de los artículos 1902 y 1903 del mismo cuerpo legal. La Sala alude al hecho de que para apreciarse caso fortuito se requiere inexcusablemente que se trate de un hecho que no hubiese podido preverse o que previsto fuera inevitable, siendo inexcusable la imprevisibilidad del daño causado a terceros, no debiendo estimarse, ni alegarse caso fortuito cuando el acontecimiento tiene lugar dentro de la empresa que debe ser controlada por el empresario y no debe escapar a su previsión como tal.

Por tales motivos, se rechaza el caso fortuito, con lo que se procede a aplicar el artículo 1903 CC, entendiéndose que se ha producido una culpa *in vigilando*, siendo directa la responsabilidad de la empresa una vez que resulta acreditada la causación material de los daños por sus dependientes o subordinados y por las propias cosas generantes de peligro, apareciendo tal culpa conexas a la falta del preciso control y aseguramiento de las condiciones en las que se desarrolla una actividad asaz peligrosa, lo cual aparece notorio y que se realizaba en provecho y beneficio de la empresa citada.

En las responsabilidades en los supuestos de riesgos, tanto existentes como instaurados, la culpa se mueve en ámbito de cuasi objetiva e impone que se extremen todas las precauciones y que se aporten todas las medidas para evitar la concurrencia de aquellas circunstancias que cabe controlar con mayor vigilancia y cuidado efectivos. Por todo ello, se estima el tercer motivo alegado en el recurso. (STS de 4 de abril de 2000; ha lugar.)

**HECHOS.**—Se promueve demanda de juicio declarativo de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia de Aguilar de la Frontera, solicitando que se aprecie culpa extracontractual como causa de la muerte del hijo de los actores y, como consecuencia de ello, que se condene a los demandados al pago de la indemnización correspondiente.

El Juzgado dictó sentencia con fecha 27 de enero de 1995, desestimando la demanda, razón por la cual se interpuso recurso de apelación contra ella, que fue resuelto por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, con fecha 3 de junio de 1995, desestimándolo.

Finalmente, se presenta recurso de casación fundado en tres motivos, todos ellos con base en el artículo 1692.4 LEC. (*J. L. B.*)

**42. Culpa extracontractual: inexistencia de responsabilidad cuando Asociaciones de Consumidores denuncian riesgos de toxicidad en conservas de marisco importado: actuaciones administrativas sobreesidas.**—Las acciones ejercitadas por las Uniones de Consumidores demandadas no suponen un actuar antijurídico reprochable a título de culpa o negligencia; en efecto, tanto al encargar los análisis al laboratorio, como al efectuar las denuncias y emitir el comunicado de prensa, actuaron dentro del ejercicio legítimo de sus derechos, y ello sin perjuicio de que las actuaciones administrativas fueran posteriormente sobreesidas, no sin que antes se tomaran muestras, se inmovilizaran cautelarmente las navajuelas chilenas de las marcas de las acto-

ras y se abriera expediente sancionador, pues no toda denuncia administrativa que deja de prosperar implica la actuación culposa de su autor.

**Actuación conforme a derecho de RTVE.**—Por parte de RTVE se trata del ejercicio de un derecho de información dentro de los cauces del llamado reportaje neutral, o sea, cuando el órgano difusor se limita específicamente a transcribir noticias emanadas de otras fuentes de información, sin emitir ningún juicio valorativo ni ninguna crítica censora, acerca del contenido sobre el que versa la noticia que se emite, actuando dentro de los parámetros de normalidad y legalidad. (STS de 6 de junio de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia de aprobar (Pte. Martínez-Calcerrada y Gómez) con incidencia en un sector extremadamente sensible de la sociedad española y comunitaria, como consecuencia de hechos recientes y menos recientes que conviene enjuiciar con visión amplia (vacas locas, aceite de orujo de oliva, colza, etc.). Los principios que la LGDCU de 1984 trató de incardinar en nuestro ordenamiento, poco a poco van penetrando en él. Si el artículo 20 de aquélla otorga a las Asociaciones de Consumidores el derecho de *representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos*, la actuación en este caso resulta correcta cuando un primer análisis detecta cuatro miligramos de cadmio en determinada clase de conservas siendo lo tolerable un miligramo. Lo relativo a la actuación de RTVE, que dio a conocer el comunicado de aquéllas no supone, por otra parte, mayor novedad, pues constituye un hacer plenamente lícito. (G. G. C.)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**43. La aplicabilidad del artículo 453 CC a los casos en que la posesión exclusiva pasa a ser coposesión o posesión compartida con otros.**—Muy recientemente la S de la Sala de lo Civil del TS de 20 de junio de 1992 ha declarado que «el artículo 453 CC se refiere a aquellas situaciones en que un propietario no poseedor (y, general, quien tenga mejor derecho a poseer) recupera la posesión detentada por un tercero, en cuyo caso es indudable que éste (el poseedor que cesa en la posesión), si lo ha sido de buena fe, tiene derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa poseída (en la forma y con las garantías que dicho precepto establece); pero este no es el caso sometido a debate en el proceso, pues aquí se trata de un supuesto de copropiedad de un inmueble que ha de regirse por las normas específicas y propias de esta institución (arts. 392 ss. CC); y si bien es cierto que, con arreglo a dicha normativa, todos los copropietarios están obligados a contribuir a los gastos de conservación y, en general, a todas las cargas de la cosa común, en proporción a sus respectivas cuotas, también lo es que tienen derecho a participar, en esa misma proporción, en sus beneficios (art. 393 CC), por lo que sí, como en el caso que nos ocupa, uno solo de los copropietarios ha aprovechado y explotado en su exclusivo provecho la cosa común, no se estima procedente que pretenda reclamar de los demás condueños los gastos que hizo para dicha explotación única y, al mismo tiempo, conservar para sí la integridad de los beneficios obtenidos con la misma, sin haber dado

participación a los demás, pues ello entrañaría un evidente y recusable enriquecimiento injusto».

En el supuesto ahora estudiado, aunque no pueda afirmarse rotundamente una inaplicabilidad general del artículo 453 CC a los casos de coposesión, lo cierto es que en el supuesto de hecho ahora examinado la combinación de este precepto con las reglas de la comunidad de bienes contenidas en los artículos 392 y 393 CC debe desembocar en la total exención de los demandados respecto de las cantidades que se les reclamaron en la demanda, por las siguientes razones: primera, porque la finca sobre la que se reconoció su derecho a los demandados-recurrentes aparece integrada en un conjunto de fincas pertenecientes a la actora, sobre el resto de las cuales ningún derecho ostentan los demandados, formando una gran extensión dedicada a coto de caza mayor; segunda, porque los demandados siempre fueron ajenos a ese destino o aprovechamiento de la finca, no habiendo podido intervenir, durante el tiempo en que permanecieron privados de la posesión del Lote Sur, en decisión alguna sobre el aprovechamiento de la misma finca; tercera, porque sin perjuicio de que alguna de las inversiones cuyo coste se repercute en los demandados por la sentencia recurrida pudiera haber supuesto una mejora de la finca al margen de su aprovechamiento cinegético, lo cierto es que prácticamente todas aquéllas, incluidas las charcas, la plantación de alcornoques y la malla cinegética, tenían por objeto favorecer las condiciones de conservación y reproducción de las piezas de caza; y cuarta, porque los demandados no sólo permanecieron al margen de cualquier aprovechamiento cinegético hasta que por sentencia firme se reconoció su derecho a coposeder con la actora, sino que incluso, tras ser puestos en posesión de la finca, siguieron al margen de tal actividad cinegética. (STS de 4 de abril de 2000; *ha lugar*.)

**HECHOS.**—Se promueve juicio de menor cuantía por una entidad, como poseedora de buena fe, en reclamación de las inversiones y mejoras realizadas en una parte de la finca sobre la cual, en sentencia firme de 12 de febrero de 1993, se había reconocido a los codemandados la coposesión de noventa y dos participaciones de las trescientas ochenta y siete en que idealmente se encontraba dividida la finca, participaciones aquéllas cuya venta en documento privado de 1974, elevado a escritura pública de 1978, se había declarado nula.

La sentencia en primera instancia desestimó totalmente la demanda entendiendo que la cantidad reclamada en su primer pedimento obedecía a mejoras y gastos de puro lujo o mero recreo, y las otras dos reclamadas en sus pedimentos segundo y tercero a gastos ordinarios de conservación de la cosa, sin que en ningún caso pudieran repercutirse en los demandados conceptos que no podían considerarse gastos necesarios o útiles. La sentencia en apelación estimó parcialmente la demanda por considerar que las inversiones hechas por la actora en la construcción de once charcas para abrevadero del ganado, en la instalación de una alambrada cinegética o de malla en 2.400 metros del perímetro de la finca y en la repoblación de un número indeterminado de alcornoques equivalían a gastos útiles que habían de ser abonados por los demandados, que son quienes han llegado a interponer el recurso de casación ante el TS, que con-

firmando el fallo de primera instancia deja sin efecto la sentencia de apelación e impone costas de la segunda instancia a la parte actora-apelante. (A. I. H.O.)

**44. Valoración de los documentos privados.**—La autenticidad de los documentos privados no se ve destruida aun cuando sean impugnados y no reconocidos en juicio si no se cuestiona la autenticidad de la firma ni se demuestra que las añadiduras al texto completando o anulando datos de las cláusulas haya sido consecuencia de una manipulación efectuada por una de las partes con posterioridad a estampar su firma la otra parte contratante.

**Adquisición de los inmuebles vendidos** implica que el comprador no ha adquirido la propiedad sobre los mismos por inexistencia de modo, que constituye el complemento indispensable del título para trasladar la propiedad.

**Doble venta: artículo 1473 CC.**—En caso de doble venta el artículo 1473 CC, en aplicación del principio de prioridad registral, establece que la propiedad pertenecerá al que primero inscriba; la doctrina y la jurisprudencia exigen además, aun cuando el precepto no lo mencione, la existencia de buena fe por parte del que inscribe en el sentido de «crear o ignorar si la situación registral era o no exacta respecto de la titularidad registral que proclama» (STS de 23 de enero de 1989). La falta de buena fe implica la prevalencia de la primera venta aun cuando ésta se haya realizado por documento privado y la segunda por escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad. (STS de 1 de junio de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—J.M.D.S. adquirió por compra a F.G. del C. y a C.G.-E.G. determinadas fincas mediante contrato privado de compraventa. Del relato de los hechos no se deduce que se hubiese procedido a la entrega de los inmuebles. Las fincas objeto del contrato formaban parte de otra mayor inscrita en el Registro de la Propiedad, que posteriormente F.G. del C. y C.G.-E.G. aportaron a la entidad *Pacan, S.A.* (fundada por los vendedores y sus causahabientes acompañados de sus cónyuges), sin excluir las ya vendidas, adquiriendo de este modo el vendedor F.G. del C. la mayoría de sus acciones. La citada entidad procedió a la inscripción de la venta en el Registro. Es importante destacar la «inactividad práctica de la sociedad hasta su disolución y liquidación» (FD 3.º). J.M.D.S. formuló demanda contra M.C.G.E.G., M.C.I.G.G.E., F.G.G.E., M.M.G.G.E., A.M.G.G.E., contra los herederos desconocidos e inciertos de F.G. del C. y contra la entidad *Pacan, S.A.*, en la que solicitaba la nulidad de la aportación de las fincas a la sociedad mencionada, la nulidad de la inscripción en el Registro de la Propiedad realizada a favor de *Pacan S.A.*, en la parte que incluía las fincas vendidas anteriormente al demandante y la elevación a documento público de los contratos privados de compraventa por los que los inmuebles fueron vendidos al actor. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda declarando que el actor había adquirido la propiedad de las fincas; dicha resolución fue confirmada en grado de apelación por la Audiencia. (B. F. G.)

**45. Acción reivindicatoria. Acción declarativa. Diferencias.**—La STS de 27 de enero de 1995 ha definido la acción reivindicatoria como «la protección más amplia posible del derecho dominical sobre la cosa, pretendiendo la recuperación de la posesión de quien indebidamente la detente, razones que han permitido a la doctrina científica definirla como la acción dirigida por el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario. Es doctrina jurisprudencial tan reiterada que exige de puntual cita, que para la viabilidad de la acción reivindicatoria deben concurrir presupuestos consistentes en el título de dominio que acredite la propiedad del actor, la identificación suficiente de la cosa reivindicada y su posesión por el actual demandado». Los presupuestos necesarios para el ejercicio de esta acción no fueron pormenorizados por el legislador en 1889 en el artículo 348 CC, precepto que se limita a establecer el binomio derecho-acción. Nos encontramos ante un vacío legal en orden a su régimen jurídico cubierto por el hacer de la jurisprudencia del TS y de la doctrina de nuestros autores. Es doctrina jurisprudencial reiterada la que exige para la prosperabilidad de la acción reivindicatoria la concurrencia de acreditación de los tres requisitos enunciados en la resolución judicial: titularidad dominical del demandante, identificación de la cosa que sea su objeto y posesión de la misma por el demandado.

Bajo el presupuesto de que un propietario, sin dejar de ser poseedor, se vea perturbado en su titularidad, o tema serlo por quien «contravenga de forma efectiva el derecho de propiedad» (STS de 14 de octubre de 1991), lo «vulnere con actos de indiscutible realidad» (STS de 6 de junio de 1960) o «adopte una posición frente al dominio que lo haga dudoso o lo desconozca» (STS de 17 de enero de 1984) arrogándoselo o discutiéndoselo, podrá ejercitar una acción dirigida a verificar y comprobar, previa demostración judicial, la realidad de su título y la consistencia de su derecho, pidiendo que se declare todo ello con eficacia *erga omnes*. En relación a los requisitos necesarios para su ejercicio, la acción declarativa presupone los mismos requisitos y prueba que la reivindicatoria en lo relativo a la demostración de la propiedad y a la identidad de la cosa, mientras que nada tiene que probar el demandante en relación con la posesión del demandado.

La jurisprudencia pone de relieve la diferencia entre la acción reivindicatoria y la meramente declarativa en numerosas sentencias. Entre otras, la STS de 12 de junio de 1976 establece que «la tutela del derecho de propiedad se obtiene especialmente a través de dos acciones distintas, aunque muy enlazadas y frecuentemente confundidas: la propiamente reivindicatoria, que constituye medio de protección del dominio frente a una privación o una detentación posesoria, y va dirigida fundamentalmente a la recuperación de la posesión; y la acción meramente declarativa, la cual no requiere para su ejercicio que el demandado sea poseedor y tiene como finalidad la de obtener la declaración de que el demandante es propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo atribuye, sin aspiraciones de ejecución en el mismo pleito, aunque pueda tenerlas en ulterior proceso, pues si a veces es conciliable con alguna medida de ejecución que no le haga perder su finalidad esencialmente declarativa, nunca esa medida se traducirá, dentro del proceso incoado, en reintegración de una posesión detentada».

**Suficiencia e insuficiencia del título de heredero para ejercitar la acción reivindicatoria.**—En relación con la legitimación del demandante o demandantes en situaciones de cotitularidad como la comunidad hereditaria, la doctrina jurisprudencial ha distinguido entre la legitimación del reivindi-

cante que actúa en beneficio exclusivo suyo, reclamando las cosas para sí y el que lo reclama en beneficio de la comunidad.

Centrándonos en el caso de la herencia indivisa se exige que esté liquidada la comunidad para que se pueda interponer con éxito la acción reivindicativa, argumentándose que hasta que no cese la situación de indivisión no se tiene certeza que la cosa reclamada pertenece efectivamente al patrimonio del demandante. En este sentido son muy numerosas las decisiones jurisprudenciales que niegan al heredero esta legitimación cuando reclama no para la herencia sino en su propio beneficio sin citar a los demás partícipes. Entre otras, SSTS de 17 de junio de 1927, 25 de enero de 1943, 20 de febrero de 1951 y 21 de julio de 1986.

En el segundo de los supuestos podemos hacer una doble distinción, según la desposesión ya hubiese sido sufrida por el causante o bien si tiene lugar durante la vigencia de la comunidad hereditaria. Si partimos de la concepción de la herencia como una *universitas*, como un todo orgánico que puede comprender bienes, derechos y obligaciones, las acciones cuyo ejercicio correspondían al difunto, si eran transmisibles, ahora forman parte de la masa hereditaria y su ejercicio corresponderá a los coherederos, del mismo modo que le corresponde el uso de los objetos materiales de la herencia. Son muchas las sentencias que se han pronunciado en este sentido. Citaremos, entre otras muchas, la de 4 de abril de 1921 que establece que «debe considerarse como doctrina incurso la de que cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afectan a la comunidad, ya para ejercitarlos, ya para defenderlos, en cuyo caso la sentencia dictada a su favor aprovechará a sus compañeros sin que les afecte la adversa o contraria». Por tanto, cualquier heredero puede ejercitar una acción reivindicatoria para vindicar de terceros, incluso de un coheredero cuando se adjudica exclusivamente el aprovechamiento de una cosa perteneciente a la comunidad (SSTS de 25 de enero de 1943 y 19 de febrero de 1945). (STS de 27 de abril de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante en 1989 ejercita una acción declarativa de dominio solicitando se declare a su abuelo propietario de unas fincas que éste había adquirido en 1870 al amparo de las leyes desamortizadoras y de las cuales vendió las tres cuartas partes en 1873, así como aquéllas compradas en 1876 al amparo de las mismas leyes. Los abuelos del demandante fallecieron en 1814 y 1822 sin otorgar testamento, así como una de sus hijas, madre del recurrente, fallecida en 1937. En 1970 se otorga escritura pública de fusión entre dos sociedades indicándose como propias una serie de fincas entre las que figuran algunas de la pertenecientes al abuelo del demandante que, posteriormente, en 1980 fueron vendidas al ICONA. El Juzgado de Primera Instancia absolvió a la parte demandada. El Tribunal de apelación estima parcialmente el recurso de apelación absolviendo a la parte demandada de sus pedimentos. El TS desestima el recurso interpuesto por el actor. (M. F. N. C.)

**46. División de la cosa común. Prevalencia de la solución convencional.**—Con apoyo en la normativa que recoge el Código civil sobre la acción de división de la cosa común (arts. 402 y 404 CC), así como en su reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTS de 10 de mayo de 1994 y 15 de febrero de 1996), declara el TS que el acuerdo de las partes relativo a la división de la cosa común, previo o coetáneo al proceso, es vinculante para el juzgador, que debe

acatarlo con preferencia a la solución legal. Sólo a falta de tal convenio debe aplicarse el régimen de división de la cosa común previsto legalmente, con independencia de cuáles fueran los distintos sistemas propuestos por las partes, y sin que esto implique incongruencia, como señalan numerosas sentencias (SSTS de 26 de febrero y 30 de mayo de 1981).

**División de la cosa común. Régimen legal.**—Cuando el juzgador deba proceder a la división de la cosa común conforme al régimen legal establecido en el Código civil (arts. 401 ss.), por no existir convenio entre las partes al respecto, deberá partir de examinar si la cosa a dividir es divisible o indivisible. En el primero de los casos procederá a la división material de la cosa y a su reparto entre las partes, sin que pueda obviar este proceso y optar por otras soluciones (como la adjudicación de la cosa a una de las partes, sorteo de lotes o venta en subasta). En cambio, si la cosa es indivisible, deberá proceder a su venta en pública subasta y al reparto entre las partes del precio obtenido.

**Acción de división de la cosa común como acción única.**—Declara el TS que la acción de división de la cosa común es única, de manera que no hay tantas acciones como formas de practicar la disolución de la comunidad. Por ello, una vez ejercitada tal acción, no cabe plantear al juzgador que la división tenga lugar de una determinada manera, salvo que todas las partes así lo acuerden.

**Concepto de indivisibilidad de la cosa común.**—Sobre la base del artículo 404 CC establece el TS que para considerar una cosa indivisible a los efectos de la acción de división de la cosa común debe tenerse en cuenta no sólo su indivisibilidad material, desde una perspectiva económica y social, sino también el hecho de que la división desmerezca mucho la cosa o la haga insertible.

**Indivisibilidad de la cosa común. Impugnación en casación.**—Reitera jurisprudencia del TS (SSTS de 28 de noviembre de 1992, 25 de enero de 1993, 29 de noviembre de 1995 y 22 de marzo de 1999) establece que la apreciación de la divisibilidad o indivisibilidad de una cosa es fundamentalmente una cuestión de hecho. Sin embargo, en ocasiones este concepto puede depender de juicios de valor jurídico, en cuyo caso pueden ser sometidos a impugnación casacional, siempre que sean necesarios y que se aporten las apreciaciones valorativas. (STS de 19 de junio de 2000; no ha lugar.)

**HECHOS.**—En el término municipal de Ripoll se encuentra la finca «La Beltrana», propiedad de don I.F.R. (dueño de la mitad indivisa de la finca) y de las hermanas F.A. (dueñas de la otra mitad indivisa). Linda con dicha finca la llamada «Manso Palós», de la que son propietarias las citadas hermanas (dueñas de la mitad indivisa de la finca), junto con doña C.A.C. (dueña de la otra mitad indivisa). Ambas fincas están cubiertas de pinares, cuya explotación inician las hermanas F.A., sin el acuerdo respectivo de los otros copropietarios.

Cada uno de éstos, por separado, interpone demanda contra las hermanas F.A., solicitando, entre otros pedimentos, que se declare que las mismas carecen de autorización para explotar cada una de las fincas por sí solas. Las demandadas formulan reconvenición, en cada una de las demandas, interesando la disolución de la comunidad de bienes existente sobre ambas fincas. Solicitan que cada una de las fincas se adjudique al copropietario que esté dispuesto a adquirir la finca por un precio fijado pericialmente, procediéndose,



en cambio, a la venta en pública subasta y a la división del precio obtenido si son varios los interesados en la adquisición. Tras acumular los dos procesos paralelos, los demandantes reconvenidos contestan a la demanda reconvenzional solicitando que el reparto de las fincas se haga de forma conjunta, procediendo a dividir las como si fueran una y formando dos lotes, que se adjudicarían, respectivamente, a las reconvinientes y a los reconvenidos.

En primera instancia se desestima la demanda, pero se estima parcialmente la reconvencción, ordenando el Juzgado de Primera Instancia la división de las fincas. Ésta deberá realizarse de forma independiente, formando en cada finca dos lotes de equivalente valor que se adjudiquen a los anteriores copropietarios. Siendo apelada la sentencia por todas las partes, la Audiencia desestima el recurso y confirma el fallo de primera instancia. Ante este fallo, las hermanas F.A. interponen recurso de casación, que es desestimado por el TS. (A. M. M.)

**47. Vicios que producen la nulidad radical de los acuerdos comunitarios. No es el caso de la falta de unanimidad cuando ésta es requerida.**—Los acuerdos comunitarios que supongan infracciones estatutarias o de los preceptos de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal pueden ser sanados por no ser impugnados en el plazo de treinta días previsto en el artículo 16.4.º, párrafo 2.º, de dicha Ley. La nulidad radical del acuerdo tiene lugar cuando se infringe otra norma imperativa que no tiene previsto un efecto distinto para el caso de contravención o por ser contrario al orden público o a la moral o implique fraude de ley. La inobservancia de la regla de la unanimidad da lugar a la anulabilidad pero no produce la nulidad radical.

**Mayoría exigida para los casos de utilización para fines publicitarios de la cubierta del edificio.**—El acuerdo comunitario que tenga como objeto la instalación de una obra publicitaria en la cubierta del edificio no requiere la unanimidad ya que la obra no incide en la estructura del edificio, no cambia la naturaleza de la cubierta como elemento común y no priva a los comuneros de ventaja alguna, directa o indirecta, derivándose del acuerdo, por el contrario, beneficios para los mismos. (STS de 5 de mayo de 2000; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El acuerdo adoptado en Junta general ordinaria de 29 de junio de 1990 y el de 19 de junio de 1991 acordó facultar al Comité Rector entrante para estudiar y decidir respectivamente sobre el aprovechamiento publicitario de la terraza del edificio; ambas decisiones se tomaron por mayoría relativa. El 16 de agosto de 1991 la Comunidad de Propietarios celebró un contrato con *Inpubli, S.A.*, sobre cesión publicitaria de la azotea del edificio autorizando la primera a la segunda a colocar dos rótulos como elementos publicitarios por un plazo de tres años y por un determinado canon anual. Debe destacarse que el artículo 38 de los Estatutos Comunitarios regulaba la instalación de anuncios por los ocupantes de los pisos o locales. La sociedad *Padcrest Investments, LTD*, ocupante de dos pisos que mantenía cerrados, interpuso demanda contra la Comunidad de Propietarios solicitando la nulidad de los acuerdos anteriormente citados. La Comunidad de Propietarios formuló reconvencción pidiendo la declaración de la validez de los acuerdos impugnados y la condena a la sociedad demandante a la indemniza-

ción de los posibles perjuicios que se le causasen como consecuencia de la oposición de la actora a la instalación y funcionamiento de los carteles luminosos. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y acogió parcialmente la reconvencción declarando la validez de los acuerdos comunitarios y rechazando la pretensión de indemnización de perjuicios. La Audiencia confirmó la decisión de primera instancia.

NOTA.—La sentencia analizada aplica, por así exigirlo el caso concreto, la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, ya derogada. Actualmente es de aplicación la Ley 8/1999, de 6 de abril, que contempla en el apartado 3.º de su artículo 18 los plazos de interposición de acción contra los acuerdos adoptados en Junta de Propietarios: el plazo de caducidad pasa a ser de tres meses, ampliándose a un año cuando el acto impugnado sea contrario a la ley o a los estatutos. (B. F. G.)

**48. Propiedad horizontal. Responsabilidad extracontractual de la Comunidad de Propietarios por falta de reparación de elementos comunes.**—Si la Comunidad de Propietarios es conocedora de los daños ocasionados en un piso o apartamento debido a la defectuosa construcción de un elemento común, vendrá obligada a repararlos o a ejercitar las acciones necesarias para conseguir su efectiva y total reparación frente a los que considere responsables de tales defectos constructivos. En consecuencia, si la vía extrajudicial se revela insuficiente para la eliminación de los daños, deberá acudir a la vía judicial para obtener una total eliminación de la causa productora de los mismos. De no hacerlo así, habrá de afirmarse la existencia de una conducta negligente en la Comunidad de la que nace la obligación de reparar los daños al copropietario afectado.

**Litisconsorcio pasivo necesario.**— Ejercitada en la demanda inicial una acción para exigir responsabilidad por culpa extracontractual frente a la Comunidad de Propietarios, la sentencia que ponga fin al litigio no tiene trascendencia directa alguna respecto a quienes, en un concepto u otro, intervinieron en la edificación del inmueble; en este procedimiento sólo podrá hacerse declaración sobre la existencia o no de un actuar culposo imputable a la Comunidad de Propietarios demandada. (STS de 1 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Debido a la defectuosa construcción de la cubierta o terraza común en la que se encuentran las piscinas de la Comunidad, se producen unas filtraciones en uno de los pisos del inmueble. Ante esta situación, la propietaria del mismo ejercita una acción de responsabilidad por culpa extracontractual frente a la Comunidad de Propietarios para que se lleven a cabo las obras de reparación e impermeabilización de la cubierta o terraza común, y le indemnicen los daños y perjuicios ocasionados. La Comunidad contesta a la demanda y opone la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario; se argumenta que las filtraciones que dan lugar a los daños se deben a defectos de construcción o diseño, por lo que existe una posible responsabilidad de la promotora, la constructora o del propio arquitecto director de la obra.

El Juzgado de Primera Instancia estima la citada excepción y en consecuencia desestima la demanda de la copropietaria. Interpuesto

recurso de apelación por la representación de la parte actora, la Audiencia Provincial estima el recurso y revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Actualmente ha de tenerse en cuenta la Ley 8/1999, de 6 de abril, que ha reformado la Ley 49/1960, de 21 de julio, reguladora de la Propiedad Horizontal. Tras la nueva Ley, la obligación de la Comunidad de realizar «las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad y seguridad», está plasmada en el artículo 10.1 (*M. C. C. M.*)

**49. Propiedad horizontal. Cómputo del plazo.**—Resulta fundamental en este caso la interpretación que se lleve a cabo del artículo 15 LPH. Así, ajustándonos al supuesto que nos ocupa, el precepto citado señala con relación a la Junta de Propietarios que «la citación para la Junta ordinaria anual se hará, cuando menos, con seis días de antelación...». Sin embargo, no se explica el cómputo de dicho plazo, con lo que es necesario acudir al artículo 5.1 CC a cuyo tenor, «en los plazos señalados por días a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente».

Se trata sin duda de un plazo señalado por días, con lo cual el día de la citación deberá excluirse del cómputo y así contarse los seis días a partir del siguiente a la recepción de la citación, aviso, carta certificada, etc.

De este modo, dado que la citación del supuesto tratado en la sentencia se recibe en el domicilio el 20 de marzo de 1992, tal día no entra en el cómputo, que comenzará el siguiente y alcanza seis días, a la celebración de la Junta y no se produce con «seis días de antelación», porque para ello sería preciso que la Junta se hubiese celebrado el día 27 de marzo de 1992. Con tales argumentos, resulta obligado estimar el motivo alegado en el recurso.

Resumiendo, el plazo señalado en el apartado tercero del artículo 15 de la Ley de 21 de julio de 1960 sobre propiedad horizontal no establece otra cosa, en el sentido de fijar un nuevo cómputo del plazo y, por tanto una excepción a la regla general señalada en el artículo 5.1 CC, con lo que debe regirse por esta normativa en su aplicación. Además, se trata de un plazo contado por días y para tales casos señala el Código civil la regla del cómputo que no es de fecha a fecha, como en el caso de los meses o de los años.

Asimismo, la anterior Ley de Propiedad Horizontal señala que la citación, punto de partida del plazo de seis días de antelación a la celebración de la Junta ordinaria, debe, conforme a la normativa general del Código civil, quedar excluida del cómputo, el cual deberá comenzar al siguiente día de la citación y, por consiguiente, aplicando esta regla, la citación para la Junta no se ha producido en este caso, con los seis días de antelación a la misma. Este sistema en absoluto coincide con el de los términos judiciales, que si bien empiezan a correr desde el día siguiente en que se hubiera hecho el emplazamiento, citación o notificación, se contará en tales términos judiciales el día del emplazamiento. De hecho, aunque la Ley Orgánica del Poder Judicial se remite al cómputo del Código civil, en los señalados por días excluye los inhábiles, lo que no ocurre en los plazos no procesales del texto sustantivo civil en que se trata de plazos naturales que no excluyen los inhábiles.

Por último, señala el Tribunal en su fallo que la referencia del artículo 15 de la Ley de 1960 al plazo de citación para la Junta es que se hará «cuando

menos» con seis días de antelación a su celebración, razón por la que se entiende que el legislador tiene la voluntad de no reducir dicho plazo.

En definitiva, la Sala *a quo* ha computado indebidamente –de momento a momento– un plazo de días, habiendo prescindido de la normativa del artículo 5.1 CC, con lo que se estiman nulos los acuerdos adoptados en la Junta en cuestión. (STS de 26 de marzo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.–Se presenta demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de San Bartolomé de Tirajana en la que se solicita que se declare nula la Junta General de Propietarios de los Bungalows Mónaco de fecha 26 de marzo de 1992, así como todos los acuerdos tomados en ella y el Acta correspondiente.

Con fecha 22 de marzo de 1994 dictó sentencia el citado Juzgado estimando la demanda, razón por la cual se interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, con fecha 8 de febrero de 1995, estimándolo y revocando la sentencia de primera instancia.

Finalmente, se presenta recurso de casación con fundamento en el apartado 4.º del artículo 1692 LEC, al entender infringidas las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate y, en concreto, el artículo 5.1 CC, el artículo 15 LPH y el artículo 16.4 de este último texto. (J. L. B.)

**50. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de los litigios derivados de la ejecución de un Plan de Ordenación Urbana.**–Lo que se trata en este caso con la acción litigiosa es de impugnar la ejecución del Plan de Ordenación Urbana aprobado oficialmente; o lo que es lo mismo, se deje sin efecto una actuación efectuada por la Administración dentro del marco legal correspondiente. Habiendo actuado este ente público mediante el ejercicio de su potestad, que en materia de urbanismo le concede la legislación vigente, a través de su decisión en la ejecución del Plan Urbanístico, lo que supuso la ocupación de la parcela objeto de la contienda, en la praxis lo que se está planteando es un derecho a la contraprestación de la Administración por esa ocupación. Afectando la controversia a ese Plan de ejecución, la competencia por razón de la materia es del orden contencioso-administrativo (entre otros, art. 126 de la Ley de Expropiación Forzosa, art. 9.4 LOPJ, legislación urbanística: Texto Refundido de la Ley sobre Registro del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1976 y DT 2.º de la Ley 30/1992).

**La construcción de viales públicos en ejecución de un Plan de Ordenación Urbana no puede considerarse invasión de la propiedad privada.**–La construcción de viales públicos previa cesión del terreno preciso al efecto, cuya naturaleza administrativa es clara, en virtud de los artículos 112 y 113 RDL 781/1986, en ningún caso puede considerarse que implica estricta y exclusivamente el ejercicio de una auténtica invasión en la propiedad privada en base a una vía de hecho irregular por parte de la Administración demandada en este caso. (STS de 2 de marzo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.–El solar propiedad de don E.E.H. se ve afectado por el Plan General de Ordenación Urbana de San Pedro del Pinatar, publicado en el Boletín Oficial de la Región de Murcia de 3 de octubre de 1984, con su consiguiente entrada en vigor. Conforme a este Plan se debían ceder un total de 1225 m<sup>2</sup> para vías públicas. Los

propietarios del citado solar no concurrieron a la información pública del Plan General que les afectaba. Posteriormente demandan al Ayuntamiento y solicitan que les reintegre la posesión de la superficie que consideran ocupada sin título. (*M. C. P. A.*)

**51. Anotación preventiva de embargo: el acreedor embargante no está protegido por la fe pública registral.**—Reiterada jurisprudencia del TS (SSTS de 8 de julio de 1983, 27 de marzo de 1985, 19 de noviembre de 1992, 30 de diciembre de 1993, 2 de febrero y 10 de mayo de 1994 y 19 de mayo de 1997) afirma que las anotaciones preventivas de embargo no pueden producir efectos contra las adquisiciones efectuadas con anterioridad sobre el inmueble, aunque éstas no hayan sido inscritas en el Registro de la Propiedad. Así pues, es preferente la adquisición de la finca por escritura pública frente al embargo, incluso cuando no se haya inscrito la compraventa en el Registro de la Propiedad. (**STS de 5 de julio de 2000**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J.R.A.A. y doña A.F.R., vigente su matrimonio, adquieren un piso que se inscribe en el Registro de la Propiedad como ganancial. En el Registro Civil consta la sentencia de separación matrimonial desde mayo de 1986. Al liquidarse la sociedad de gananciales, se adjudica a doña A.F.R. el citado inmueble (se inscribe la adjudicación en el Registro de la Propiedad el 2 de mayo de 1991).

En septiembre de 1991, doña A.F.R. vende, mediante escritura pública, la mitad indivisa de la vivienda a don V.A.P.

La Tesorería General de la Seguridad Social inicia procedimiento de apremio contra don J.R.A.A. por impago de cuotas, dando lugar a la traba de diversos embargos sobre dicha vivienda (octubre de 1988, marzo de 1990 y marzo de 1992).

Doña A.F.R. y don V.A.P. interponen una tercería de dominio contra la Tesorería General de la Seguridad Social y don J.R.A.A., suplicando, entre otras cosas, el levantamiento de la traba del embargo de marzo de 1992 sobre el inmueble.

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

NOTA.—A nuestro juicio, el levantamiento de la traba de los embargos sobre el mencionado inmueble depende, en gran medida, del carácter ganancial o privativo de las deudas. Consideramos que si se trata de una deuda ganancial (contraída con anterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales), no procede el levantamiento del embargo. Por el contrario, si es una deuda privativa (contraída con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales), debería ordenarse el alzamiento del embargo trabado sobre el inmueble. (*M. J. P. G.*)

**52. Tercería de dominio. Naturaleza y función procesal. Doctrina jurisprudencial.**—La naturaleza y la función procesal de la tercería de dominio que, pese a los distintos matices doctrinales y a la evolución jurisprudencial, está actualmente reiterada en numerosas SS, como las de 19 de mayo y 16 de julio de 1997, 11 de marzo y 28 de octubre de 1998, que expresa que la acción de tercería de dominio, regulada en los artículos 1532 ss. de la LEC,

resuelve la cuestión de que, ante el embargo de un bien, el tercero que alega ser propietario —y que no lo es el demandado embargado— la interpone para que declare que él es el titular verdadero del derecho de propiedad y se alce el embargo trabado sobre su cosa.

Se había mantenido que la tercería de dominio era una acción reivindicatoria en la que se sustituía la recuperación de la posesión por el alzamiento del embargo. Pero realmente, la verdadera naturaleza de la tercería del dominio es de acción *declarativa de propiedad* cuyo objeto es la declaración de propiedad (a favor del demandante-tercerista) y el levantamiento del embargo (trabado a instancia de un codemandado sobre un bien que aparentemente era del otro codemandado). En este sentido, SS de 26 de septiembre de 1985 y 2 de noviembre de 1993. La jurisprudencia insiste en una idea: La acción de tercería de dominio, que no puede ser identificada con la reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella, tiene por finalidad principal, no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo: SS de 19 de mayo de 1989, en idénticos términos, 5 de junio de 1989, 16 de febrero, 8 de octubre y 18 de diciembre de 1990 y 24 de julio de 1992. La de 5 de diciembre de 1994 dice claramente que la acción de tercería de dominio hay que calificarla como meramente declarativa del dominio.

En las sentencias anteriores, entre otras muchas, se apunta la función procesal de la tercería de dominio, que es la invalidación e ineficacia del embargo producido, o, en otras palabras, el alzamiento de la traba, la revocación de la decisión judicial del embargo; con lo cual, la tercería de dominio es una acción cuya función es cambiar los efectos de una resolución judicial, que en este caso es dejar sin efecto el embargo, con el alzamiento de la traba que había sido acordada. Lo que conduce a otra conclusión: el auténtico —necesario y suficiente— *petitum* de la demanda de tercería de dominio es que se alce la traba sobre los bienes embargados.

**Compraventa posterior al embargo. Inscripción en el Registro de la Propiedad de aquella posterior a la anotación de éste, cuya eficacia en el tiempo la marca el asiento de presentación.**—Declara la sentencia la improsperabilidad de la acción de tercería de dominio en el presente caso, tanto desde una perspectiva de Derecho civil puro, como desde la del Derecho hipotecario:

— Aplicando la normativa del Derecho civil, el demandante en el juicio declarativo principal obtiene el embargo de la finca a su favor en fecha de 8 de abril de 1992 y el tercerista don M.F.G. adquiere la finca embargada posteriormente, el día 23 del mismo mes y año; ni el embargo ni la compraventa han tenido acceso todavía al Registro de la Propiedad.

— Aplicando la normativa de Derecho hipotecario, consta la entrada en el Registro de la Propiedad del embargo antes que la compraventa, pues el asiento de presentación —que determina la eficacia en el tiempo de toda inscripción o anotación, tal como establecen los arts. 24 y 25 LH— del mandamiento de embargo fue el 30 de abril y el de la escritura de compraventa el 13 de mayo de 1992.

**Presunción de exactitud registral. Principio de fe pública registral (eficacia ofensiva de la inscripción). Tercero hipotecario: es el que inscribe su derecho en el Registro de la Propiedad.**—El artículo 32 LH integra la presunción de exactitud registral y, junto con el artículo 34, plasma el llamado principio de fe pública registral que constituye la eficacia ofensiva de la inscripción; y cuando dispone que los títulos no inscritos no perjudican a

tercero, debe recordarse el concepto de tercero, tercero hipotecario o tercero registral, que no es el simple tercero civil el cual no es parte en la relación jurídica, sino el tercero adquirente que, de buena fe, ha inscrito en el Registro de la Propiedad el derecho que ha adquirido del titular registral. A él no podrá oponérsele lo no inscrito, según el artículo 32 LH, pero no es el caso presente en el que el recurrente adquiere una finca ya embargada y cuando inscribe ya estaba anotado (con el asiento de presentación) el embargo. (STS de 7 de abril de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—En fecha 8 de abril de 1992 se produce el embargo de la finca objeto de la tercería de dominio, a instancia de *Moliver, S.L.*; en fecha 23 de abril de 1992, el embargado don F.A. vende en escritura pública la misma finca a don M.F.C., el actual tercerista, recurrente en casación; en 30 de abril de 1992 se practica el asiento de presentación del mandamiento de embargo, cuya Providencia ordenándolo era de 28 de abril y la inscripción fue el 26 de mayo; el 13 de mayo de 1992 se practicó el asiento de presentación de aquella compraventa, cuya inscripción tuvo lugar el siguiente 11 de junio. (A. G. B.)

**53. La identificación de la finca es una cuestión de hecho.**—Entre los requisitos configuradores de la acción declarativa de dominio se encuentra, además del título dominical, la identificación de la finca que, como cuestión de hecho, corresponde exclusivamente a los Tribunales de Instancia apreciarla.

**Registro de la Propiedad y datos de hecho.**—La legitimación registral, reconocida en el artículo 38 LH, y la fe pública, plasmada en el artículo 34 LH, aseguran la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantizan la exactitud de los datos de mero hecho. (STS de 5 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El objeto del litigio que dio lugar a la sentencia analizada es el terreno que separa el chalet y garaje del demandante C.M.O.; éste solicitaba la declaración de propiedad sobre dicho terreno a su favor y la de inexistencia de derecho real limitativo o gravamen sobre el inmueble a nombre de los demandados M.V.P., F.L.R. y *Promociones y Construcciones Villalba, S.A.* El actor pedía así mismo indemnización de daños y perjuicios. Los demandados alegaron la excepción de falta de legitimación pasiva y formularon reconvencción solicitando la declaración como propietaria del terreno en cuestión a *Promociones y Construcciones Villalba, S.A.* A dicho efecto pedían la rectificación registral correspondiente por considerar que el terreno en cuestión se encontraba incluido en la finca registral cuyo dominio ostentaba dicha sociedad. El Juzgado de Primera Instancia declaró el dominio del demandante C.M.O. sin gravamen o derecho real limitativo. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia.

NOTA.—La cuestión más significativa que plantea la sentencia analizada se refiere a la extensión de los principios de legitimación registral y fe pública a los datos de mero hecho. Morales Moreno (*Publicidad Registral y Datos de Hecho*, ed. Centro de estudios registrales, 2000, pp. 87 ss) afirma que en relación con el artículo 38 LH no existe un jurisprudencia uniforme ya que en ocasiones

el TS considera presuntivamente la configuración de la finca exacta siempre que ésta sea precisa, pero en otras sentencias se mantiene un posición contraria. Dentro de esta última posición jurisprudencial, el autor citado llama la atención sobre el hecho de que pueden darse dos tipos de casos: por un lado, aquellos en los que el principio de legitimación registral es operativo en un principio respecto de los datos físicos pero la presunción *iuris tantum* de exactitud del Registro resulta destruida en la práctica de la prueba durante el proceso, y por otro lado, aquellos casos en los que el Alto Tribunal entiende desde un principio que el artículo 38 LH no es aplicable a los datos de hecho.

Por lo que se refiere al principio de fe pública la posición del TS puede calificarse, sin embargo, de uniforme ya que «casi de modo unánime, no admite que el Registro garantice al tercero una determinada configuración de la finca» (Morales Moreno, *op.cit.*, p. 126). (B. F. G.)

**54. Extensión de la hipoteca. Maquinaria.**—Según indica el TS, la maquinaria que se pueda desmontar fácilmente de su fijación a la superficie de una finca no queda comprendida dentro de la extensión de la hipoteca que se haya establecido sobre tal finca, aunque dicha maquinaria se encuentre en ella de forma permanente. El artículo 111 LH así lo dispone, salvo que medie pacto expreso o disposición legal en contrario, o que se trate de bienes que no puedan separarse sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto al cual van fijados.

**Aplicación del artículo 34 LH a los inmuebles por destino.**—Con cita de una sentencia anterior (STS de 10 de mayo de 1989), declara el TS que la protección del artículo 34 LH al titular registral que adquiera *a non domino* no es aplicable a la adquisición de inmuebles por destino que no figuren inscritos en el Registro de la Propiedad como pertenecientes al deudor hipotecario.

**Principio de seguridad jurídica. Contenido.**—La doctrina del TS (sirva de ejemplo la STS de 26 de febrero de 1991) establece que el principio de seguridad jurídica, que debe aplicarse en relación con el principio de «certeza del Derecho», significa que el ciudadano ha de conocer con antelación las consecuencias jurídicas de los actos que realice al amparo de las normas, por lo que no puede haber dudas o dobles sentidos en la interpretación de éstas. Sin embargo, este principio no ampara los errores o equivocaciones de los ciudadanos en cuanto al contenido o extensión de las normas.

**Principio de seguridad jurídica. Valor relativo.**—Según reiterada jurisprudencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del TS (entre otras, SSTs de 30 de marzo de 1989 y 8 de febrero de 1990), el principio de seguridad jurídica no puede establecerse como valor absoluto, ya que ello llevaría a la congelación del ordenamiento jurídico existente. (STS de 7 de junio de 2000; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La empresa textil *COTEXSA* interpone terceraía de dominio en el procedimiento de embargo seguido contra la entidad mercantil *SUDOTEX* por los trabajadores de la misma (representados por el Fondo de Garantía Salarial) y por el *Banco Zaragozano*. En dicho procedimiento se había trabado embargo sobre la maquinaria existente en una finca que había sido adquirida por *COTEXSA* con anterioridad. La adquisición se había producido en subasta judi-



cial cuyo origen estaba en la ejecución de una hipoteca que pesaba sobre la finca. La entidad adquirente, en la creencia de que la ejecución de la hipoteca incluía la maquinaria situada en la finca, a pesar de que se trataba de bienes fácilmente desmontables y susceptibles de ser separados sin detrimento, interpuso tercería de dominio en el procedimiento en el cual se trabó embargo sobre la misma.

Estimada la demanda de tercería de dominio en primera instancia, la sentencia fue recurrida por el Fondo de Garantía Salarial, que alegó que la hipoteca sobre la finca no se extendía a la maquinaria fácilmente separable. La Audiencia estimó el recurso, revocando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, ante lo cual interpuso recurso de casación *COTEXSA*. Dicho recurso fue desestimado por el TS. (A. M. M.)

**55. Acciones reales y litisconsorcio pasivo necesario. Notificación de la sentencia: artículo 270 LOPJ.**—El litisconsorcio tiene lugar cuando el fallo no puede emitirse sólo respecto de los demandados ya que la sentencia afectará inexcusablemente a personas no llamadas al pleito con las que existe un vínculo directo. En el caso de las acciones reales, al precisar éstas un soporte físico, únicamente cabe apreciar litisconsorcio cuando la cosa reivindicada esté poseída o detentada por varios con o sin título. En estos supuestos cada uno de los poseedores «puede ofrecer una postura y una actuación diferente ante la acción real que en su contra se esgrime» (STS de 30 de mayo de 1992). Ello es distinto a la notificación que se realiza en virtud del artículo 270 LOPJ que entra en juego cuando la decisión judicial puede tener efectos reflejos hacia terceros de la *litis* pero sin que quiera decir que se vean alcanzados por los efectos de la cosa juzgada o que se produzca para ellos indefensión.

**Artículo 226 LH.**—En los casos de discrepancia entre las certificaciones y el contenido de los Libros registrales, prevalecen estos últimos, de tal manera que constando la declaración de caducidad de una carga en las primeras sin existir dicha mención de caducidad en los segundos, los compradores por subasta pública, solicitantes de la certificación, no van a recibir protección registral.

**Cancelación del derecho de opción.**—El derecho de opción no es meramente anotable, sino inscribible y de protección registral. Ello implica que sólo puede ser objeto de cancelación siguiendo los trámites previstos en los artículos 76 ss. de la LH.

**Restauración de la situación jurídica anterior al contrato de compraventa nulo.**—Declarado nulo un contrato de compraventa que transmite la propiedad del inmueble a sus arrendatarios, es requisito indispensable para que el antiguo contrato de arrendamiento aflore la prueba de la locación. (STS de 27 de junio de 2000; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El señor T., propietario de la finca objeto del presente litigio, se negó a otorgar escritura de venta en favor de la *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura*, titular de un derecho de opción de compra sobre el inmueble inscrito en el Registro de la Propiedad. Interpuesto juicio de menor cuantía y anotada la demanda, la escritura de compraventa a favor de la *Caja de Ahorros* fue finalmente otorgada por el Juzgado. El procedimiento citado

llegó hasta el TS y finalizó con la inscripción de la escritura otorgada a favor de la *Caja de Ahorros*.

Por otra parte, los cónyuges, don J.J.M.C. y doña A.A.D.A., y don R.E.P.P. y doña M.I.F.S., que alegan su condición de antiguos arrendatarios del inmueble, lo adquirieron en la subasta que traía causa del procedimiento de embargo instado por el *Banco Hispano Americano* contra el señor T., e inscribieron la escritura notarial otorgada por éste. En la anotación preventiva de dicho embargo constaba como derecho preferente el derecho de opción de compra a favor de la *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura*, pero en la certificación de cargas solicitada por los citados cónyuges se expresaba que el contrato de opción había vencido y añadía el término «caducada».

La *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura* ejerció acción sobre declaración de derechos contra los compradores del inmueble por subasta pública; en la demanda solicitaba la declaración del derecho preferente de la actora, como titular dominical, frente al derecho que ostentasen o pudiesen haber ostentado en el pasado los demandados sobre la finca objeto del litigio, y la declaración del derecho de la demandante a la posesión del inmueble condenando a los demandados al desalojo de la misma. Los demandados formularon reconvencción solicitando la nulidad de las inscripciones registrales existentes a favor de la demandante y, subsidiariamente, la declaración de la vigencia de la relación arrendaticia que alegaban existente con anterioridad a la subasta.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por apreciar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario ya que no habían sido demandados ni el *Banco Hispano Americano* ni el señor T.; la demanda reconvenccional fue igualmente desestimada. La Audiencia Provincial negó la existencia de litisconsorcio pasivo necesario y estimó la demanda en su totalidad.

NOTA.—En el contrato de opción de compra hay que tener en cuenta que, por una parte, tiene lugar la perfección de la propia opción de compra y, por otra, la de la posterior compraventa. La primera tiene lugar en el momento en que optante y concedente prestan el consentimiento; la compraventa, en cambio, se perfecciona desde el momento en que el optante ejercita la acción derivada de su derecho, porque el concedente ya dio su consentimiento al concluir el contrato de opción de compra. Ello quiere decir que cuando el Juez otorga la escritura pública de compraventa al optante por haberse negado a ello el concedente no sustituye la voluntad de una de las partes, sino que ejecuta el cumplimiento del contrato. (B. F. G.)

**56. El ejercicio correcto de la acción de retracto no exige demandar al transmitente.**—Al ejercitar la acción de retracto, la relación jurídico procesal queda bien constituida si se demanda únicamente al comprador o adquirente. No se trata de un supuesto de litis consorcio pasivo necesario.

**El nudo propietario tiene derecho al retracto.**—El artículo 1522 CC no distingue entre nudo y pleno propietario, y legitima al nudo propietario para el ejercicio del derecho de retracto.

**El plazo de ejercicio de la acción de retracto comienza a computarse desde el momento de la inscripción de la adquisición en el Registro y no desde la fecha del asiento de presentación.**—El momento determinante para el inicio del cómputo del plazo de nueve días previsto en el artículo 1524 CC no es aquel en que se efectuó el asiento de presentación sino el de la inscripción, máxime cuando no se ha probado suficientemente que el demandante hubiera tenido noticia de la venta antes de la inscripción.

**La acción de retracto de comuneros no es una acción contradictoria de lo inscrito en el Registro.**—No procede aplicar el artículo 38 LH cuando se ejercita la acción de retracto, porque esta acción no provoca una contradicción con lo inscrito en el Registro, sino que persigue declarar el deber del adquirente de transmitir las fincas a los retrayentes.

**El legado no requiere aceptación para la producción de efectos.**—Los legatarios devienen titulares *ipso iure* desde la muerte del causante, aunque, si lo desean, pueden renunciar a él. (STS de 27 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiendo sido vendidas dos fincas por quien, según parece deducirse de la sentencia, es un usufructuario con facultad de disposición, los demandantes, en calidad de nudos propietarios, ejercitan una acción de retracto de comuneros frente al comprador. En primera instancia, se estima parcialmente la demanda. La Audiencia revoca la anterior y dicta nueva sentencia estimando plenamente la demanda. En casación, no ha lugar.

NOTA.—Únicamente una breve observación: la sentencia define el retracto como *el derecho sobre una cosa, que permite adquirirla en caso de que se haya transmitido a un tercero y opera después del contrato y de la transmisión, eliminando ésta para producir la adquisición por el retrayente*. A mi juicio, sería más coherente con el texto de la sentencia decir que el retracto elimina o deja sin contenido parte de los efectos de la adquisición (en particular, afecta a la facultad de libre disposición del adquirente y a la de retener la cosa); porque si, como hace la sentencia, decimos que el retracto elimina la transmisión, ¿cómo justificaremos que se obligue al adquirente a transmitir la cosa al retrayente? ¿Cómo justificaremos, además, que no se demande al vendedor o enajenante? Esta idea de que lo que se elimina no es la transmisión, sino alguno de sus efectos, entronca en la línea doctrinal que define el retracto como un derecho a subrogarse en lugar del adquirente (art. 1521 CC) y encaja armónicamente con el resto de la sentencia. Por el contrario, la definición del retracto que recoge la propia sentencia encaja mejor en la corriente doctrinal que defiende que el ejercicio del derecho provoca la rescisión del negocio. (C. J. D.)

## DERECHO DE FAMILIA

**57. Bienes gananciales: atribución al cónyuge del ajuar de la vivienda habitual: requisitos procesales de la demanda.**—La demanda inicial cumple todos y cada uno de los requisitos del artículo 524 LEC, como son la designación exacta de los demandados, los hechos fundamentadores de la pretensión ejercitada expuestos con la suficiente claridad y precisión y las

peticiones contenidas en el suplico formuladas de forma claramente inteligible, sin que sea necesario explicar la clase de acción que se ejercita, ya que según reiterada jurisprudencia las acciones interpuestas no se califican por la denominación que le dan las partes, sino por los hechos alegados y las pretensiones verdaderamente ejercitadas.

**Carácter imperativo del artículo 1321 CC: legado a favor de una hija de todos los muebles que existan al ocurrir el fallecimiento del testador en su casa habitación.**—Si bien el legado de todos los muebles a favor de una hija es una cuestión nueva que no puede tener acceso a casación, conviene tener en cuenta que aunque el testador puede disponer libremente de tales bienes, respetando los derechos legitimarios de los herederos forzosos, no puede obviarse la norma imperativa, inderogable por la voluntad de ninguno de los cónyuges, del artículo 1321 CC, según la cual, fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobrevive, sin computárselo en su haber; de ahí que ninguno de los cónyuges pueda disponer de tales bienes sino para el supuesto de sobrevivencia al otro esposo, ya que, de fallecer en estado de casado, los bienes que componen el ajuar de la vivienda habitual común se atribuyen, por disposición legal, al cónyuge superviviente; de ahí que el legado mencionado no puede contradecir lo dispuesto en el artículo 1321 CC. (STS de 19 de mayo de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia interesante por confirmar el carácter imperativo del artículo 1321 CC, coherente con su pertenencia al denominado *régimen matrimonial primario*. En cuanto a su última *ratio*, bien puede considerársele como una continuación *postmortem* de la protección del hogar familiar, que encuentra su apoyo constitucional en los artículos 33 y 39 de la Carta Magna (véase M.<sup>a</sup> José Herrero García, en *Comentarios Ministerio de Justicia*, II, p. 592 ss., y las opiniones que he expresado en Castán, V-1.<sup>o</sup>, 12.<sup>a</sup> ed., Madrid 1994, p. 385 ss.). Pero la sentencia no entra en la polémica sobre la naturaleza, familiar o sucesoria, del derecho que se establece. (G. G. C.)

**58. Donación de piso ganancial por marido mediante persona interpuesta: calificación del contrato: nulidad.**—Con fecha de 4 de mayo 1978 el marido don Enrique se dirige a Ingasa a fin de que se otorgue la escritura pública de una vivienda, haciendo constar como compradora a doña Rocío, pero en tal fecha Ingasa no podía transmitir dominio alguno pues el verdadero dueño era el primero; al cumplir el encargo Ingasa otorga apariencia formal de titularidad dominical a favor de doña Rocío, si bien no se trataba de un título legítimo, el cual sólo podía provenir de un negocio jurídico idóneo al efecto transmisivo en el que aparezca como *tradens* don Enrique. Doña Rocío no adquirió de Ingasa porque esa entidad nada podía transmitir, ni tampoco compró el piso a aquél, sino que don Enrique lo que le hizo fue una transmisión por acto a título gratuito, causalizado por la liberalidad del bienhechor, es decir, una donación. Pero al tratarse de la donación verbal de un inmueble se incumplió el requisito de la escritura pública, cuya falta determina la nulidad radical o, mejor, inexistencia del título, como entiende reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 27 de septiembre de 1989, 7 de mayo y 25 de octubre de 1993, 27 de julio y 10 de noviembre de 1994, 3 de marzo, 24 de octubre y 23 de diciembre de 1995, 5 de noviembre de 1996 y 19 de junio de 1999), por lo que no puede desplegar virtualidad transmisiva alguna de los

bienes a que se refiere; además Ingasa no es representante de don Enrique, y falta en todo caso la aceptación de la donataria. Por consiguiente, no hay título, porque se utilizó para viabilizar la transmisión del dominio una operación jurídica inválida. Esta solución no se ajusta totalmente a la argumentación de la resolución recurrida, si bien ello carece de trascendencia en el fallo al ser aplicable la doctrina de la *equivalencia de resultados*.

**Legitimación activa de la esposa del donante.**—Es evidente la legitimación *ad causam* de doña Trinidad, esposa de don Enrique, pues la supuesta donación se refiere a un bien ganancial por haber sido adquirido por su marido constante matrimonio, sujeto al régimen de la sociedad de gananciales. La disposición del bien solamente por el marido, sin la intervención de la esposa, o sin su consentimiento, determina la invalidez del acto de disposición a título gratuito del bien ganancial, sin que importe aquí concretar si la nulidad tiene carácter radical (como ocurre claramente en la actualidad, dados los arts. 1322, párr. 2.º, y 1378) o relativa (anulabilidad) en la normativa vigente al realizarse el acto anterior a la reforma de 1981 (art. 65 reformado en 1975, 1413, redacción de 1958, 1415, párr. 2.º, *a sensu contrario*, e incluso 1343 y 1409 en orden a complementar la interpretación normativa), porque el tema no se suscitó en casación, ni tampoco el del cómputo del plazo de extinción de la acción. Por todo ello es evidente la nulidad del título por no cumplirse la exigencia legal en materia de disposición gratuita de bienes gananciales.

**Separación de hecho: inaplicación de la doctrina jurisprudencial que niega carácter ganancial a los bienes adquiridos individualmente después de la separación de hecho.**—Tal doctrina es inaplicable al caso de autos pues, con independencia de que no consta claramente en qué momento se produjo la interrupción de la convivencia íntima de los esposos, en cualquier caso, no basta con no tener relaciones íntimas con el cónyuge, y mantener unas relaciones extramatrimoniales con otra persona, para aplicar la referida doctrina; el marido no dejó el domicilio conyugal (cualesquiera que fueren las razones para no hacerlo), siguió pernoctando en el mismo, continuó llevando la gestión de los asuntos de la familia formada por su mujer e hijos y contribuyó con los ingresos propios a su sostenimiento. (STS de 24 de mayo de 2000; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El 12 de diciembre de 1968 don Enrique, casado con doña Trinidad, bajo el régimen de gananciales, compra a Ingasa la vivienda litigiosa; el 16 de junio de 1971 el comprador cede sus derechos a una compañía mercantil en garantía de la deuda contraída como consecuencia del aval prestado para la compra; el 2 de mayo de 1978 se produce la retrocesión de derecho por haber satisfecho don Enrique la suma adeudada. El 4 de mayo remite éste una notificación a Ingasa notificándole haber cedido los derechos sobre el piso a doña Rocío, viuda e inquilina del piso. El 21 de junio de 1978 Ingasa otorga escritura de compraventa a favor de doña Rocío. Don Enrique había contraído matrimonio con doña Trinidad en 1948, de cuyo matrimonio tuvieron tres hijos, aunque a partir de un tiempo no concretado, por causas de las desavenencias dejaron de tener relaciones íntimas, si bien el marido siguió pernoctando en el domicilio matrimonial, manteniendo la apariencia por los hijos y por razones de índole social, y continuó con la gestión de los asuntos de la familia, contribuyendo a su sostenimiento. Doña Rocío

estuvo casada con don José Luis, el cual murió en 1973; los dos matrimonios se conocían y mantuvieron relaciones de amistad. Muerto éste, don Enrique, en tiempo no precisado, pero próximo y sin abandonar el domicilio conyugal, comenzó a desarrollar una relación íntima y de práctica convivencia con doña Rocío, hasta su fallecimiento en 1992. La demanda se interpone por doña Trinidad contra su marido y los hijos de doña Rocío. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación; el TS (Pte. Corbal Fernández) desestima el recurso de casación.

Es notable el análisis que contiene la sentencia con la finalidad de calificar la transmisión que Ingasa hace a favor de doña Rocío, siguiendo las instrucciones de su verdadero dueño. Elude considerarla como venta de cosa ajena, y dado que no parece haberse producido ulteriores transmisiones a terceros, opta por considerarla una transmisión a título gratuito, por persona interpuesta (simulación *in personam*). Formalmente hay una compraventa, pero no parece que, en el pleito, se haya sostenido esta postura. Todavía quedaba otro obstáculo en el camino casacional: la doctrina jurisprudencial sobre las donaciones encubiertas en forma de compraventa; sólo de pasada se afirma que falta la aceptación de doña Rocío en calidad de donataria. Se concluye así por calificar el contrato de donación de inmueble ganancial realizada unilateralmente por el marido, calificación que debemos completar *realizado por persona interpuesta bajo forma de compraventa*.

En realidad hay una cuestión de derecho transitorio, pues los hechos parecen haber ocurrido antes de entrar en vigor la nueva regulación de la sociedad de gananciales por la Ley de 13 de mayo de 1981, si bien la sentencia utiliza una fórmula genérica aplicable a ambos regímenes legales en vigor consistente en la *nulidad del título por no cumplirse la exigencia legal en materia de disposición gratuita de bienes gananciales*, sin mayor profundización (que acaso hubiera debido realizarse).

No menor escollo representaba la compleja y atípica relación familiar del marido donante, que, siguiendo la terminología usual en los años en que se produjeron los hechos, mantenía relaciones adulterinas secretas con la donataria, sin romper fáctica ni jurídicamente relaciones con su familia matrimonial. Pero los hechos probados no permiten encuadrarlos dentro de la reiterada doctrina jurisprudencial que niega carácter ganancial a los bienes adquiridos por cada cónyuge después de la separación de hecho. El marido no quiso romper del todo la vida común con su familia matrimonial, y su esposa se ha aprovechado de este hecho para que ese bien ganancial, donado irregularmente a otra mujer constante matrimonio, no salga, del círculo de la familia matrimonial. (G. G. C.)

**59. Filiación extramatrimonial: reclamación de paternidad: exigencia de principio de prueba según artículo 127 CC.**—Puede hablarse de una vieja doctrina jurisprudencial según la cual (SSTS de 3 de diciembre de 1991, 8 y 20 de octubre de 1993, 28 de abril y 28 de mayo de 1994, y 3 de septiembre de 1996) no puede confundirse el principio de prueba exigido por el artículo 127, párrafo 2.º, CC para la admisión de la demanda con la que ha de

realizarse en el curso del proceso para obtener una sentencia favorable, bastando para admitir a trámite la demanda una mínima línea de razonabilidad o verosimilitud, de la que derivar la atribución de la paternidad, consistiendo en un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, sin que pueda constituir una restricción a la posibilidad que abre el artículo 39.2 CE; la doctrina científica aduce que es un instrumento previsor frente a insólitas demandas instadas por sentimientos personales o deleznable; lo que requiere según los casos, y hasta en hipótesis de mínima cimentación, es que sea suficiente del contexto de la petición original que el órgano judicial tenga la impresión de que, razonablemente, existe base o fundamento para adentrarse en el acervo *ex post* probatorio en búsqueda de la paternidad discutida.

**Acción ejercitada por hija de cuarenta y ocho años de edad frente a supuesto padre próximo a los setenta: buena fe y abuso del derecho: acción imprescriptible de la hija.**—Las actuaciones de la propia hija y de su madre presiden, están inspiradas en los principios de buena fe y no abuso del derecho, ya que postulan reconocimientos legales inherentes con su verdadera progenie; la seguridad jurídica es efecto o consecuencia de la previa categoría institucional de la paternidad que se manifiesta en la imprescriptibilidad de la acción que asiste a todo hijo *ex artículo* 133 CC; son irrelevantes la acusación de móviles económicos de la actora y la tardanza en el ejercicio de la acción, ante su legítima aspiración a una tutela judicial para determinar su estado de filiación. La equidad no se vulnera ya que la ley se ajusta a unos hechos que claman en su vocación de justicia, frente a lo que no cabe oponer con sustancia relevante el lapso de tiempo que, sobre la procreación, no puede eliminar los frutos biológicos de una casual cohabitación.

**Prueba biológica practicada en segunda instancia para mejor proveer: prueba testifical y documental.**—En primera instancia la sentencia estimatoria se basó en las pruebas testifical y documental, de las que se desprende la notoriedad pública y social del nacimiento de la actora y de su paternidad por el demandado; en segunda instancia la prueba biológica realizada por el Instituto Nacional de Toxicología declara que la probabilidad de paternidad obtenida es del 99'998%, por lo cual la prueba de la filiación está práctica y absolutamente probada, convirtiéndose en certeza la presunción que estableció la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. (STS de 18 de mayo de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Resulta incuestionable la doctrina mantenida en la sentencia extractada; pues al ser imprescriptible la acción que se otorga al hijo para reclamar su filiación frente al presunto padre, tan legítima es la ejercitada por la madre al poco de nacer el hijo como esperar a cumplir cuarenta y ocho años la hija para ejercerla frente al supuesto progenitor casi septuagenario. Lo que ocurre es que el caso aquí contemplado merecería estudios sociológicos y de psicología social para tratar de encontrar una explicación razonable a los mismos, que acaso pueda encontrarse en la notoriedad pública y social de la paternidad, tal como recoge la sentencia extractada. (G. G. C.)

**60. Filiación extramatrimonial: derecho a conocer la propia filiación biológica: fundamento constitucional.**—El principio general del interés del menor es destacado en la fundada sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mérida de 3 de febrero de 1995, en los siguientes términos: «El artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por las

Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, proclama que el niño desde que nace tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, siendo misión de los Estados Partes respetar y velar para que sea efectiva la integración del menor en las relaciones familiares; para hacer realidad ese derecho del niño se hace preciso establecer su filiación; el derecho del hijo a conocer su origen biológico adquiere tal relevancia que la propia CE exhorta al legislador a que se posibilite la investigación de la paternidad (art. 39); principio también rector de la actuación de los poderes públicos es asegurar la protección integral de los hijos; así la CE establece que los hijos, con independencia de su filiación, son iguales ante la ley y tienen derecho a ser asistidos por sus padres, hayan nacido dentro o fuera del matrimonio. Es que el derecho a conocer la propia filiación biológica, incluso con independencia de la jurídica, se erige como un derecho de la personalidad que no puede ser negado a la persona sin quebrantar el derecho a la identidad personal y cuyo fundamento hay que buscar en la dignidad de la persona y en el desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).»

**Negativa a la práctica de la prueba biológica.**—Según la doctrina constitucional y jurisprudencial sobre esta cuestión, si se practica, la prueba biológica es de una seguridad extrema; si no se practica por voluntad del demandado, sin causa que lo justifique, no es una *ficta confessio*, pero tiene un alto valor probatorio puesto en relación con las demás pruebas practicadas, aunque éstas en sí mismas y por sí solas no fueran suficientes para estimar probada una paternidad que, de por sí, es de imposible prueba absoluta, salvo la biológica.

**Casos en que resulta esencial la prueba biológica: doctrina del TC: jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup> TS.**—En los supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación, ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es entonces donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica del reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los artículos 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación (SSTC de 17 de enero de 1994 y 31 de mayo de 1999). En la misma dirección la jurisprudencia reiterada de esta Sala declara que, si bien la negativa a someterse a la práctica de la prueba biológica no es base para suponer una *ficta confessio*, sin embargo representa un indicio valioso que, conjugado con otros elementos probatorios configurados en los autos, sirve para determinar la filiación solicitada. (STS de 22 de mayo de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Doctrina jurisprudencial ya consolidada, de la que llama la atención la reproducción de la argumentación empleada por el Juzgado de Primera Instancia con referencia a la Convención de 1989. Acaso el énfasis que en ésta se pone para erigir como derecho de la personalidad el de conocer el propio origen biológico —que muchos autores aceptan y propugnan, y también este anotador—habría que ponerlo en relación, para matizarlo, con la Ley de Procreación Asistida, que lo niega tajantemente al hijo así nacido cuando interviene semen de donante, pero cuya constitucionalidad ha



sido declarada recientemente por el TC con argumentos, sin embargo, poco convincentes. (G. G. C.)

**61. Filiación extramatrimonial: negativa a someterse a prueba biológica: no es suficiente *per se* para declarar la relación de filiación: doctrina general.**—El deber de colaboración en el proceso, los principios de buena fe y lealtad procesal, las modernas doctrinas en materia de carga de la prueba y el obvio reproche que moralmente puede merecer la conducta del demandado, no pueden servir de soporte para aceptar una solución que desborda la posibilidad de los Tribunales y que en sistemas jurídicos de otros países cuenta con una previsión legal. La hipotética atribución judicial a la negativa injustificada a la práctica de la prueba hematológica de un valor superior al de un *indicio valioso muy cualificado*, aparte de problemas prácticos en el terreno de la sociología jurídica, y técnicos, se aviene mal con la relevancia del vínculo que se pretende establecer y, sobre todo, con su inmutabilidad (cosa juzgada con eficacia *erga omnes*). Como dice la STS de 4 de febrero de 1999 «si bien los Tribunales de Justicia en estas cuestiones no exigen una prueba férrea y absoluta dadas las especiales condiciones de las situaciones humanas que se debaten y los intereses a proteger de los hijos, tampoco por ello cabe una permisividad abierta e incontrolada que permitiría, unas veces, alcanzar decisiones coincidentes con la realidad genética, con lo cual se autorizaría a definir situaciones de estado civil difusas, despejando su incertidumbre para las personas interesadas; pero en otros casos puede suceder que se atribuya filiación equivocada, con las graves consecuencias que ello implica, por lo que la exigencia de prueba medianamente suficiente y sobre todo convincente, con sujeción a la legalidad a cumplir, se impone y se hace exigente a los Tribunales». Con esta doctrina no se vulnera la prohibición de discriminación por razón de nacimiento, pues no se establece ninguna diferencia para los hijos procreados dentro o fuera de matrimonio, ni tampoco se causa indefensión, pues se pudieron intentar otros medios de prueba o asegurar las intentadas. (STS de 30 de mayo de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Es doctrina reiterada de la Sala 1.<sup>a</sup> que la mera negativa a someterse a las pruebas biológicas no constituye *ficta possessio*, lo que no obsta a su valoración como indicio de prueba que, unido a otras, permite a los Tribunales estimar la acción de reclamación intentada. La lectura de la jurisprudencia sobre la materia dictada en los últimos años pudiera dar la impresión de que basta cualquier prueba adicional para obtener éxito en la acción de reclamación; es cierto que en algunos casos se hacen valer criterios que podrían calificarse de *audaces*; con todo, hay límites que la Sala 1.<sup>a</sup> no quiere traspasar, en ausencia de una norma legal que lo autorice, y que esta sentencia se encarga de recordar ratificando la STS de 4 de febrero de 1999; el temor a atribuir una filiación equivocada parece un freno prudente, aun a riesgo de dejar en la incertidumbre algunos supuestos por falta de prueba. (G. G. C.)

**62. Filiación no matrimonial: reclamación de paternidad a cargo de progenitor sin posesión de estado: jurisprudencia consolidada.**—La jurisprudencia más reciente de esta Sala ha consolidado el reajuste interpretativo de los artículos 131, 133 y 134 CC, que ya habían iniciado las SS de 5 de noviembre de 1987, 22 de marzo de 1988, 19 de enero y 23 de febrero

de 1990 y 8 de julio de 1991, para llegar a la doctrina contenida en las últimas SS de 24 de junio de 1996, 30 de marzo y 19 de mayo de 1998, que establecen y reconocen la legitimación del padre en los casos de filiación no matrimonial, al superarse la literalidad del artículo 133 CC que atribuye sólo la legitimación al hijo, para decidirse por una interpretación más flexible, la que resulta más acomodada a los principios y filosofía de la institución de la filiación, como a su finalidad; y toda vez que el artículo 134 CC legitima, en todo caso, al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, también le está habilitando para que pueda ejercitar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial; tal legitimación ha de ser entendida no sólo para el proceso, sino también para la titularidad de la acción de defensa de un interés protegible, y este interés existe y se presenta legítimo en casos como el presente en relación con el padre biológico, y que le es negado en la sentencia recurrida; la verdad biológica no puede dejarse de lado y conforma la efectiva verdad material y, a su vez, también ha de tenerse en cuenta el derecho natural y, por ello, el interés justificado que asiste a los hijos de saber y conocer quién es su padre y se presenta como encuadrable en la tutela judicial efectiva que a los mismos ha de otorgársele por integrarse en la moral-jurídica y normativa constitucional, e, incluso, resulta necesaria para la determinación genética y puede ser vital para preservar la salud.

**Prueba indiciaria.**—Se dan pruebas indiciarias suficientes que acreditan que el recurrente es el padre biológico de la menor Andrea; del examen conjunto del cuerpo probatorio, e incluso del contexto del escrito de contestación a la demanda, se alcanza la conclusión lógico-jurídica, suficientemente al concurrir hechos-base acreditados de que los litigantes mantuvieron relaciones íntimas en tiempo hábil para la procreación y, a consecuencia de las cuales, la mujer quedó embarazada, y el nacimiento de la niña, lo que se acomoda al artículo 135 que hace una enumeración abierta de los medios de prueba, para autorizar su inciso último la facultad de acudir al artículo 4.º.1 CC, al permitir se tomen en consideración otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo.

**Negativa de la madre a la prueba biológica sobre su hija menor: mala fe.**—Ha de añadirse la negativa persistente y continuada de la madre para la práctica de las pruebas biológicas de investigación de la paternidad, ya que por dos veces fue requerida para ello por el Juzgado, y otras dos veces por la Audiencia Provincial en trámite de apelación, sin que en ningún momento mostrara la mínima actividad cooperadora o predisposición para su práctica, alegando siempre estancias o viajes en el extranjero, no suficientemente justificadas, pero, en todo caso, no probó que se trataba de situaciones permanentes indefinidas y plenas que no permitía el desplazamiento de la menor a territorio español; la actitud de la demandada se presenta clara y notoriamente obstruccionista y rebelde, encuadrable en la mala fe procesal, pues no siendo necesaria su presencia para llevar a cabo la prueba, bien pudo acceder a que acudiera la hija, ya que no se demostró debidamente que residiera con ella en el extranjero y le acompañase en todo momento en las pretendidas residencias fuera del país; tal conducta opositora no resulta por completo irrelevante y se convierte en un intenso indicio cuando sucede que la negativa carece de justificación susceptible de ser apreciada, y obedeció más bien a una actitud decidida de evitar por todos los medios a que se llevase a cabo su práctica.

**Excepción *plurium concubentium*.**—Como dice la STS de 17 de octubre de 1996, la alegación de una hipotética excepción *plurium concubentium* no

justifica la negativa a la realización de la prueba biológica. (STS de 20 de junio de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Don Guillermo reclama la filiación extramatrimonial de la menor Andrea, reconocida por su madre Ana María: el Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y la Audiencia Provincial confirma la sentencia apelada. Se interpone recurso de casación por el supuesto padre, invocando la infracción de los artículos 131, 133 y 134 CC, y también del artículo 135 en relación con el 1253 CC. El Ministerio Fiscal se opuso manifestando señaladamente que la acción de filiación no matrimonial corresponde únicamente a las personas que señala el artículo 133, salvo el caso de posesión de estado. La sentencia extractada estima el recurso con base en la doctrina extractada y ya consolidada (v. García Cantero, «Legitimación activa para reclamar la filiación no matrimonial sin posesión de estado», *RJN* oct.-dic. 2000, p. 313 ss.) Se da la circunstancia de ser la madre reconocedora la que se opone a la acción del padre. (G. G. C.)

**63. Filiación. Prueba biológica. Doctrina constitucional. Jurisprudencia del TS.**—El principal intérprete de nuestro Texto Fundamental, el TC, tiene declarado al respecto que la sentencia impugnada en amparo no se aparta de la línea seguida hace años por el TS que atiende mayormente al cambio operado en este campo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de reforma del Código civil, a la búsqueda de la verdad material o real y se ha ocupado de otorgar la necesaria ponderación a la frecuente negativa de los demandados en procesos de esta índole a someterse a las cada vez más afinadas pruebas biológicas que permiten acreditar, junto con el resto de las pruebas, la paternidad en litigio. Así la negativa cobra su virtualidad en conjunción con el resto de los elementos fácticos, acreditados a lo largo del procedimiento, constituye base suficiente para que el Tribunal establezca el nexo causal preciso para llegar a una conclusión sobre la filiación reclamada, no suponiendo tal actividad un comportamiento arbitrario, sino el legítimo y necesario juicio de valor al que no puede renunciar el Juez, so pena de quedar reducido a la inacción o un resultado problemático —auto 103/1990, de 9 de marzo, en recurso de amparo 1285/1988—. Así, aunque se ha negado que la actitud obstruccionista de la recurrente impidiendo la práctica de tales pruebas biológicas suponga una *ficta confessio* —auto 276/1996, de 2 de octubre, en recurso de amparo 4439/1995— se trata de un medio probatorio esencial y fiable para la determinación del hecho de la generación discutida en el pleito; su negativa, junto con el resto de los fundamentos fácticos acreditados, puede permitir llegar a la conclusión de la determinación de la filiación —S 95/1999, de 31 de mayo, en recurso de amparo 1167/1995 (BOE de 29 de junio de 1999). Finalmente, se ha mantenido que no se infringe el derecho a la intimidad familiar y a la propia imagen cuando se trata de realizar una prueba prevista en la Ley y acordada por la autoridad judicial en el seno del proceso —S 7/1994, de 17 de enero, en recurso de amparo 407/1992 (BOE de 17 de febrero de 1994).

En igual sentido se ha pronunciado la doctrina de esta Sala de casación, destacando que si bien no permite tan solo por la negativa deducir la presunción de paternidad, ni es base suficiente para suponer una *ficta confessio*, precisando una valoración del resto del material probatorio, sí presenta el valor de un indicio y precisando la complementación con otras pruebas —ver SS de 27 de junio de 1987, 11 y 18 de marzo, 12 de abril, 21 de mayo, 3 de junio, 14 de

julio, 23 de septiembre, 3 y 5 de diciembre de 1988, 15 de marzo, 24 de mayo, 20 de julio, 10 y 30 de noviembre de 1989, 18 y 28 de mayo, 20 de julio, 23 de octubre 26 de noviembre de 1990, 6 de febrero, 25 de abril, 14 y 20 de mayo, 6 y 26 de junio y 3 de diciembre de 1991, 25 y 30 de enero, 18 de febrero, 17 de marzo, 30 de abril, 18 de mayo y 5 de octubre de 1992, 26 y 27 de enero, 4 y 24 de febrero, 29 de marzo, 15 de junio, 30 de octubre y 28 de diciembre de 1993, 1 de marzo, 28 de abril, 27 de mayo, 16 de junio, 21 de octubre, 16 y 20 de diciembre de 1994, 6 y 7 de marzo, 8 de mayo, 28 de julio, 7 de octubre y 20 de diciembre de 1994, 6 y 7 de marzo, 8 de mayo, 28 de julio, 7 de octubre y 28 de noviembre de 1995, 22 de marzo, 14 y 24 de junio, 1, 2, 4, 18 y 26 de julio, 3 de septiembre, 17, 25 y 28 de octubre de 1996, 4 y 28 de febrero, 19 de marzo, 19 de mayo, 14 de junio, 3 y 19 de noviembre, 12 y 29 de diciembre de 1997, 13 de marzo, 26 de septiembre, 3 de octubre, 4 y 28 de diciembre de 1998, etc.— Más recientemente, se ha destacado que la negativa a someterse a pruebas biológicas de investigación de la paternidad, aunque no pudo atribuírsele valor de *ficta confessio*, sí equivale a un valioso indicio que, conjugado con otros medios de prueba, permite declarar la filiación —S de 11 de mayo de 1999, con cita y referencia a las precedentes de 11 de marzo de 1988 y 17 de noviembre de 1989—.

Por último, la S de 16 de enero de 1999 ha puesto de relieve la diferencia entre los procedimientos civiles de filiación y el resto de los procesos, afirmando que en aquéllos pierde relevancia el principio de aportación de parte y hasta el principio dispositivo.

Asimismo, sobre la obligación de someterse a tales pruebas biológicas cuando han sido ordenadas dentro del proceso razonadamente por la autoridad judicial ha sido también mantenida por el TC por prevalecer el interés social y público que subyace en las declaraciones de paternidad, no infringiéndose por ello ni el derecho a la integridad física ni el derecho a la intimidad —S de esta Sala de 28 de mayo de 1999, con referencia a las anteriores de 17 de enero y 18 de mayo de 1994 y 8 de marzo de 1995—. En idéntico sentido se ha interpretado la existencia de indicios significativos cuando ello se suma a la negativa injustificada del demandado de someterse a la prueba biológica, negativa que aunque no se equipara a la *ficta confessio*, constituye un dato de inestimable valor que si se acompaña de indicios hace prosperar la acción, salvo casos excepcionales. Por último, se trata de un valioso indicio que junto a los datos demostrativos de otra índole, obrantes en las actuaciones, llevan a la convicción de la paternidad del recurrente —S de 11 de octubre de 1999, con referencia a las de 14 de julio de 1996 y 3 de noviembre de 1997— por lo que tal negativa ha de ponerse en relación con las demás pruebas obrantes en el proceso —S de 11 de diciembre de 1999—.

En el supuesto concreto traído ahora a la censura casacional existe una pluralidad de datos acreditados por la prueba (confesión judicial, testifical), a los que se suma, como poderoso indicio, la negativa a someterse el demandado a una prueba biológica acordada, prueba inocua a la salud, a la dignidad, intimidad y que, además de su virtualidad y eficacia, hace pensar que el ajeno a tal paternidad estaría deseoso de utilizar un medio que le excluya de manera definitiva de la pretensión contraria. Por tales razones, la Sala estima el motivo que aduce infracción de la doctrina jurisprudencial en relación con la negativa al sometimiento de las pruebas biológicas, con cita en la STC 7/1994, de 17 de enero, que recoge al efecto que «cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) con-

lleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos a fin de que el órgano judicial puede descubrir la verdad». En este sentido la sentencia de esta Sala 684/1999, de 26 de julio, añade al respecto que no significa en el proceso civil que aportar una prueba sea un debe, exigible coactivamente, sino una carga, cuyas consecuencias perjudiciales a la negativa se señalan con relación a la oposición a la prueba biológica acordada legítimamente en el proceso. (STS de 29 de marzo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Leganés, doña M.N.C. promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don J.A.C.B. sobre declaración de filiación. Estimada la demanda en primera instancia, la sentencia fue revocada por la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid. El TS estima el recurso de casación, manteniendo íntegramente el fallo de la sentencia de primera instancia. (O. M. B.)

**64. Aplicación del derecho a la presunción de inocencia en el proceso civil.**—Declara la sentencia que, como principio general, la presunción de inocencia tiene en el proceso civil una aplicabilidad sumamente restringida, en cuanto se limita a los escasos supuestos de sanción o limitación civil de derechos propiamente dicha. Así, la STC 367/1993, de 13 de diciembre, recogiendo la doctrina sentada en las SSTC 13/1982 y 36/1985, declaró que el derecho fundamental a la presunción de inocencia «actúa siempre que deba adoptarse una resolución judicial o administrativa que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado punitivo, sancionador o limitativo de sus derechos, y, por ello, no es aplicable a los supuestos de mera imposición de la responsabilidad civil en los que sólo se dilucida la imputación al responsable de un hecho productor o fuente de una obligación patrimonial de resarcimiento de daños y perjuicios derivado de un ilícito civil (art. 1089 CC)». Y esta Sala, en su S de 8 de julio de 1997, aplica explícitamente esa misma doctrina, coincidente a su vez con la jurisprudencia que para procesos sobre responsabilidad civil se contenía en otras muchas sentencias, como la de 23 de marzo de 1993, y se reiteró en la de 20 de octubre de 1997. De ahí que la S de 19 de junio de 1997 declarara que, al no contener por lo general el Derecho civil normas represivas, punitivas o sancionadoras, el principio de la presunción de inocencia fuese raramente aplicable en su ámbito, descartando concretamente que pudiera tener relevancia alguna en un caso de demanda contra una aseguradora, fundada en seguro de robo, que aparecía desestimada en la instancia porque las cosas supuestamente sustraídas habían sido sacadas del local, en realidad, desde dentro del mismo y por personas cercanas al asegurado.

**Falta de colaboración del demandado para la práctica de pruebas biológicas de investigación de la paternidad y la maternidad. Doctrina del TC.**—Es sobradamente conocida la STC 7/1994, de 17 de enero, que, tras unos razonamientos acerca del deber del demandado de prestar su colaboración a unas pruebas que por regla general no vulneran derecho fundamental alguno, declaró que «los límites que los artículos 18.1 y 15 CE pueden imponer a la investigación de la filiación no justifican, en modo alguno, la cerrada negativa del demandado en el litigio civil precedente a someterse a la práctica de las pruebas que habían sido decretadas por el Juzgado, primero, y por la Audiencia Provincial, luego. Su oposición sólo hubiera sido ilícita, desde la óptica de tales derechos fundamentales, si se fundara en la inexistencia de

razones que justificasen la decisión judicial de realizar la prueba». Y la mucho más reciente STC 95/1999, de 31 de mayo, tomando como principal punto de partida la sentencia de 1994 pero en términos si cabe más contundentes, hace en su FJ 2.º la siguiente síntesis: «Este Tribunal ha declarado la plena conformidad constitucional de la resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico, pues este tipo de pruebas, que no pueden considerarse degradantes, ni contrarias a la dignidad de la persona, encuentran su cobertura legal en el artículo 127 CC, que desarrollando el mandato contenido en el inciso final del artículo 39.2 CE, según el cual “la ley posibilitará la investigación de la paternidad”, autoriza la investigación de la relación de paternidad o de maternidad en los juicios de filiación mediante el empleo de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, a la vez que sirven para la consecución de la finalidad perseguida con las normas constitucionales que imponen “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación” (art. 39.2 CE), y la obligación de los padres de “prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio”» (art. 39.3 CE). Por ello, cuando sean consideradas indispensables por la autoridad judicial, no entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarlas y su práctica resulte proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias a los derechos a la integridad física (art. 15 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE) del afectado (STC 7/1994, FJ 3.º).

Hemos declarado igualmente que, dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que se dilucidan en ellos, especialmente por lo que respecta a los derechos de los hijos que se garantizan en el artículo 39 CE, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser este un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que en otro caso bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión contraria al artículo 24.1 CE por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el artículo 24.2 CE (STC 7/1994, FJ 6.º y las resoluciones en ella citadas).

Por tales razones, este Tribunal ha declarado ya en ocasiones anteriores que cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación, permitido por el artículo 135, *in fine*, CC, que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE (AATC 103/1990, 221/1990)».

**Filiación. Pruebas biológicas. Jurisprudencia del TS.**—Por lo que se refiere a la jurisprudencia de esta Sala, son ya innumerables las sentencias que sin atribuir a la falta de colaboración del demandado la eficacia o valor

probatorio de una confesión judicial, *ficta confessio* o admisión implícita de la paternidad, sí la consideran desde luego un indicio especialmente valioso o significativo que, en unión de otras pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad del demandado obstruccionista. Es más, si por algo se caracterizan las sentencias más recientes es por aumentar cada vez más el valor probatorio de esa conducta del demandado, según resulta de la STS de 17 de noviembre de 1997.

**Regularidad de la citación por cédula o por medio de procurador para la práctica de la prueba biológica, con omisión de las consecuencias de la negativa a su práctica.**—Reitera la sentencia lo ya establecido en la de 3 de octubre de 1998, al examinar un motivo que alegaba la falta de citación personal del demandado para la práctica de la prueba biológica y la omisión de advertencia por el órgano jurisdiccional acerca de las consecuencias de su negativa a colaborar, declarando la plena regularidad de la citación por cédula, y también por medio del procurador del demandado, así como la irrelevancia de omitir aquella advertencia, «pues dicha advertencia es misión que incumbe exclusivamente al Letrado-director técnico del interesado». (STS de 28 de marzo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña F.R.R. presentó demanda contra D. F.C de P. y N. solicitando que se declarase que E.J.R.R. era hijo no matrimonial del demandado. La sentencia de primera instancia estima la demanda, siendo recurrida por el demandado, acordándose el recibimiento a prueba en segunda instancia para la prueba de la pericial biológica que no se pueden llevar a cabo por la incomparecencia del demandado. La Audiencia confirma la sentencia recurrida. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (A. G. B.)

**65. La doctrina del *onus probandi* como fundamento de un motivo de casación.**—Recuerda la sentencia que es doctrina jurisprudencial reiterada que el artículo 1214 CC sólo puede invocarse cuando la Sala *a quo* no haya tenido en cuenta la regla distributiva del *onus probandi*, quedando vedada la invocación cuando el Tribunal de instancia ha obtenido su convicción por cualquiera de las pruebas obrantes en autos, con independencia de qué parte las haya proporcionado (SSTS de 3 de diciembre de 1984, 24 de mayo de 1985, 11 de noviembre de 1988, 14 de mayo de 1990, 21 de marzo de 1992 y 24 de octubre de 1994, entre otras). También ha declarado que la doctrina del *onus probandi* sólo puede entrar en juego para fundar un motivo de casación cuando haya inexistencia probatoria o inversión de la carga que a cada parte corresponde; el actor, normalmente deberá probar los actos constitutivos de su pretensión y el demandado los extintivos o impeditivos (SS de 24 de julio de 1986, 13 de febrero de 1987, 19 de noviembre de 1988, 19 de diciembre de 1989, etc.). No es este el caso del presente recurso, en que la recurrente lo que trata es de que prevalezca, por esta vía, una valoración distinta de la efectuada por la Sala de instancia de la negativa del demandado a las pruebas biológicas.

**Inexistente infracción del artículo 1253 CC.**—Alega la recurrente infracción del artículo 1253 CC esgrimiendo que la Sala de instancia no ha dado valor probatorio a la negativa a las pruebas biológicas, en conjunción con las demás pruebas, poniendo especial énfasis en que la propia sentencia recurrida reconoce que la madre de la actora trabajó para el demandado, según la prueba testifical, y que vivió algún tiempo en el mismo domicilio;

todo esto, unido a la negativa, cree que tiene un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir, por lo que al no tener en cuenta la Sala esta prueba habría vulnerado el artículo 1253 CC.

Frente a dicha alegación la sentencia recuerda que si bien el artículo 1253 CC autoriza al Juez a acudir a la prueba de presunciones, no le obliga a ello para fundar el fallo, por lo que, si acude a ella, no infringe el precepto, pero tampoco lo infringe su no aplicación, a menos que esta prueba hubiera sido propuesta por las partes y discutida en el pleito, según las SS de esta Sala de 30 de abril y 11 de octubre de 1990 y 9 de abril de 1994. En este caso, ni la actora ni el demandado propusieron la prueba de presunciones, por lo que el juzgador no venía obligado a conocer de la prueba de presunciones. Por ello, es de aplicación la constante doctrina de esta Sala según la cual cuando el juzgador de instancia no hace uso del artículo 1253 CC para fundar el fallo y sí de otras pruebas, no resulta infringido el precepto (SS de 7 de julio de 1989, 21 de diciembre de 1990, 17 de julio de 1991, 9 de febrero de 1996, entre otras).

**Reconocimiento de la paternidad. No procede. Valoración de la negativa a la investigación de la paternidad.**—En el cuarto motivo, alega la recurrente infracción del artículo 127 CC, precepto que establece la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39-2 de la Constitución. En este motivo se insiste en la negativa del demandado a realizar las pruebas biológicas como hecho que debe gravitar sobre todas las pruebas para llegar a una conclusión congruente con la pretensión deducida por la demandante, ahora recurrente. Significa la sentencia que si bien la negativa a las pruebas biológicas no puede interpretarse como una *ficta confessio*, de tal manera que haya de imputarse la paternidad necesariamente a quien se niegue a practicar estas pruebas, sí constituye, en cambio, un elemento integrador de la convicción del juzgador a ponderar juntamente con las demás pruebas; es decir, de la negativa, cuando ésta va acompañada de otros elementos indiciarios, pueden derivarse consecuencias desfavorables para el demandado, puesto que puede conducir al juzgador a la convicción de que existió el acto generativo determinante de la filiación cuestionada. Es muy numerosa la doctrina jurisprudencial que pudiera citarse en este sentido. Pero ocurre que en el caso de este recurso de casación la convicción de los juzgadores de instancia ha sido la contraria, de tal manera que, a pesar de la negativa del demandado a la práctica de las pruebas biológicas, tanto el juzgador de primera instancia como el de segunda llegan al convencimiento de que esa negativa, juntamente con las pruebas practicadas, no es bastante para la afirmación de la paternidad reclamada, por considerar que la negativa está en cierto modo justificada por las especiales circunstancias concurrentes en el demandado. La sentencia de la Audiencia, entre estas circunstancias, destaca «la edad, noventa y un años, que lo coloca en un estado psicofísico que presenta grandes alteraciones de la normalidad, como consta en el certificado médico, según el cual padece mareos internos, ligera pérdida de memoria, artrosis de la columna vertebral y extremidades inferiores, con tumefacción». La oposición a las pruebas biológicas de la persona que se encuentra en estas precarias condiciones vitales, no puede decirse que actúe en fraude de ley ni en el ejercicio antisocial del derecho, porque se trata de causas muy cualificadas, debidamente acreditadas, que en cierto modo legitiman o fundan la negativa al sometimiento de las



pruebas biológicas, como ha puesto de manifiesto esta Sala en su S de 27 de mayo de 1994. (STS de 24 de abril de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia de Becerreá, fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de doña M.<sup>a</sup> del C.P.L. contra don J.B.A., sobre reclamación de paternidad y filiación, solicitando que se dictara sentencia por la que se declarase que don J.B.A. es el padre real de la actora doña M.<sup>a</sup> del C. L., nacida el día 2 de noviembre de 1939 de doña M.<sup>a</sup> del C.P.L., habida de relaciones extramatrimoniales entre ambos progenitores, con todos los derechos inherentes que tal paternidad conlleva a favor de la actora, según lo previsto en las leyes. Por el Juzgado se dictó sentencia desestimando la demanda formulada. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Audiencia Provincial de Lugo confirmó la sentencia apelada. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (O. M. B.)

**66. Procesos matrimoniales: recurso en interés de la ley: legitimación del cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad para solicitar alimentos para éstos.**—Del artículo 93.2 CC emerge un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de estas necesidades alimenticias de los hijos. Por consecuencia de la ruptura matrimonial, el núcleo familiar se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor y los hijos que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad; en esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponden al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores. No puede olvidarse que la posibilidad que establece el artículo 93.2 CC se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término, con lo que la misma comporta entre las personas que la integran. De todo lo expuesto se concluye que el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el artículo 93.2 CC se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquellos hijos en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores. Al no entenderlo así la sentencia recurrida ha infringido los preceptos invocados por el Ministerio Fiscal en su recurso que, en consecuencia, ha de ser estimado. (STS de 24 de abril de 2000; ha lugar.)

NOTA.—La reforma de 1990 dio la redacción actual al párrafo 2.º del artículo 93 CC, cuyos defectos técnicos han frustrado en no pocos casos la bien intencionada *voluntas legislatoris*, originando abundante bibliografía de orientación práctica. La sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de la misma ciudad, desestimó

la pretensión de la actora en reclamación del señalamiento de alimentos para los hijos del matrimonio mayores de edad *por cuanto la esposa no aparece legitimada para hacer dicha solicitud conforme a una reiterada jurisprudencia de nuestra Audiencia*. La imposibilidad de acceder a la casación los procesos de divorcio ha podido originar ese extraño fenómeno de que, en los casos extremos, cada Audiencia Provincial se considere equiparada a la Sala 1.<sup>a</sup> del TS para sentar jurisprudencia vinculante en el territorio. Hay que aplaudir este recurso interpuesto por el Fiscal en interés de la ley, que ha permitido al TS sentar, con valor meramente doctrinal, pero inequívoco, la verdadera interpretación del artículo 93, lo que resulta plenamente de aplaudir. (G. G. C.)

**67. Patria potestad: pérdida en caso de padre condenado a pena de treinta años.**—El tema central de este recurso es si el recurrente puede ser privado de la patria potestad sobre su hijo por estar condenado al cumplimiento de pena privativa de libertad que le impide cumplir los deberes legales del artículo 154 CC, estando incurso en el artículo 170; el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de la madre; en cambio, la Audiencia Provincial la estimó en grado de apelación. El menor, próximo a cumplir siete años al tiempo de la demanda, convivía con la madre y con su nuevo esposo, del que ha tenido un hijo; el padre biológico había ingresado en prisión pocos días después de nacer su hijo, donde permanece desde entonces, pendiente de cumplir una condena de treinta años por un delito de robo con homicidio y otros, que quedaría extinguida el 16 de abril de 2020, y, a continuación, las correspondientes a otras causas que, en conjunto, suman más de treinta años; en 1993 se encontraba clasificado en primer grado, redimiento pena de forma ininterrumpida. En estas condiciones, carece de sentido plantearse el problema del incumplimiento de los deberes del artículo 154 CC, pues no se puede saber si es un buen padre o no el demandado, por darse inexistencia de relación con el hijo y no por voluntaria inhibición; es obvio que su situación carcelaria lo impide, y aunque mejorara la clasificación penitenciaria (lo que no se sabe cuándo), la relación paterno-filial sería circunstancial y esporádica, y, en todo caso, carente del debido tracto para el cumplimiento de sus fines.

**Interpretación del artículo 170 CC.**—El artículo 170 CC ha de ser interpretado a la luz de las circunstancias que rodean a cada caso para proceder en consecuencia a su aplicación, sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho; es cierto que la STS de 20 de enero de 1993, así lo manifestó, pero se deduce de su lectura que se está ante un *obiter dicta* ya que la *ratio decidendi* del fallo se halla en seguir la doctrina de esta Sala (SSTS de 14 marzo de 1899, 28 de enero de 1918, 26 de junio de 1923 y 11 de octubre de 1991), que interpretaba el antiguo artículo 181, y el actual 170 que lo sustituyó en la reforma de 1981, en el sentido de que concedía una facultad a los órganos de instancia para la privación de la patria potestad, lo cual se mantiene también en esta sentencia, pero añadiendo que el uso de esta facultad queda sujeto a la censura casacional cuando pugna abierta e incontrovertiblemente con la lógica. El caso litigioso actual es uno de ellos, pues añadiría a la pena impuesta a todo recluso privado de libertad por un tiempo razonable al efecto la de poder ser privado también por los tribunales civiles de la patria potestad, a pesar del silencio que sobre este punto guarde la sentencia penal; además, tal medida se revela innecesaria, porque ya el legislador ha previsto en el artículo 156, párrafos penúltimo y último,

que en los casos de imposibilidad de ejercicio, o cuando los cónyuges vivan separados, la misma sea ejercida por el cónyuge con el que los menores convivan, ejercicio total de la patria potestad que deja reducido a un mero rötulo la titularidad de la misma, que el legislador reformista de 1981 disoció de su ejercicio concreto y efectivo. (STS de 24 de mayo de 2000; ha lugar.)

NOTA.—Lo que puede calificarse de *Derecho civil sancionador*, apenas estudiado sistemáticamente por la doctrina, no goza hoy del favor de los Tribunales, probablemente por su posible colisión con los derechos fundamentales de la persona humana que la CE obliga a tener prevalentemente en cuenta. Y de ello hay que congratularse. Según el artículo 170, párrafo 1.º, CC: «El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial». En ausencia de una sentencia penal o civil matrimonial, la actora sólo podía apoyarse en el primero de los supuestos previstos en la norma. Los hechos significativos recogidos en la sentencia parecen fundar una sentencia estimatoria: el padre no ha cumplido en ningún momento sus deberes respecto de su hijo. Sin embargo el TS acepta otra exégesis del artículo 170. No puede decirse que el padre sea incumplidor cuando, por causas ajenas a su voluntad, no ha tenido oportunidad de demostrar su bondad como titular de la potestad paterna. Será, por tanto, padre no ejerciente por causas ajenas a su voluntad, que podrá, en su caso, solicitar ejercer el derecho de visita (o, más exactamente, a ser visitado en la cárcel por su hijo). Pese a su largo historial penal, podrá enorgullecerse de ser padre. Tiene razón la sentencia cuando afirma que la privación de la patria potestad añadiría un innecesario sufrimiento a su situación personal. Sentencia de aprobar por estar en juego la dignidad de la persona, que se protege mejor con la solución casacional. (G. G. C.)

**68. Patria potestad otorgada a los abuelos, posponiendo a los padres.**—Recuerda la sentencia que la patria potestad es en el Derecho moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39.2 y 3 CE; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro Derecho interno mediante la correspondiente ratificación. Además, un precepto similar contiene la vigente Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre protección del menor (art. 2).

Con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses. Por ello, la propia Convención, en su artículo 9.1, después de establecer que los

Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres, contra la voluntad de éstos, a continuación añade que esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño. Este interés superior del niño, que implícitamente está recogido también en el artículo 154 CC cuando dispone que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, es el que decretó la privación de la patria potestad a los demandados, en conformidad con lo establecido en el artículo 170 del citado Cuerpo legal. Según el TS, el acierto de la sentencia de primera instancia lo pone de manifiesto la sentencia impugnada con la concluyente declaración que se refiere a la omisión por los demandados de los deberes de asistencia material y moral respecto a su hijo menor, desde los primeros meses de su vida, cuando las atenciones de los progenitores son absolutamente indispensables, por lo que la medida de privación de la patria potestad, aunque en extremo dura para los padres, ha resultado una medida indispensable de protección de los intereses superiores del menor, o, mejor dicho, necesaria para la protección integral del menor conforme al mandato constitucional. (STS de 24 de abril de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de los de Alcalá de Henares conoció el juicio de menor cuantía seguido a instancia de don J.L.G. de B., contra doña M.<sup>a</sup> J.G.A. y don V.B.G., sobre privación del ejercicio de patria potestad dictando sentencia estimatoria y decretando la privación de la patria potestad del menor a sus padres, constituyendo la tutela del menor nombrándose tutor a don J.L.G. de B., confirmando esta sentencia la Audiencia Provincial de Madrid. No ha lugar al recurso de casación. (O. M. B.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**69. Testamento en peligro de muerte: supuesto excepcional de testamento abierto (arts. 694.2 y 700 CC).**—Nos encontramos ante un supuesto excepcional de testamento abierto que permite prescindir de la presencia del Notario de concurrir las circunstancias previstas, es decir, la inminencia del fallecimiento según preceptúa el segundo de los preceptos mencionados. Sin embargo y pese a su carácter excepcional, esta citada modalidad testamentaria no puede prescindir de los requisitos generales referentes a la capacidad y a las formalidades exigidas a todo testamento abierto «siempre que sean racionalmente compatibles con las peculiaridades que distinguen a esta forma especial de testar, a fin de que no pongan en peligro su autenticidad por una posible confabulación posterior» (STS de 24 de octubre de 1958), es decir, y según enumera la propia resolución judicial: «capacidad del testador, idoneidad de los testigos, ánimo de testar y presencia del testador y testigos en unidad de acto» (STS de 20 de junio de 2000).

**Requisitos del testamento en peligro de muerte: muerte inminente, ausencia de Notario, presencia de testigos.**—La muerte inminente es el presupuesto básico del otorgamiento de este testamento especial. Considera la STS de 2 de julio de 1977 que concurre esta circunstancia en aquellos «momentos en que el estado del testador es de tal gravedad que se pierde toda

esperanza de salvación y no hay lugar a que pueda acudir al Notario». Ha de tratarse de una situación «urgente, inmediata y extrema, que haga temer al próximo y fatal desenlace» (STS de 4 de octubre de 1957), es decir, una enfermedad por grave que sea no permite testar al amparo de este precepto si no se da una situación de hecho de inminencia de la muerte y no se quiera correr el riesgo de fallecer sin haber testado. En caso de no producirse el fallecimiento con la inminencia requerida, cierto sector doctrinal avalado por resoluciones jurisprudenciales se cuestiona si, en tal caso, concurren las circunstancias exigidas por el precepto porque si bien el temor al fallecimiento puede estar racionalmente fundado, el pronóstico falla. A este respecto la STS de 4 de octubre de 1957 ha afirmado que «el estado de peligro es de carácter esencial sin el cual no ha de entenderse válido y cuya significación ha de hacerse después, por el conjunto de circunstancias que en el caso se den y en el acto concurren, sin el concurso de las cuales no puede tener eficacia el testamento». Por ello, si no se consigue demostrar la existencia del riesgo mortal, el testamento es nulo (STS de 3 de noviembre de 1962).

La ausencia del Notario es el segundo de los requisitos exigidos por esta modalidad testamentaria. Se justifica esta exigencia no sólo por la inminencia de la muerte, sino también por la imposibilidad de localizar al fedatario público. No obstante, la jurisprudencia ha matizado que la imposibilidad de localización del mismo ha de interpretarse de forma flexible, pero racional. A este respecto la STS de 2 de julio de 1977 ha dicho que «dada su finalidad que es la de facilitar la expresión de la última voluntad, no debe hacerse con criterio estricto la apreciación de la inminencia del peligro de muerte, ni la imposibilidad de intervención del Notario, aunque es esencial el carácter del estado de peligro, sin el cual no ha de entenderse válido, y el testador no puede prescindir discrecionalmente de la intervención del Notario, cuando nada obste para que este funcionario autorice el testamento, pero es suficiente la prueba de que no pudo encontrarse al Notario o era difícil obtener su concurrencia» (SSTS de 22 de abril de 1910, 23 de febrero de 1926, 12 de mayo de 1945, 19 de diciembre de 1959 y 3 de enero de 1962).

Finalmente, la presencia de cinco testigos es el último de los requisitos exigidos por el precepto comentado. La declaración del testador en peligro inminente de muerte ha de hacerse en presencia de cinco testigos idóneos y hábiles conforme a los artículos 681 y 682 CC. Los testigos deben de conocer e identificar al testador y estar presentes en unidad de acto, porque de lo contrario el testamento es nulo (SSTS de 6 de noviembre de 1929 y 4 de febrero de 1943).

**Eficacia: necesidad de elevación a escritura pública y protocolización.**—El testamento otorgado en peligro de muerte es un acto o documento privado, verbal o escrito, que necesita complementarse con las necesidades requeridas por el artículo 704 —elevación a escritura pública y protocolización— para ser eficaz. En caso contrario, el testamento es nulo, no en vano el testamento así otorgado prescindió de la fe notarial, y como todos los que así se otorgan, necesitan ser protocolizados. Así lo recoge la STS de 19 de diciembre de 1959 al establecer que «el testamento otorgado en inminente peligro de muerte no tiene la eficacia y la virtualidad de verdadero testamento hasta que no se protocolice (...) en donde se justifica que han concurrido todos los requisitos exigidos para su validez». (STS de 20 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Don José M.<sup>o</sup> G.O., Notario de la ciudad de Burgos, se persona en compañía de una de sus empleadas el día 14 de abril de 1993 en la habitación 830 de la Residencia Sanitaria General Yagüe para llevar a cabo la autorización del testamento de doña Primitiva R.A. Ante el estado físico de la testadora, que fallece dos días después, el fedatario público requiere la presencia del personal sanitario (dos médicos y una ATS) y manifiesta que no cabe otorgar testamento abierto, pero sí testamento en inminente peligro de muerte, y, acto seguido, procede a tomar nota de las estimadas como declaraciones de voluntad de la testadora en presencia de cinco testigos, integrados por él mismo y su empleada y los componentes del equipo sanitario previamente citados. El 28 de abril de 1993 el Notario, en su calidad de testigo, comparece ante el Juzgado de Primera Instancia a fin de que se eleve a escritura pública el documento en que constaba la última voluntad de la testadora. El 21 de mayo de 1993 el referido Juzgado acuerda la protocolización del testamento. La parte actora solicita nulidad del testamento otorgado en inminente peligro de muerte por incumplimiento de formalidades y requisitos esenciales señalados por la ley. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, no así la Audiencia Provincial de Burgos que declara la nulidad del testamento. El TS confirma la segunda instancia.

NOTA.—Nos encontramos ante un supuesto en donde, si bien puede parecer que concurre la inminencia del peligro de muerte, ya que la testadora fallece a los dos días del otorgamiento, no cabría el recurso a esta modalidad testamentaria por la presencia del Notario que desvanece el requisito de la imposibilidad de encontrarlo, no debiendo haber actuado el fedatario como testigo sino en su cualidad de tal. (M. F. N. C.)

**70. Aceptación tácita de la herencia.**—Nuestra tradición legislativa en tema de adición de la herencia sigue el Derecho romano que a su vez pasó a Las Partidas en donde el ejercicio del *ius delationis* es imprescindible para que el llamado sea investido heredero. Según el artículo 999 CC la aceptación del llamamiento hereditario puede hacerse expresa o tácitamente. Con el fin de justificar esta última forma de ejercicio del *ius delationis* establece la STS de 15 de junio de 1982 que «nuestra doctrina y jurisprudencia bajo el milenar influjo del Derecho romano, ante la imposibilidad de fijar *ex lege* todos los actos que pudieran implicar la aceptación de una herencia, opta por atribuir este efecto a aquellos actos que, por sí mismos o por el mero actuar, indiquen la intención del querer ser o manifestarse como heredero». A esta forma de aceptación se refiere el artículo 999.3 como «la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero».

La STS de 20 de enero de 1998 permite conocer las diferentes posiciones de nuestra jurisprudencia respecto de la existencia de aceptación tácita: «el artículo 999.3 expresa la idea que ya recogían Las Partidas (Sexta, 6,11) de que acepta tácitamente el que realiza *actos de señor*, o lo que es lo mismo, y conviene destacarlo, la realización de actos concluyentes de los que se deriva la voluntad inequívoca de aceptar, en el sentido de que revelan la intención de hacer la herencia como propia». Con anterioridad a este pronunciamiento lo hizo la STS de 24 de noviembre de 1992 al caracterizar esta modalidad de

aceptación a través de «actos que revelen sin duda alguna que el agente quería aceptar la herencia». Es ésta una línea jurisprudencial consagrada, entre otras, en las SSTs de 13 de marzo de 1952, 27 de abril de 1955, 15 de junio de 1982 y 12 de julio de 1996, doctrina que íntegramente repite la sentencia anotada cuando considera como demostrativas de la aceptación tácita aquellos actos que «revelan la idea de hacer propia la herencia, mirándola como tal y no con la intención de cuidar el interés de otro o eventualmente el propio para decirse después de aceptar».

Supuestos concretos de aceptación tácita lo constituyen: ostentar ante la Administración el título de heredero (STS de 18 de junio de 1900), venta de bienes hereditarios (STS de 6 de junio de 1920), otorgamiento de escrituras de apoderamiento (STS de 23 de abril de 1928), interposición de reclamaciones o demandas (SSTS de 7 de enero de 1942 y 13 de marzo de 1952), gestiones sobre bienes hereditarios (STS de 23 de mayo de 1955), pago con bienes hereditarios de una deuda de la herencia (STS de 16 de junio de 1961), ejercicio de acciones relativas a los bienes relictos (STS de 14 de marzo de 1978), cobro de créditos hereditarios (STS de 15 de junio de 1982), instar ante servicios oficiales la calificación de ganancial de la finca discutida (STS de 20 de noviembre de 1991), impugnación de la validez del testamento de la causante en el que excluía al demandante de la herencia (STS de 24 de noviembre de 1992), ejercicio de la dirección del negocio que había sido del causante (STS de 12 de julio de 1992), entre otros.

La DGRN también se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre esta particular cuestión. Una de ellas ha sido con ocasión de la Resolución de 11 de diciembre de 1998 en donde al interpretar el artículo 999 CC ha establecido que «los actos dispositivos sobre bienes que aparecen registrados a favor del causante pueden ser directamente inscritos sin necesidad de previa partición hereditaria siempre que aparezcan otorgados por quienes acrediten ser todos los llamados a su herencia y conste su aceptación expresa o derive ésta, por ley, del propio acto dispositivo cuya inscripción se cuestiona, si bien habría de hacerse constar en la inscripción las transmisiones realizadas». (STS de 27 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—En el año 1987 la entidad *Central Lechera Segoviana, S.A.*, formula demanda de reclamación de cantidad contra don Pedro G.B. y don Pedro María G.G. procedimiento del que derivó la condena solidaria de los demandados a pagar la cantidad de ocho millones de pesetas. Durante la tramitación de la apelación fallece don Pedro G.B. sin haber comparecido los herederos en su lugar, mientras que don Pedro María G.G. es absuelto, por lo que la condena queda reducida a los herederos del demandado fallecido no personados en la alzada. La sentencia fue ejecutada contra don Pedro María G.G., por lo que éste formula demanda contra sus hermanas y coherederas, doña M.<sup>a</sup> Teresa G.G. y doña M.<sup>a</sup> Begoña G.G., solicitando se les condene al pago de los ocho millones más intereses legales y gastos. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda formulada por don Pedro María G.G. y la condena de las demandadas al pago de la cantidad. La sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia estima el recurso de apelación formulado por las demandadas y revocando la sentencia del Juzgado las absolvió en la instancia. Don Pedro M.<sup>a</sup> G.G. interpone recurso de casación, que fue desestimado.

NOTA.—Se entiende aceptada tácitamente una herencia cuando el llamado lleva a cabo un acto que «revele sin duda alguna que el agente quería aceptar la herencia» (STS de 12 de julio de 1996). Por lo tanto, no implican aceptación de la herencia aquellos actos que no revelan la intención inequívoca de asumir la cualidad de heredero y adir la herencia (STS de 27 de junio de 2000). La actitud de las demandadas en el pleito se reduce a la incomparecencia en el mismo, por lo tanto su actitud, lejos de revelar su condición de herederas, revela una voluntad inequívoca de no aceptar su llamamiento hereditario, pues «no puede derivarse semejante intención de omisiones o circunstancias negativas» (SSTS de 17 de febrero de 1905, 12 de febrero de 1916 y 27 de junio de 2000). Distinto hubiese sido el caso contrario en el que las recurridas hubiesen comparecido, pues esta actitud sí es considerada como acto que revela la voluntad de ser heredero. (M. F. N. C.)

**71. Comunidad postganancial.**—Tras la disolución *ipso iure* de una comunidad ganancial no liquidada por el fallecimiento de uno de los esposos, el patrimonio que antes integraba la misma entra a formar parte de una comunidad postganancial. Aunque se configura ésta como una comunidad de tipo romano, pro indiviso, regida por los artículos 392 y ss. CC, la cuota que representa la titularidad ostentada sobre la misma no recae sobre cada cosa que forma parte de ella sino sobre el conjunto de la misma. Es ésta una cuestión sobre la que se ha consolidado la jurisprudencia, entre otras, en la STS de 23 de diciembre de 1993 al establecer que se trata de «una comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial cotitularidad ordinaria en donde cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el *totum* ganancial, pero no una cuota sobre cada uno de los bienes». En idéntico sentido se han pronunciado las SSTS de 23 de diciembre de 1992, 28 de septiembre de 1993, 14 de marzo de 1994, 26 de abril de 1997, 28 de septiembre de 1998 o la propia resolución anotada.

**Legado de cosa ganancial.**—Mientras esté vigente la sociedad de gananciales cada uno de los cónyuges puede disponer *mortis causa*, como herencia o como legado, de la parte de gananciales que le correspondan al disolverse la comunidad, es decir, la mitad de los gananciales. En este sentido dispone el Código civil la eficacia de tales disposiciones cuando dichos bienes son adjudicados al testador. No obstante, puede ocurrir que al hacer uso de esta facultad el disponente disponga de bienes que, finalmente, no le son adjudicados. El artículo 1380 CC se encarga de resolver las cuestiones que plantean las disposiciones testamentarias de bienes gananciales concretos adjudicados al cónyuge no disponente. En tal caso y ante la imposibilidad de entregar el bien legado se entiende que lo legado es el valor del mismo al tiempo del fallecimiento del testador (STS de 2 de marzo de 1972 y SAP de Zaragoza de 12 de enero de 1994). El mencionado precepto trata de conjugar los principios de las normas sobre los legados testamentarios a las características de la sociedad de gananciales excluyendo la posibilidad de acudir a la sanción de invalidez prevista en el artículo 878.1 CC (STS de 29 de septiembre de 1998).

**Legado de cosa postganancial.**—Nos encontramos ante el supuesto en el que el cónyuge sobreviviente dispone sobre bienes de la comunidad no liquidada. Esta posibilidad se ha planteado en determinadas sentencias del TS sin que se haya obtenido una línea unánime de admisibilidad. Así, mientras la STS de 2 de marzo de 1973 admite la validez del legado que recae sobre un



bien del patrimonio postganancial, siempre y cuando no se perjudiquen derechos legitimarios, otro grupo de sentencias, entre las que se encuentran las SSTs de 3 de marzo de 1980, 5 de junio de 1985 o 7 de diciembre de 1988, rechazan la aplicabilidad del artículo 1380 CC sobre la base de que el testador no puede incluir en la partición de sus bienes aquellos que no son de su pertenencia exclusiva.

**Analogía.**—Tradicionalmente en tratados y manuales se ha entendido que la analogía es una técnica de interpretación de normas e integración del ordenamiento cuyo recurso viene motivado por la constatación de una laguna legal a la que hay que dar solución. Se inicia entonces la búsqueda de supuestos legales semejantes y, una vez localizados, se procede a un juicio de identidad de razón entre el supuesto no regulado y el supuesto legal. Desde un análisis jurisprudencial la institución de la analogía se revela más bien como una técnica de selección de la norma aplicable en relación a supuestos que no están específicamente contemplados por ningún precepto, pero que son potencialmente subsumibles en varios. «Es la equidad, la búsqueda de una solución justa el verdadero motor impulsor de la analogía cuyo fin último es tratar de justificar la aplicación de normas cuya consecuencia jurídica proyectada sobre el supuesto a enjuiciar ofrece resultados apropiados» (STS de 13 de mayo de 1983). (STS de 11 de mayo de 2000; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Durante la vigencia del matrimonio formado por doña Carmen S. y don Eugenio R. era el régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales al que estaba sometido el patrimonio común de ambos. Matrimonio y comunidad quedaron disueltos, pero no liquidada la sociedad, por la muerte de la esposa en 1984, habiendo nombrado heredero universal al hijo único del matrimonio, don Eugenio R.S. En 1985 el esposo otorgó testamento instituyendo heredero universal al referido descendiente y atribuyendo el legado de una finca que había formado parte de la comunidad ganancial a su sobrino don Juan Antonio M. R. El testador falleció en 1987. Don Eugenio R. S. formula demanda solicitando la nulidad del legado al que califica de legado de cosa ajena por recaer en un bien ganancial. Por su parte, el demandado formula reconvencción solicitando la entrega del legado. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda de nulidad del legado condenando al heredero a la entrega de la finca legada. La Audiencia mantiene la validez del legado y revoca la estimación de la reconvencción. El TS confirma la validez del legado por aplicación analógica del artículo 1380 CC.

**NOTA.**—En la comunidad postganancial el testador sigue siendo titular de una cuota en esta comunidad y al disponer *mortis causa* de un bien en concreto puede interpretarse como legado a cargo de dicha cuota. En este caso, un sector doctrinal, entiende aplicable lo que dispone el artículo 1380 CC siempre que a la muerte del testador persista esta indivisión. En contra Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, quienes consideran que el mencionado precepto contempla el legado hecho en vida de ambos cónyuges, no el dispuesto por el sobreviviente sobre bienes de la comunidad no liquidada. Si la liquidación de la sociedad ganancial tiene lugar tras la muerte del disponente y la cosa legada se adjudica a su herencia, el legatario tiene derecho a la totalidad de la misma. Si se adjudica a los herederos

ros de su cónyuge, el legatario percibirá su valor. Si resulta que los herederos del cónyuge premuerto y partícipes de la antigua masa ganancial son a la vez herederos del testador, puede entenderse que el legado debe ser cumplido *in natura*, ya que no supondrá dificultad alguna la adjudicación del bien legado a la herencia del testador. (M. F. N. C.)

## DERECHO MERCANTIL

**72. Competencia desleal. Inexistencia.**—El artículo 33 de la Ley de Propiedad Intelectual, si bien es imperativo en el mantenimiento del precio fijo que con carácter general establece para la venta de libros normales al por menor para el público, introduce también excepciones muy precisas a esa exigencia —día del libro, ferias nacionales, congresos o exposiciones— que, por lo mismo y ser de ámbito general en tales supuestos, no la desvirtúan ya que dicha exigencia de respeto al precio fijo no enconsentará el principio de libre competencia siempre que dicho precio se flexibilice sobre factores diferentes como cuida establecer el preámbulo del Real Decreto 484/1990, de 30 de marzo, sobre precio de venta al público de libros para pasar a señalar una serie de excepciones que después se inician en su artículo 1 consignando con carácter general e incondicionada la posibilidad de oscilación de precios entre el margen del 100% hasta el del 95% sobre el fijo establecido para vender, sin perjuicio de las demás variaciones permitidas para otros supuestos, que aquí no vienen al caso, en su artículo 3.

Estos descuentos que expresa la norma habrán de entenderse en el significado usual de la palabra como rebaja en el importe del precio fijado con el consiguiente beneficio dinerario del porcentaje en que se fije el descuento para el comprador que, en tales supuestos, no ha de desembolsar la porción rebajada del precio y es en este marco dinerario como establece la norma la permisividad al tiempo que fija los límites dentro de los que, sin más condicionamientos, lealmente puede competirse.

Ahora bien, como ya se ha anticipado, el Real Decreto no cierra el paso a otras posibilidades de competencia que no implican violación de la expuesta normativa. Su preámbulo dispone que «por otra parte, el precio fijo permitirá que la competencia entre establecimientos detallistas de distinto tamaño se establezca sobre factores diferentes al precio», lo cual concuerda con la no prohibición contenida en el artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal cuando las ventajas a obtener se desvinculan de cualquier compromiso ulterior y con la permisividad del artículo 9 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ya que en ambos supuestos se partiría, como aquí ha ocurrido, de que el precio del libro vendido ha de desembolsarse íntegramente y la ventaja que puede generar la adquisición así realizada inevitablemente —fuera de ella no existe posibilidad legal de compra— es únicamente el recibo de un obsequio que se materializará en un objeto concreto. En el caso aquí contemplado, en el objeto a comprar cuyo precio coincida con el valor de los puntos regalados al adquirir el libro o en la porción de su mayor valor, según lo que se compre en el mismo establecimiento.

Dentro de estos parámetros considera la sentencia ajustada a la norma la forma de vender los libros de texto con premio, como hizo la recurrente, que no comporta ventaja infractora de ley, ni sería significativa, como exigencia

que resulta *a contrario sensu* del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta.

**Inexistencia de fraude de ley.**—Como dice la S de 23 de enero de 1999, con las demás que la misma recoge, incluida la del TC de 6 de abril de 1988, «son requisitos esenciales del fraude de ley y fraude procesal: *a)* que el acto o actos cuestionados sean contrarios al fin práctico que la norma defraudada persigue y supongan, en consecuencia, su violación efectiva; *b)* que la norma en la que el acto pretende apoyarse (de cobertura) no vaya dirigida, expresa y directamente, a protegerlo, bien por no constituir el supuesto normal, bien por ser el referido un medio de vulneración de otras normas, bien por ir dirigido a perjudicar a otros, y *c)* manifestación notoria e inequívoca de la producción de un resultado contrario o prohibido por otra norma tenida como fundamental en la regulación de la materia», exigiendo una clara prueba de haberse obtenido un resultado contrario al querido por el ordenamiento jurídico, utilizando deliberadamente una norma para llegar a tal resultado.

Entiende la Sala que ninguno de estos presupuestos se ha producido en la actividad que motiva la demanda rectora, pues asentada ésta en una competencia desleal todas y cada una de las disposiciones a que se acoge aquella actividad atajan su posibilidad estableciendo unos parámetros de ineludible cumplimiento y en función de ellos unas posibilidades que todo aquel conjunto de normas respeta concediendo derechos que no nacen de disposiciones dispares y sí de normas armónicas que anticipa, como ya se ha señalado, el preámbulo del Real Decreto 484/1990 y desarrolla después, sin desdeñar el texto —el del respeto al precio fijo del que nada cabe descontar dentro de los escasos márgenes de rebaja que el Real Decreto dispone—, la Ley 3/1991 sin distinción de objetos comerciales y, por lo mismo, sin excluir aquellos que justifican el Real Decreto, con lo cual ninguna norma se elude desde otra por lo que el ejercicio de la actividad que ambas completan no supone más que el legítimo ejercicio de un derecho que hace inaplicable la prevención del artículo 6.4 CC, llevando a la estimación de este tercer motivo de recurso. (STS de 31 de marzo de 2000; ha lugar.)

**HECHOS.**—La entidad recurrente, en establecimiento de los de gran superficie que tiene en Lugo, realizó una campaña de promoción y venta de libros de texto al inicio del curso escolar del año 1993 mediante la entrega a los compradores de unos vales-punto por el 25% del valor de los libros adquiridos —punto que se corresponde a peseta— canjeables al hacer compras de otros productos, que no de libros, en el mismo centro comercial.

Se formula demanda por la Asociación Provincial de Librerías y Papelerías de la provincia de Lugo, calificando aquella actividad de competencia desleal, cuando no realizada en fraude de ley o de mala fe al menos, por indirectamente infractora de la normativa vigente concretada en la Ley de Propiedad Intelectual de 12 de marzo de 1975 y en el Real Decreto 484/1990, de 30 de marzo, partiendo siempre de lo previsto en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, cuyo artículo 5 especifica que «se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe» en la libre, si que también ordenada y controlada, concurrencia al mercado y en la protección de los intereses de los consumidores, generalizando en su artículo 15 la deslealtad a la consecución de ventaja significativa mediante la «infracción de

normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concursal».

La oferta y operación se han estimado ajustadas a la Ley en la primera instancia y prohibidas en apelación. El TS casa y anula la sentencia de la Audiencia, confirmando la dictada en primera instancia. (O. M. B.)

**73. Los efectos económicos del artículo 63 de la Ley de Patentes no se producen automáticamente, se ha probar su realidad.**—Dispone el artículo 63, apartado b), de la Ley de Patentes que el titular cuyo derecho de patente sea lesionado podrá, en especial, solicitar... b) la indemnización de los daños y perjuicios sufridos. Y así se interpreta por el TS que el artículo 63 de dicha Ley no impone unos efectos económicos de la violación de una patente de modo automático, sino que se ha de probar su realidad. Lo cual es concorde con la doctrina jurisprudencial: con carácter general, la S de 26 de noviembre de 1999 expresa que la demostración de la existencia real de los daños y perjuicios no puede dejarse para la fase de ejecución de sentencia, aunque sí cabe deferir la fijación de la cuantía cuando no sea posible hacer la cuantificación en el pleito; con carácter particular relativo a la propiedad industrial, aunque no exactamente a la patente, la S de 21 de abril de 1992 dice que «... la jurisprudencia de esta Sala, cuyas principales declaraciones, en esta materia, se apoyan en que no puede condenarse a un resarcimiento de daños si éstos no se han probado, prueba que incumbe al acreedor reclamante de la indemnización», y añade que «la declaración y prueba de la existencia de los daños durante la litis no puede ser suplida por la remisión del problema a la fase de ejecución de sentencia...»; y con carácter concreto, relativo a las patentes, la S de 27 de julio de 1998 declara la procedencia de la indemnización, sin aplicar el artículo 63 de la Ley de Patentes, en un caso en que se había probado la comercialización de productos con lesión económica de la patente.

En definitiva, la sentencia recurrida no da base fáctica alguna que permita sustentar la consecuencia jurídica de indemnizar unos daños y perjuicios cuya realidad ni siquiera se ha planteado en la demanda y que no procede averiguar en ejecución de sentencia, por lo que ha infringido el artículo 63.b) de la Ley de Patentes.

**Cuando se ordena un cese de actividad, un embargo, y la atribución de propiedad y publicación de sentencia se deben concretar los conceptos.**—En efecto, respecto a la infracción de los apartados a), c), d), e) y f) del artículo 63 de la Ley de Patentes, que disponen que el titular del derecho a la patente lesionado podrá pedir la cesación de los actos que violen su derecho, el embargo de bienes producidos con violación de tal derecho y atribución en propiedad de los mismos a aquel titular, adopción de medidas y publicación de la sentencia, aplicó la sentencia de instancia automáticamente el artículo 63 y las decretó, salvo la del apartado e) consistente en adopción de medidas; las demás las acordó sin la más mínima justificación, argumentación o razonamiento. Y así, la sentencia no hace constar qué fabricación debe cesar, qué productos producidos deben ser embargados, ni cuál es la razón objetiva que justifica la publicación de la sentencia. Por tanto, cuando se ordena un cese de actividad, un embargo, y la atribución de propiedad y publicación de sentencia se deben concretar los conceptos y no dejar para la ejecución de sentencia la clarificación de los mínimos elementos, como si de un nuevo proceso se tratara. (STS de 5 de abril de 2000; ha lugar.)

**HECHOS.**—Ante el Juzgado núm. 10 de Barcelona se interpone demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía solicitando se declare la nulidad de las inscripciones en el Registro de la Propiedad Industrial de determinadas patentes de invención, así como se cese en la fabricación iniciada y se proceda al embargo de los objetos producidos, con indemnización de daños y perjuicios ocasionados, publicación de la sentencia condenatoria y pago de las costas que el procedimiento ocasione. Se desestima íntegramente la demanda en primera instancia tras lo cual se interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que estimando el recurso de apelación revoca la sentencia dictada en primera instancia. Se interpone recurso de casación ante el TS que declara haber lugar al recurso y, manteniendo la nulidad de las patentes, anula el resto de la sentencia en cuanto a la condena a la sociedad demandada. (A. I. H. O.)

**74. Contrato de agencia. Normativa aplicable. Determinación de la fecha de extinción del mismo.**—La DT de la Ley sobre el Contrato de Agencia (Ley 12/1992, de 27 de mayo), determina que «hasta el día 1 de enero de 1994 los preceptos de la presente Ley no serán de aplicación a los contratos de agencia celebrados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor».

**Contrato de compraventa y de distribución en exclusiva. Deberes y obligaciones del agente.**—Dentro del ámbito de los contratos de distribución en exclusiva, y en concreto de la distribución de automóviles, el agente se encuentra obligado con respecto a su concesionario a cumplir no sólo lo expresamente pactado entre ellos, sino todo aquello que se derive de su pertenencia a una concreta red de ámbito nacional. Se entienden, pues, incumplidos dichos deberes cuando el agente no respete su ámbito territorial de ventas asignado, no sólo porque así se pactó sino porque de no ser así también se afectarían los derechos concedidos a otro agente. De la misma manera, se entienden incumplidos los objetivos de financiación acordados con el concesionario cuando el agente no encauza la financiación de los vehículos a través de la organización y sistema establecidos por la empresa, sin que el agente pueda alegar que el adverbio «preferentemente», recogido en el contrato, no pueda interpretarse por el principal como «obligatoriamente», puesto que «con preferencia», equivalente a «preferentemente» según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa de manera preferente o principalmente, sin que el término en sí encierre ninguna oscuridad. Igualmente, se considera incumplimiento contractual la no asistencia a las reuniones periódicas convocadas por el concesionario, la remisión periódica del resultado del taller a la empresa concesionaria y la incorporación del demandante como agente de «Mercedes Benz».

**Indemnización del agente en caso de resolución unilateral. Indemnización por clientela e indemnización por daños y perjuicios.**—El derecho del agente a percibir de su principal una indemnización compensatoria, a la que el artículo 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de Agencia, denomina indemnización por clientela, para aquellos supuestos en los que se tenga lugar la extinción del contrato, requiere que, como resultado de la actividad desplegada por el agente durante el tiempo de vigencia del contrato, se haya producido «la aportación de nuevos clientes al empresario o el incremento sensible de las operaciones con la clientela preexistente». Dicha indemnización es compatible con la indemnización de daños y perjuicios

regulada en el artículo 30 del citado texto legal. Sin embargo, el agente no tendrá derecho ni a una ni a otra cuando incurra en algunos de los supuestos regulados en el artículo 30 y, en concreto, cuando el empresario hubiese extinguido el contrato «por causa de incumplimiento por parte del agente de las obligaciones legales o contractuales que le incumbían», como sucede en el caso que nos ocupa.

**Doctrina de los actos propios.**—El acto propio contra el que no puede ir válidamente aquel que lo realiza es el llevado a efecto «con ánimo de producir una consecuencia jurídica, pero han de ser “los trascendentales”, de los que no cabe regresar contradiciéndose por vincular a quien lo realiza a un estado o situación que por su proyección más allá del ámbito unilateral es inalterable» (FD 4.º y SSTs de 11 de octubre de 1966 y 12 de abril de 1993). Por dicho motivo no puede reputarse acto propio los que no dan lugar a derechos y obligaciones (SSTs de 9 de febrero de 1962, 16 de junio y 5 de octubre de 1984, 23 de junio, 25 de septiembre y 5 de octubre de 1987, 25 de enero, 4 y 10 de mayo de 1989, 20 de febrero de 1990 y 10 de junio de 1994). (STS de 13 de junio de 2000; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La empresa *AIO, S.A.*, había celebrado con *H y L, S.A.*, y *Fabricación de Automóviles R de España (FASA)*, un contrato de agencia en virtud del cual *AIO, S.A.*, se comprometía a desarrollar la actividad de venta de vehículos en un determinado ámbito territorial, así como al cumplimiento de ciertos deberes como agente perteneciente a una concreta Red de venta de automóviles. Tras el incumplimiento manifiesto de los mismos, así como de la cláusula contractual de limitación territorial, *H y L* notificó por conducto notarial a la *AIO, S.A.*, el anuncio de la extinción unilateral del contrato por expiración del tiempo convenido, sin la oposición de *FASA*. La empresa *AIO, S.A.*, promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra *H y L, S.A.*, y *FASA* sobre reclamación de cantidad en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados por la parte demanda como consecuencia del incumplimiento de contrato de agencia y la rescisión unilateral del mismo. La parte demandada formuló demanda reconvenzional solicitando la condena de la parte demandante al pago de la suma de 5.703.499 pesetas, por los mismos conceptos. Estimada la demanda en primera instancia, y desestimada la reconvencción, *H y L, S.A.*, y *FASA* fueron condenadas solidariamente al pago de 3.902.816 pesetas. Interpuesto recurso de apelación por todas las partes litigantes, éste fue estimado parcialmente, absolviendo a *H y L, S.A.*, y a *FASA* de la pretensión formulada, y a *AIO, S.A.*, de la reconvencción. La representación legal de *AIO, S.A.*, interpuso recurso de casación alegando inaplicación de los artículos 1.4 y 1288 CC, así como de la jurisprudencia relativa a los contratos de compraventa y distribución en exclusivas. El TS desestimó el recurso.

**NOTA.**—Aunque carecemos de suficientes datos que nos permitan determinar con exactitud las fechas de inicio y término del contrato de agencia celebrado entre el agente y la empresa concesionaria de automóviles, por las fechas referidas en la sentencia podemos determinar que ciertamente es un contrato celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de la ley (la primera notificación del principal efectuada por conducto notarial es de fecha 27 de noviembre

de 1991), y cuya expiración tuvo lugar con anterioridad al 1 de enero de 1994. Sin embargo, el TS entiende que tanto la DT de la Ley del Contrato de Agencia como el artículo 22 de la Directiva 86/653/CEE no son aplicables al caso por haberse producido un incumplimiento contractual del agente conforme al artículo 30.a) de la LCA, cuando, quizás, dicho texto legal no resulte aplicable al caso. Mayor dificultad supone al fijación de la fecha de finalización. (R. D. O.)

**75. La tercería de mejor derecho.**—Según se manifestó la Sala de lo Civil del TS en la S de 4 de julio de 1989, la llamada tercería de mejor derecho «... es una de las dos que se contemplan dentro de la Sección 3.ª “De las tercerías”, Título XV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en la actualidad, Secciones 2.ª y 4.ª, Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero), y, por tanto, como un proceso intercalado dentro de “juicio ejecutivo” que al estar superpuesto a un precedente juicio ejecutivo que es el principal, no tiende, en puridad técnica, a un pronunciamiento autónomo por completo desgajado de lo hasta entonces acontecido en aquel proceso, sino que, al contrario, aspira la consecución de una decisión judicial que conectada con el trámite del principal, del tal forma le afecte que convulsione lo hasta entonces en él resuelto; así, si es de mejor dominio, la decisión supondrá el mantenimiento o alzamiento de la medida cautelar del embargo decretado de las cosas en el juicio ejecutivo, mientras que si lo es de mejor derecho, la orden de reintegrar el crédito del actor tercerista con preferencia —si se estima la acción— al del ejecutante y a expensas del importe de la venta de los bienes embargados al ejecutado, con lo que, se quiere decir, subrayando esa colateralidad (el propio legislador en su art. 1534.1 califica con acierto expresional de “incidencia” a las tercerías respecto al juicio ejecutivo, cuyo curso no se suspenderá a consecuencia de las mismas, habiendo al punto expuesto la S de esta Sala de 20 de junio de 1986 que la tercería... no es un procedimiento autónomo sino la incidencia de una ejecución abierta y en trámite, determinando siempre una oposición a diligencias de juicio ejecutivo en marcha y, por tanto, una incidencia del mismo), que, exclusivamente, la pretensión liberatoria del embargo de la cosa en la primera dualidad, o la corrección de esta medida procesal más que la atribución del derecho de propiedad es lo que se persigue en este juicio de tercería, según S de 11 de abril de 1988 y el reintegro o cobro del crédito en la segunda, frente a las medidas ya adoptadas en el juicio ejecutivo a favor del ejecutante pueden y deben ser objeto de debate en las citadas tercerías».

**La pugna entre las llamadas pólizas de préstamo y las pólizas de crédito.**—Dice el TS que respecto a la diatriba entre las llamadas pólizas de préstamo y pólizas de crédito, se expresa que la preferencia para deshacer la concurrencia de créditos entre el del actor tercerista y el del ejecutante habrá de fundarse en los criterios marcados por los artículos del Código civil que desarrollan el Título XVII, «De la concurrencia y prelación de créditos», artículos 1911 y siguientes, bien por el carácter o bienes sobre que recaen, bien por la fecha de su constitución o antigüedad; en síntesis, que, por lo demás, enmarca el problema del litigio, ya que en el recurso se pretende demostrar la equivocación del juzgador, pues viene a sostener que el crédito recurrente es preferente al del ejecutante codemandado que es de fecha posterior, y, al punto, se afirma que «... como es sabido y pone de relieve, entre otras muchas, la sentencia de este Tribunal de 21 de septiembre de 1984, al expresar que en

los casos de créditos documentados mediante “póliza” no es la fecha de ésta la que hay que tener en cuenta para determinar la prelación del crédito (lo que sí acontece en la concesión o constitución de una póliza de préstamo en lo que, en efecto, realmente se percibe por el prestatario o deudor desde ya la suma convenida), sino la de fijación fehaciente del saldo exigible, lo cual no es sino ratificar una verdad mayúscula y elemental en torno a la completa configuración de todo derecho de crédito, para lo que no basta con su nacimiento, sino que precisa que el mismo sea exigible por haber vencido, por lo que sólo ante ese vencimiento e impago, tras su exigibilidad es cuando deviene la tutela legal y judicial correspondiente...».

Así, el crédito del tercerista, aun cuando está amparado inicialmente en una llamada póliza de préstamo, sin embargo, no sólo porque *ab initio* de tal póliza no tiene por qué efectivamente, obtenerse que, constituye un auténtico préstamo y ello, con independencia de que el calificativo que las partes le hayan dado sea éste, en un impreso propio de un contrato de adhesión, sino porque, incluso, partiendo de ese *nomen*, habrá que estar a las circunstancias de concesión de ese supuesto préstamo y, las distintas vicisitudes sobre su posible reintegro a los fines de calificar, si efectivamente, la fecha prevalente a los efectos de la tercería es la de suscripción de la póliza, o bien, la correspondiente al crédito que tenga el tercerista, cuando efectivamente, este sea líquido y exigible, esto es, si ello proviene de una liquidación previa, determinante del saldo exigible. Y a este respecto, tal y como declara el TS en S de 21 de septiembre de 1984, «... no se puede concluir, como pretende la parte recurrente, que las pólizas de préstamo no precisan de declaración alguna sobre la liquidez porque la tienen, ya que, como es sabido, no todo préstamo es líquido *per se*, sino tan sólo aquellos préstamos bancarios que arrojen a su vencimiento una cantidad indiscutiblemente líquida». (STS de 29 de abril de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Planteado juicio de menor cuantía sobre tercería de mejor derecho ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Bilbao, dictó sentencia el Juzgado desestimando la demanda, absolviendo a los demandados de las pretensiones de la demanda de la actora e imponiendo a ésta las costas del procedimiento. Frente a dicha sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, que desestimando el recurso de apelación confirma la resolución apelada, con expresa imposición de costas al apelante. Se formaliza recurso de casación ante el TS, que declarando no haber lugar al recurso condena a la parte recurrente al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido. (A. I. H. O.)

**76. Pago de talones nulos: responsabilidad del banco.**—El artículo 106 de la Ley Cambiaria y del Cheque determina los requisitos que debe contener el cheque, y en su apartado 6 se refiere como uno de ellos a la firma de quien expide dicho título; y el artículo 107 dispone que el documento no se considera cheque si carece de alguno de los presupuestos indicados en el artículo precedente, por lo que, en este caso, habida cuenta de que la empleada de la empresa presentó al cobro y consiguió hacer efectivos distintos y numerosos talones en los cuales la firma del apoderado de la empresa no aparece manuscrita sino estampillada, y que no se había pactado entre la citada empresa y el banco, ni se permitió en ningún momento por aquélla a la entidad bancaria el



dar por buena y como auténtica otra firma que no fuera la manuscrita por el mencionado apoderado, es evidente que el banco ha abonado como válidos cheque nulos.

**Concurrencia de culpas: negligencia del titular de la cuenta corriente.**—Cuando el titular de la cuenta corriente ha sido negligente en la custodia del talonario de cheques, o hubiese procedido con culpa, los Tribunales pueden moderar la responsabilidad del banco y reducir en proporción su obligación resarcitoria mediante el reparto del daño con el titular de la cuenta, situación que puede apreciarse de oficio (SS de 7 de junio de 1991, 18 de octubre de 1992 y 18 de julio de 1995). (STS de 17 de mayo de 2000; ha lugar en parte.)

NOTA.—La cuantía reclamada al banco se aproxima a los treinta y un millones de pesetas; el Juzgado de Primera Instancia otorga casi trece millones y medio, rechazándose luego la apelación. El recurso de casación se estima parcialmente, elevándose la cuantía de la indemnización, aunque rebajándose en algo más de cinco millones la reclamación inicial. Se ha estimado, por tanto, la concurrencia de culpas, si bien la del titular del talonario puede considerarse leve, pues su cuantificación viene a representar aproximadamente la sexta parte del monto total de la reclamación. Resulta difícilmente comprensible que durante un lapso de tiempo superior a dos años, la persona que ejercía funciones de secretaria de la dirección de la empresa pudiera hacer efectivos gran número de cheques aprovechándose de la estampilla de la firma del apoderado de la empresa, sin que ello se advirtiera ni en la entidad bancaria ni tampoco en la contabilidad de la empresa. La indicada concurrencia de culpas parece clara, aunque, evidentemente, resulta ser de mayor intensidad la concurrente en el banco, por lo que la solución casacional, estimando parcialmente el recurso parece razonable. (G. G. C.)

**77. Posible apreciación de oficio de la falta de litisconsorcio pasivo necesario sin incurrir en incongruencia.**—Es reiteradísima la jurisprudencia creadora de la figura del litisconsorcio pasivo necesario concibiéndola como un presupuesto procesal imprescindible —por tender a evitar la posibilidad de sentencias contradictorias en procedimientos distintos sobre el mismo objeto litigioso y a que nadie pueda ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio— que, exigiendo la presencia en el proceso de cuantos han de venir a él al ser afectados por la resolución que le ponga fin, pone en los Tribunales el cuidado de apreciar de oficio su falta, sin necesidad de ser alegada como excepción, con el efecto inherente a esa apreciación cual es el de la desestimación de la demanda en la instancia.

Quando la apreciación de que no se ha producido la necesaria concurrencia de aquellos potencialmente afectados es estimada independientemente de toda alegación de parte, el ejercicio de tal facultad por el juzgador no lleva a estimar que su resolución ha incidido en incongruencia, pues la cuestión así sobrevenida no entra en las disponibilidades procesales de parte y habría de conducir, en definitiva, a la desestimación de la demanda en la medida correspondiente a la aplicación a sus hechos de la norma que para ellos considera procedente en orden a los sujetos del proceso, concluyendo en un pronunciamiento absolutorio que, aunque constreñido por esa circunstancia, siempre

respetará la exigencia de aquel artículo 359, sin perjuicio de lo acertado o no de tal decisión.

**Reclamación por el Estado de los depósitos constituidos en Caja de Ahorros y abandonados por inacción de sus titulares durante veinte años. Son propiedad del Estado reclamante.**—El Real Decreto-Ley del Ministerio de Hacienda de 24 de enero de 1928 disponía en su artículo 1 que «se declaran bienes abandonados por su dueño, y como tales pertenecientes al Estado, los valores o metálico que se hallen constituidos en depósito, tanto voluntario como necesario, en bancos, banqueros, sociedades de crédito y toda clase de entidades privadas que no sean de carácter benéfico» intocados en el plazo de veinte años por los interesados en los mismos, y en su artículo 3 disponía lo mismo respecto de «los saldos de cuentas corrientes abiertas en los establecimientos y entidades» anteriormente indicadas, siendo expresamente derogados estos preceptos por la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977.

En el intermedio se había promulgado el Real Decreto-Ley del Ministerio de Trabajo de 21 de noviembre de 1929 sobre Régimen de ahorro popular, Estatuto Especial para las Cajas Generales de Ahorro Popular, venía a disponer en este ámbito la misma presunción de abandono que el anterior; pero el último párrafo de su artículo 54 establecía que «el importe de las libretas o cuentas de ahorro que se declaren caducados se aplicará, en su totalidad, a la realización de obras sociales, culturales y benéficas por las propias Cajas».

Respecto de este Real Decreto-Ley, ni la Ley General Presupuestaria de 1977 ni la de 1988 dispusieron su derogación expresa y en las mismas, a diferencia del anterior, pasó en silencio. No obstante este silencio, el artículo 29.2 de dichas Leyes Presupuestarias, igual en ambas, estableció que «son bienes abandonados por su titular, y como tales pertenecientes al Estado, los valores, dinero y demás bienes muebles constituidos en depósito, voluntario o necesario, en toda clase de sociedades de crédito o entidades financieras, respecto de los cuales, y en el plazo de veinte años, no se haya practicado gestión alguna por los interesados que impliquen el ejercicio de su derecho de propiedad. Este mismo régimen es aplicable a los saldos de cuentas corrientes abiertas en los referidos establecimientos o entidades».

El problema podría persistir a causa de la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorro —entidades de crédito y financieras, o no, a que se refieren literalmente esas disposiciones— cuestión que ha resuelto afirmativamente, tras un minucioso estudio a través de los tiempos, la S de la Sala de lo contencioso-administrativo de este Tribunal de 22 de julio de 1999, y demás que en ellas se citan, recogiendo la verdadera naturaleza de aquéllas a través de sus actividades competenciales, por lo que dice: «su carácter benéfico-social no les priva de su naturaleza crediticia y financiera»; para concluir que las considera así, de acuerdo con la Directiva 77/80 de 12 de diciembre, el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, de Adaptación del Derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Económicas Europeas. Así lo entendió también la S de esta Sala de lo Civil de 8 de mayo de 1999 recogiendo la del TC de 22 de marzo de 1988, por lo que, desde esta plural concepción, ha de entenderse que las Cajas de Ahorro están comprendidas en la disposición del citado artículo 29.2 de la Ley General Presupuestaria de 1977, tanto como en el de la propia Ley de 1988, que por incompatibilidad de disposiciones ha derogado el artículo 54 del Real Decreto-Ley de 21 de noviembre de 1929.

A la vista de esta normativa, la sentencia confirma la de primera instancia que establece que los valores, dinero y bienes muebles constituidos en depó-

sito en las oficinas, sucursales y agencias de la Caja de Ahorros demandada, y los saldos de cuentas corrientes, libretas de ahorro y cuentas análogas igualmente abiertas en ellas —que han de estimarse abandonadas en cuanto sus titulares o interesados no han practicado gestión alguna sobre ellas, que presuponga ejercicio de su derecho de propiedad, en un plazo de veinte años— pertenecen al Estado por ministerio de la ley como bienes abandonados que son en aras de aquellas circunstancias de pasividad, siquiera en esta atribución ha de fijarse una fecha de partida en el cómputo de aquellos veinte años y sus consecuencias, fecha que no puede ser otra que la entrada en vigor de la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977. (STS de 21 de marzo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Por el Abogado del Estado se promovió acción reivindicatoria contra Caja de Ahorros de Asturias suplicando al Juzgado se «dicte en su día sentencia por la que: *a*) se declare que son propiedad del Estado los valores, dinero y bienes muebles constituidos en depósitos en las oficinas, sucursales y agencias de la Caja de Ahorros de Asturias y los saldos de cuentas corrientes, libretas de ahorro y cuentas análogas abiertas en las mismas que hubieran incurrido en abandono por no haberse practicado gestión alguna por sus titulares que implique el ejercicio de su derecho de propiedad en un plazo de veinte años, y *b*) asimismo, y como consecuencia de lo anterior, que se condene a la Caja de Ahorros de Asturias a entregar al Estado las correspondientes cantidades, valores y bienes que, en su caso, se determinarán en ejecución de sentencia, con imposición de costas a la demandada». La sentencia de primera instancia estima la demanda, siendo revocada por la Audiencia Provincial. El TS casa y anula la sentencia de la Audiencia Provincial, confirmando la de primera instancia. (A. G. B.)

**78. Culpa extracontractual: daños causados por cierre de empresa: extinción de contratos de trabajo: solicitud de quiebra voluntaria con base en balances inexactos.**—Debe estimarse probada la acción culpable al acordar la solicitud de quiebra voluntaria, demandando del Juzgado competente la declaración formal del estado de quiebra voluntaria, pues el acuerdo no fue adoptado con la diligencia media exigible, habiendo transcurrido sólo un plazo de veintidós días desde el fallecimiento del anterior empresario, que no es suficiente para efectuar un plan serio de viabilidad de la empresa y determinar de forma expresa el estado real de la misma; por lo que dicha rapidez más parece venir determinada con la finalidad de cerrar la empresa lo antes posible que por una situación real de insolvencia y sobreseimiento general en el pago de las obligaciones. En el balance utilizado se hacen constar créditos absolutamente infundados y sin justificación documental ni contable; pero el origen viciado de dichos créditos fue determinante para la existencia de diferencia entre el activo y el pasivo; tampoco se ha justificado, ni intentado probar, la existencia del sobreseimiento general de pago de obligaciones que requiere el artículo 874 CCO. Por todo ello se dio lugar a una aparente situación de desbalance que propició la declaración de quiebra voluntaria, seguida del cierre de la empresa, por los actores, que inmediatamente solicitaron de la autoridad laboral la extinción de los contratos de trabajo concertados.

**Suspensión de pagos con carácter alternativo.**—La conducta seguida por los demandados no responde a la que debe observar un ordenado comerciante al aportar un balance deliberadamente inexacto, optando por acudir a la quiebra voluntaria cuando la situación real de la empresa les debería haber impelido a solicitar una suspensión de pagos. (STS de 17 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Acertado y minucioso análisis del *factum* encaminado a aislar unas conductas empresariales, frecuentes entre nosotros en la década de los ochenta, encaminada a utilizar los mecanismos legales de un juicio universal en provecho propio y simultáneo perjuicio de terceros (especialmente, de los obreros de la empresa en dificultad). Acertada valoración de las conductas y sentencia de aprobar (Pte. González Poveda), salvo en lo relativo a los casi veinte años transcurridos desde que se solicita la declaración voluntaria de quiebra hasta que se resuelve la acción indemnizatoria. (G. G. C.)

## DERECHO PROCESAL

**79. Responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados: normativa aplicable.**—El artículo 903 LEC 1881 se encuentra dentro de una normativa de responsabilidad representada por el artículo 121 CE, y los artículos 16, 297 y 412 LOPJ 1985, que debe ser interpretada armónicamente; así, según las SSTS de 23 de septiembre de 1994, 10 de junio de 1995 y 6 de febrero de 1998, el artículo 422 LOPJ, al disponer que «los jueces y magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren cuando en el desempeño de sus funciones incurrieren en dolo o culpa», no supone una diversidad ordenadora en relación con el artículo 903 LEC, pues la redacción de aquel precepto fue producto de una enmienda con finalidad de corrección técnica del proyecto de LOPJ, que se refería a *dolo, culpa grave o ignorancia inexcusable*, y en tal sentido fue aceptada por la ponencia, alegando que era una «simplificación en la redacción, no pretendiéndose en modo alguno una modificación legislativa», lo que se patentiza y corrobora con la subsistencia sin modificación alguna del artículo 903 LEC; con igual criterio, el artículo 296 LOPJ limita la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia a los daños causados por dolo o culpa grave de los jueces y magistrados. De la jurisprudencia de esta Sala se deduce que la exigencia de esta responsabilidad ha de descansar forzosamente en la actuación dolosa o culposa del juez o magistrado, que se capta cuando ha infringido una ley sustantiva o procesal, siempre que esté sancionada su infracción por la nulidad de la actuación o trámite correspondiente, calificada como de manifiesta para que sea cohonestable con la *voluntad negligente o la ignorancia inexcusable* a que alude el artículo 903 LEC, pues de otra suerte sólo podría conceptuarse como simple *error judicial o deficiente o anómalo funcionamiento de la administración de justicia*, en cuyo caso es el Estado y no el juez o el magistrado personalmente el que asume la responsabilidad inherente.

**Requisitos.**—La exigencia de esta responsabilidad descansa forzosamente en el cumplimiento de los siguientes requisitos: *a)* una actuación dolosa o culposa del juez o magistrado; *b)* infracción de las normas denominadas *rígidas* y no *flexibles*; *c)* perjuicio económico, evaluable e individualizado, con

demostración de la relación de causa a efecto entre la negligencia o ignorancia inexcusable y el daño económico, y *d*) el daño o perjuicio económico no debe poder ser reparado de otra forma.

**Infracción del artículo 82 LH: valoración respectiva de la conducta de Magistrada-Juez que actúan por sustitución y prórroga de jurisdicción.**—No parece correcto el auto que ordena la cancelación de una hipoteca sin que conste la total liquidación del crédito hipotecario que garantiza y prescindiendo del preceptivo consentimiento del acreedor hipotecario. Pero no puede menos de valorarse como leve la culpa de las dos demandadas; una de ellas, encargada de un Juzgado de Primera Instancia de la provincia, actúa para resolver un recurso de reposición contra el auto de la Magistrada-Juez de Vigo, actuando por sustitución en caso de jubilación, limitándose a confirmar la de su titular que consideraba con mayor preparación y competencia; y la segunda demandada actúa enmarcada también en otra sustitución y bajo la presión de trabajo producida por una prórroga de jurisdicción. Hay que enjuiciar ambas conductas, pero no cual si de una actuación única y aislada se tratase, sino en el contexto de llevanza de dos Juzgados con mucho trabajo. Desde esta perspectiva, y aun reconociendo que no fue correcta la resolución cancelatoria, no alcanza la calificación de grave. Por otra parte, el auto no era firme, y nada le hubiera costado al abogado del recurrente alertar al Registrador sobre dicho extremo, lo que hubiera suspendido la eficacia del mandamiento. Además, no está probada el estado de insolvencia de las demandadas en el juicio ejecutivo, ni tampoco que los perjuicios causados al recurrente sólo puedan cubrirse dirigiéndose contra el patrimonio de las juezas demandadas. (STS de 10 de mayo de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—En este recurso se resuelve recurso contra la sentencia dictada en única instancia por la Audiencia Provincial, confirmando la desestimación de la demanda de responsabilidad civil contra dos mujeres pertenecientes a la carrera judicial. Ha sido Ponente el Sr. Martínez-Pereda Rodríguez, en una prolija y minuciosa sentencia que sigue la tónica de recientes resoluciones cuya doctrina fundamental se mantiene. Esta sentencia declara que constituye una *falta leve* la infracción del artículo 82 LH, es decir, el hecho de ordenar la cancelación de una escritura de hipoteca sin la prueba del pago del crédito garantizado y sin el consentimiento del acreedor. Tal afirmación no sólo resulta capaz de conmover a los miles de opositores a notarías y registros de España, sino que hace tambalear nuestras convenciones hipotecarias más robustas. Debe añadirse inmediatamente: *a efectos de exigir responsabilidad civil a jueces y magistrados*. Pero esta relativización limitativa no se sabe bien qué alcance puede tener: por de pronto, uno obvio que se deriva de las circunstancias del caso; cuando se establece una sustitución o una prórroga de jurisdicción, échense a temblar los justiciables; hay apariencia de funcionamiento del servicio de justicia, pero las resoluciones que adopte el sustituto o el que desempeña la prórroga pueden adolecer de no pocos defectos (complejo de inferioridad de no enmendar la plana a otro juez o magistrado de mayor edad o prestigio; síndrome de «salir del paso», como sea, de la acumulación de trabajo etc.). Esta sentencia permite asomarnos a esos «episodios judiciales nacionales», no por bastante conocidos, no menos merecedores de incluirse en el *pacto por la justicia* que acaban de firmar los dos partidos mayoritarios. (G. G. C.)

**80. Distribución de competencias en los casos de producción de daños a particulares por la Administración.**—El conocimiento de las reclamaciones por lesiones sufridas por los particulares en sus bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios públicos corresponde de manera exclusiva a la jurisdicción contencioso-administrativa, en virtud del artículo 3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, incluso cuando se demande también a particulares. La jurisdicción civil será competente para conocer de este tipo de reclamaciones únicamente cuando la conducta culposa sea extra-administrativa y desconectada del servicio público. (STS de 14 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—J.S.R. interpuso acción de indemnización de daños y perjuicios contra la *Empresa de Obras y Construcciones, S.A.* (empresa contratista), la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía y la Consejería de Política Territorial de la Junta de Andalucía. El actor alegaba la producción de daños en el edificio dedicado a restaurante-hostal durante el acto expropiatorio del terreno dedicado a aparcamiento de dicho local, tanto por la actuación de las máquinas de obra, como por el cierre del acceso al bar. La empresa contratista no se excedió de lo señalado en el proyecto ni de las órdenes recibidas. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, pronunciamiento confirmado por la Audiencia Provincial. Las herederas del demandante interponen recurso de casación.

NOTA.—La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las reclamaciones de los particulares contra la Administración se encuentra recogida en el artículo 9.4 de la LO 6/98, de 13 de julio, del Poder Judicial, y en el artículo 2.e) de la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. (B. F. G.)

**81. Litisconsorcio pasivo necesario. Inexistencia.**—Según deriva de reiterada jurisprudencia, la figura de creación jurisprudencial del litisconsorcio pasivo necesario tiende a evitar, por una vertiente, que puedan resultar afectados directamente por una resolución judicial quienes no fueron oídos en juicio, e impedir, por otra, la posibilidad de sentencias contradictorias, no es menos cierto que únicamente debe entrar en juego y producir sus efectos con respecto a aquellas personas que verdaderamente hubieran tenido intervención en la relación contractual o jurídica objeto del litigio, o, dicho en otras palabras, que la justificación más importante de dicha figura ha de buscarse en la situación jurídico-material controvertida en el pleito, con prevención de todos los interesados en ella, únicos que pueden ser estimados como litisconsorcios pasivos necesarios, pues los que no fueron partes en el contrato carecen de interés legítimo sobre las obligaciones que constituyen su objeto, puesto que nada tienen que defender y, consiguientemente, no hay razón alguna para llamarlos obligatoriamente al proceso, en el que no puede recaer pronunciamiento condenatorio que les afecte de modo directo, para lo que habría de seguirse nuevo litigio y con diferentes partes. Conforme a esta doctrina, en este caso no es posible considerar al Ayuntamiento como parte en el contrato, sino como otorgante de las licencias para construir; por tanto, no se puede estimar la pretensión de entender como parte afectada en el cumplimiento contractual a dicho Ayuntamiento.

**Jurisdicción civil y jurisdicción contencioso administrativa.**—En el presente caso, la constatación de la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario, ya que el Ayuntamiento no puede ser considerado como parte de la relación contractual, lleva necesariamente a proclamar la jurisdicción civil. Además, con carácter general hay que tener en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre la denominada «peregrinación de jurisdicciones», principio de economía procesal y la vis atractiva de la jurisdicción civil, según la calificada doctrinalmente como «vinculación más fuerte». (STS de 10 de febrero de 2000; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Las comunidades de propietarios de los edificios integrantes del Conjunto Urbanístico Port Cristal, demandan a la sociedad mercantil *Port Cristal, S.A.*, solicitando que termine las obras que constituyan la totalidad del complejo urbanístico en todos los elementos proyectados, zonas comunes y cerramiento, así como la terminación de las obras del paseo marítimo, a cuya construcción se condicionó la licencia de obras concedida por el Ayuntamiento y la dotación de vertidos, bien realizando la conexión a la depuradora existente o bien construyendo una nueva si ello es necesario. Por último, la comunidad de propietarios solicita que la mercantil construya los edificios proyectados y no construidos, que forman parte del complejo según el proyecto original, o bien que desista de su construcción y se reasigne la participación de los edificios existentes en elementos comunes. También son demandados, subsidiariamente, los arquitectos. Tanto en primera instancia como en apelación se acogen todas las peticiones de la comunidad de propietarios y se condena a la mercantil. (M. C. P. A.)

**82. Invocación de documentos de carácter judicial en casación: no procede.**—La alegación de quebrantamiento de forma en documentos como la contestación a la demanda, los escritos de las partes de proposición de prueba, el escrito de resumen de pruebas y otros de carácter judicial no puede prosperar en casación ya que no reúnen el carácter de documentos *strictu sensu* a efectos casacionales.

**Procedimiento de tercería: naturaleza y relación jurídico procesal.**—El proceso de tercería tiene una naturaleza incidental: no es autónomo, sino que se encuentra superpuesto al procedimiento principal constituido por el precedente juicio ejecutivo. Ello implica que la decisión judicial referente a la tercería va a influir en lo resuelto hasta ese momento en el trámite principal: en el caso de una tercería de mejor dominio supondrá el mantenimiento o el alzamiento de la medida cautelar del embargo de la cosa decretado en el juicio ejecutivo, y en el supuesto de tercería de mejor derecho, si ésta es estimada, se reintegrará el crédito del actor tercerista con preferencia al del ejecutante a expensas del importe de la venta de los bienes embargados al ejecutado. Se trata, por tanto, de una oposición a diligencias de juicio ejecutivo en marcha, por lo que la relación jurídica procesal sólo estará correctamente formada cuando se demande a todos los ejecutados. (STS de 16 de mayo de 2000; ha lugar.)

**HECHOS.**—El *Banco Exterior de España, S.A.*, formuló demanda de juicio ejecutivo de embargo contra R.G.S., contra los herederos de T.G.M., difunta esposa de aquél, contra M.J.G.C.H. y contra C.L., esposa de este último. Los bienes inmuebles objeto de la subasta y de la anotación preventiva de embargo figuraban inscritos a favor de R.G.S. y su difunta esposa, T.G.M. La *Caja de Ahorros* y

*Monte de Piedad de Salamanca* promovió juicio de menor cuantía contra el *Banco Exterior de España, S.A.*, y R.G.S. sobre tercería de mejor derecho de los bienes embargados en el ejecutivo instado por el citado Banco. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia confirmó dicho pronunciamiento.

NOTA.—La LEC 1/2000, de 7 de enero, regula en el artículo 600 los sujetos legitimados pasivamente en las tercerías. A diferencia de la redacción de la LEC de 1881 contenida en el artículo 1539, la normativa vigente no parece que exija al tercerista demandar necesariamente al ejecutado o ejecutados: en efecto, el citado artículo 600 LEC habla de litisconsorcio pasivo *voluntario*. Parece que mientras que el acreedor ejecutante debe ser siempre demandado, el ejecutado únicamente estará legitimado pasivamente de manera obligatoria cuando él mismo haya señalado el bien a embargar; en los demás casos el ejecutado, aun no habiendo sido demandado, tiene la posibilidad de participar en el proceso con los mismos derechos que las partes de la tercería, pero la relación jurídico-procesal no estará mal construida si no se le demanda. (B. F. G.)

**83. Reclamación anticipada de cantidades retenidas en concepto de garantía de calidad de los trabajos. Viabilidad de acciones de condena de futuro.**—La condena de futuro no es desconocida por la jurisprudencia civil (SSTS de 20 de mayo de 1982, 30 de junio de 1986 y 21 de febrero de 1989). Tampoco la doctrina constitucional ha desapoderado de legalidad estas condenas, al afirmar que mantener impagada la retención que ya cumplió la finalidad de garantía asignada en el contrato equivaldría a amparar una situación de posible encaje en el enriquecimiento injusto. Así las cosas, podrá decretarse excepcionalmente la condena de futuro en aquellos supuestos en los que el demandante, siendo acreedor «virtual» de la cantidad reclamada al tiempo de plantear la demanda, se convierte posteriormente en acreedor «efectivo» por transcurrir el plazo de garantía durante la tramitación del proceso, sin que el demandado hubiera demostrado haber hecho efectivas las garantías retenidas como le obligaban la buena fe y la lealtad del contrato, utilizando el proceso para no cumplir su obligación de devolver lo que se le reclama. (STS de 24 de junio de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—En juicio declarativo de menor cuantía la subcontratista *Fondedile S.A.E* reclama anticipadamente las cantidades retenidas por el contratista —*Construcciones Lain, S.A.*— en concepto de garantía de calidad de los trabajos realizados (condena de futuro) por no existir hasta la fecha ningún defecto de los cubiertos por tal garantía. Se trata de una reclamación anticipada, puesto que al tiempo de presentación de la demanda, el plazo de garantía no había transcurrido; sin embargo, el citado plazo resulta vencido con anterioridad a la sentencia del Juzgado. La mercantil demandada contestó a la demanda y formuló reconvenición.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda y estimando parcialmente la demanda reconvenicional. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la mercantil demandada (absuelve al demandado de devolver la garantía reclamada) y desestima la adhesión al mismo realizada por la demandante. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por *Fondedile S.A.E*. (M. C. C. M.)



# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

## SUMARIOS DEL TOMO LIV, 2001

### SUMARIO DEL FASCÍCULO IV, OCTUBRE-DICIEMBRE

	<u>Pág.</u>
<b>Nota necrológica</b>	
«Rodrigo Uría (1906-2001). En memoria del hombre de carne y hueso», por Aníbal SÁNCHEZ ANDRÉS .....	1341
<b>Estudios monográficos</b>	
Luis María DÍEZ-PICAZO: «Sobre la ciudadanía europea».....	1355
Luis MOISSET DE ESPANÉS: «La obligación y sus elementos esenciales en el Código civil paraguayo de 1986» .....	1371
María Dolores ARIAS DÍAZ: «El derecho de retención de inmuebles del usufructuario: el artículo 502 del Código civil» .....	1449
Carmen SÁNCHEZ HERNÁNDEZ: «Breves reflexiones sobre las adquisiciones <i>a non dominio</i> de inmuebles en el Ordenamiento alemán» .....	1555
<b>Crónica de legislación y jurisprudencia comunitarias</b>	
Por Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ .....	1597
<b>Bibliografía</b>	
<b>LIBROS</b>	
GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso: «La propiedad intelectual sobre la obra audiovisual», por Ignacio Garrote Fernández-Díez .....	1617
LAMARCA I MARQUÉS, Albert: «El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación», por Antoni Vaquer Aloy .....	1627
<b>REVISTAS EXTRANJERAS</b>	
Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Josep Maria BECH SERRAT, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, María Paz GARCÍA RUBIO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU, Montserrat VERGÉS VALL-LLOVERA .	1631
<b>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional</b>	
<b>SENTENCIAS, año 2000</b>	
A cargo de: Encarna ROCA TRÍAS, Ramón CASAS VALLÉS. Colaboran: Susana ÁLVAREZ GARCÍA, Ramón CASAS VALLÉS, Isidoro GAR-	