

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Eva CANO VILÀ, María del Carmen CRESPO MORA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sonia María JORDÁN ALMEIDAN, Andrea MACÍA MORILLO, Nieves MORALEJO IMBERNÓN, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Alfons SURROCA COSTA, Montserrat VERGÈS VALLLOVERA.**

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. La ejecución de laudo arbitral dictado en Suiza ha de solicitarse mediante «exequator» ante el Tribunal Supremo.—A los efectos del recurso, y como expone el recurrente, hay que tener en cuenta que se han dictado dos resoluciones:

La primera, el laudo arbitral dictado en Ginebra el 28 de febrero de 1997 por un Tribunal designado por la Corte de Arbitraje en la Cámara Internacional de Comercio, por el que se condena a la recurrente a pagar a *Bisba Comercial Inc.* una determinada cantidad de dinero.

La segunda, dictada con fecha 16 de octubre de 1997, por la Sala de lo Civil del Tribunal federal de Suiza, por la que se desestimaron los dos recursos de anulación interpuestos por las partes contra el laudo arbitral en cuestión [...].

La ejecución de las sentencias o fallos definitivos en materia civil o comercial dictados en España o en Suiza por Tribunales ordinarios ya no está regulada por el Tratado entre España y Suiza, a raíz de la derogación expresa al efecto contenida en el artículo 55, párrafo 2.º, del Convenio de Lugano, el cual establece lo siguiente: «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 54, párrafo 2.º, y en el artículo 56, el presente Convenio sustituirá entre los Estados que son parte del mismo a los Convenios celebrados entre dos o más Estados, a saber: el Tratado entre la Confederación Suiza y España sobre ejecución recíproca de las sentencias definitivas o firmes en materia civil y mercantil, firmado en Madrid el 16 de diciembre de 1896».

Por el contrario, en lo que se refiere a la ejecución de laudos arbitrales no procede esta disposición, por cuanto que el Convenio de Nueva York nada dice en este sentido.

Lo expuesto determina como adecuada la interpretación de la recurrente, en el sentido de que la ejecución del laudo arbitral aquí analizado podría haber seguido los cauces del Convenio de Nueva York o bien del tratado entre España y Suiza, pero en ningún caso los del Convenio de Lugano.

Es decir, el procedimiento de ejecución de la sentencia del Tribunal Federal Suizo vendría regulado por el Convenio de Lugano, pero el artículo 1.º de este Convenio establece lo siguiente: «El presente Convenio se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional... Se excluirá del ámbito de aplicación del presente Convenio el arbitraje».

Es evidente que el interés real contenido en la pretensión deducida era la ejecución del laudo arbitral. Sin embargo, se ha solicitado la ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal federal Suizo al amparo del Convenio de Lugano. Todo ello supone que a través de un procedimiento inadecuado se ha confirmado y aprobado por parte de la Audiencia Provincial de Madrid la ejecución de un laudo.

Lo expuesto implica la infracción del precepto citado del Convenio de Lugano y la infracción de los artículos siguientes del Convenio de Nueva York:

Artículo I. 1. La presente convención se aplicará al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias y que tenga su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.

Artículo III. Cada uno de los Estados contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada...

El artículo I del Convenio de Nueva York ha sido infringido por cuanto que se ha procedido a la ejecución prescindiendo del procedimiento prevenido en el referido texto normativo, para el supuesto de que a mayor abundamiento éste se estimase aplicable al caso.

El artículo III ha sido también conculcado toda vez que, con base en la remisión de dicho precepto a «las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada», el procedimiento de ejecución debió haberse seguido de conformidad con los artículos 951 y ss. LEC; en particular, la solicitud de «exequatur» debió haberse formulado ante el Tribunal Supremo (art. 955 LEC) y la declaración por parte del Tribunal de dar cumplimiento o no a la ejecutoria debió haberse realizado después de oír, por término de nueve días, a la parte contra la que se dirigía, esto es la recurrente y al Fiscal (art. 956 LEC).

Los artículos I y III del Tratado entre España y Suiza también han sido infringidos, para la hipótesis descartada de que dicho texto fuera de aplicación preferente frente al Convenio de Nueva York. Su artículo I dispone que las sentencias o fallos definitivos en materias civil o comercial dictados en uno de los dos Estados contratantes, ya por Tribunales ordinarios, ya por árbitros o Tribunales comerciales... legalmente constituidos, serán ejecutorios en otro Estado bajo las condiciones siguientes... Éstas son las del artículo III que dispone que la autoridad competente determinará sobre la demanda de cumplimiento en la forma prevista por la Ley, después de oír el Ministerio Fiscal, si la ley lo prescribe. La misma concederá a la parte contra la cual se pide el cumplimiento el plazo legal o de costumbre para defender sus derechos, y señalará a las dos partes el día en que haya de resolverse sobre la demanda.

Nada de lo expuesto se ha tenido en cuenta cuando el Juzgado de Primera Instancia ordenó que se notificase el auto en cuestión en el mismo acto de requerimiento de pago o, en su caso, en el caso de embargo, lo que fue advertido por la propia resolución hoy impugnada de la Audiencia Provincial, y sin que se pueda dejar de advertir la contradicción en que esta resolución incurre al revocar la resolución de instancia en los fundamentos que se refieren a la aplicación del Convenio de Lugano y a ordenar su sustitución por el procedimiento prevenido en el Tratado entre España y Suiza.

Por todo lo expuesto el motivo tiene que ser acogido con la asunción por la Sala de la instancia para la desestimación de la pretensión deducida. (STS de 9 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Al amparo del Convenio de Lugano de ejecución de sentencias, la entidad panameña *Bisba Comercial Inc.* formuló solicitud de ejecución de resolución extranjera contra *Unión Naval de Levante*. Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Madrid, se dictó auto por el que se acordaba la ejecución de la sentencia dictada por la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Federal de Suiza, lo que implicaba requerir a *Unión Naval de Levante* el pago de una importante cantidad y, en caso de impago, el embargo de bienes suficientes. En apelación promovida por *Unión Naval de Levante* el auto fue confirmado. La entidad española recurre posteriormente en casación denunciando la inadecuación del procedimiento de «exequatur». El Tribunal Supremo declara haber lugar. (R. G. S.)

2. Doctrina de los actos propios: pagar y cobrar la renta de un arrendamiento un largo período de tiempo.—Esta Sala tiene señalado en relación con los «actos propios», como destacó la S de 22 de enero de 1997 y repitieron las de 7 de mayo de 2001 y 15 de marzo de 2002, que las SS de 15

de febrero de 1988, 9 de octubre de 1981, 25 de enero de 1983 y 16 de junio de 1984, se pueden considerar esenciales en el tema de los actos propios, que se definen como expresión inequívoca del consentimiento que actuando sobre un derecho o simplemente sobre un acto jurídico, concretan efectivamente lo que ha querido su autor y además causan estado frente a terceros. Asimismo, una pletórica jurisprudencia, constituida, entre otras muchas, por las SS de 5 de octubre de 1987; 16 de febrero y 10 de octubre de 1988; 10 de mayo y 15 de junio de 1989; 18 de enero de 1990; 5 de marzo de 1991; 4 de junio y 30 de diciembre de 1992; 12 y 13 de abril y 20 de mayo de 1993, mantiene que el principio general de Derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de la buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurren los requisitos o presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, cuales son que sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer, sin duda alguna, una determinada situación jurídica afectante a su autor y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una contradicción o incompatibilidad según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior. En este sentido, las SS de 17 de diciembre de 1994, 31 de enero, 30 de mayo y 30 de octubre de 1995, 21 de noviembre de 1996, 29 y 30 de abril, 12 de mayo, 15 de julio, 30 de septiembre y 30 de noviembre de 1998, 4 de enero, 13 de julio, 1 de octubre y 16 de noviembre de 1999, 23 de mayo, 25 de julio y 25 de octubre de 2000, y 27 de febrero y 5 y 6 de abril de 2001.

Tan sólo quiebra tal doctrina de los actos propios cuando se utiliza para validar actos jurídicamente nulos o ineficaces –SS de 23 de enero y 23 de mayo de 1903 y las en ellas citadas– lo que aquí no acontece, pues se trata de dilucidar si existe o no simulación, lo cual ni está acreditado y tan sólo pretendido por la entidad recurrida para impedir los efectos del contrato.

A la vista de lo expuesto, ha de estimarse la vulneración de la doctrina de los actos propios por parte de la sentencia recurrida. No sólo existe la constante ocupación de los locales por la actora, única desde la escisión política a que se ha hecho mención, en base a un contrato firmado por todos los socios y ratificado después en una Junta de los mismos, al refrendar lo acordado por todos, sino, sobre todo, el constante abono de las rentas por un largo período, que sólo se rectifica de adverso en las proximidades de presentación de la demanda e incluso tienen lugar bajo la causa penal, luego sobreseída y confirmado por la Audiencia tal sobreseimiento.

La sentencia recurrida no tiene en cuenta la repetición de actos inequívocos de percepción de la renta, que pretenden ser ignorados.

Para interpretar un contrato hay que acudir a todos los actos posteriores de los contratantes sin que quepa limitarse a los verificados durante un período posterior arbitrariamente señalado.—Si surgen dudas sobre la intención de los contratantes, como en este caso, para estimar la simulación contractual hay que acudir a los actos coetáneos, anteriores y posteriores –SS de 4 de octubre de 1993 y 9 de julio de 1994– pero no puede limitarse a un período «post contractum», como hace la recurrida, sino a todos los actos posteriores. (STS de 28 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Doña L. A. demanda a la sociedad mercantil *Eretza-Zaramillo, S. A.* postulando la declaración de la validez del contrato celebrado entre ambas partes. En él, los socios de la entidad,

aún no inscrita, arrendaron a la actora determinados locales por un plazo de cuarenta años y renta de doce mil pesetas mensuales, confiriéndole también un derecho de opción de compra a ejercitar durante los primeros veinte años del arriendo por el precio de seis millones de pesetas. Se solicitaba asimismo –junto a otras peticiones aquí irrelevantes– que se tuviera por ejercitada la opción y se estimara perfeccionado tal contrato. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. Aduciendo la simulación del arrendamiento, apela *Eretza-Zaramillo, S. A.* y la Audiencia estima el recurso absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra. Ha lugar al recurso de casación que interpone Doña L. A. (*R. G. S.*)

3. Aplicación de la doctrina de los propios actos a la consignación de cargas en escritura pública.—Conforme a una reiterada jurisprudencia (sirvan de ejemplo, desde la STS de 21 de marzo de 1911, hasta las SSTS de 16 de abril de 2001, 14 de febrero y 22 de octubre de 2002 y 20 de febrero de 2003), la expresión en los documentos públicos de las cargas reales a que vienen afectos los bienes inmuebles objeto de transmisión no implica ni el reconocimiento de su existencia por parte del adquirente de los inmuebles gravados ni la conclusión de que no hará valer sus derechos al respecto, pues son circunstancias que están obligados a consignar los Notarios. Por tanto, no se incumple el principio de que nadie puede ir contra los propios actos cuando, siendo clara la intención del comprador de mantener libre de trabas la vivienda (que en ese concepto resulta adquirida), interpone tercería de dominio frente al embargo trabado como consecuencia del gravamen consignado en la escritura pública de compraventa.

Doctrina de los propios actos. Contenido.—Según el Tribunal Supremo, este principio general de derecho significa que nadie puede hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta.

Indicación de la cuantía del pleito.—Afirma el Tribunal Supremo que la indicación de la cuantía del pleito, al objeto de establecer el procedimiento que ha de seguirse, solamente tiene efectos si la indicada es determinante del procedimiento a seguir. Sin embargo, cuando sea necesario fijar la cuantía real del objeto de procedimiento para otros efectos, como por ejemplo el acceso al recurso de casación, el Tribunal ha de atenerse al valor real del mismo. (**STS de 29 de septiembre de 2003**; ha lugar.)

HECHOS.—Mediante contrato privado de compraventa, don P. S. F. adquirió de *Patrimonios Valencianos, S. A.* una finca, de la que tomó posesión. Meses después, se trabó embargo sobre la finca enajenada, como resultado de un procedimiento promovido por el *Banco del Comercio, S. A.* contra la sociedad ya mencionada. Con posterioridad a esta fecha, se otorgó la escritura pública de la compraventa anteriormente celebrada, en cuyo apartado de cargas se hacía constar la existencia de una anotación preventiva de embargo a favor del banco indicado, así como el compromiso de la parte vendedora de obtener a la mayor brevedad posible los correspondientes mandamientos de cancelación de embargos.

Don P. S. F. interpuso tercería de dominio, solicitando, entre otros pedimentos, el levantamiento del embargo trabado sobre la

finca. La demanda fue estimada en primera instancia, contra lo que interpuso recurso de apelación el *Banco de Comercio, S. A.* La Audiencia Provincial estimó el recurso, entendiendo que don P. S. F. carecía de legitimación activa para interponer la tercera de dominio, en virtud de la doctrina de que nadie puede ir contra sus propios actos. Recurrida esta sentencia en casación por el tercerista, el Tribunal Supremo estimó el recurso. (A. M. M.)

4. Negocio fiduciario.—El negocio fiduciario produce un desdoblamiento de titularidad: transmite sólo formalmente la propiedad al acreedor, pero existe una transmisión real respecto a los terceros de *buena fe*. En el presente caso, no se considera probado que la Agencia Tributaria (tercero) conociese el pacto fiduciario.

Prescripción adquisitiva.—En el negocio fiduciario, carece de sentido hablar de prescripción adquisitiva del fiduciante, pues éste es el verdadero propietario, no necesita el mecanismo de la prescripción para volver a adquirir la titularidad que enajenó, basta con que exija al fiduciario la retransmisión de aquélla. La prescripción defiende al propietario contra la actividad dominical de un tercero o del propio fiduciario que se arrojan la propiedad, hechos que no han sucedido en este caso. (STS de 17 de septiembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. T. R. D. y su esposo vendieron en escritura pública a F. S. P. un inmueble, con el objetivo de garantizar la devolución de un préstamo que éste les hizo (negocio fiduciario). En el mismo pacto se estipulaba que los cónyuges continuarían ocupando la vivienda, pudiendo disponer de ella de la forma que estimasen oportuna. Una vez cancelada la deuda, F. S. P. firmó un documento privado en que así lo reconocía, comprometiéndose al otorgamiento de escritura pública cuando fuese requerido para ello. La Agencia Tributaria siguió expediente ejecutivo contra F. S. P., en el cual fue embargado el bien litigioso. M. T. R. D. y S. M. R. —hijo del matrimonio— interpusieron demanda en la que aducían que ellos eran los verdaderos propietarios del inmueble tal y como quedaba acreditado por el documento privado otorgado por F. S. P. Asimismo, aducían la prescripción adquisitiva, pues habían estado poseyendo el inmueble con carácter de dueños, de buena fe y con justo título por más de diez años. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y declaró que el documento privado no podía producir efectos contra terceros (Agencia Tributaria), sino sólo *inter partes*. Tampoco acogió la demanda de prescripción adquisitiva porque no se daba el requisito del justo título, ni la extraordinaria, porque no había transcurrido el tiempo legal. La Audiencia confirmó la sentencia de instancia y calificó el negocio de *fiducia cum creditore*, y entendió que el pacto fiduciario no podía ser opuesto a tercero que lo desconociese. Se promueve recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que es desestimado. (E. C. V.)

5. Negocio fiduciario. Definición.—La jurisprudencia lo ha definido como «aquel convenio anómalo en el que concurren dos contratos indepen-

dientes, uno, real, de transmisión plena del dominio, eficaz *erga omnes*, y otro obligacional, válido *inter partes*, destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que no impida el rescate de los bienes cuando se dé el supuesto obligacional pactado».

En el negocio fiduciario, el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto de fiducia; el fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, salvo el juego de la apariencia jurídica, y ha de devolverlo al fiduciante, una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia.

Pacto fiduciario e inscripción registral.—La existencia del pacto fiduciario no se desvirtúa por la inscripción registral a nombre del fiduciario que, a tenor del artículo 38 LH, sólo tiene el valor de presunción *iuris tantum* y, por tanto, se neutraliza por prueba en contrario. A este propósito, no es necesario pedir la anulación de los asientos contrarios a lo pretendido.

Acción ejercitada.—Los herederos del fiduciante no están ejercitando una acción para exigir la entrega del bien, sino una acción declarativa del dominio a favor de los herederos del fallecido titular.

Caducidad de la acción.—Si se considerara que ha prescrito la facultad del fiduciante de exigir la restitución del bien, se llegaría a la infundada conclusión de que la cosa entraría sin otro título en el dominio del fiduciario, pues no ha adquirido el dominio ni el fiduciario, ni un tercero por alguno de los títulos a que se refiere el artículo 609 CC. (STS de 31 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El padre de los actores y hermano de la demandada compró mediante documento privado una finca. Por cuestiones familiares, consintió en escriturar esta compra a favor de su cuñado, casado con su hermana. El mismo día se suscribe un documento privado, haciéndose constar que el verdadero comprador es el padre de los actores y que el cuñado reconoce como de su propiedad tanto el solar como la obra que se edifique. Por ello, se obliga a otorgar escritura de venta del referido solar cuando sea requerido por el señor P., a favor del mismo o de la persona que éste designe, y, caso de que éste fallezca, faculta al cuñado y a su hermana para que dicha transmisión la hagan a favor del hijo.

Posteriormente, las mismas partes se vuelven a reunir y declaran en documento privado que se ha edificado una casa, todo sufragado por el verdadero propietario.

Los hijos del fiduciante demandan a su tía, solicitando la declaración de la propiedad de la vivienda y de que la demandada ha figurado como propietaria aparente. (B. F. G.)

6. Prescripción extintiva. La interrupción de la prescripción y la solidaridad: diferentes efectos según la solidaridad sea propia o impropia.—El párrafo primero del artículo 1974 CC únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente.

En efecto, a la solidaridad impropia no son aplicables todas las reglas prevenidas para la solidaridad propia y, en especial, no cabe que se tome en consideración el artículo 1974 CC en su párrafo primero. (STS de 14 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor sufrió un grave accidente laboral cuando trabajaba en una obra en construcción, por lo que demandó a los titulares de la empresa para los que trabajaba, a la promotora y al arquitecto superior. Recayó sentencia firme, por la que se condenó a todos menos al arquitecto a indemnizar al actor. Al no haber percibido cantidad alguna este último por insolvencia de aquéllos, procedió, casi un año después de la sentencia firme, contra el aparejador y las dos aseguradoras de este técnico, reclamándoles la misma indemnización que había fijado la sentencia. En primera y en segunda instancia no prospera su petición por apreciarse prescripción. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación.

NOTA.—A esta sentencia se formuló un voto particular en el que se establece, básicamente, lo siguiente: debe mantenerse la jurisprudencia que declara, como dice el artículo 1974 CC, que la interrupción de la prescripción frente a un deudor solidario alcanza a los demás, sin distinguir (como no distingue dicha norma) la solidaridad impropia, porque:

1.º Es ésta la doctrina jurisprudencial que se mantiene reiteradamente de antiguo y que es concorde con el texto del artículo 1974, párrafo primero, CC.

2.º No se produce la solidaridad por la sentencia, sino que ésta, venga del contrato, de la ley o de la doctrina jurisprudencial, nace con la obligación y la obligación (de reparar el daño) ha nacido cuando el daño se ha producido.

3.º La doctrina jurisprudencial siempre ha considerado con criterio restrictivo la aplicación de la prescripción, por ser una figura intrínsecamente injusta, que se mantiene en aras de la seguridad jurídica. Además, la jurisprudencia siempre ha sido proclive a la protección de la víctima, es decir, la parte más débil de la relación.

Por todo esto, debe estimarse el recurso de casación. (I. D.-L.)

7. Prescripción de acciones. Eficacia interruptiva del acto de conciliación.—Sería ilógico conceder superior eficacia a la reclamación extrajudicial que a la dimanante de un acto de conciliación, cuyo proceder se haya avalado por reiterada jurisprudencia. Por consiguiente, la papeleta de conciliación ha de ser tenida en cuenta a los efectos prescriptivos de los artículos 1968 y 1973 C.C. (STS de 19 de junio de 1990). Con independencia de la consideración de la conciliación como procedimiento dirigido a evitar el planteamiento de un posterior juicio, puede tener, también, el carácter de requerimiento judicial que, lo mismo que el notarial o cualquier reclamación extrajudicial, produce efectos interruptivos de la prescripción en curso; efectos interruptivos que surgen con la presentación de la papeleta, siempre que le siga la admisión de la pretensión conciliatoria, en cuanto con tal presentación y posterior admisión se exterioriza la voluntad de conservar un derecho

en vía de extinción, terminando de esta forma con lo que se ha llamado silencio de la relación jurídica (STS de 14 de mayo de 1987).

Prescripción de acciones. Inicio del cómputo del plazo cuando se han seguido actuaciones penales por los hechos de los que se hace derivar la responsabilidad exigida. Ausencia de notificación al perjudicado del archivo de las actuaciones.—Subsistiendo la llamada acción civil derivada del delito por no haberse renunciado a la misma por el perjudicado, y no habiéndose éste personado en el proceso penal, los órganos judiciales han de proceder a la notificación de la providencia de archivo de las actuaciones penales; pues en otro caso la ausencia de esta notificación es susceptible de afectar negativamente al derecho constitucional de la perjudicada de acceder al proceso en el orden civil y hacer valer sus pretensiones para la preparación del daño sufrido (STS de 25 de marzo de 1996). De manera que debe constar el conocimiento del archivo definitivo o sobreseimiento de las actuaciones penales, por medio de la notificación correspondiente a los interesados que no fueron «parte» en el proceso penal para que a partir de esa fecha se compute el plazo (STS de 21 de septiembre de 1998), de suerte que el cómputo no comienza el día del Auto de archivo, sino el día en que se notifica éste (STS de 11 de abril de 2002).

Responsabilidad civil extracontractual. Necesidad de que exista nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño. Nexo causal como elemento determinante de la imputación de responsabilidad. En el nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo. Queda así expresado que la causalidad, como en el caso debatido, es más bien un problema de imputación, esto es, que los daños y perjuicios deriven o fueren ocasionados por un acto u omisión imputable a quienes se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicios resulten consecuencia necesaria del acto y omisión de que se hacen dimanar.

Responsabilidad civil extracontractual. Prueba del nexo causal. Siempre será requisito ineludible la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva del demandado y el resultado dañoso producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse (STS de 30 de octubre de 2002). Así pues, al no resultar debidamente probado el cómo y el porqué se produjo el accidente en que perdió la vida el esposo de la actora recurrente, no puede establecerse de forma indubitada la existencia de un nexo causal entre la conducta negligente que se atribuye a los codemandados, la falta de medidas de seguridad en la quinta planta, y el resultado dañoso acaecido. Falta así uno de los elementos esenciales para la exigencia de la responsabilidad que se postula por la actora recurrente y, en consecuencia, procede desestimar su demanda. (STS de 9 de julio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Por el Juzgado de Instrucción de Arenys de Mar se siguieron diligencias penales en averiguación de las causas del fallecimiento del señor L. M., quien el 4 de enero de 1988 apareció muerto en el hueco de la escalera de un edificio en construcción en el que prestaba servicios como vigilante nocturno, produciéndose la muerte por contusión encefálica y posterior parálisis respiratoria. Las diligencias fueron archivadas en marzo del mismo año, sin que la resolución decretando el archivo fuese notificada a la esposa e hijo del fallecido. Por la demandante se tuvo conocimiento del

archivo de las actuaciones penales en enero de 1988 en que, a petición suya, se le entregó testimonio de lo actuado, no habiendo sido parte la actora en aquellas diligencias. En diciembre de 1988 la actora, viuda del fallecido, presentó papeleta de conciliación contra los demandados, celebrándose el acto sin avenencia en enero de 1989. La demanda principal fue presentada en el Juzgado de Primera Instancia de Arenys de Mar en febrero de 1989. El Juzgado desestimó la demanda por entender que se había producido la prescripción de la acción. La Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso de apelación planteado por la actora. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la viuda, al considerar que no había tenido lugar la aludida prescripción extintiva y, entrando en el fondo del asunto, desestimó la acción planteada al considerar que no había quedado acreditada la existencia de nexo causal entre la conducta de los presuntamente responsables y el daño ocasionado. (*L. A. G. D.*)

DERECHO DE LA PERSONA

8. Sucesión *mortis causa* en los títulos nobiliarios: a favor del varón con preferencia a la mujer sin que ello contravenga los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo. Presunción de regularidad en la sucesión nobiliaria.—Para resolver los dos motivos del recurso, ha de partirse ante todo de lo que fue objeto de la controversia. La misma se suscita entre dos tesis contrapuestas: la del actor-recurrente, que sostiene su preferencia para suceder en el título nobiliario por aplicación del principio de preferencia de la masculinidad, tradicional en el Derecho histórico por el que se rigen las sucesiones en los títulos nobiliarios; la de su hermana, demandada-recurrída, que lo niega en base a los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo recogidos en el artículo 14 de la Constitución. No ha sido objeto de discusión si se reúnen por una u otra parte las demás condiciones legales para suceder en el título. Tampoco lo ha sido el orden de suceder en el propio título de acuerdo con las reglas establecidas en su concesión. En suma, toda la controversia ha versado sobre la vigencia o no de la preferencia del varón sobre la hembra, tradicional en la sucesión regular de los títulos nobiliarios, una vez vigente la Constitución de 1978.

Dicha controversia ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional en la S 126/1997, de 3 de julio, declarando que la sucesión según el derecho tradicional en los títulos nobiliarios, que da preferencia al varón sobre la hembra, no es inconstitucional. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia aplicó correctamente la doctrina del Tribunal Constitucional, estimando la demanda.

La sentencia de la Audiencia no se ajusta a la doctrina del Tribunal Constitucional, el cual, en la S 126/1997, de 3 de julio, no examinó más que si el principio de la preferencia del varón sobre la hembra en las sucesiones a los títulos nobiliarios, era o no contraria a los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo formulados por la Constitución, estableciendo que no lo era por las razones que consignaba. En modo alguno declaró que el principio cuestionado se podía aplicar o no según las circunstancias, ni con-

sideró el carácter dispositivo o imperativo de las reglas por las que históricamente se ha regido la sucesión en los títulos nobiliarios.

Estas sucesiones, ha dicho esta Sala en su S de 13 de diciembre de 1997 recogiendo su doctrina pacífica, se rige por el orden regular que tradicionalmente se ha seguido en la materia, salvo que en el título de concesión se establezca otra cosa, en otras palabras, que toda sucesión nobiliaria se presume regular, debiendo ser expresa la cláusula de irregularidad. Ni se ha discutido siquiera en los escritos fundamentales del pleito que en la concesión del título discutido se fijase un orden de suceder diferente y propio del regular, por lo que huelgan todas disquisiciones de la Audiencia, a fin de revocar la sentencia apelada y fallar a favor de la hermana del actor, sobre la condición femenina de las poseedoras del título disputado con anterioridad a este pleito, deduciendo de ello una hipotética cláusula de irregularidad en la sucesión, que no se ha probado en absoluto, y yerra también en imponer al actor la carga de probar que la sucesión al título cuya titularidad aquí se discute era regular. Con arreglo al artículo 1214 CC sería la demandada la que hubiera debido probar la irregularidad, que permitiría la sucesión en su favor en lugar de su hermano. Nada de esto ha hecho, sólo cuestionar la vigencia del principio de la masculinidad en el orden de suceder regular.

Por todo ello, los motivos de casación se estiman. (STS de 15 de septiembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El actor acude al Juzgado para que declare la nulidad de la Real Carta de Sucesión en el título de Conde de Monte Negrón y la preferencia de su derecho frente al de su hermana para llevarlo, usarlo y poseerlo. El Juzgado accede a lo pedido. La Audiencia Provincial de Pamplona estima el recurso de la demandada y revocando la sentencia de instancia declara no haber lugar a la nulidad de la Carta de Sucesión concedida a favor de ésta, titular preferente. El demandante interpone recurso de casación, declarando el Tribunal Supremo haber lugar. (R. G. S.)

9. Intromisión ilegítima en el derecho al honor: actitud peyorativa e innecesaria de un periódico que publica una relación de personas —a las que califica de «enchufadas»— ajenas a la conformación de la decisión política que critica.—Y en su página 5 [...] expone que el periódico ha conseguido hacerse con el listado de los trabajadores que el PSOE quería hacer fijos, que reseña con su identificación individual y clase de ocupación.

De no figurar en el reportaje la lista con la identidad de los empleados laborales, la legitimación sería de grupo; en este caso, es personal de cada uno de los que figuran en la relación publicada.

En general, según los Diccionarios de Uso de la Lengua Española, el vocablo «enchufado», que se utiliza en la citada información periodística, define a «la persona que tiene un cargo o desempeña una ocupación muy lucrativa y de poco o fácil trabajo, o que tiene influencia para conseguir algo que le interese»; la palabra «enchufar» significa «colocarse en un cargo o destino por influencia»; y «enchufe» significa «cargo o empleo favorable que se obtiene sin merecimiento merced a recomendaciones o influencias».

La situación predominante del derecho a la información requiere, de un lado, la veracidad de ésta y, de otro, la exigencia de no utilización de expresiones o valoraciones injustificadas, que carezcan de relación alguna con la

noticia comunicada o que resulten insultantes, insidiosas o vejatorias con respecto a personas concretas, sean cuales fueren los usos sociales del momento, y constituyen un ataque innecesario (entre otras SSTC 69/1989, de 20 de abril, 20/1990, de 15 de febrero, 105/1990, de 6 de junio, 123/1993, de 19 de abril, 336/1993, de 15 de noviembre, 76/1995, de 22 de mayo; y SSTS de 13 de julio y 5 de octubre de 1992 y 4 de diciembre de 1999).

La actividad profesional suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad, de forma que la descalificación injuriosa o innecesaria de ese comportamiento tiene un especial e intenso efecto sobre dicha relación y sobre lo que los demás puedan pensar de una persona, y repercute en la imagen personal que de ella se tenga (STC 282/2000, de 27 de noviembre). En el caso de autos, sin perjuicio de la noticia veraz de la anulación por el Pleno de la Diputación de Granada del acuerdo relativo a la incorporación a su plantilla de funcionarios de determinados trabajadores laborales, la publicación de la lista de los mismos, a los que descalifica y moteja como «enchufados del PSOE en la Diputación», supone una actitud peyorativa e innecesaria por parte del periódico respecto de don J. A. T. y de doña I. R., ambos empleados del organismo en la categoría laboral de personal fijo con antelación a su gobierno por el PSOE, constitutiva de un mensaje vejatorio, pues era irrelevante la publicación de la lista para dar cumplimiento a la tarea periodística de noticia y crítica de una determinada decisión política ajena a la voluntad de los recurrentes.

En definitiva, esta Sala entiende que el reportaje de «La Crónica» que nos ocupa integra una intromisión ilegítima en el derecho al honor de los recurrentes. **(STS de 30 de septiembre de 2003; ha lugar.)**

HECHOS.—Don J. A. T. y doña I. R. demandaron a la Sociedad editora del diario *La Crónica* de Granada y a su director, interesando se declarase la intromisión ilegítima en su derecho al honor más el abono de determinada cantidad en concepto de indemnización. La cuestión litigiosa se centraba en si el contenido de la noticia publicada por el periódico con el título «Los 288 enchufados del PSOE en la Diputación» constituía o no una lesión del derecho al honor de los actores. El Juzgado acogió en parte la demanda y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia. Los actores interpusieron recurso de casación y el Tribunal Supremo declaró haber lugar. (*R. G. S.*)

10. La noticia de conflictos entre las partes, en la que la demandada emite juicios de valor sobre la conducta del actor, no siendo aséptica no alcanza el carácter de afrentosa por lo que no cabe estimarla como intromisión ilegítima en el honor del demandante.—Hay que tener en cuenta dos circunstancias precisas y con trascendencia: la entidad demandada cumple su obligación de informar a los mutualistas de la causa del gasto de 5.000.000 de pesetas que abona al actor; y en esa información no se hace mención alguna sobre el comportamiento del actor en el ejercicio de su profesión médica.

Estas dos circunstancias, y en particular la referida al ejercicio de la profesión médica, descartan en principio, que se produzca desmerecimiento en

el honor, en la imagen del actor ni en sus compañeros de profesión, ni en la sociedad en la que el conflicto se ha producido.

Según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional es insuficiente el criterio del *animus injuriandi* para juzgar los delitos contra el honor, por la dimensión objetiva de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información que excede de lo personal como garantía de una opinión pública libre y dada la fuerza expansiva de todo derecho fundamental (S 20/1990, de 15 de febrero).

Bien es cierto que quedan al margen de la libertad de expresión los contenidos injuriosos o vejatorios desvinculados de las ideas que se pretenden transmitir a la opinión pública y por tanto innecesarios (STC 42/1995, de 13 de febrero). Pero también es cierto que la «asepsia u objetividad informativa» no puede implicar la comunicación escueta de hechos o noticias que no se da siempre en un «estado químicamente puro», con lo que sería un límite constitucionalmente inaceptable para la libertad de prensa el impedir conjeturas, opiniones y juicios de valor, por cuanto que la comunicación periodística supone no sólo el ejercicio del derecho de información, sino del derecho más amplio de expresión y de opinión a partir de unos datos fácticos veraces, siempre que los términos en que se exteriorice la actitud crítica no sean desmesurados o desproporcionados, incluyendo expresiones injuriosas, vejatorias o insultantes innecesarias (SSTC 171/1990 y 172/1990, de 2 de noviembre).

El criterio nuclear en materia de libertad y manifestación del pensamiento (que comprende la libertad de expresión de opiniones o juicios de valor y la libertad de información por el dato de hecho, según la distinción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Lingens* y la S 6/1988, de 21 de enero) es la necesidad de ponderación de los derechos constitucionales en conflicto por el órgano judicial ordinario respetando su valoración y definición constitucional, revisable por el Tribunal Constitucional (S 143/1993, de 21 de julio).

Pues bien, la sentencia impugnada ha realizado la ponderación necesaria para la resolución de cuestiones como la aquí planteada, de forma razonable y correcta, que no merece revisión en casación. La información es veraz, es necesaria para el conocimiento de los demás mutualistas y no se aprecia intención alguna de difamar.

Otra cosa es que en el curso del conflicto existente entre el médico y la Mutualidad las relaciones fueran forzosamente difíciles e ingratas; pero la imputación al médico de que pretendía la obtención de un beneficio que la Mutualidad estimaba excesivo (al margen de que esta estimación fuera adecuada o inadecuada) y el final transaccional de este conflicto descartan el ataque al honor y a la imagen que el actor pretende producido en los términos que expone en la demanda; con la apreciación razonable de que la expresión «la Junta Directiva coaccionada» en el marco del conflicto no puede estimarse como imputación al médico actor del delito de coacciones, pues se trata de una expresión coloquialmente admitida, sin otra consecuencia, aunque pudiera estimarse que otra expresión utilizada para el mismo concepto fuera más acertada. Y conviene subrayar, como lo hace la sentencia impugnada, que el conflicto presentado obedecía a intereses económicos que presidían la actuación de las partes, degenerando luego en reproches de ingratitud.

Por lo expuesto, los motivos tienen que ser desechados. (STS de 16 de octubre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El doctor M. y la *Mutualidad Mahonesa* llegaron a un acuerdo en cuya virtud ésta cedía sus locales al doctor, quien atendía con sus propios aparatos a los mutualistas. Transcurridos unos años la Mutualidad traslada su sede y propone al doctor un nuevo convenio para el servicio del diagnóstico por imagen que éste no acepta, circunstancia que da lugar a la resolución del contrato de arrendamiento de servicios. El doctor estimó que se había producido un desistimiento voluntario y unilateral que exigía ser indemnizado. La Mutualidad consideró que la ocupación del local era en concepto de precario por lo que requirió notarialmente al doctor antes de la resolución del contrato. Se produjo un acuerdo transaccional por el que la Mutualidad se obligaba a entregar la cantidad de cinco millones de pesetas al doctor contra la entrega de la posesión del local, que finalmente tuvo lugar. Al término de estas vicisitudes, el *Boletín Informativo de la Mutualidad* informó de lo ocurrido con expresiones que, a juicio del doctor, revestían el carácter de difamatorias por lo que interpuso demanda sobre intromisión ilegítima en su derecho al honor y a la propia imagen. La sentencia dictada en primera instancia desestimó íntegramente la pretensión del actor. La sentencia de apelación confirmó en su integridad la resolución recurrida. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

11. Intromisión ilegítima en el derecho al honor: carta remitida a periodista —que la publica— en la que se imputa al recurrido el delito de malversación de caudales públicos.—Ha de tenerse en cuenta que se trata de información comunicada a la corresponsal del periódico *La Voz de Asturias*, mediante carta manuscrita por el recurrente, en la que se vino a atribuir «Posible malversación de fondos públicos por E. P.». El periódico publicó la noticia en su edición de 19 de octubre de 1993, recogiendo el contenido de la referida carta y destacándolo en letras negritas y entrecomillados los párrafos que transcribió literalmente.

Se trata por tanto no de correspondencia propiamente privada, sino de efectiva divulgación a un medio de comunicación, llevada a cabo por persona perfectamente identificada que resultó ser la autora de la carta, en la que no prohibió su difusión, por lo que ha de asumir las responsabilidades correspondientes en cuanto a las expresiones contenidas en el escrito y que alcanzaron publicidad al ser difundido por el periódico (SSTC de 13 de enero de 1997 y 336/1993).

La intromisión en el honor del demandante, en cuanto resultó desprestigiado ante sus conciudadanos en su condición de funcionario público, por consecuencia de la carta de referencia, se presenta como supuesto comprendido en el artículo 7.7.º de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, ya que se le hizo objeto de directa y grave difamación, ausente de toda prueba sobre su veracidad, rebasando de forma notoria y relevante lo que ha de entenderse por crítica constructiva y positiva de la actuación de los funcionarios públicos, a la que han de someterse, lo que no autoriza a llevar a cabo imputación de hechos delictivos aun como posibles y conductas vejatorias atribuidas a irregularidades en la gestión, carentes de fundamento y sin otra finalidad que la de causar perturbación y acoso a la persona ofendida y desprestigio ante la sociedad, que cabe enmarcar en una enemistad incontrolada y capaz de ser

utilizada para producir el mayor daño posible y, en una proyección finalista, para que abandonase el cargo que desempeñaba el demandante, satisfaciéndose así una venganza censurable totalmente y que ha de ser rechazada de modo enérgico y decidido.

Alcance de la rectificación del autor de las manifestaciones lesivas del derecho al honor.—Tampoco se ha producido efectiva rectificación, pues la nota de réplica que publicó el periódico en su edición de 10 de noviembre de 1993, tras la presentación por el actor de acto de conciliación, se limita a la protesta de la publicación de la carta sin su autorización, pero para nada rectifica las manifestaciones vertidas en la misma, por lo que no actúa como exculpatoria de la actuación llevada a cabo por el recurrente, atentatoria de la dignidad del actor del pleito, integrada básicamente por la imputación inveraz de un hecho delictivo, habiéndose producido efectivo vejamen o acción denigratoria que atenta a la reputación y prestigio profesional del ofendido, conforme la más reciente doctrina jurisprudencial (S de 16 de diciembre de 1996, que cita la del TC de 14 de diciembre de 1992). (**STS de 21 de octubre de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—El director del *Parque Deportivo de la Felguera* demanda a don A. M. por intromisión ilegítima en su derecho al honor reclamando la correspondiente indemnización por los daños morales sufridos. En carta enviada a la corresponsal de un periódico de la zona, el señor M. había imputado al actor la comisión del delito de malversación de fondos públicos. La carta fue publicada sin que el señor M. se retractase posteriormente de las manifestaciones en ella vertidas. El Juzgado de Primera Instancia de Siero estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Oviedo confirmó en todos sus extremos la sentencia recurrida en apelación. No hubo lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado. (*R. G. S.*)

12. Conexión entre la libertad ideológica *ad intra* y la libertad de expresión *ad extra*.—Es bien claro que cualesquiera que sean los soportes normativos de ambas «libertades», la ideológica y la de expresión: la primera, en su misma literalidad, inserta en el artículo 16.1 CE y la segunda, en su artículo 20.1 a), aducidos en ambos motivos, no tienen por qué conducir a sanciones distintas cuando la conducta respectiva invade los límites impuestos a ambas libertades como expresamente se proclama en el núm. 4 del citado artículo 20, y que como tal sirve luego para explicarse el elenco de ilícitos a que se refiere el artículo 7 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982; y es que no podía ser de otro modo, porque en una elemental teoría de propedéutica conceptual esa libertad ideológica o derecho a mantener o generar las ideas que se tengan, sin duda, luego se manifiestan al exterior a través de la libertad de expresión, o sea, las ideas se corporeizan *ad extra* por medios externos o «expresivos», ya que anidadas estas ideas en el acervo de la interioridad del individuo sólo adquiere relevancia jurídica cuando se vierten al exterior, por lo que es apodíctico que la libertad ideológica sólo es operativa o relevante cuando se canaliza mediante la libertad de expresión (de obvedad primaria, se entiende que para el Derecho el mundo de las ideas, si no trasciende, es irrelevante o inexistente).

Lesión del derecho al honor constituida por la atribución al actor de la cualidad de «nazi».—[...] cualquiera que sean tanto la personalidad de los contendientes y su respectiva actividad pública y los aludidos actos previos del actor, jamás justifican ni pueden tolerar ofensas tan rotundamente condenadas en la moderna y vigente sociedad, en donde cualquier atisbo de asunción o complicidad racista —y el calificativo de nazi lo ostenta en plenitud reprochable— conllevan un ineludible juicio condenatorio; sobre esa deletérea imputación —acogiendo su tesis *mutatis mutandi*—, ya se dijo en S de esta Sala de 21 de julio de 1993: ... la atribución al actor de una ideología o actitud racista tal «que, de haber vivido en la Alemania nazi hubiera desempeñado como mínimo el cargo de lugarteniente de Hitler», ha de considerarse como vejatoria y atentatoria del honor del ofendido, pues no otro sentido pueden tener tales expresiones, dado que el racismo nacional socialista basado en la pureza de sangre perseguía como objetivo el exterminio de todas las razas consideradas impuras, y el afirmar de una persona que está cualificada para ser lugarteniente de quien puso en práctica tales ideas, con los resultados que históricamente han sido comprobados, es claro que entraña una grave e ilegítima intromisión en el honor de la persona así calificada. (STS de 24 de octubre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Don H. T., periodista del diario *El País*, demanda por lesión de su derecho al honor al entrenador del Atlético de Madrid, don R. A., a C. R., periodista del diario *El Mundo*, al director de la publicación y a la empresa editora. En entrevista realizada por C. R., A. había calificado a don H. T. de «nazi de toda la vida». El Juzgado de Primera Instancia acogió la reclamación condenando solidariamente a los demandados a indemnizar al actor en la cantidad de dos millones de pesetas. La Audiencia Provincial de Madrid desestimó la apelación del señor A. y estimó el recurso interpuesto por los restantes codemandados, a los que absolvió de la demanda. Interpone el entrenador recurso de casación que es desestimado por el Tribunal Supremo. (R. G. S.)

13. Derecho fundamental a la intimidad: ámbito de la privacidad.— Los reportajes publicados en la revista *Diez Minutos* invaden ilegítimamente la intimidad personal y familiar de los actores al publicar datos que pertenecen al círculo exclusivamente privado de los mismos, sin que justifiquen tal publicación los usos sociales, ni haya base alguna para sostener que la demandante adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permita entender que, con sus propios actos, le despojó del carácter privado o doméstico.

El derecho fundamental a la intimidad reconocido por el artículo 18.1 CE «tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado no sólo personal, sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada, sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información

relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el artículo 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros particulares o poderes públicos quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada (SSTC 115/2000, de 10 de mayo, y 22 de abril de 2002, núm. 83/2002, Sala Primera y las que se citan).

Extensión del ámbito de privacidad según los actos de su titular y los usos sociales.—Las doctrinas generales que se exponen en el recurso acerca de la necesidad de evitar el automatismo en la aplicación de la protección de los derechos fundamentales del artículo 18.1 CE, y de proceder a un examen de las circunstancias y características singulares de cada caso, por cuanto la coyuntura temporal y las pautas de comportamiento personal pueden afectar, limitando o anulando dicha protección, no han sido desconocidas por las sentencias de instancia. Como ya se ha dicho, los usos sociales no justifican indagar —fisar— en los asuntos que pertenecen a la esfera exclusiva de otros y divulgar su resultado con el fin de satisfacer la curiosidad o el chismorreo de los consumidores de este tipo de revelaciones o comentarios. Por otra parte, el que una persona tenga una notoriedad pública, en buena medida debida a los medios de comunicación, no autoriza a éstos a invadir su vida íntima o privada, cuando no fue la interesada, con su conducta pública, quien dio pretexto para la intromisión.

La doctrina jurisprudencial que se indica en el motivo no es de aplicación. Las SS de 21 de octubre y 17 de diciembre de 1997 fueron anuladas por las SS de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 18 de junio de 2001 (recurso de amparo 4824 de 1997) y 22 de abril de 2002 (recurso de amparo 182 de 1998), respectivamente, siendo precisamente la doctrina de esta última resolución la que se expone en esta sentencia. Y en cuanto a la de 24 de mayo de 1990, en lo que pueda tener de aplicación en la actualidad, en nada se desconoce por la resolución recurrida, pues no se niega la influencia en la materia «del ámbito que, con sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí mismo o su familia». Lo que sucede es que no consta que la señora Ch. haya sacado a la luz pública, o haya dado motivo para ello, los datos relativos a su intimidad, a diferencia de lo que ocurrió en el supuesto examinado en la sentencia aludida, en que fue la propia interesada la que suministró los datos de su propia intimidad personal y familiar.

Interés público de la información comunicada.—No supone un interés general o colectivo la curiosidad pública (aunque fuere muy amplia) por este tipo de informaciones o noticias, y, menos todavía, como dice la resolución de instancia, «el exclusivo destino a quienes, proclives tan sólo al chisme y al cotilleo, se procuran su lectura». El Tribunal Constitucional viene declarando (STC de 22 abril de 2002) que el interés público constitucionalmente prevalente concurre cuando la información que se comunica es relevante para la comunidad, lo cual justifica la exigencia de que se asuman perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia —SSTC 134/1999, 154/1999, 52/2002—; resultando decisivo determinar —STC 115/2000— si nos encontramos ante unos hechos o circunstancias susceptibles de afectar al conjunto de los ciudadanos, lo cual es sustancialmente distinto ya sea de la simple satisfacción de la curiosidad humana por conocer la vida de otros, o bien de lo que a juicio de uno de dichos medios puede resultar noticioso en un determinado momento —134/1999— entre otras muchas. Y la preservación de ese reducto de inmunidad sólo puede

ceder, cuando del derecho a la información se trata, si lo difundido afecta, por su objeto y su valor, al ámbito de lo público, que no coincide, claro es, con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena –STC 29/1982–.

Notoriedad pública y derecho a la intimidad.—El hecho de que una persona tenga notoriedad pública no le priva del derecho fundamental a la intimidad, porque, como señala la doctrina del Tribunal Constitucional, aunque dichas personas, por su carácter público, «ven reducida su esfera de intimidad, no es menos cierto que, más allá de ese ámbito abierto al conocimiento de los demás, su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorado en el ámbito que el sujeto se ha reservado y su eficacia como límite al derecho de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad –STC 134/1999–; y de otro lado, no toda información que se refiere a una persona con notoriedad pública goza de esa especial protección, sino que para ello es exigible, junto a ese elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el elemento objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afecten a la intimidad, por restringida que ésta sea –STC 197/1991. (STS de 6 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. C. y M. C. demandan a dos periodistas, el director y la empresa editora de la revista *Diez Minutos*. El semanario había publicado en sucesivos reportajes las transcripciones de las cintas magnetofónicas que contenían las entrevistas hechas a don J. M., empleado en una de las fincas de los actores, quien anteriormente había trabajado al servicio del matrimonio C.-K. El Juzgado declaró la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de los demandantes y condenó a los demandados a abonar conjunta y solidariamente a los actores determinada cantidad. La Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia de instancia y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación que interpuso la empresa editora. (R. G. S.)

14. Derecho a la propia imagen y derecho al honor: inadecuación de los titulares que ilustran las fotografías publicadas a la efectiva situación jurídica de quien se ve envuelto en causa criminal.—Los motivos cuyo contenido acaba de resumirse aun cuando el primero se centra en la lesión inferida al honor del recurrente y el tercero en la vulneración del derecho del mismo a su propia imagen, guardan estrecha relación –lo que aconseja su consideración conjunta–, pues en ambos se alude a la intromisión ilegítima que supone la publicación de la fotografía tomada en el momento de la detención del señor S., especialmente si se tiene en cuenta que al mismo tiempo y en titulares se le aplica el calificativo de asesino.

Para decidir acerca del posible acogimiento de dichos motivos, debe recordarse, ante todo, que el Tribunal Constitucional ha definido el derecho a la propia imagen como un derecho derivado de la dignidad humana, que protege la dimensión moral de las personas y que atribuye a su titular la facultad de determinar si puede tener difusión pública la información gráfica acerca de sus rasgos físicos, así como la de impedir la obtención, reproducción o publicación de su imagen por un tercero no autorizado, sea cual fuere la finalidad por éste perseguida.

Debe añadirse, sin embargo, que este derecho, como cualquier otro, no puede considerarse que sea absoluto, hallándose delimitado su contenido por el de los demás derechos y bienes constitucionales. Así, en determinadas ocasiones puede admitirse la existencia de un interés público en la captación o difusión de la imagen que llegue a ser calificado de prevalente al de evitar tales actuaciones que pudiera ser invocado por el sujeto afectado.

En el caso que nos ocupa, adquiere especial relevancia la consideración de un dato [...] estamos aludiendo, en concreto, a la manifestación que se hace en el FD 5.º de la sentencia del Juzgado, respecto a que la fotografía del actor «corresponde al momento de su reseña policial tras la detención y que, por tanto, racionalmente cabe pensar que fue suministrada a los medios de comunicación por la propia Policía [...] y ello antes de que se remitiera a la autoridad judicial, lo que se verificó el 13 de diciembre de 1995».

Esta presunción que establece el Juzgador de Instancia ha de considerarse totalmente fundada, a la vista de los datos obrantes en autos en los que se apoya, por lo que –y con independencia de la calificación que pueda merecer una actuación policial, que en este proceso no ha sido cuestionada– quizá en principio podría pensarse que la entidad demandada tenía suficientes motivos para creer no sólo que la fotografía podía ser publicada, sino incluso que debería procederse a la inmediata inserción de la misma, al objeto de satisfacer un importante interés público según cabía deducir de la naturaleza de la fuente que había tomado la decisión de llevar a cabo con especial premura la difusión de dicho documento a través de los medios de comunicación.

Sin embargo, concurren en el presente supuesto otros matices que no pueden echarse en olvido y, muy especialmente, el de que la fotografía policial guarda estrecha relación con el contenido de los titulares que asimismo insertaba *El Norte de Castilla* en el número de 27 de febrero de 1994, en los que se calificaba al recurrente como uno de los tres autores del crimen perpetrado y como «asesino de Raúl».

Si bien no puede negarse que los resultados que lleguen a alcanzar las Fuerzas de Seguridad, especialmente con ocasión de la investigación de delitos graves, adquieren indiscutible relevancia social, tal circunstancia no puede exonerar al informador de un atento examen de los factores que concurran en el hecho de que ha tenido conocimiento y que pretende transmitir, al objeto de no lesionar el honor de las personas que con el evento pudieran hallarse relacionadas.

En tal contexto, no cabe admitir que pueda confundirse la detención policial e incluso la prisión provisional de que haya sido objeto un ciudadano con su condena por sentencia, pues esta última constituye una mera posibilidad que no puede predecirse que llegue a tener realidad en un momento futuro y que, en cualquier caso, no va a estar predeterminada por aquella provisional privación de libertad que los agentes de la autoridad consideraron llevar a cabo en los momentos inmediatos a la perpetración de un grave delito y que el Juez de instrucción ratificó, elevando a prisión la detención practicada.

Si, como antes se ha dicho, la Policía facilitó a los medios de comunicación la fotografía de dos personas que habían sido detenidas en el curso de la investigación, el diario de la entidad demandada solamente habría actuado en el legítimo ejercicio del derecho constitucional que le corresponde si en sus titulares hubiera hecho constar la privación provisional de libertad de dichas personas en relación con el crimen perpetrado, absteniéndose totalmente tanto de afirmar que las mismas eran autoras del hecho, como de calificarles de asesinos.

No fue esta la conducta observada por *El Norte de Castilla*, pues utilizó términos para referirse al recurrente que no eran en absoluto veraces y que además poseían una significación altamente peyorativa que sin duda habría de hacerle desmerecer en el concepto público.

A partir de cuanto queda expuesto necesariamente tiene que llegarse a la conclusión de que ni la inserción de los titulares mencionados y de la fotografía del señor S. guarda relación con la función de formación de la opinión pública que acertadamente se asigna en la sentencia recurrida a la libertad de información que consagra el artículo 20.1.d) de la Constitución, ni el acto de comunicación a que nos referimos puede ser considerado neutral, ya que las afirmaciones que contenía respecto al recurrente carecían de veracidad, respondiendo a una evidente finalidad sensacionalista destinada a atraer la atención del público con absoluta falta de respeto a los derechos de aquél a su honor, intimidad y propia imagen, que son los límites que el apartado 4 del precepto mencionado fija al derecho en que el diario demandado pretende ampararse y que en ningún caso deben ser rebasados. (STS de 4 de noviembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Don M. S. interpuso demanda contra *El Norte de Castilla, S. A.*, entidad propietaria y editora del periódico del mismo nombre reclamando la indemnización de determinada cantidad por la intromisión ilegítima en sus derechos al honor, intimidad y propia imagen. Intromisión que estimaba verificada a través de la publicación, en seis ocasiones, de una de las fotografías tomadas por funcionarios policiales al detenerlo por su relación con el fallecimiento de don R. F., así como por haberlo calificado en los titulares y en un artículo de «asesino» de la persona citada. El demandante fue declarado inocente de la muerte que se le imputaba por sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la pretensión del actor. La Audiencia confirmó la sentencia de instancia. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante. (R. G. S.)

15. Doctrina sobre el «levantamiento del velo» de la persona jurídica.—El motivo tercero acusa infracción de la doctrina jurisprudencial del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en relación —se dice— a sociedades interpuestas, o sociedades cuya apariencia formal no puede ocultar la realidad de una única pertenencia, contenida en las sentencias que cita, aplicándose aquélla doctrina en relación con el artículo 2 CC. En el supuesto litigioso, dice la fundamentación del motivo, la voluntad de la sociedad controlada *Teperca, S. L.* es la voluntad de la sociedad dominante *Manipulados García, S. L.* y estará dirigida a satisfacer intereses ajenos a ella, los de su sociedad dominante. A continuación de estas declaraciones se resaltan los aspectos relevantes de orden fáctico para estimar aplicable la doctrina del levantamiento del velo al caso de sociedades interpuestas, que son con las que más directamente se identifica esta controversia, que conduce a la conclusión de que en la realidad la actuación es de una sola identidad y unidad económica.

La respuesta casacional que ha de darse a este confuso motivo, en el que desordenadamente se mezclan citas doctrinales y jurisprudenciales sobre el «levantamiento del velo» de las personas jurídicas y los efectos frente a terce-

ros de grupos de empresas, ha de ser la de que, efectivamente, en el caso de autos existen dos sociedades de responsabilidad limitada independientes jurídicamente, pero una de ellas no es autónoma frente a la otra *Teperca, S. L.* frente a *Manipulados García, S. L.*, ya que esta otra es la que dirige y controla, además de ser titular de 400 participaciones de las quinientas que componen su capital social. *Manipulados García, S. L.* no puede escudarse en el hermetismo y aislamiento de la personalidad jurídica de sus elementos componentes para obviar toda responsabilidad por la actuación frente a terceros de la sociedad controlada *Teperca*, es decir, por su propia actuación, dado su control, y por ello debe responder ante la insolvencia de ésta frente a los acreedores cuando la ley la imponga al administrador de *Teperca, S. L.*, al cual no se puede absolver, sin embargo, por no haber recurrido la sentencia de la Audiencia, y pronunciar su absolución infringiría el principio prohibitivo de la *reformatio in peius*, con el consiguiente perjuicio a la recurrente.

Por todo ello, el motivo se estima parcialmente. (STS de 19 de noviembre de 2003; ha lugar en parte.)

HECHOS.—*Granzaplast, S. A.* demanda a *Teperca, S. L.*, don Á. G., don E. P. y a *Manipulados García, S. L.* solicitando su condena solidaria al abono de determinada cantidad que le adeudaba *Teperca, S. L.* en razón de varios suministros de mercancías. Fueron fundadores de *Teperca, S. L.*, *Manipulados García, S. L.* y don E. P. Fue nombrado administrador único don Á. G. *Manipulados García, S. L.* fue constituida por don Á. G., sus padres y doña P. M. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda condenando sólo a *Teperca, S. L.* y a su administrador, don Á. G., mientras que absolvía a los restantes codemandados. La condena se basó en el artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas aplicable por remisión a él del artículo 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. La absolución en que no había pruebas de que *Teperca, S. L.* fuese una sociedad que careciese de realidad y consistencia actuando como testaferro de otra. La Audiencia desestimó el recurso de apelación de *Granzaplast, S. A.* El recurso de casación que la actora interpone es estimado en parte. (R. G. S.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

16. Perfección del contrato.—La existencia del consentimiento y del mismo contrato es una cuestión fáctica que escapa al control de la casación. Es reiterada doctrina de esta Sala, la de que la existencia o inexistencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo es cuestión de mero hecho y, en cuanto tal, su constatación es facultad privativa de los juzgadores de instancia, cuya apreciación, obtenida a través de la valoración de la prueba practicada, ha de ser mantenida y respetada en casación, en tanto la misma no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado, mediante la denuncia de error de derecho en la valoración de la prueba.

Interpretación de los contratos.—La doctrina jurisprudencial reconoce un gran margen al órgano judicial de instancia, de manera que sus determinaciones sobre interpretación contractual deben considerarse inmunes al con-

trol casacional, salvo en casos extremos, en los que la manifiesta ilógica del resultado interpretativo, o la arbitrariedad del juicio de hecho, o las consecuencias a que se llegue en la interpretación conduzcan a una situación contraria a derecho, que reclame una revisión en sede casacional. (STS de 14 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1984, *Sauter, S. A.*, *Automóviles Terrasa y Garaje Rubí, S. L.*, firmaron un contrato de taller de servicio autorizado de un año de duración. El contrato se fue prorrogando anualmente hasta 1988, a partir de esta fecha la prórroga se hizo de forma tácita. El 18 de mayo de 1992, *Sauter, S. A.* remitió un escrito a *Garaje Rubí, S. L.* (cuyo contenido fue ratificado en otra notificación posterior de 2 de junio) en el que se recogía su compromiso de prorrogar el convenio hasta el 31 de diciembre de 1996, pero por el que se variaban algunas de las condiciones del convenio inicial. *Garaje Rubí, S. L.* formuló una contraoferta que no fue aceptada por *Sauter, S. A.* Finalmente, el 12 de junio de 1992 se hace llegar a *Garaje Rubí, S. L.*, un nuevo escrito en el que se le comunica que se da por resuelto el convenio con efectos a partir de 14 de septiembre del mismo año. *Garaje Rubí, S. L.* interpuso una demanda contra *Sauter, S. A.*, solicitando la declaración de validez del convenio concluido en mayo de 1992 y la condena por daños y perjuicios derivados de la resolución unilateral del contrato. A su vez, *Sauter, S. A.* formuló demanda en la que solicitaba que se declarase extinguido dicho convenio. Una vez acumulados ambos procesos, el Juzgado de Primera instancia estimó parcialmente la demanda de *Sauter, S. A.* y declaró resuelto el contrato celebrado; y estimó también parcialmente la demanda formulada por *Garaje Rubí, S. L.*, concediéndole la indemnización que solicitaba. Este último interpuso recurso de apelación que fue desestimado íntegramente. Finalmente interpone recurso de casación que funda en los siguientes motivos: infracción de los artículos 1254, 1258, 1261 y 1262 en relación a la perfección de los contratos, pues sostiene que la sentencia de apelación ha incurrido en un error al no dar validez a la existencia, según ella, de pactos de prórroga del contrato inicial. Invoca también la infracción de los artículos 1281 y 1282 CC, pues sostiene que la sentencia de instancia y de apelación incurrieron en un error en el juicio lógico cuando apreciaron que nunca se llegó a perfeccionar el acuerdo de prórroga de mayo de 1992. El recurso es desestimado. (E. C. V.)

17. Enriquecimiento injusto.—El enriquecimiento injusto es la adquisición de una ventaja patrimonial con empobrecimiento de otra parte, con relación de causalidad entre el enriquecimiento y con falta de causa en tal desplazamiento patrimonial. En el presente caso, la atribución de propiedad de la nave no tiene causa alguna y el enriquecimiento injusto se ha producido; sin que se pueda alegar en su contra el consentimiento de la entidad demandada, toda vez que la nave en cuestión no está embargada con la parcela, ni tasada a objeto de la subasta. La teoría del enriquecimiento injusto no requiere para su aplicación que exista mala fe, negligencia o acción culpable de ningún género, ni conducta ilícita por parte del enriquecido, sino simple-

mente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, es decir, sin causa y sin derecho, lo cual es compatible con la buena fe (SSTS 12 de abril de 1955 y 27 de marzo de 1958). (STS de 17 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—*Granja Avícola El Romera, S. L.* (demandante) era propietaria de una finca, sobre la cual edificó una nave e instaló en ella una clasificadora y un transformador de corriente. En trámite de ejecución de sentencia por despido nulo se procedió a la tasación y subasta de la finca, y se adjudicó a don A. A. M., quien, por el mismo precio, cedió el remate a la demandada (*Sat Lagata*). La nave, la clasificadora y el transformador no habían sido embargados, ni tasados, ni incluidos en la subasta, adquiriendo la demandada los mismos en virtud de la cesión de remate. *Granja Avícola El Romera, S. L.* interpuso demanda contra *Sat Lagata*, sobre acción de accesión invertida como principal y con carácter subsidiario fundó su demanda en la acción de enriquecimiento injusto. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda interpuesta por *Granja Avícola El Romera, S. L.*, y condenó a la demandada al pago de una cantidad en concepto de enriquecimiento injusto. La demandante interpuso recurso de apelación, que fue estimado, revocando la sentencia de instancia. Posteriormente interpone recurso de casación que es estimado. (E. C. V.)

18. La acción de repetición y la presunción de cosa juzgada.—Para que la presunción de cosa juzgada tenga eficacia, el artículo 1252 CC exige que las personas litigantes sean idénticas, así como que concurren en la misma calidad que en el anterior proceso. Así, si el demandante en un proceso era demandado en el anterior, no existe esta identidad subjetiva que permitiría el ejercicio de la excepción de cosa juzgada.

El artículo 1137 CC y la solidaridad impropia.—Si bien es cierto que el artículo 1137 CC dispone que una obligación será solidaria sólo cuando expresamente así se determine, la doctrina del Tribunal Supremo considera que existe solidaridad, aunque no se utilice ese término, siempre que exista la voluntad de los contratantes de poder exigir y prestar íntegramente la prestación. Además, el Tribunal Supremo ha admitido la figura de la solidaridad impropia o por salvaguarda del interés social, tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual, en aquellos casos en que no sea posible discernir el grado de responsabilidad de cada uno de los demandados, así como en los supuestos de irresponsabilidad. La apreciación de solidaridad impropia no impide el ejercicio de las acciones de repetición entre los distintos condenados. En el supuesto enjuiciado, los demandados son responsables ex artículo 1902 CC, por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, falta de diligencia que desencadenó la responsabilidad del actor ex artículo 1591 CC. Dado que no se ha podido determinar la exacta proporción en que cada uno de los demandados incidió en los daños, debe reputarse la solidaridad de todos ellos en virtud del artículo 1902 CC.

Acuerdo transaccional y acción de repetición entre deudores solidarios.—El hecho de que el actor, junto con los otros agentes de la construcción, suscribiera un acuerdo transaccional con la Comunidad de propietarios, en virtud de la cual debía pagar un 25 por 100 de los daños, no impide que pueda dirigirse contra los otros condenados en el proceso anterior y les reclame el

pago de las cantidades por él satisfechas. (STS de 24 de septiembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. V. M. celebró un contrato con la constructora *Construcciones Moncas, S. A.* en virtud del cual se obligaba a entregar un solar a cambio de una participación de un 25 por 100 en el negocio de construcción de un inmueble en esa finca. La Comunidad de propietarios de la finca construida ejerció la acción decenal del artículo 1591 CC contra *Construcciones Moncas, S. A.*, don J. V. M., don M. C. C. y don F. E. S., ya que existían unos defectos en el edificio construido. Este proceso finalizó con la condena solidaria de los demandados a realizar las obras necesarias. Los demandados llegaron a un acuerdo con la parte actora en virtud del cual cada uno de ellos pagaría un 25 por 100 de los daños. Don J. V. M. interpuso demanda contra la sociedad *Construcciones Moncas, S. A.* don M. C. C. y don F. E. S. en la que solicitaba que el tribunal declarase que la condena solidaria recaída en el anterior proceso correspondía exclusivamente a los demandados, de manera que cualquier pago que hubiese de realizar le debería ser reintegrado solidariamente por los demandados. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación contra esta resolución, la Audiencia Provincial de Barcelona lo estimó y condenó a los demandados a pagar, con carácter solidario, al actor la cantidad establecida. Los demandados don M. C. C. y don F. E. S. interpusieron sendos recursos de casación contra esta sentencia. El Tribunal Supremo declara que no ha lugar el recurso.

NOTA.—Esta sentencia trae causa del proceso resuelto por la STS de 28 de enero de 1994 (RJ 1994, 575), la cual estimaba el recurso interpuesto por la parte actora —la Comunidad de propietarios— y condenaba a don V. M. —quien había sido absuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona— a que realizase de forma solidaria con los otros demandados las obras necesarias para la subsanación de los defectos existentes en el edificio. Esta Sentencia del Tribunal Supremo consideró que, dado que el señor V. M. era partícipe en el negocio constructivo, actuaba junto con la constructora demandada como promotor del edificio, de modo que debía responder de los defectos en virtud del artículo 1591 CC.

Actualmente, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999, dispone, en su artículo 17.3, que el promotor responde solidariamente con los demás agentes de los daños materiales en el edificio causados por vicios de la construcción. Sin embargo, el promotor es sólo un garante incondicional provisional, ya que puede reclamar todas las cantidades satisfechas por él a los otros agentes, incluso en aquellos casos en que no se conozca cuál fue la causa de los defectos. Véase Ángel CARRASCO PERERA/Encarna CORDERO LOBATO/Carmen GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, Madrid, Dilex, 2005. (M. V. V.)

19. Reconocimiento de deuda. Asunción como propias de deudas de naturaleza social.—Parece hallarse fuera de toda duda que, cualquiera que

haya sido la precisión jurídica conseguida por el redactor del documento, nos hallamos ante una explícita admisión no sólo del incumplimiento de las obligaciones asumidas por los ahora recurrentes en nombre de la entidad cuya representación ostentaba, sino de una ilícita actuación personal de los mismos de naturaleza claramente dolosa y potencialmente generadora de perjuicios para la demandante, cuya buena fe manifiestan haber sorprendido. Los recurrentes han reconocido también como propia una deuda de carácter social, estrechamente ligada a la gestión societaria que les incumbía, que sin dificultad puede ser calificada como ajena a los buenos usos mercantiles. Tal responsabilización personal de los administradores de la entidad codemandada ha de considerarse exigencia normal y práctica frecuente en aquellos supuestos en que una sociedad de tipo capitalista con falta de la necesaria liquidez pretende obtener de otros empresarios ya sea un nuevo crédito, ya el aplazamiento de la extinción de otro que ha vencido.

Obligaciones solidarias. Admisibilidad de la solidaridad tácita.—Del hecho de que en la cláusula segunda del documento aportado con la demanda los recurrentes se hayan obligado en nombre propio además de en representación de la entidad codemandada, cabe deducir que la voluntad de aquéllos tiene la específica finalidad de que se les atribuya carácter solidario, pues en otro caso hubieran manifestado expresamente que se obligaban únicamente en su calidad de administradores. Es doctrina de esta Sala la de que, si bien la solidaridad no se presume, cabe no obstante entender existente la misma sin que haya sido literalmente expresada en el documento contractual. Puede, así, admitirse una solidaridad tácita cuando aparece de modo evidente la intención de los contratantes de obligarse *in solidum* o se desprende dicha voluntad de la propia naturaleza de lo pactado, por entenderse, de acuerdo con las pautas de la *bona fides*, que los interesados habían querido y se habían comprometido a prestar un resultado conjunto, por existir entre ellos una comunidad jurídica de objetivos (SSTS de 19 de abril de 2001 y de 17 de mayo y 18 de diciembre de 2000). (STS de 23 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora y los demandados suscribieron un documento en el que estos últimos, compareciendo en nombre propio y como representantes de la sociedad constructora que gestionaban, reconocieron adeudar a la demandante determinada cantidad de dinero que ésta se comprometía a condonar parcialmente a condición de que los deudores procedieran al pronto pago de la obligación y a la retirada del tráfico de determinadas cambiales, libradas por ellos y aceptadas por la actora, que igualmente reconocían haber sido emitidas «con tergiversación de hechos» y «con maquinación y suplantación de la verdad». El Juzgado de Primera Instancia de Vilagarcía de Arousa estimó la demanda solamente frente a la mercantil demandada, absolviendo a los también demandados don R. S. y don P. R., al entender que habían intervenido meramente como administradores de la sociedad. La Audiencia Provincial de Pontevedra estimó el recurso de apelación de la actora y condenó solidariamente tanto a la sociedad constructora como a los administradores firmantes. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por los administradores demandados. (L.A.G.D.)

20. Incumplimiento de contrato. Requisitos para su apreciación.—En relación a la exigida rebeldía del incumplidor, la jurisprudencia ha estimado que ha de tratarse de propio y verdadero incumplimiento, referente a la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan, por su escasa entidad, que el acreedor obtenga el fin económico del contrato (S de 4 de octubre de 1983). El incumplimiento ha de ser de tal entidad que impida el fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte (SS de 11 de octubre de 1982 y 7 de marzo de 1983). No lo constituye el simple retraso (SS de 23 de enero y 10 de junio de 1996). La voluntad rebelde que se ha exigido en el incumplidor puede revelarse por su prolongada inactividad o pasividad frente a la voluntad de cumplimiento de la otra parte (SS de 10 de marzo de 1983 y 4 de marzo de 1986). Pero para resolver el contrato no se necesita una actividad dolosa del incumplidor, basta que se frustre el contrato para la contraparte, sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar las legítimas expectativas contrarias, siempre que no se limite a prestaciones accesorias (S de 5 de julio de 1989). La voluntad «deliberadamente rebelde» no puede erigirse en un pronunciamiento exclusivo, en cuanto no aparece ni de la letra ni del espíritu del artículo 1124 del Código civil, sino que ha de ser cohonestada con los actos y conductas del deudor denotadores de incumplimiento (S de 1 de diciembre de 1989). En el mismo sentido SS de 18 de noviembre de 1983, 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985 y 21 de enero de 1999. **(STS de 25 de septiembre de 2003; no ha lugar.)**

HECHOS.—La sociedad mercantil *Devosur, S. L.* celebró dos contratos privados con la entidad *Ocisa* de fecha 19 de julio y 24 de agosto de 1990, respectivamente. En virtud de estos contratos, *Devosur, S. L.* se comprometía a la realización de determinadas obras en la autovía de Almería. La ejecución de dichas obras debía terminarse en febrero de 1991, cuando lo cierto fue que en agosto del mismo año «no sólo no se habían terminado, sino que aún estaban sin ejecutar un 50 por 100, aproximadamente». Sin embargo, fue *Devosur, S. L.* la que interpuso demanda en la que reclamaba a *Ocisa* determinadas cantidades que ésta le adeudaba por los trabajos realizados. Asimismo, *Ocisa* formuló demanda reconventional en la cual solicitaba la resolución de los contratos por incumplimiento y la condena a la actora a los pagos correspondientes a las certificaciones de obra presentadas. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y la reconvenición. Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia estimó en parte los dos recursos. Se declaró la resolución de los contratos de obra que ligaban a ambas partes y, después de compensar las cantidades que se debían una sociedad y otra, se condenó a *Devosur, S. L.* a satisfacer a *Ocisa* la cantidad de 42.684.437 pesetas. Interpuesto recurso de casación por *Devosur, S. L.*, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

21. Imposibilidad sobrevenida de la prestación y resolución de contrato.—Si bien la imposibilidad sobrevenida de la prestación determina, conforme al artículo 1184 CC, la extinción de la obligación, esto no implica que

el deudor quede totalmente liberado si ya había ingresado en su patrimonio la contraprestación correspondiente. Es decir, no se puede obligar al deudor a cumplir aquello que es imposible, pero sí que, en virtud de la buena fe y la equidad, ha de devolver las prestaciones que hubiese recibido de la otra parte. Además, se debe tener presente que el artículo 1124 CC no exige, para la resolución del contrato, que el incumplimiento del deudor haya obedecido a una voluntad deliberadamente rebelde, sino que es suficiente que se haya frustrado el contrato para la otra parte. Y, finalmente, se debe atender a la equivalencia de las prestaciones, atendiendo a las exigencias de la buena fe. (STS de 11 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1988, la sociedad *Edificaciones Lanzarote, Apartamentos y Bungalows, S. A.* celebró un contrato de promesa bilateral de compraventa con la entidad *Hermanos Santana Cazorla, S. A.*, en virtud del cual la primera adquiriría unos terrenos para construir allí una urbanización, por los cuales hizo un primer pago. En 1992, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias declaró nulo el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento que permitía urbanizar aquellas fincas. Dado que *Hermanos Santana Cazorla, S. A.* no cumplió con el contrato, la otra sociedad interpuso demanda contra ella en la que solicitaba la resolución del contrato o la condena a su cumplimiento. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Esta resolución fue recurrida por la actora y la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria estimó el recurso, declaró resuelto el contrato de promesa de venta y condenó a la demandada a la restitución de la cantidad recibida de *Edificaciones Lanzarote, Apartamentos y Bungalows, S. A.* La demandada interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que lo desestima al considerar que, a pesar de existir una imposibilidad sobrevenida de la prestación, se debe restituir el precio recibido. (M. V. V.)

22. Contrato de tracto continuado. Prestación de servicios telefónicos de comunicaciones eróticas y de multiconferencia. Falta de justificación de la resolución unilateral cuando no existe incumplimiento de la otra parte, ni un uso del servicio contrario a su finalidad social.—El núcleo de la cuestión está en si *Telefónica de España, S. A.* pudo resolver unilateralmente el contrato, pues en el mismo se prevé la responsabilidad del contratante cuyo grave incumplimiento da lugar a la extinción de contrato, así como el mal uso del servicio o el ser contrario a su finalidad social. Pero el servicio consistente en comunicaciones eróticas o de multiconferencia no puede ser considerado grave incumplimiento, ni mal uso ni contrario a la finalidad social, por cuanto ello no consta, sino unas genéricas protestas que dieron lugar a que no se suprimieran tales servicios, sino que se regularan por la Administración Pública, manteniéndose en la actualidad tales servicios. No hay, pues, incumplimiento, mal uso o uso contrario a la finalidad social en la actuación de la actora (SSTS de 22 de marzo y de 11 y 12 de julio de 2001; con la particularidad de que en todas ellas se resolvieron asuntos idénticos al que ahora ocupa al Alto Tribunal, y en las que se decidieron litigios sostenidos contra *Telefónica de España, S. A.* por resolución unilateral de esta clase de contratos).

Abuso del derecho: exclusión.—No debe plantearse aquí la cuestión del abuso del derecho, cuyo concepto en nada coincide con el caso de autos, en que la cuestión es la resolución unilateral del contrato de tracto continuo. Por tanto, el cumplimiento del mismo: por la parte demandante, pagar el precio y utilizar el servicio y por Telefónica prestar este servicio. Aquélla no ha ejercitado un derecho en forma abusiva, y ésta ha incumplido su obligación de proporcionar continuadamente el servicio al resolver unilateralmente el contrato.

Incumplimiento contractual como cuestión de hecho. Sólo afecta a los hechos que la fundamentan, no a la calificación jurídica de los mismos.—Si bien es cierto que diversas sentencias de esta Sala se refieren al incumplimiento contractual como una cuestión de hecho, y como consecuencia sólo verificable en casación por la vía del error en la valoración de la prueba, sin embargo tal doctrina alude a los hechos que sirven de base a tal apreciación, pero no a la significación jurídica de los mismos como incumplimiento contractual, el cual, en esta perspectiva, constituye un concepto jurídico indeterminado que, como *questio iuris*, es plenamente revisable en el recurso extraordinario. (STS de 14 de mayo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *L., S. A.*, en concepto de abonada, y *Telefónica de España, S. A.*, como prestadora del servicio, suscribieron en agosto de 1992 un contrato de tarificación adicional, también conocido como de «línea 903». Dicho contrato fue interrumpido unilateralmente por la compañía Telefónica en diciembre del mismo año con fundamento en la alarma social creada por el servicio prestado por la abonada a los usuarios. La abonada interpuso demanda solicitando la indemnización de los daños ocasionados por la injustificada suspensión del servicio y por estimar improcedente la resolución unilateral del contrato. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda y condenó a la demandada a indemnizar el lucro cesante. La Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación planteado por la condenada y, con desestimación de la demanda, absolvió a la apelante. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (*L. A. G. D.*)

23. Pago por tercero.—Aunque la demandante no sea la titular de la cuenta desde la que se hizo el pago, es cierto y probado que se hizo efectivo a la promotora inicial, y no cabe duda de que ese pago se hizo en interés de la demandante. Que la cuenta pertenezca o no a una tercera persona en nada obsta a estimar que tal pago se realizó en nombre de la demandante, habida cuenta que los pagos pueden ser realizados por un tercero como señala el artículo 1158 CC.

Intereses moratorios.—Tal y como ha recogido la doctrina de esta Sala, si el abono de intereses se postula en la demanda y no se fija por la valoración probatoria, ha de computarse desde la fecha de la interpelación judicial y no desde la firmeza de la sentencia. Sólo se precisa que la cantidad sea exigible y líquida. La función de los intereses de demora es la indemnización de daños y perjuicios, imputable a la demora en el cumplimiento de la obligación. La S de 18 de febrero de 1998 establecía que «para que se cumpla la tutela judicial se exige no sólo que se cumpla el fallo condenatorio, sino que el ganador consiga el restablecimiento pleno de su derecho hasta la *restitutio in integrum*, actuando en tal sentido el interés de demora».

Intereses procesales.—Al margen de la existencia de la mora, rige también lo dispuesto en el artículo 921 LEC: «cuando la resolución condene al pago de una cantidad líquida, ésta devengará a favor del acreedor, desde que aquélla fuere dictada en primera instancia hasta que sea totalmente ejecutada, un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos, o el que corresponda por pacto legal de las partes, o disposición especial, salvo que interpuesto recurso, la resolución fuere totalmente revocada». Los intereses del artículo 921 LEC, que nacen desde la sentencia, fluyen *ope legis* de toda condena al pago de una cantidad líquida, y no es preciso que el juzgador las acuerde, pues ya está determinada en la Ley. La STS de 17 de febrero de 1994 ha añadido que los intereses moratorios y los procesales no pueden confundirse.

Incumplimiento contractual.—Cuando la recurrente se subrogó en los derechos y obligaciones de *TGUSA*, ya se había producido por esta entidad el incumplimiento que permitiría la resolución contractual y, pese a ello, la hoy recurrente en casación se subrogó. Consecuentemente, no puede aceptarse que ahora pretenda imponer a los compradores el pago del precio, ya que se había producido con anterioridad el incumplimiento por *TGUSA*, que se trasladó por subrogación a *Construcciones Marchante Jiménez, S. L.* (STS de 5 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *TGUSA* construía unas viviendas en el término municipal de Ciudad Real y vendió las mismas a diversos compradores, entre los que se encontraban los demandantes. La cláusula séptima del contrato de compraventa establecía que la vivienda se entregaría terminada en el plazo de doce meses a contar desde el otorgamiento de la licencia de construcción, incurriendo *TGUSA* en responsabilidad, por cada día de retraso en la entrega, siempre que no fuera debido a causas ajenas a dicha sociedad. Por otra parte, en caso de impago del precio, en todo o en parte, *TGUSA* podría dar por resuelto el contrato, con pérdida por el comprador del 30 por 100 de las cantidades abonadas. El Ayuntamiento concedió licencia de obras en octubre de 1993, pero debido a problemas económicos no fueron terminadas. Ante tal dificultad, en abril de 1995, *TGUSA* contrató a *Construcciones Marchante Jiménez, S. L.*, a la que transmitió las fincas urbanas en el estado en que se encontraban. En el mencionado contrato, la adquirente se subrogaba en los contratos de compraventa que la promotora hubiese realizado. En junio de 1995 se suscribieron documentos en los que *Construcciones Marchante Jiménez, S. L.* mostraba su conformidad para resolver el contrato de adquisición de vivienda, debiendo devolver las cantidades entregadas hasta ese momento por los adquirentes. Algunos de los adquirentes tomaron tal alternativa, pero no así los actores. En octubre de 1995 se certificó la finalización de la obra y se hizo entrega de las llaves a diversos propietarios, pero no a los demandantes. Los demandantes interpusieron demanda, en la que solicitaban la condena a la demandada a abonar y pagar a los actores los intereses legales de las cantidades entregadas por éstos como parte del precio, computados desde la fecha en la que originariamente deberían haber sido entregadas las viviendas, y la condena al pago de una cantidad por cada día de retraso en la entrega de la vivienda. El Juzgado de Primera Instancia desestimó sus pretensiones. Posteriormente, la Audiencia Provincial esti-

mó parcialmente el recurso interpuesto por los actores. *Construcciones Marchante Jiménez, S. L.* formula recurso de casación, que funda en la infracción del artículo 1253 CC, pues considera que el tribunal ha utilizado la prueba por presunciones, cuando ésta sólo debe utilizarse cuando no exista otra demostración eficaz; asimismo, estima que la extensión de la condena al pago de intereses legales desde la interpelación judicial implica infracción del artículo 1100 CC. Finalmente, denuncia la inaplicación del artículo 1124.II CC. (E. C. V.)

24. Contrato de compraventa. Necesidad de que el precio sea cierto, bien ya esté perfectamente determinado o sea meramente determinable.—No puede existir un contrato de compraventa si no hay un precio cierto, de conformidad con los artículos 1445 y 1450 CC. Cabe la posibilidad de que el precio no esté determinado, siempre que sea determinable (arts. 1447 y 1448 CC), sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes, pero en modo alguno puede dejarse el señalamiento al arbitrio de uno solo de ellos (art. 1449 CC), o entender que cabe fijarlo en un proceso, salvo cuando las partes hayan convenido que la determinación se efectúe judicialmente.

Acción reivindicatoria. Legitimación *ad causam*. Requisito del dominio del actor. Concorre aun cuando se haya vendido el bien litigioso, si la demanda es anterior a la transmisión. *Perpetuatio legitimacionis*.—Habiéndose presentado la demanda el mismo día de la venta de la finca a terceros ajenos a este proceso, resulta incuestionable que el acto procesal es anterior al contrato porque así se deduce de sus propias estipulaciones, donde se contiene un pacto especial en el que la actora manifiesta conocer la situación jurídica en que se halla el sótano objeto de venta en relación al pleito que la entidad vendedora mantiene con los recurrentes; obligándose la parte vendedora a concluir el pleito iniciado con total indemnidad para los compradores. Estipulación que, en definitiva, determina una prioridad en el tiempo, sin que quepa valorar las consecuencias de la misma por ser ajenas a la parte recurrente y al proceso. Siendo por lo demás uno de los efectos de la litispendencia, que se producen desde la presentación de la demanda, y una vez que ésta es admitida, la denominada *perpetuatio legitimacionis*. (STS de 24 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora y los demandados suscribieron un contrato de compraventa en el que la primera vendía a la segunda un sótano a cambio de una cantidad de dinero, parte de la cual fue entregada en el acto de celebrarse el contrato y otra parte se estipuló que fuese abonada por compensación por imputación de facturas de consumos de electricidad que la vendedora había hecho mediante la utilización del contador de la compradora, importe que nunca llegó a determinarse. La vendedora ejercita acción reivindicatoria solicitando la devolución del bien vendido al estimar que la compraventa no llegó a consumarse por falta de determinación del precio de la misma. Los demandados adujeron la existencia del contrato y la falta de legitimación *ad causam* de la actora por haber vendido el bien a otras personas. El Juzgado de Primera Instancia de Arenys de Mar desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación de la actora y condenó

a los demandados a devolver la posesión de la finca a la demandante y a indemnizar los daños ocasionados. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados. (L. A. G. D.)

25. Compraventa. La ausencia de otorgamiento de escritura pública no obstaculiza la plena eficacia del contrato.—Como acertadamente declara la sentencia recurrida ninguna condición resolutoria se pactó. No estamos ante una obligación condicionada a un suceso pretérito futuro o incierto, pues al pacto de otorgar escritura futura no se le dio carácter de condición resolutoria expresamente acordada, y ante su ausencia la compraventa celebrada seguiría surtiendo en esta línea todos sus efectos, por lo que el negocio permanecía subsistente en su contenido obligacional, ya que al suscribirse el documento privado se constituyó ya el contrato. La elevación a escritura pública aquí no tiene condición de documentación constitutiva, y actúa en las funciones principales que atribuyen los artículos 1280 y 1464 CC garantiza los derechos de las partes y facilita, en su caso, el acceso al Registro de la Propiedad. La ausencia de otorgamiento no obstaculiza la eficacia del contrato ni actúa como impedimento de exigibilidad de lo convenido.

Compraventa. Aplicación del artículo 1124 CC.—Como queda dicho, al pacto de otorgamiento de escritura pública no se le dio condición resolutoria expresamente pactada, sucede que los hechos probados ponen de manifiesto pasividad acreditada del comprador y del vendedor, ya que dejaron transcurrir el plazo de sesenta días fijado para escriturar públicamente la compraventa y que terminaba el 10 de diciembre de 1994 (*sic*) sin que hubieran realizado actividad alguna ni gestión al efecto, lo que entra en el ámbito de una situación de incumplimiento mutuo, pues, por una parte, el local recibido no fue entregado al adquirente y, por otra, se convino que el resto del precio aplazado, es decir, 85.000.000 de pesetas, se haría efectivo a la firma de la escritura (cláusula primera), teniendo indudable condición de arras penitenciarías la cantidad que fue anticipada, pues así se hizo constar expresamente en la cláusula tercera, que dice: «todo ello conforme al artículo 1504 CC». Se da por tanto obligación mutua y simultánea de pagar el precio adeudado y otorgar escritura y ni lo uno ni lo otro tuvo lugar, por lo que habrá de actuarse según el artículo 1124 CC y como declara la S de 1 de febrero de 1997, se ha producido incumplimiento recíproco que equivale a un mutuo desistimiento o apartamiento del contrato, lo que fue previsto en la cláusula tercera que autorizaba hasta la firma de la escritura, y, por tanto, dentro del plazo imperativo de los sesenta días establecido para su otorgamiento (cláusula segunda), a desistir tanto al vendedor como al comprador. Se trata de un desistimiento válidamente negociado que excepciona la fuerza obligatoria y faculta la liquidación de la relación conforme autoriza el artículo 1255 y como sigue enseñando la sentencia citada, se da convergencia de conductas incumplidoras que se neutralizan con un efecto compensador de responsabilidades, lo que conduce a decidir que procede la devolución de las arras, al acogerse el motivo y confirmar la sentencia del Juez de Primera Instancia. (STS de 5 de noviembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 10 de octubre de 1995, *Gestiones y Desarrollos Patrimoniales, S. A.* vendió a don L. B. M. un local por un precio de noventa y cinco millones de pesetas. El comprador

entregó la cantidad de nueve millones y medio de pesetas en concepto de arras, habiéndose estipulado en el contrato privado que «la escritura de compraventa habrá de celebrarse necesariamente dentro del plazo de sesenta días a contar desde la fecha de hoy». Asimismo, se pactó que el resto del precio se haría efectivo a la firma de la escritura. Dicha escritura no se otorgó en el plazo convenido ni en ningún otro momento. Don L. B. M. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pamplona en la cual solicitaba la extinción del contrato y la devolución de las arras por transcurso del plazo fijado como condición. El Juzgado estimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia por la sociedad vendedora, la Audiencia de Navarra la revocó, desestimando las pretensiones del actor. Interpuesto recurso de casación por éste, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, al considerar que se había producido un incumplimiento recíproco del contrato equivalente a un mutuo desistimiento. (A. S. C.)

26. Pacto de reserva de dominio. Alcance y efectos.—El pacto de reserva de dominio, cuya validez ha sido reconocida por jurisprudencia reiterada (entre otras, SSTS de 19 de mayo de 1989, 16 de julio de 1993 y 7 de octubre de 1995), constituye una garantía de cobro del precio aplazado, cuyo completo pago actúa a modo de condición suspensiva de la adquisición por el comprador del pleno dominio de la cosa comprada. Durante el período de pendencia de la expresada condición, si bien el comprador ostenta la posesión y el goce de la cosa, carece en absoluto de poder de disposición o facultad transmisiva de la misma, por lo que si antes de haber completado el pago dispone de ella, podrá el vendedor ejercitar las acciones procedentes —reivindicatoria o tercería de dominio— para obtener la recuperación del bien de que se trate.

Eficacia de los contratos frente a terceros.—Aunque es incuestionable que un contrato no puede crear obligaciones para quien no ha sido parte en el mismo, ni es heredero de alguno de los otorgantes, ello no significa que los terceros nunca puedan verse afectados por un contrato anterior. Ello sucederá si el contrato ha creado una situación jurídica que deba ser respetada por aquéllos. El Tribunal Supremo ha admitido reiteradamente (SSTS de 1 de abril de 1977, 20 de febrero y 2 de noviembre de 1981, 27 de mayo de 1989, 26 de mayo de 1995 y 1 de junio de 1999), que los derechos y obligaciones que emanan de un concreto negocio jurídico pueden trascender —más allá del círculo de sus otorgantes y herederos— a quien, por ser causahabiente a título particular por actos *inter vivos* de uno de los contratantes, se haya introducido en la relación jurídica preexistente mediante el nuevo contrato que con aquel ha celebrado. Este efecto reflejo de los contratos, reconocido por la jurisprudencia, viene a mitigar la rigidez del principio de relatividad de los mismos consagrado en el artículo 1257 CC. (STS de 14 de octubre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Los cónyuges don J. J. L. y doña M. C. M., titulares registrales de una vivienda y de una plaza de garaje sitos en Móstoles, celebran contrato de compraventa en documento privado con el señor L. y su esposa. En tal documento se pacta expresamente reserva de dominio a favor de los vendedores, a quienes se faculta

para instar la resolución contractual si los compradores faltan al abono de alguno de los plazos de los pagos previstos. A su vez, estos últimos se someten a la prohibición de disponer de los bienes hasta el total cumplimiento de las obligaciones asumidas por ellos.

Al no haber sido atendidas por los compradores algunas de las letras de cambio que habían aceptado y tras varios requerimientos notariales de pago sin resultado, los vendedores formulan demanda sobre resolución de contrato de compraventa. Este procedimiento termina con sentencia que estima la pretensión de los actores y que condena al señor L. y esposa a desalojar el piso y la plaza de garaje objeto del contrato resuelto.

Sin embargo, el matrimonio B.-F. (que había comprado la vivienda y la plaza de garaje al señor L. y su esposa) ejercita demanda incidental de oposición a la ejecución de la misma. Ante tal solicitud, se suspende la ejecución de la sentencia dictada y se reserva a los demandantes el derecho a ejercitar su pretensión en el juicio correspondiente. Por ello, los cónyuges vendedores ejercitan acción reivindicatoria respecto a la vivienda y plaza de garaje contra el matrimonio B.-F. y solicitan que los mismos sean condenados al abono de los daños y perjuicios irrogados por su actitud dolosa.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y ordena el lanzamiento de los demandados del piso y plaza de garaje que ocupan. Recurrida la sentencia, ésta es confirmada por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el matrimonio B.-F. (M. C. C. M.)

27. Doble venta. Preferencia del título de fecha más antigua ante la falta de buena fe del segundo adquirente.—Es evidente el conocimiento atribuido al señor D. O., que determina la falta de buena fe en la adquisición posesoria (SS 17 de diciembre de 1984, 24 de marzo y 11 de abril de 1992), y, por consiguiente, debe aplicarse la regla de la prioridad del título de fecha más antigua, con exclusión de la de toma de posesión, en orden a dirimir el conflicto de doble venta, de conformidad con lo establecido en el artículo 1473, párrafo tercero, CC.

Doble venta. Necesidad de título y modo para la transmisión del dominio del bien adquirido por compraventa.—Para adquirir el dominio es preciso un título idóneo (art. 609), el cual puede ser autosuficiente, o requerir, cuando se trata de un contrato como el de compraventa, el complemento de la tradición, de conformidad con la doctrina del título y el modo consagrada en los artículos 609 y 1095, inciso segundo, CC. La obligación de entregar la cosa nace con la perfección de la compraventa (art. 1461 CC), pero la transmisión del dominio sólo se produce mediante la entrega en alguna de las modalidades previstas en la Ley (arts. 1462 a 1464 CC). La obligación de entrega de la cosa por el demandante que se declara en el presente proceso es una consecuencia —sustantiva— de tener mejor derecho los primeros compradores, y —procesal— de la propia petición subsidiaria de la demanda. Pero no cabía atribuir el dominio. El precepto del artículo 1473 CC no resuelve cuestiones dominicales, sino solamente el estado anormal creado por la doble venta (S 23 de junio de 1951). (STS de 3 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 1 de diciembre de 1984, don F. C. y don G. B., juntamente con sus respectivas esposas, vendieron una finca sita en Las Palmas a los señores J. T. y N. S. en documento privado. Posteriormente, en fecha 15 de marzo de 1986, volvieron a vender la misma finca a don J. D. también en documento privado. Ninguno de los referidos documentos se elevó a escritura pública. Sin embargo, cabe decir que J. D. tomó posesión de la referida finca. J. D. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Las Palmas para que se le declarase dueño en pleno dominio del inmueble, así como poseedor de buena fe del mismo. Don J. T. y doña N. S. formularon reconvencción en la que solicitaban que el actor fuera declarado poseedor de mala fe del inmueble litigioso y que, ante la colisión de derechos producida por la doble venta, se declarase su mejor derecho a la finca por ser su título más antiguo. El Juzgado estimó íntegramente la demanda y desestimó la reconvencción. Interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia de Las Palmas, ésta revocó la sentencia de instancia, estimando, parcialmente, la reconvencción. La Audiencia consideró de mala fe la posesión de J. D. y, con base en el último criterio del artículo 1473 CC, antigüedad del título presentado, atribuyó el dominio pleno de la finca a J. T. y N. S. El Tribunal Supremo declaró haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por J. D., pero sólo en cuanto a suprimir de la sentencia de la Audiencia la mención de «atribuyendo el dominio pleno y exclusivo del inmueble litigioso a dichos apelantes». (A. S. C.)

28. *Dies a quo* del plazo de ejercicio de la acción por vicios ocultos.—No cabe duda, que el invocado artículo 1490 establece el plazo preciso de seis meses, dentro del cual puede ejercitarse, entre otras, las acciones por vicios ocultos, plazo que tiene carácter de «disposición especial», conforme a lo que señala el artículo 1969 CC, con la advertencia, además, de que, según pacífica opinión doctrinal y reiterada jurisprudencia de la Sala, el tal plazo es de caducidad y no prescripción. El *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo se cuenta «desde la entrega de la cosa vendida». La simplicidad del precepto no se presta a complicadas interpretaciones, más allá de la literalidad del mismo en lo que concierne al plazo, su extinción y cómputo. La entrega real de las cosas vendidas (no la entrega *facta*, ni la simbólica, según razonable jurisprudencia por la dificultad de apreciar los vicios, STS de 6 de noviembre de 1995) determina el hecho que sirve de inicio al cómputo. En el caso consta acreditado que la última entrega de hormigón se produjo en el mes de noviembre de 1993. Obvio, en consecuencia, que la contestación a la demanda y reconvencción, producida el día 20 de septiembre de 1994, en relación con demanda que se presentó el día 4 de julio de 1994, se formuló fuera del plazo de caducidad otorgado para el ejercicio de la acción. (STS de 14 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *Readymix Asland, S. A.* vendió a *Internacional Foundation Company Española, S. A.* determinadas partidas de pago del precio, *Readymix Asland, S. A.* interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 33 de Barcelona reclamando el correspondiente pago.

La sociedad *Foundation Company Española, S. A.* formuló reconvencción alegando que las partidas de hormigón eran defectuosas. El Juzgado estimó íntegramente la demanda y desestimó la reconvencción. Apelada la sentencia, la Audiencia estimó en parte tanto la demanda como la reconvencción. Interpuesto recurso de casación por *Readymix Asland, S. A.*, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, al considerar que la acción por vicios ocultos ejercitada en la reconvencción había caducado. En consecuencia, se confirmó la sentencia del Juzgado. (A. S. C.)

29. Arrendamientos rústicos.—Legitimación pasiva del arrendador en los casos de ejercicio del derecho de tanteo. Legitimación pasiva del comprador para los supuestos de retracto y adquisición preferente.—Al haberse articulado en la demanda el ejercicio de una acción de tanteo, en consonancia con tal petición, es el demandado vendedor el que está legitimado pasivamente para mantener la carga del proceso; no así el comprador, que lo estaría si la acción ejercitada hubiera sido la de retracto o la de adquisición preferente.

Incongruencia por haber resuelto el Tribunal una excepción no formulada por la parte demandada. Posibilidad de examen de oficio por el Tribunal de la falta de legitimación pasiva *ad causam*.—La falta de legitimación pasiva *ad causam* puede ser examinada de oficio por el Tribunal por ser presupuesto de la relación jurídico-procesal y como cuestión ligada indisolublemente al interés que la parte demandada tiene a ejercitar su defensa y a la tutela efectiva de tal interés; sin que ninguna indefensión se le haya ocasionado a la parte actora, que se ha defendido y ha sido oída sobre la cuestión en el recurso de apelación.

Arrendamientos rústicos. Condición de profesional de la agricultura en los casos de personas jurídicas. Necesidad de que la actividad agrícola constituya su objeto exclusivo o, al menos, preferente.—En los casos de sociedades agrarias de transformación, u otras sociedades civiles, laborales o mercantiles, tanto en la redacción originaria de la LAR de 1980, como en la LMEA de 1995, tienen el carácter de profesional de la agricultura cuando tales sociedades tengan por objeto exclusivo el ejercicio de la actividad agraria. Y lo que diferencia al cultivador personal del profesional es que el cultivador personal lo es cuando las labores agrícolas las realiza personalmente o ayudado por los miembros de su familia, sin emplear asalariados, salvo en determinadas épocas del año, en que por necesidades laborales exijan temporalmente más mano de obra. La sociedad arrendataria tiene estatutariamente reconocida otras actividades de contenido netamente mercantil, que importan en el balance económico de la sociedad una cuantía superior a las que puede obtener por la actividad agrícola a la que también se dedica. Y si para la calificación de las personas físicas de «profesional de la agricultura» se entiende que las actividades agrícolas se pueden compaginar con actividades distintas, no obstante se exige que las preferentes sean las agrícolas, requisito éste que tampoco se cumple en la sociedad recurrente. (STS de 16 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora había arrendado al demandado una finca rústica por término de seis años. Un año después de celebrar el contrato conoció que el arrendador había vendido la finca a su her-

mano. La actora, consignando la cantidad que había sido satisfecha por el comprador y obligándose a realizar los demás pagos que resultaran legítimos, demandó al arrendador vendedor ejercitando la acción de tanteo, por entender que aunque el contrato de compra-venta se había perfeccionado, no se había consumado por no haber entrado en posesión de la cosa el comprador. El Juzgado de Primera Instancia de Aguilar de la Frontera consideró que lo ejercitado no era una acción de tanteo, sino de adquisición preferente, a la que no dio lugar por no haber acreditado la entidad demandante su condición de profesional de la agricultura. La Audiencia Provincial de Córdoba desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandante y acogiendo la adhesión a la apelación formulada por el demandado, estimó de oficio la falta de legitimación pasiva, con igual resultado desestimatorio de la demanda, sosteniendo, asimismo que la actora no era profesional de la agricultura a los efectos prevenidos en la LAR. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante. (L. A. G. D.)

30. Arrendamientos rústicos históricos. Derecho de acceso a la propiedad y determinación de la cuantía del pleito.—Cuando se trata de cuestiones sobre el ejercicio del derecho de acceso a la propiedad, al tratarse de derecho reconocido por la Ley especial, a lo que ha de atenderse es al valor de la finca sobre la que se ejercita dicho derecho (STS de 29 de octubre de 1999).

Arrendamientos excluidos. Fincas adquiridas por causa de utilidad pública o de interés social y existencia de una legislación especial que acuerde la exclusión de su arrendamiento (art. 6.6.º LAR).—En el presente caso no concurre ninguno de los requisitos establecidos en el precepto, pues, aun admitiendo que la aportación a la *Fundación A.* de la finca objeto del derecho de acceso a la propiedad se realizó con una finalidad de interés benéfico-social, ello no constituye la «causa de utilidad pública o interés social» referida en la Ley, que más bien es relacionable con situaciones expropiatorias o con las contempladas en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973. Y en cuanto a la frase «en los términos que disponga la legislación especial», es claro que no se refiere al carácter benéfico-social de la adquisición sino a que exista legislación especial que excluya el arrendamiento de la LAR.

Profesional de la agricultura. Compatibilidad con situación de jubilación.—El hecho de que el actor se hallase jubilado y hubiera trabajado anteriormente para determinadas empresas no le priva de su cualidad de profesional de la agricultura, ni de cultivador personal, al no constar, ni haberse alegado, la utilización de asalariados para la llevanza de la explotación agraria (SSTS de 27 de julio de 1993 y de 27 de junio de 1997). (STS de 13 de mayo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El actor ejercitó acción sobre reconocimiento de su derecho de acceso a la propiedad de determinadas fincas rústicas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos, demandando a la Administración Autonómica Vasca y a la *Fundación Alday* como adjudicataria de las fincas litigiosas. El Juzgado de Primera Instancia entendió

que se trataba de un arrendamiento excluido de la LARH y, por tanto, sobre el que no existía derecho de acceso a la propiedad para el demandante. La Audiencia de Vitoria desestimó el recurso de apelación planteado por el actor. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante.

NOTA.—La LAR de 31 de diciembre de 1980, a cuyo artículo 6.6.º alude el presente caso, ha sido derogada por la *Disposición derogatoria única* de la vigente Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, cuyo artículo 6, apartado c), recoge la exclusión objeto de estudio en la sentencia. (L. A. G. D.)

31. Prescripción y solidaridad.—La prescripción es una institución fundada en los principios de seguridad jurídica y dejadez del ejercicio del propio derecho, de modo que su aplicación por los tribunales debe ser cautelosa y restrictiva. Además, en las obligaciones solidarias, la interrupción prescriptiva perjudica por igual a todos los demandados, de modo que si hay reclamaciones extrajudiciales dirigidas contra uno de los responsables, esta reclamación interrumpe el plazo prescriptivo respecto todos ellos.

La responsabilidad de los arquitectos por defectos en la construcción.—Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, los arquitectos comparten en iguales partes con el aparejador y el constructor la responsabilidad por defectos apreciados en la construcción y, en los casos que la ruina del edificio proceda de la mala calidad de los materiales usados en la construcción, se genera una responsabilidad solidaria que alcanza al arquitecto, ya que incumple su deber profesional de controlar la calidad de los materiales.

La responsabilidad de los aparejadores por defectos en la construcción.—La responsabilidad decenal de los aparejadores por incumplimiento de sus obligaciones profesionales no sólo se encuentra en el Decreto de 19 de febrero de 1971, sino también en el de 16 de julio de 1935, conforme a los cuales son deberes profesionales de tales técnicos, la ejecución y vigilancia de las órdenes dadas por la dirección de la obra, que incluye la comprobación del empleo de materiales adecuados. Asimismo participan como técnicos en la dirección de la obra y deben conocer las normas tecnológicas de la edificación y advertir al arquitecto de su incumplimiento, así como vigilar que la realidad constructiva se ajuste a su *lex artis*. Finalmente, les corresponde la inspección de los materiales empleados, así como la correcta ejecución de las actividades constructivas, respondiendo de los resultados dañosos que se ocasionen debido a errores, defectos o vicios de las edificaciones en que intervienen. (STS de 29 de diciembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Promotora Constructora Salmantina, S. A. (Proconsa)* impulsaba la construcción de unas viviendas, en las cuales se usaron como material de construcción unas bovedillas de cerámica fabricadas por la empresa *Cerámica Cuatro Palomas, S. A.* Estas bovedillas eran defectuosas ya que no resistían al calor. Por este motivo, la empresa promotora interpuso demanda contra don E. P. M., don M. B. M., don J. E. A. G., don L. D. P., don F. R. S., don G. C., la empresa *Proyectos de Ingeniería y Servicios, S. A.*, y contra *Cerámica Cuatro Palomas, S. A.*, en la que solicitaba que se les condenase, de forma solidaria, al pago

de los daños y perjuicios ocasionados en esas viviendas. El Juzgado de Primera Instancia absolvió a *Proyectos de Ingeniería y Servicios, S. A.*, pero condenó al resto de los demandados al pago de una cantidad, que señalaba en la misma sentencia. Don L. D. P. y don J. A. G. (que eran el arquitecto y el aparejador) interpusieron recurso de apelación contra dicha sentencia, así como la sociedad *Cerámica Cuatro Palomas*. La Audiencia Provincial de Salamanca desestimó ambos recursos, resolución contra la cual los apelantes interpusieron sendos recursos de casación. El Tribunal Supremo declara que no ha lugar ninguno de los recursos, ya que entre las tareas del arquitecto y el aparejador se halla la comprobación del estado de los materiales. (*M. V. V.*)

32. Concepto de ruina funcional.—La declaración de existencia de ruina requiere, en primer lugar, la fijación de los hechos y circunstancias que integran el vicio o defecto constructivo. En segundo lugar, se deben calificar estos hechos como constitutivos de ruina física, potencial o funcional. Esta última apreciación es una función de carácter jurídico que incumbe a los órganos jurisdiccionales y, en principio, corresponde al juzgador de instancia, aunque se puede discutir en casación la calificación efectuada por éste cuando sea ilógica o irracional. La ruina en su modalidad funcional se configura en torno a la utilidad de la cosa construida. Este tipo de ruina tiene lugar cuando la construcción es inútil para la finalidad que le es propia, es decir, cuando no sea apta para la finalidad para la que es adquirida o se convierta su uso en gravemente irritante o molesto. En el caso de plazas de garaje, la doctrina jurisprudencial (SSTS de 3 de marzo de 1979, 24 de septiembre de 1986 y 15 de julio de 1987) declara «que es de considerar como esencial la adecuación que las plazas de garaje han de tener respecto al fin que le es propio, adecuación que alcanza tanto al tema de las dimensiones como al de los accesos, y la compraventa de las mismas comporta la obligación de entrega el objeto hábil y la plena satisfacción del comprador que le permite el uso de la plaza para su específico fin». Por tanto, en aquellos casos que la circulación por el garaje ofrezca dificultades en lo que se refiere a los giros o dificulten las maniobras, nos hallaremos ante un supuesto de ruina funcional.

Responsabilidad del ingeniero industrial y de la constructora por ruina funcional.—La ruina funcional constituye un defecto en la construcción imputable al proyecto y a su ejecución. El ingeniero industrial sería responsable por no vigilar la ejecución y dar su aprobación a un resultado incorrecto, mientras la empresa constructora y promotora lo sería por no efectuar la construcción adecuada, ya que no puede realizar una obra que no reúne los requisitos suficientes para destinarse a la finalidad prevista. Ambos sujetos son responsables de forma solidaria, ya que no se puede determinar en qué grado ha contribuido cada uno de ellos en la causación del daño.

Compatibilidad de la acción de responsabilidad decenal del artículo 1591 CC con la resolución contractual o la acción de cumplimiento defectuoso o incumplimiento.—La jurisprudencia del Tribunal Supremo admite la compatibilidad de la acción por ruina funcional del artículo 1591 CC con las de cumplimiento o resolución contractual del artículo 1124 CC o incumplimiento o cumplimiento defectuoso del artículo 1101 CC. Por tanto, el perjudicado legitimado puede optar por la acción que considere más con-

veniente a sus intereses, ya que no hay ningún precepto que imponga la preferencia de alguna de estas acciones

Contenido resarcitorio del artículo 1591 CC.—Según el artículo 1591 CC, la declaración de ruina determina que se «responda de los daños y perjuicios» y lo que se pide es esta responsabilidad. La norma legal no exige que se solicite un cumplimiento en forma específica. Además, en aquellos casos en que sea imposible la reparación en forma específica, resulta incuestionable que se deberá satisfacer una indemnización dineraria. (STS de 2 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La empresa *IBARU, S. L.* y los señores J. A. M. L., M. I. G. F., J. B. G. y A. M. M. V. adquirieron de la promotora *Pro-moegara, S. L.* diversas plazas de garaje. A pesar que el edificio de parking tenía la licencia de obra definitiva del Ayuntamiento, la construcción se había realizado de tal modo que la circulación y maniobrabilidad por el interior del edificio era muy difícil. Los citados adquirentes de las plazas de aparcamiento interpusieron demanda contra la empresa promotora y el ingeniero industrial don E. P. D., en la que solicitaban que se declarase la ruina funcional del edificio de aparcamiento privado y se les condenase a la restitución de las cantidades satisfechas como pago de las plazas compradas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al entender que no existían defectos en el edificio que provocasen su ruina funcional, decisión que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Barcelona. Los demandantes interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que declara que ha lugar, ya que la realización de la obra impide que las plazas adquiridas se puedan destinar fácilmente a su finalidad propia, que es el aparcamiento.

NOTA.—Esta sentencia del Tribunal Supremo presenta como peculiaridad que modifica, correctamente, la apreciación de los tribunales de instancia respecto de la inexistencia de ruina en el aparcamiento construido. Según doctrina reiterada de este Tribunal, se aprecia ruina funcional «cuando los defectos tienen una envergadura o gravedad que exceden de las imperfecciones corrientes haciendo inútil o impropia la cosa para su finalidad» (STS de 15 de octubre de 2003 [RJ 2003, 7013]). En el caso enjuiciado, a pesar que las mismas sentencias de instancia consideran probado que «las condiciones mínimas de maniobrabilidad por el interior del edificio no llegan a respetarse» o que «los vehículos, al circular por las rampas, sufren golpes en la parte delantera o trasera según el sentido de utilización de las mismas», no aprecian que estos defectos en la ejecución del proyecto técnico impidan destinar el edificio construido a su finalidad, que es la de aparcamiento. En cambio, el Tribunal Supremo estima, correctamente, que los defectos en la ejecución de la obra son de tal entidad que se pueden considerar vicios ruinosos.

Además, esta sentencia también tiene como particularidad que el Tribunal Supremo considera que el perjudicado por vicios constructivos de una edificación puede solicitar una indemnización por los daños padecidos sin que sea necesario reclamar, previamente, el cumplimiento en forma específica o *in natura*. La regla general en la doctrina jurisprudencial es que el cumplimiento por equiva-

lente es subsidiario de la reparación *in natura* (por ejemplo, STS de 12 de diciembre de 1990 [RJ 1990, 9999]). Sin embargo, excepcionalmente, el Tribunal Supremo también ha admitido el cumplimiento por equivalente sin carácter subsidiario en los casos en que los responsables de los vicios constructivos han sido requeridos a su reparación por los perjudicados y, ante su pasividad, estos últimos han debido realizar las obras necesarias para su conservación (por ejemplo, STS de 9 de octubre de 2001 [RJ 2001, 8789]) o cuando el cumplimiento en forma específica sería imposible o muy difícil, como sería el caso del supuesto enjuiciado.

Véase un comentario más desarrollado de esta sentencia en Jesús ESTRUCH ESTRUCH, «Comentario a la STS de 2 de octubre de 2003», en *CCJC*, núm. 65, mayo/septiembre 2004, pp. 711-731. (M. V. V.)

33. Derecho de representación de las asociaciones de consumidores y usuarios.—El artículo 20.1 LGDCU reconoce a las asociaciones legalmente constituidas la posibilidad de ejercer las acciones en defensa de sus asociados, posibilidad que ha sido reforzada por los artículos 6 y 11 LEC.

La responsabilidad por ruina y la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.—Tal como ha manifestado esta Sala (STS de 13 de octubre de 1994), «la institución del litisconsorcio pasivo necesario no opera en las responsabilidades derivadas de la construcción de edificios», de modo que no es necesario que se llame al proceso a todos los intervinientes en el proceso constructivo. La responsabilidad solidaria de todos ellos en los casos en que no es posible individualizar las conductas causantes del daño faculta al perjudicado a dirigirse contra todos o algunos de los presuntos responsables civiles. Además, esto no impedirá que posteriormente se puedan ejercer las correspondientes acciones de repetición. (STS de 7 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Los señores J. E. G, E. B. B y otros adquirieron unas viviendas unifamiliares que habían sido promovidas y construidas por la empresa *Lerga, S. A.* En estas viviendas aparecieron defectos en las cubiertas y los alicatados, motivo por el cual la *Unión de Consumidores de Castilla la Mancha – Unión de Consumidores de España*, en sustitución procesal de los compradores, interpuso demanda contra la empresa constructora y el arquitecto autor del proyecto, en la que solicitaba la reparación de los defectos padecidos por las viviendas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a ambos demandados a realizar de forma solidaria las obras de reparación necesarias. *Lerga, S. A.*, interpuso recurso de apelación contra esta sentencia, que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Guadalajara. Contra esta resolución interpuso recurso de casación, en el que alegaba que la asociación de consumidores no estaba legitimada para actuar en nombre de los compradores y que había habido una incorrecta constitución de la legitimación pasiva, ya que no se había demandado al aparejador. El Tribunal Supremo desestima el recurso.

NOTA.—En esta sentencia, el Tribunal Supremo pone de manifiesto, una vez más, su línea jurisprudencial conforme a la cual, dado que los agentes de la edificación responden solidariamente

cuando no se haya podido establecer su grado de participación en los daños, no existe litisconsorcio pasivo necesario (véase, por ejemplo, las SSTs de 29 de noviembre de 2002 [RJ 2002, 10399], de 24 de noviembre de 2003 [RJ 2003, 8088] o de 23 de diciembre de 1999 [RJ 1999, 9142]). Sin embargo, en alguna ocasión el Tribunal Supremo se ha apartado de esta línea al considerar que la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación es una solidaridad que nace de la sentencia, de modo que es necesario que intervengan en él todos los sujetos que se puedan ver afectados por ella (STS de 3 de noviembre de 1999 [RJ 1999, 9043]. Véase su comentario en Encarna CORDERO LOBATO, «Comentario a la sentencia de 3 de noviembre de 1999», en *CCJC*, núm. 52, enero-marzo 2000, pp. 375-391). En el mismo sentido que esta última sentencia se manifiestan Ángel CARRASCO PERERA / Encarna CORDERO LOBATO / Carmen GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, Madrid, Dilex, 2005.

En la actualidad, el artículo 17.3 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999), dispone que en los casos en que no sea posible individualizar la causa de los daños, la responsabilidad de los agentes de la edificación sea solidaria. Y, en consecuencia, el agente de la edificación demandado no podrá oponer la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. Sin embargo, este efecto de la solidaridad se podría mitigar con la solicitud de notificación de la demanda a los otros agentes, que está prevista en la DA 7.^a de esta Ley, o con el ejercicio de la intervención provocada prevista en el artículo 14 de la nueva LEC (Pilar ÁLVAREZ OLALLA, *La responsabilidad por defectos en la edificación. El Código Civil y La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pp. 134 ss.). (M. V. V.)

34. Contrato de obra a precio alzado.—El contrato de obra por ajuste alzado supone que el constructor debe aplicar su experiencia para calcular el coste total de la obra y prever las posibles eventualidades que pueden suceder durante su realización y repercutir en su coste. El artículo 1593 CC recoge el principio de invariabilidad del precio en este tipo de contratos, aunque, a veces, este principio puede ser matizado cuando sea necesario realizar determinados trabajos y para evitar el enriquecimiento injusto. El hecho que en el contrato conste una cláusula según la cual sea necesario el acuerdo del comitente y el constructor para cualquier modificación en el proyecto técnico o la ejecución de la obra y que el comitente se niegue a prestarlo, no atribuye al dueño de la obra su incremento de coste. (STS de 10 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Don E. A. H. celebró un contrato de obra con la entidad *Micasa Bioconstruct, S. A.*, los arquitectos don J. F. C. A. y don S. D. L. y el aparejador don R. L. M. Durante la construcción de la vivienda, se realizó la solera proyectada a un nivel más bajo del previsto en el proyecto, sin que existiese razón alguna para este cambio. Como consecuencia de este hecho, la constructora solicitó al comitente que prestase su consentimiento para cambiar la ubica-

ción de la rampa de acceso de la vivienda, ya que como la solera era más baja de lo previsto, la construcción de la rampa conforme al proyecto la haría impracticable. Sin embargo don E. A. H. se negó a aceptar una modificación de la obra a su costa, lo cual supuso la paralización de la obra. El comitente interpuso demanda contra los agentes de la construcción en la que solicitaba que se les condenase al cumplimiento del contrato conforme al proyecto, así como al pago de todos los incrementos y gastos adiciones que fueran consecuencia de la demora en la realización de la obra. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a la empresa constructora y al aparejador a cumplir el contrato de obra y absolvió a los arquitectos demandados. *Micasa Bioconstruct, S. A.* y don R. L. M. interpusieron recurso de apelación contra esta sentencia, que fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial de Bilbao, que les condenó únicamente a la demolición de la solera construida. El demandante interpuso recurso de casación contra esta resolución, que fue estimado por el Tribunal Supremo al considerar que el comitente no era el culpable de la paralización de las obras, conforme a la cual no debía soportar un aumento de su precio. (*M. V. V.*)

35. Daños sufridos por pasajero al coger el tren. Responsabilidad contractual de la empresa ferroviaria. Aplicación del artículo 1964 CC.—Por otra parte, tampoco es aceptable el argumento de la primera instancia de que el luctuoso suceso cayó fuera de la órbita del contrato de transporte. No es así; en la consumación de éste, en el momento en que la viajera la comenzaba (*sic*) se produjo el hecho; el transporte, que comienza con la puesta a disposición del viajero del medio para producirlo, comprende el hecho del inicio o del intento del mismo, que no llegó a producirse precisamente por un hecho dañoso. En consecuencia, la posible responsabilidad deriva del cumplimiento del contrato de transporte, se trata de responsabilidad contractual, no de la extracontractual que es más bien una obligación de reparar el daño por quien lo ha producido por un acto ilícito, sin mediar una reclamación obligacional previa. Cuya responsabilidad contractual no está sometida al breve plazo de prescripción anual sino al de quince años, de las acciones personales que no tiene plazo especial de prescripción.

Responsabilidad contractual. Cumplimiento defectuoso del contrato de transporte.—No se considera la negligencia en el cumplimiento de la obligación de la entidad ferroviaria, como sujeto del contrato de transporte, consistente en una acción culposa de los empleados o dependientes, sino en una omisión. Tal como se destaca desde la demanda, la omisión consistió en no prever mecanismos que impidan que un viajero abra las puertas de un vagón cuando el tren ya ha emprendido la marcha; el razonamiento que hacen las demandadas de que en aquella fecha —1981— la técnica no permitía tal mecanismo, carece de toda prueba; es decir, las partes demandadas, pese al reconocimiento de tal omisión, no han probado, ni intentado siquiera, que en aquella fecha no era negligente. La parte actora ha probado tal negligencia —el abrir la puerta con el convoy en marcha— y la demandada no ha probado que la misma no tiene nexos causales —la técnica no permitía otra cosa en aquel tiempo— con la entidad ferroviaria.

Responsabilidad contractual. Concurrencia de causas.—Sin embargo, en el suceso se aprecia un nexo causal de la propia víctima que debe tenerse

en cuenta al fijar la cuantía de la indemnización; es lo que se ha dado en llamar «compensación de culpas» que, como dice la sentencia de 11 de julio de 1997, se trata de «una concurrencia de responsabilidad cuya principal consecuencia práctica es la de reducir la obligación de indemnizar del autor hasta donde alcance la responsabilidad del perjudicado», o, como dice la de 5 de noviembre de 1997, de «concurrencia de causas» y también la de 3 de abril de 1998 en un caso relativo a RENFE; en el mismo sentido, las de 22 de febrero y 20 de marzo de 2001; desarrolla la doctrina jurisprudencial la de 17 de octubre de 2001 al referirse a que «en el suceso concurren dos causas conjuntas»; por último, la de 28 de noviembre de 2002 se refiere específicamente «al nexo causal» que se concreta «en dos concausas». (STS de 6 de noviembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 19 de marzo de 1981, doña C. V. N. pretendía acceder a un vagón de un tren que ya había iniciado su marcha. Ante la salida del convoy y, encontrándose sus puertas ya cerradas, doña C. V. N. requirió a un viajero a fin de que le abriera la puerta. Dicho viajero accedió, pero cuando doña C. V. N. quiso subir cogiéndose a la barra de sujeción se cayó, siendo arrollada por el convoy y sufriendo graves lesiones. Interpuesta demanda por responsabilidad contractual contra *Ferrocarriles de la Generalidad Valenciana y Ferrocarriles de Vía Estrecha*, ésta se desestimó por el Juzgado. Apelada la sentencia, ésta se confirmó por la Audiencia al considerar que la acción de responsabilidad era de naturaleza extracontractual y que, en consecuencia, había prescrito la acción. El Tribunal Supremo, al que doña C. V. N. acude en casación, estima el recurso y casa la sentencia de instancia. (A. S. C.)

36. Efectos de la sentencia penal absolutoria sobre el proceso civil ulterior.—Si la sentencia penal tiene por no probados los hechos básicos que serían constitutivos de delito, tampoco puede existir el hecho civil, ya que conforme al artículo 116 de la LECr, la inexistencia del hecho punible resulta vinculante para los órganos judiciales civiles.

Contrato de depósito que une al receptor de un boleto de lotería y al apostante.—Según la STS de 24 de noviembre de 1992, el contrato que une al jugador y la entidad oficial, por medio de quien celebra la apuesta, es un contrato aleatorio de juego, que sólo se perfecciona cuando el agente intermediario entrega los boletos al organismo. Hasta ese momento, existe un contrato de depósito que viene impuesto por las cláusulas del contrato de adhesión y que genera la obligación en el depositante de cumplir en tiempo y forma con la entrega de los boletos de apuesta para la perfección del contrato principal. El empresario receptor es el depositario del boleto, al cual debe dar el destino previsto contractualmente y responde de los daños y perjuicios causados por su negligencia (art. 1101 CC). El boleto que conserva el apostante justifica el contrato y de resultar premiado le convierte en un instrumento de crédito suficiente para reclamar la deuda. (STS de 15 de septiembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Don T. M. L. adquirió un boleto de Lotería Primitiva en una Administración de Loterías de Granada. Sin embargo, este boleto, que había sido validado por la Administración de Lote-

rías, no entró en el sorteo, ya que la administradora no guardaba el cuerpo correspondiente del boleto. La combinación elegida por don T. M. L. fue premiada por el sorteo, motivo por el cual el jugador se personó en la citada Administración y reclamó el pago del premio. Don T. M. L. fue denunciado por un delito de falsedad y estafa, ya que la titular de la Administración de Loterías (doña A. M. R.) consideró que el actor había sustraído y manipulado el boleto premiado. La Audiencia Provincial de Granada absolvió a don T. M. L. al no considerar probados los hechos que se le imputaban. Don T. M. L. interpuso demanda contra doña A. M. R. en la que solicitaba el pago de la cantidad equivalente al importe del premio correspondiente a la combinación elegida por él mismo. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la demandada a devolver al actor el precio pagado por el boleto. Se interpuso recurso de apelación por la parte actora, que fue estimado en parte ya que se absolvió del pago de las costas al demandante. Don T. M. L. interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que estima el recurso al considerar que la titular de la Administración de Loterías había sido negligente en el cuidado del boleto, de modo que debía pagar al actor la cantidad premiada. (M. V. V.)

37. Efectos de la fianza.—El artículo 1843 CC contempla, entre los efectos de la fianza entre el fiador y el deudor, una protección al primero, de los riesgos que se puedan dar en las situaciones que contempla; una de ellas, la del núm. 4.º es la de exigibilidad de la deuda; y el efecto es que el fiador tiene una doble acción: exigir la relevación de la fianza, que no ha sido el caso presente, o una garantía, una «contrafianza»; pero no el que le reembolse, si ha pagado, lo que haya pagado (lo cual sería otra acción) o se le declare una deuda (que todavía no ha nacido). En este sentido, la S de 17 de octubre de 1990 dice, refiriéndose a esta norma: «el referido precepto indica el otorgamiento de unos derechos para pedir la relevación de la fianza o una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor, pero siempre que se den los requisitos del mencionado artículo 1843 CC y aun dándose las mismas nunca le fundamentarían el ejercicio de una acción de reembolso» (...). Sí es procedente la denuncia de la infracción del último párrafo del artículo 1843 CC pues, como se ha dicho en el fundamento anterior y ha resaltado la jurisprudencia, no permite esta norma, ni la declaración de una deuda, como se hace en el número primero del fallo de la sentencia del Juzgado confirmada íntegramente por la Audiencia Provincial, ni la condena al reembolso, como hace el último inciso del número segundo del mismo fallo. (STS de 21 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *Rasid, S. L.* celebró un contrato bajo la denominación de «póliza de seguro de fianza a favor de la Administración» con la *Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución, S. A.*, siendo entidad asegurada la Consejería de la Presidencia del Gobierno de Canarias. Dicha fianza, con un capital asegurado de diez millones de pesetas, tenía como finalidad responder de las obligaciones derivadas de la inscripción de *Rasid, S. L.*,

como operadora de máquinas recreativas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias. Asimismo, don R. N. M. y doña I. R. M. avalaron solidariamente con la sociedad tomadora del seguro, las responsabilidades derivadas de las obligaciones que la póliza productora. Con posterioridad a la celebración del contrato, el Gobierno canario exigió el pago o embargo por cuantía de 6.632.790 de pesetas a *Crédito y Caución, S. A.*, como fiador de *Rasid, S. L.*, en concepto de «actas de inspección de máquinas recreativas». Después de prestar aval bancario con la citada cantidad, *Crédito y Caución, S. A.* reclamó judicialmente a *Rasid, S. L.*, don R. N. M. y doña I. R. M. la cantidad de 6.632.790 pesetas, así como la obligación de los demandados de garantizar a la actora la mencionada cantidad. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife estimó íntegramente la demanda, siendo la sentencia confirmada por la Audiencia de Santa Cruz. Interpuesto recurso de casación por don R. N. M., el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo y, asumiendo funciones de instancia, estimó parcialmente la demanda de *Crédito y Caución, S. A.* y condenó a los demandados sólo en cuanto a su obligación de garantizar la cantidad objeto de litigio. (A. S. C.)

38. Culpa extracontractual: muerte en accidente minero. Competencia de la jurisdicción civil. Compatibilidad de las indemnizaciones laboral y civil. No hay enriquecimiento injusto.—La doctrina jurisprudencial reiterada estima compatibles la reclamación laboral con la civil, dados sus fundamentos jurídicos diversos y la dualidad de pretensiones que no son incompatibles entre sí, siendo de notar que tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estimaron competente a la jurisdicción civil, invocando el Auto de 23 de diciembre de 1993 y la resolución de la Sala de Conflictos de 4 de abril de 1994. Esta Sala ratifica tal doctrina, habida cuenta de que la demanda se apoya en los artículos 1902 y 1903 CC, sin que quepa plantear un posible enriquecimiento injusto porque aquélla se funda en causas indemnizatorias diversas.

Culpa de las empresas mineras: doctrina general.—La ya añeja STS de 26 de febrero de 1935 afirma que la responsabilidad extracontractual sólo puede enervarse demostrando la concurrencia del caso fortuito, culpa del perjudicado o diligencia de un buen padre de familia, y tal doctrina se reitera en SSTs de 20 de octubre de 1963, 23 de marzo de 1968, 11 de marzo de 1971, 9 de julio y 10 de octubre de 1975. En consecuencia, no es bastante el cumplimiento de los reglamentos y demás disposiciones legales sobre prevención de daños en las explotaciones mineras, pues si estas medidas no han ofrecido resultado positivo, se revela y patentiza su insuficiencia y que falta algo que prevenir (así STS de 8 de octubre de 1884, en supuesto de trabajos en explotación minera); habiendo declarado la STS de 23 de abril de 1998 que la jurisprudencia ha evolucionado *hacia un sistema que sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasi-objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho la indemnización del quebranto sufrido por el tercero.* Doctrina recapitulada en STS de 13 de julio de 1999, dictada en un proceso contra la misma empresa demandada en este pleito.

Nexo causal.—Existe entre la conducta omisiva de la empresa recurrente que desempeñó una virtualidad determinante del luctuoso resultado, que se hubiera podido evitar con adecuadas medidas de seguridad. (STS de 1 de octubre de 2003; no ha lugar.) (G. G. C.)

39. Responsabilidad extracontractual: muerte por accidente laboral. Efectos en el proceso civil de una sentencia penal absolutoria: no produce excepción de cosa juzgada.—Las sentencias absolutorias dictadas en la jurisdicción penal no vinculan a la civil, salvo que se declare que no se produjeron los hechos enjuiciados (SSTS de 29 de mayo de 2001 y 17 de abril de 2002).

Compatibilidad de la responsabilidad civil con la laboral.—La responsabilidad civil es compatible con la laboral, no sólo porque así lo tiene declarado la jurisprudencia, sino por haberlo establecido el artículo 97.3 de la Ley General de la Seguridad Social. (STS de 3 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Un varón de dieciocho años falleció en accidente de trabajo cuando ejercía su oficio de fontanero, para una empresa de fontanería e instalaciones eléctricas, que había sido subcontratada, en la construcción de una obra. El trágico suceso se produjo al caerle en la cabeza (en la que no llevaba casco) un ladrillo, desde el elevador de la obra. Se dio la circunstancia de que la zona de elevación de materiales no estaba acordonada, ni tenía indicación de prohibición del paso por la misma. Los padres y hermanos, con los que la víctima vivía, demandaron a las distintas empresas que intervenían en la construcción y a varios de sus encargados y empleados, reclamándoles diez millones de pesetas. Quedó probada la tolerancia de los encargados a la realización por parte de los trabajadores de sus labores incumpliendo las medidas de seguridad.

El juzgado condenó a la empresa contratista de toda la obra y al aparejador de la misma a abonar a los demandantes dos millones de pesetas. La audiencia revocó la sentencia de primera instancia al condenar, solidariamente, a la empresa de fontanería e instalaciones eléctricas, al aparejador y a otras dos personas, a indemnizar a la parte actora con 7,5 millones de pesetas. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación. (I. D.-L.)

40. Ejercicio de acción civil en juicio penal previo. Sentencia penal condenatoria. Efecto de cosa juzgada. Principio de *non bis in idem*. La sentencia condenatoria obtenida en el previo proceso penal impide un posterior conocimiento en la vía civil de las cuestiones debatidas y resueltas en la jurisdicción penal.—Cuando sobre unos hechos presuntamente delictivos se sigue el correspondiente juicio criminal en el que la parte perjudicada, además de ejercitar la acción penal, ejercita también la civil derivada del delito o falta enjuiciado, la sentencia condenatoria que recaiga en dicho juicio penal, en lo que además de la pena correspondiente al delito o falta cometidos, condena también al acusado y a los responsables civiles subsidiarios a la indemnización correspondiente, a virtud de la acción civil ejercitada conjuntamente con la penal, impide que pueda volver a promoverse un juicio civil posterior sobre los mismos hechos (*non bis in idem*), al haber quedado ya agotada o consumida la acción civil correspondiente y producir por tanto la referida

sentencia penal condenatoria la excepción de cosa juzgada en el posterior proceso civil; sin que, por otro lado, a los tribunales de la jurisdicción civil les sea dable suplir las deficiencias, ni rectificar las omisiones que hayan podido cometerse en los procesos sometidos a los juzgadores de otra jurisdicción y orden, con facultades que les son privativas (STS de 12 de julio de 1993). La sentencia penal, que resultó condenatoria, al contener pronunciamientos civiles de índole indemnizatoria, impide que pueda promoverse juicio civil posterior sobre los mismos hechos (STS de 11 de mayo de 1995).

Contratos. Interpretación. Cláusula oscura. Inexistencia cuando la voluntad de los contratantes resulta con absoluta claridad del contenido del contrato y de la propia conducta de las partes.—No existe oscuridad en la cláusula que excluye de la cobertura del seguro voluntario, los daños sufridos por los ocupantes del vehículo cuando éstos sean empleados de la asegurada y el siniestro constituya accidente de trabajo, pues se trata de una cláusula que se concreta a delimitar el riesgo asumido en el contrato, contenido y ámbito, pero no limita los derechos de la tomadora del seguro. De otra parte, además del seguro obligatorio y del voluntario, se concertó precisamente una tercera póliza, «de ocupantes», que revela que era sobradamente conocida y sabida tal exclusión y aceptada por la tomadora del seguro. (STS de 20 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—En octubre de 1986, el vehículo de la actora C., S. C. L., conducido por uno de sus empleados y con permiso de aquélla, sufrió un accidente por imprudencia del conductor, sufriendo lesiones éste y otros acompañantes que, a su vez, también eran empleados de la propietaria del vehículo. Seguido juicio de faltas, fue condenado el conductor a indemnizar a los acompañantes y también se condenó a la compañía aseguradora en cuanto al seguro obligatorio; siendo absuelta esta última respecto al seguro voluntario existente porque, al ser los ocupantes trabajadores de la tomadora del seguro, producirse el accidente *in itinere* y existir una cláusula en el contrato de seguro voluntario que excluía de la consideración de terceros a los empleados o asalariados de la asegurada en los siniestros que constituyesen accidentes de trabajo. Con posterioridad, la asegurada ejercita acción civil contra la aseguradora reclamándole el importe de las indemnizaciones en virtud del seguro voluntario suscrito y, subsidiariamente, el pago de la reparación correspondiente al seguro de ocupantes. El Juzgado desestima la demanda. La Audiencia estimó parcialmente el recurso de apelación planteado por la demandante, y condenó al pago de la indemnización correspondiente al seguro de ocupantes. Contra dicha sentencia la actora interpuso igualmente recurso de casación y el Tribunal Supremo no dio lugar al mismo. (I.D.-L.)

41. Intangibilidad de lo decidido en sentencia firme: opera en aquellos procesos en los que se examinan cuestiones que guardan una relación de estricta dependencia con lo resuelto en un proceso anterior aunque no concurren las identidades de la cosa juzgada.—Es doctrina del Tribunal Constitucional el que los órganos jurisdiccionales han de ajustarse a lo juzgado en un proceso anterior cuando hayan de

decidir sobre una relación o situación respecto de la cual la sentencia recaída se encuentra en estrecha conexión. Este efecto no sólo se produce en aquellos supuestos en los que concurren las circunstancias del artículo 1252 CC, sino también en el marco de procesos que resuelven cuestiones de estricta dependencia aunque no sea posible apreciar las identidades de la cosa juzgada (SSTC de 16 y 18 de septiembre de 2000 y de 2 de julio de 2001).

Responsabilidad civil extracontractual: existencia de actuaciones penales. Comienzo del *dies a quo* del plazo prescriptivo.—Cuando los hechos dan lugar a actuaciones penales, éstas paralizan la posibilidad de actuar en vía civil hasta que recaiga sentencia firme, auto de sobreseimiento libre o provisional, o el archivo de las diligencias (STS de 20 de octubre de 1993). El *dies a quo* del plazo prescriptivo de la acción de responsabilidad civil extracontractual ha de situarse en el día en que el perjudicado tuvo conocimiento de la resolución que puso fin a la vía penal.

Cuantificación de la indemnización por lucro cesante.—El principio básico de la determinación del lucro cesante es la que se determina en un juicio de probabilidad. De esta forma las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en las que concurren similitud suficiente para ser reputadas como muy probables siempre que se acredite la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo, con relación a la pérdida del provecho económico.

Solidaridad: conductas concurrentes en la causación del perjuicio. Distribución en porcentajes de la indemnización reclamada entre los distintos agentes que causaron el daño. Efectos: produce efectos en la relación interna entre los condenados al pago, pero no afecta a los terceros perjudicados.—La distribución en tantos por ciento de la cuota de la que han de responder los demandados en relación al pago de la indemnización produce efectos en la relación interna entre los causantes del daño, pero no frente a la persona perjudicada ante la cual la responsabilidad que se imputa a los demandados tiene carácter de solidaria. (STS de 2 de julio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora reclama una indemnización por los daños y perjuicios causados a su vivienda como consecuencia de la explosión de gas ocurrida en la finca colindante. En particular reclama el valor de su edificio destruido, los gastos de derribo y desescombro, el importe de los alquileres dejados de percibir, así como los intereses legales y la condena en costas. Los demandados son los propietarios de la finca vecina y la entidad *Repsol Butano, S. A.*. Con anterioridad a la presentación de la demanda existió otro proceso que terminó con sentencia del Tribunal Supremo, que declaró responsable de la explosión a la compañía *Repsol*, pero se moduló su responsabilidad al imputar a los propietarios de la casa una conducta negligente. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona estima parcialmente el recurso y condena a los demandados al pago de 11.417.600 pesetas en concepto de daño emergente y 5.371.866 pesetas por lucro cesante. Establece, además, que el pago de estas sumas corresponderá, en la proporción del 60 por 100, a los propietarios de la casa, y el 40 por 100 restante, a *Repsol Butano, S. A.* Presentado recurso de casación por todas las partes el Tribunal Supremo sólo estima parcialmente el presentado por la parte actora. (C. O. M.)

42. Culpa extracontractual: muerte por disparos: extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento del autor: acción civil ejercitada por familiares de la víctima contra la hija del autor: legitimación de la demandada: incongruencia.—No hay incongruencia cuando la absolución de la demandada se fundamenta en la ausencia de responsabilidad de la misma en virtud del régimen jurídico establecido en los artículos 1902 y 1903 CC; la lectura de la demanda no aclara si la acción ejercitada se dirige por actos de la demandada, o por la simple concurrencia en la misma de la condición posible de heredera del autor de los disparos, no constando su aceptación de la herencia; el artículo 1903 CC está manifestando, de forma implícita y con enumeración de casos que en él se contienen, qué personas pueden dar lugar, con sus actos dañosos, a la responsabilidad de otra u otras; en el presente caso, la demandada, aunque hija del autor de los hechos dañosos, hacía muchos años que no convivía con el mismo, lo que de forma inexcusable aleja toda posibilidad de exigencia a la misma de *culpa in vigilando*, y no se encuentra modo lógico alguno de atribuir a su persona la posible responsabilidad por hecho ajeno que prevé el artículo 1903, siendo casi unánime la doctrina al afirmar que los supuestos que menciona este artículo son taxativos y no admiten ningún tipo de ampliación, supuesto que inspiró la STS de 30 de abril de 1969; tampoco puede invocarse la responsabilidad extracontractual del artículo 1902, ya que la demandada ha negado su condición de heredera, sin que conste acto alguno de aceptación de la herencia.

Responsabilidad del Estado.—La impugnación se fundamenta en disposiciones administrativas y con mezcla de elementos heterogéneos que infringen las reglas exigibles para la articulación del recurso de casación, que debe desestimarse. No cabe declarar la responsabilidad del Estado, pues la posesión del arma y su utilización por parte del autor de los disparos constituyen circunstancias de todo punto ajenas a su antigua profesión de funcionario de prisiones, jubilado en el año 1980, sin que se haya acreditado que utilizase el arma en cuestión en ningún momento durante su condición de funcionario ni en su situación administrativa de jubilado, dentro del ejercicio de sus funciones.

Costas.—Dado que en primera instancia se condena a la hija del autor de los disparos, mientras que se establece la incompetencia del Juzgado de Primera Instancia para declarar la responsabilidad civil del Estado, y en apelación se revoca la sentencia, absolviendo a ambos codemandados, es procedente la imposición a la parte actora de las costas causadas en ambas instancias. (STS de 16 de octubre de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Buen ejemplo de defectuosa dirección letrada que ha ejercitado inadecuadamente una acción de culpa extracontractual, por lo demás, claramente fundada. Los hechos resultan concluyentes: el 21 de julio de 1991 don B. G. G., hallándose en el portal de su casa efectuó varios disparos a su convecino con una pistola que poseía sin licencia ni guía de pertenencia, causándole la muerte; el autor de los disparos estaba en la situación de jubilado del Cuerpo de Funcionarios de Prisiones; abierto sumario contra el mismo, hubo de sobreeserse por muerte del encausado. La viuda y los tres hijos de la víctima ejercitan una acción contra una hija de este último, y subsidiariamente contra el Estado. El Juzgado de Primera Instancia otorga una indemnización global de veinte millones de pesetas, declarándose incompetente respecto de la acción dirigida

contra el Estado. La Audiencia Provincial revoca el fallo y absuelve a ambos demandados. El recurso interpuesto por la viuda e hijos es desestimado por las razones extractadas.

Declarada la extinción de la responsabilidad penal por muerte del autor del –en este caso, presunto– delito de homicidio o, eventualmente, de asesinato, subsiste la civil conforme a los artículos 115 y 116 LECr cuyo régimen, probablemente, se someterá al contenido en el Código civil. El problema ha radicado en una defectuosa determinación de la parte pasivamente legitimada. La responsabilidad penal no es heredable, pero la responsabilidad civil por los mismos hechos sí se transmite como elemento pasivo a los herederos del que aparece como autor de un delito contra la vida. Ello significa que si éste no ha dejado bienes, los herederos de la víctima no cobrarán. Era necesario haber hecho una investigación previa sobre la situación de la *hereditas yacens*. Y, asimismo, sobre la conducta respecto a esta última adoptada por la hija, al parecer la única heredera que ha aparecido en autos. La aceptación es acto voluntario (art. 988 CC), disponiendo el llamado del largo plazo de prescripción de la *actio petitio hereditatis* para aceptar o repudiar, o hacerlo puramente o a beneficio de inventario. Los plazos se acortan drásticamente acudiendo a la *interrogatio in iure* del artículo 1005 CC. Por su resultado, la acción hubiera podido dirigirse, o contra la hija aceptante pura y simplemente, o a beneficio, o, en su caso, contra la herencia yacente. El resto de argumentaciones que emplea el Tribunal Supremo es algo superfluo. Resulta novedoso imputar a la hija no conviviente una posible *culpa in vigilando* de su padre, del que no consta que estuviera sujeto a tutela o curatela, ni que le correspondiera el cargo de tutora o curadora, ni siquiera de hecho. Ciertamente la llamada Tercera Edad se ha prolongado hasta las fronteras poco claras de la denominada Cuarta Edad, o situación del mayor dependiente, que, sin embargo, no parece corresponder a la del autor de los disparos. La legitimación pasiva del Estado hubiera podido plantearse, bajo otra perspectiva, si la herencia se le hubiera adjudicado a aquél por falta de herederos, aunque no se olvide que la misma se entiende aceptada, en todo caso, a beneficio de inventario (art. 957). En conclusión: una demanda justa y fundada en derecho que fracasa por estar, a todas luces, mal planteada. Un hecho luctuoso cuyas últimas motivaciones resultan, por lo demás, poco claras en los autos. (G. G. C.)

43. Responsabilidad civil extracontractual de la Administración. Competencia de la jurisdicción civil. Vinculación del codemandado (persona física) con la Administración.—La vinculación del codemandado con el Ayuntamiento no elude su responsabilidad, ni esquiva la competencia del orden jurisdiccional civil, pues la Sala 1.^a del Tribunal Supremo sólo a partir de las reformas legislativas de lo contencioso-administrativo de 1998 y 1999, fue cuando cedió, finalmente, su competencia.

Doctrina del peregrinaje jurisdiccional.—Esta doctrina está vigente, pues subraya el adecuado sentido del valor *justicia*, contenido en nuestra Constitución, según una hermenéutica del ordenamiento jurídico de naturaleza sistemática, que ha de apurar las vías interpretativas de las leyes, para

encontrar soluciones que hagan prevalecer los preceptos constitucionales, especialmente el derecho a una tutela judicial efectiva (art. 24 CE) (STS de 18 de febrero de 1997, entre otras muchas). **(STS de 23 de junio de 2003;** ha lugar.)

HECHOS.—La actora, a consecuencia de un accidente mortal sufrido por su compañero sentimental, reclamó veinticinco millones de pesetas por daños irrogados, al Ayuntamiento de R., al apañador de este organismo y a dos personas más. El Juzgado estimó parcialmente la demanda al condenar a los dos primeros demandados a pagar solidariamente un millón de pesetas. La Audiencia declara la incompetencia de la jurisdicción civil para conocer el asunto y el Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante y confirma la sentencia de primera instancia. *(I. D.-L.)*

44. Culpa extracontractual: muerte de obrero por electrocución: responsabilidad de la Junta de Andalucía y de la propietaria de la instalación de alta tensión: competencia de la jurisdicción civil: derecho transitorio.—El evento dañoso ocurrió el 24 de noviembre de 1986, y la demanda se formalizó en julio de 1988, por lo tanto ambos acontecimientos son anteriores a la entrada en vigor de la Ley y el Reglamento del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicables en materia de responsabilidad patrimonial. La jurisprudencia de la Sala 1.^a Tribunal Supremo, además de una interpretación expansiva de la normativa anterior, aplicable en este caso en concepto de Derecho transitorio, especialmente en lo relativo a lo que debía entenderse por *actuación de derecho privado*, entendió que la competencia correspondía al orden civil cuando en la producción del evento dañoso había concurrido la actuación de un particular y la demanda se dirigía contra ambos. Todo ello resulta plenamente aplicable en este caso, sin que quepa especular sobre la posible existencia de fraude ya que el hecho determinante de la responsabilidad es único y común, consistente en la irregularidad de una instalación eléctrica de alta tensión que no cumplía la reglamentación de la distancia mínima entre postes, ni en la altura mínima de los cables de la línea, sin que obste que los deberes desatendidos tengan distintas fuentes, pues en ambos agentes hubo un comportamiento omisivo —de control, uno, y de instalación, otro—, que generó la situación propicia al accidente lesivo.

Falta de reclamación previa en vía administrativa.—No resulta razonable plantear en casación no haberse dado cumplimiento al requisito de la reclamación previa en la vía administrativa cuando la Administración se opuso por motivos de fondo a la pretensión actora, existiendo dos resoluciones judiciales condenatorias coincidentes. La finalidad esencial de la reclamación previa es evitar que la Administración entre en un proceso sin haber tenido oportunidad de evitarlo, por lo cual la oposición de fondo la hace inútil (STS de 11 de diciembre de 1997), revelándose en este momento procesal de la casación, la subsanación improcedente y su omisión irrelevante (STS de 3 de julio de 1995), aparte de que la falta no puede dar lugar a nulidad de actuaciones (STS de 24 de junio de 1996).

Interrupción de la prescripción extintiva por promoverse juicio criminal.—En ningún caso llegó a transcurrir el plazo de prescripción extintiva

del artículo 1968.2 CC porque en el interregno hubo una causa penal por el mismo hecho, siendo indiferente que la misma fuera o no conocida por la Junta de Andalucía, y que en tal proceso se formulare o no reclamación alguna contra dicho organismo, o contra quien por relación con el mismo debiera responder, porque el planteamiento de una causa penal impide el ejercicio de la acción civil en un proceso de esta naturaleza según el artículo 114 LECr; sólo cabe ejercitar acción civil una vez que recaiga resolución firme en el proceso penal, siendo a partir de entonces cuando comienza a discurrir el cómputo del año.

Línea de alta tensión situada a menor altura de la reglamentaria.—Resulta difícil de entender que por parte de la Administración autonómica se argumente diciendo que si la línea de alta tensión se hallaba a 4,7 metros de altura en lugar de a seis metros, tal hecho debió ser denunciado por la propietaria. En efecto, que la Administración encargada de un servicio público de vigilancia pueda controlar o no todas las instalaciones, puede ser un problema de medios, pero resulta incuestionable su deber de vigilancia e inspección —sin perjuicio de las responsabilidades de los propietarios—, así como el de responder de las consecuencias lesivas cuando no se ejerció adecuadamente y con la debida diligencia; permitir el establecimiento de una instalación como la de autos, con graves irregularidades reglamentarias, y que durante largo tiempo no se haya detectado la situación constituye una grave imprudencia; no nos hallamos en el campo de una imputación objetiva, sino en el de la culpa plena.

Concurrencia causal.—La situación creadora del riesgo del accidente —antirreglamentaria y gravemente imprudente— existía porque la propietaria hizo la instalación de forma indebida y la mantuvo sin las correcciones adecuadas, perpetuando en el tiempo dicha situación, y la Administración no ejerció la función de vigilancia que le corresponde, no sólo permitiendo el establecimiento irregular de la instalación, sino además no exigiendo su rectificación, ora por no inspeccionar, ora por no efectuar el control en debida forma. Por consiguiente, ambos demandados (Junta de Andalucía y propietaria de la línea) han contribuido con sus conductas —concausas— a que se haya ocasionado el daño.

Inexistencia de culpa de la víctima: no ha lugar a reducir la indemnización. Justicia del caso.—Puede hablar de normalidad en relación con las circunstancias de la actividad que desplegó la víctima antes de producirse el evento fatal; por ello es razonable el rechazo en la resolución recurrida de la aplicación de la denominada compensación de culpas, pues no sólo no hay una conducta de la víctima con una virtualidad jurídica parangonable a la imputable a los condenados, sino ni siquiera cabe apreciar una actividad culpable valorable a los efectos pretendidos. Además la indemnización solicitada y concedida de doce millones de pesetas es tan moderada, máxime tratándose de cuatro perjudicados (viuda y tres hijos), a lo que cabría añadir el tiempo transcurrido desde que el accidente tuvo lugar (casi diecisiete años), que repugna a la justicia del caso y a la finalidad pretendida por la propia doctrina cuya aplicación se postula de evitar la desproporción entre las circunstancias del hecho y su compensación o resarcimiento, cualquier intento de reducir el contenido económico del daño.

Legitimación procesal de la madre viuda en nombre de sus hijos: procurador designado de oficio.—La actuación procesal de la madre a nombre de sus hijos se fundamenta en la integración de la falta de capacidad de éstos por ser menores de edad y consiguiente ejercicio de la patria potestad,

en cuyo caso es suficiente que el apoderamiento del procurador o la designación de oficio en su caso, se haga sólo para el representante legal, y así lo ha entendido la jurisprudencia en SSTs de 11 de abril de 1990 y 7 de abril de 1997, añadiéndose en la última que el poder otorgado por la madre no se extingue con la mayoría de edad de la hija, salvo revocación de ésta.

Indemnización fijada globalmente: irrelevancia del eventual conflicto de intereses.—Si bien el juzgador de instancia pudo distribuir entre la viuda e hijos la cantidad postulada de la indemnización, en las cuantías respectivas que considerase más adecuado a las correspondientes situaciones, lo que desvanece cualquier idea o apariencia de conflicto, nada obsta, sin embargo, a que establezca una suma global para todos, que, en cualquier caso, no afecta a los condenados, ni adolece de indeterminación jurídica.

Responsabilidad del propietario de la finca ex artículo 1908 CC.—La sentencia del Juzgado de Primera Instancia no aplica el artículo 1902 CC sino el artículo 1908 CC sobre responsabilidad del propietario, y la sentencia de la Audiencia Provincial, que es la recurrida, asume los fundamentos de derecho de aquélla en este punto; y aun cuando es cierto que el supuesto de autos no encaja literalmente en los descritos en dicho precepto, sin embargo la enumeración legal no es cerrada y permite abarcar supuestos semejantes como el aquí enjuiciado. En todo caso, aparte la importante impronta objetiva de la responsabilidad ex artículo 1908 CC, la responsabilidad del caso resulta de una imprudencia omisiva clara, pues el propietario debe tener las cosas que le pertenecen en un estado que no cree peligro de daño para los demás, y la diligencia exigible se acentúa cuando la cosa es generadora de un alto riesgo.

Titularidad de la finca beneficiada con la línea eléctrica, elemento anexo de aquélla.—Es cierto que la demandada repudió la herencia de su marido, pero le fue adjudicada la finca *La Blanca Paloma*, posiblemente en virtud de liquidación de gananciales, y la línea eléctrica de alta tensión está adscrita al servicio de dicha finca y por lo tanto le pertenece, haciéndose constar en la escritura de adjudicación *sin exclusión de sus elementos anexos, entre los que se encuentra la línea eléctrica precitada*. Por tanto, resulta obvio que, al no excluirse, la instalación pertenece al dueño de la finca porque se halla unida artificialmente a ésta y para satisfacer necesidades de la misma (arts. 334-5.º y 353 CC). Si una instalación está al servicio exclusivo de una industria o explotación, hay que presumir que pertenece al dueño de ésta, y quien sostenga lo contrario debe probarlo, lo que no se ha hecho en este caso. (STS de 23 de octubre de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—La muerte se produce como consecuencia de electrocución al sufrir la víctima una descarga eléctrica producida por el contacto de una escalera mecánica que portaba con los cables de alta tensión que sobrevuelan la finca en que aquélla trabajaba. La demanda dirigida conjuntamente contra la Junta de Andalucía y la propietaria de la línea es estimada en ambas instancias, condenadas ambas a la suma solicitada por los actores. Hay que destacar el minucioso análisis de los diversos motivos de los recursos de casación interpuestos (Ponente: Sr. Corbal Fernández) que convence plenamente de la razón de su desestimación. Es de notar que la línea eléctrica puede calificarse de *pertenencia*, según la doctrina moderna, pero la sentencia prefiere la de *anexo* o *accesorio* más apegado al lenguaje codicial. Convencen, incluso, las razones de

peso invocadas en aras de la justicia del caso para no reducir el *quantum* indemnizatorio, incluidas en el extracto. Si al cabo de diecisiete años de producido el accidente, han de recibir globalmente doce millones de las antiguas pesetas la viuda y tres hijos de la víctima es evidente que *repugna a la justicia del caso* que su cuantía sea reducida en casación; nada dice la sentencia, pero es patente que, además, tan tardía justicia (los hijos han alcanzado la mayoría de edad antes de cobrar la indemnización, pero ¿cómo han sobrevivido con su madre durante estos años?) apenas si puede calificarse de tal. (G. G. C.)

45. Responsabilidad extracontractual: indemnización por causa de muerte. Legitimación de los herederos del perjudicado para ejercitar la acción de responsabilidad extracontractual.—Es doctrina jurisprudencial constante que en los supuestos de daños causados por la muerte de una persona corresponde, por derecho propio, la legitimación activa a las personas, herederos o no de la víctima, que resulten personalmente perjudicadas por su muerte, bien porque dependían económicamente del fallecido, o porque mantenían lazos afectivos con él. Fallecida la persona perjudicada sin haber ejercitado la acción de responsabilidad civil extracontractual, sus hijos adquieren *iure hereditatis* el derecho para instar la reclamación de la indemnización. (STS de 19 de junio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El 14 de diciembre de 1995, don M. M. G., hermano de los demandantes, resultó muerto como consecuencia de las labores de talas de árboles que la empresa *H., S. L.* estaba realizando en unos terrenos propiedad del fallecido, de su madre y de sus hermanos (ahora demandantes). Don M. M. G. tenía sesenta y un años y vivía con su madre, doña D. G. F., la cual muere posteriormente, el 18 de mayo de 1996, sin haber ejercitado la acción de responsabilidad civil extracontractual. El 11 de octubre de 1996, los hermanos de don M. M. G., demandan a la empresa *H., S. L.*, a los trabajadores de la misma que causaron el accidente, y a la sociedad aseguradora, reclamándoles una indemnización de 12.100.000 pesetas. Fundamentan su pretensión en su doble condición de herederos de su madre fallecida y de hermanos perjudicados por la muerte de la víctima. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por falta de legitimación. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Oviedo lo desestimó. El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por los actores y condena a los demandados al pago de 6.000.000 de pesetas (C. O. M.)

46. Responsabilidad extracontractual. La atenuación jurisprudencial del principio de responsabilidad por culpa no implica la eliminación del elemento culpabilístico.—Aunque es cierto que la doctrina jurisprudencial ha introducido paliativos al principio de responsabilidad por culpa, consagrado en el artículo 1902 CC, entre las que se encuentran los mecanismos de la inversión de la carga de la prueba y de la teoría del riesgo, también lo es que la misma jurisprudencia ha puntualizado que no por ello queda excluido de nuestro sistema jurídico de responsabilidad civil el elemento culpabilísti-

co, como inexcusable ingrediente integrador, atenuado pero no suprimido, de dicha responsabilidad, y si parece acreditado que en la producción del resultado dañoso no aparece ninguna culpa por parte de los demandados, ha de excluirse la responsabilidad de los mismos (SSTS de 28 de noviembre de 1998 y de 8 de marzo de 1999).

Responsabilidad extracontractual. Lesiones sufridas con ocasión de participar en un encierro de vaquillas. Culpa exclusiva de la víctima.—La conducta de quien sufrió el daño hay que tenerla en cuenta, de tal modo que cuando ésta sea determinante de la producción del resultado, resulta indudable por aplicación de los principios de la justicia distributiva, conmutativa y social, así como de la seguridad jurídica, que no se puede hablar de una responsabilidad indemnizable que se puede reprochar a un tercero. (STS de 14 de abril de 2003; no a lugar.)

HECHOS.—La *Peña Taurina Barbastrense* organizó una suelta de vaquillas en la plaza de toros de Barbastro, contando con informes sobre la idoneidad de las instalaciones y los servicios médicos adecuados, además de tener suscrito un seguro de responsabilidad civil con la *Compañía de Seguros Zurich Internacional*. Al iniciarse el festejo y avisarlo por la megafonía de la plaza, don R. F. P. C., experto en este tipo de encierros, se colocó de rodillas y con los brazos en cruz ante la puerta de toriles. El encargado de la puerta de los toriles, dio salida a la primera vaquilla del festejo, que alcanzó a don R. F. P. C. y le produjo lesiones graves. Tanto el Juzgado de Primera Instancia de Barbastro como la Audiencia Provincial de Huesca desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (S. M. J. A.)

47. Responsabilidad civil extracontractual ex artículo 1902 CC: principio de responsabilidad por culpa.—Según la doctrina jurisprudencial, el nacimiento de la obligación de indemnizar recogido en el artículo 1902 CC requiere la existencia de un reproche culpabilístico. Es exigible, por tanto, la imputación al causante del daño de un reproche culposo sobre su actuación u omisión.

Responsabilidad civil extracontractual: prueba del nexo causal y juicio de reprochabilidad.—La exigencia de responsabilidad civil extracontractual precisa que, en cada caso concreto, el acto que se presenta como antecedente o causa del resultado, tenga virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido. No es suficiente, para la prueba del nexo causal, la existencia de conjeturas o datos fácticos que, por mera coincidencia, induzcan a pensar en una simple interrelación de acontecimientos. Es necesario que quede demostrado el nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que el reproche culpabilístico sobre la conducta del causante del daño quede patente. Es doctrina jurisprudencial constante que el nexo causal debe ser probado siempre, aun en los supuestos de aplicación de la teoría del riesgo puesto que, como señalan las SSTS de 25 de febrero de 1992 y de 27 de octubre de 1990, el cómo y el porqué se produjo el accidente constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso. (STS de 10 de junio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante sufrió determinadas lesiones como consecuencia de la utilización de la puerta giratoria principal de entrada y salida a un establecimiento hotelero. En concreto, su mano derecha quedó atrapada en dicha puerta originándole secuelas de tipo funcional con impotencia a la extensión del cuarto y quinto dedos. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al apreciar que ni había quedado acreditada la causa del accidente, ni que el mismo fuera imputable a los demandados (el hotel y la empresa aseguradora) ya que, se cumplían las condiciones de seguridad exigidas, y además no constaba alguna avería que justificara el accidente. La Audiencia Provincial de Sevilla, revoca la sentencia y condena a los demandados al entender que la puerta giratoria era la única puerta de entrada y salida del hotel y que dicha puerta es un elemento susceptible de generar riesgos a los usuarios. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por los demandados. (C. O. M.)

48. Responsabilidad civil extracontractual derivada de accidente de trabajo. Prescripción de la acción: determinación del comienzo del cómputo del plazo en caso de *daños continuados*.—No puede entenderse como fecha inicial del cómputo la del alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la de la determinación invalidante de estas, dado que hasta que no se sabe su alcance no puede reclamarse en base a ellas. Tratándose de reclamación por lesiones, se computa el plazo prescriptivo a partir de la determinación del quebranto padecido (SSTS de 13 de julio de 2000 y 22 de enero de 2003, entre otras). Por tanto, el *dies a quo* para el cómputo del plazo anual comienza a partir de la fecha en que se tiene constancia del alta médica definitiva o, en su caso, a partir del momento de fijación de la incapacidad o defectos permanentes originados por el suceso lesivo (SSTS de 10 de octubre de 1995 y 24 de junio de 2000, entre otras).

Valoración de los daños por la Administración: comienzo del *dies a quo* para el cómputo del plazo.—El día inicial del plazo prescriptivo ha de fijarse en la notificación al interesado de la resolución de las secuelas derivadas del accidente laboral (STS de 13 de julio de 2000).

El requisito de la relación de causalidad es más bien un problema de imputación.—En el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo (SSTS de 30 de abril de 1998 y 2 de marzo de 2001)

Cada vez más la prueba de la culpa se subsume en la causa del daño.—El artículo 1902 CC ha sufrido una evolución jurisprudencial acorde con la realidad social siempre cambiante (art. 3.1 CC) que, aunque mantiene un fondo de reproche culpabilístico, desplaza cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexo causal, ya que se subsume en la causa del daño la existencia de culpa (STS de 9 de octubre de 2002).

Prueba de la relación de causalidad.—Corresponde la carga de esta prueba al perjudicado que ejercita la acción (SSTS de 6 de noviembre de 2001 y 23 de diciembre de 2002). (STS de 22 de julio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Según el actor, cuando se encontraba retirando sarmientos de una viña, perteneciente a la empresa para la que trabajaba (demandada), y colocándolos en el extremo de la finca, como

era costumbre, se produjo un desplazamiento del firme que pisaba, lo que ocasionó su caída a un barranco contiguo. Dichas tierras habían sido aplanadas hacía poco tiempo por la empresa para la que trabajaba el perjudicado. No hubo testigos presenciales del accidente, ni prueba alguna sobre la realidad del desplazamiento.

La demanda, en la que se solicitaba dieciocho millones de pesetas de indemnización por días de baja, secuelas e invalidez permanente, no prosperó ni en primera ni en segunda instancia por prescripción de la acción. El Tribunal Supremo acoge el recurso de casación en cuanto a la prescripción, al entender que el día de comienzo del cómputo de la acción fue el de la notificación al actor de la resolución del *Instituto Nacional de la Seguridad Social* que lo declaraba en situación de invalidez permanente, pero desestima la demanda por falta de prueba del nexo causal. (I. D.-L.)

49. Responsabilidad civil extracontractual: requisitos.—La responsabilidad por culpa extracontractual requiere para su apreciación la concurrencia de una acción u omisión objetivamente imputable al agente, la culpa o negligencia por parte de éste, la realidad del daño causado y el nexo o relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño causado.

Concepto de relación de causalidad.—Para que exista nexo causal se precisa que los daños y perjuicios deriven o fueren ocasionados por un acto u omisión imputable a quienes se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicios resulten consecuencia necesaria del acto u omisión.

Prueba del nexo causal.—Para que nazca la responsabilidad civil extracontractual es indispensable la prueba del nexo causal. La existencia de una relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva del demandado y el resultado dañoso es un requisito ineludible, de tal forma que si no se puede llegar a concretar dicho nexo la responsabilidad civil se desvanece (SSTS de 3 de mayo de 1995 y de 30 de octubre de 2002). Por otro lado, la necesidad de la prueba del nexo causal no puede quedar desvirtuada por la aplicación de la teoría del riesgo o por la inversión de la carga de la prueba, pues como señala la jurisprudencia (STS de 27 de diciembre de 2002), el cómo y el porqué se produjo el accidente siguen constituyendo elementos indispensables en la identificación de la causa eficiente del evento dañoso.

La carga de la prueba del nexo causal.—Corresponde la carga de la prueba del nexo causal al perjudicado que ejercita la acción y, por tanto, es al demandante a quien afectan las consecuencias desfavorables de la falta de prueba (STS 6 de noviembre de 2001).

Condena en costas en los supuestos de absolución de uno de los demandados.—En los supuestos de pluralidad de demandados la absolución de uno de ellos conlleva desestimación total de la demanda respecto a la parte absuelta. En estos casos, y con carácter preceptivo (art. 523 LEC), debe imponerse a la parte actora las costas causadas a la parte absuelta, salvo que el juzgador, fundamentándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición. (STS de 9 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora reclama una indemnización por los daños sufridos a consecuencia de un incendio producido en un esta-

blecimiento contiguo al suyo, que posteriormente se extendió a su empresa. Dicho incendio fue intencionadamente provocado por un tercero. Los demandados son la empresa V., S. A., propietaria del establecimiento en el que se originó el incendio, y la empresa aseguradora que concertó con la primera una póliza de responsabilidad civil. La parte actora fundamenta la responsabilidad del demandado, la empresa V., S. A., en la falta de reparación por parte de ésta de la rotura de una ventana por la que pudieron penetrar los causantes del incendio. La demandada V., S. A. no compareció y fue declarada en rebeldía. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a los demandados al pago de las cantidades solicitadas en la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la compañía aseguradora, la Audiencia Provincial de Alicante estimó el recurso y absolvió a la parte apelante al apreciar que no existe una relación directa y necesaria entre la falta de reparación de la rotura de la ventana y el daño producido al actor. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo lo desestima. (C. O. M.)

50. Culpa extracontractual: caída con graves secuelas sufridas por menor que penetra sin permiso en edificio contiguo al que se realizan obras por cuenta del Ayuntamiento: no hay culpa o negligencia de los propietarios de aquél. Culpa exclusiva de la víctima.—El resultado dañoso se debió única y exclusivamente a la actuación, no ya negligente o imprudente de los demandados, sino como consecuencia de una actividad inicialmente ilícita de la víctima y de sus compañeros al penetrar, no sólo en el lugar donde se realizaban obras de rehabilitación de carácter histórico y arqueológico, sino que se adentraron en el edificio limítrofe destinado a residencia y domicilio de los PP Carmelitas, sin autorización y licencia alguna, y cuando además habían sido reprimidos días atrás, en una incursión parecida; resulta ilógico hablar de nexo causal entre la acción u omisión de la Comunidad religiosa demandada y las lesiones y secuelas del menor, cuando el resultado sólo se puede predicar de su actuación ilegítima; por ello sólo puede imputarse al propio lesionado, o a las personas encargadas de su guarda y custodia, si la edad, educación, estudios y resultados académicos del menor, no pudieran deducir la aptitud psicológica del mismo para conocer la trascendencia de sus actos, o la falta de suficiente fortaleza de voluntad para frenar los impulsos, habida cuenta los quince años con los que contaba cuando ocurrieron los hechos, por lo que no es necesario tratar de la siempre difícil doctrina de la causalidad.

Inexistencia de culpa o negligencia por parte del Ayuntamiento.—No se puede apreciar la existencia de una actuación, en sentido amplio del término, bien por acción u omisión de los demandados, que pueda calificarse de negligente, en cuanto es evidente que los menores salvaron los obstáculos existentes (valla y puerta) para impedir la entrada al edificio en rehabilitación, sorteando intencionadamente esos filtros y trasteando por el complejo de patio, pasillos y estancias accedieron a un punto lejos del lugar donde estaban realizando las obras, y aprovechándose de la provisionalidad de la situación en que se encontraba el inmueble a causa de las obras, y de estar, para la facilitación de las mismas, derribado un muro de separación entre la parte del edificio perteneciente al Ayuntamiento y la correspondiente a la Comunidad religiosa, pasaron a la azotea de éstos y al cruzar una claraboya, después de estar apercebido por alguno de sus compañeros, se fracturó por el

peso del propio cuerpo de la víctima uno de los cristales del tragaluz, por lo cual hay que llegar a la misma conclusión de las sentencias de instancia de no apreciar omisiones culposas de los demandados. (STS de 24 de octubre de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado Sr. De Asís Garrote, que confirma la sentencia absolutoria dictada en ambas instancias contra la empresa encargada de la rehabilitación histórica de un edificio, contra el Ayuntamiento por omisión de medidas de seguridad, y, asimismo, contra un convento colindante con las obras en el que penetraron sin permiso un grupo de adolescentes, uno de los cuales cayó a través de una claraboya sufriendo lesiones graves con importantes secuelas, reclamando una indemnización que supera los cien millones de las antiguas pesetas. La sentencia extractada realiza un minucioso análisis de los hechos cuyas conclusiones son plenamente de aprobar. Aquellos adolescentes se propusieron realizar una *exploración* de lo desconocido que con frecuencia realizan ante *situaciones especiales*, con desprecio olímpico de los riesgos a que, durante la misma, pueden exponerse. En el FD 3.º se hace una atinada reflexión sobre la eventual culpa de los guardadores del menor. (G. G. C.)

51. Responsabilidad extracontractual. Culpa del agente. Necesidad de probar que el daño sufrido tiene su origen en la conducta del agente. Ya se trate de responsabilidad culposa u objetiva, es inexcusable la concurrencia del elemento psicológico o culpabilístico.—La tendencia jurisprudencial hacia una objetivación de la culpa extracontractual mediante los mecanismos de la inversión de la carga de la prueba y de la teoría del riesgo, no excluye de manera total y absoluta el esencial elemento psicológico o culpabilístico, como inexcusable ingrediente integrador, atenuado pero no suprimido, de la responsabilidad por culpa extracontractual, de tal modo que si de la prueba practicada, con inversión o sin ella, aparece plenamente acreditado que en la producción del resultado dañoso, por muy lamentable que sea, no intervino ninguna culpa por parte del demandado o demandados, ha de excluirse la responsabilidad de los mismos (STS de 28 de noviembre de 1998).

Responsabilidad extracontractual. No es imputable la producción del daño al agente cuando se prueba que éste observó todas las medidas exigibles para evitarlo.—En el caso de autos, e incluso manteniendo la inversión de la carga de la prueba de falta de negligencia a la empresa demandada, no resulta posibilidad alguna de atribuir algún grado de negligencia a quien la demanda se lo atribuye, es decir, al conductor del tren. La sentencia impugnada no contiene una apreciación razonable sobre la conducta del conductor dimanada de los hechos acreditados. Al tratarse de un paso a nivel con visibilidad y al haber practicado el conductor las señales acústicas y disminuido la velocidad, no puede estimarse que no agotara en su conducta todo lo exigible para poder evitar la colisión producida por la intromisión innecesaria del tractor en la vía, que produjo la colisión.

Responsabilidad extracontractual. Culpa de la víctima. Absolución del supuesto responsable cuando la culpa de la víctima es única.—El Tribunal Supremo viene a distinguir entre supuestos en que existe culpa exclusi-

va de la víctima y aquéllos en que hay concurrencia de su culpa con la de otro sujeto. Consecuencia de la primera hipótesis es la no responsabilidad del aparente agente; en la segunda hay lugar a una compensación de culpas, que se traduce en disminución del alcance o cuantía de la reparación: el agente responde en menor medida que si no hubiera mediado culpa de la víctima. Cuando la culpa del perjudicado es realmente única, la absolución del supuesto responsable (al menos en el régimen de atribución de responsabilidad «común», que es el basado en la culpa), tendrá que venir justificada, precisamente por la circunstancia de que este presunto responsable no ha incurrido en culpa alguna. (STS de 30 de abril de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El señor M. E., mientras conducía un tractor agrícola, cruzó un paso a nivel sin barreras, correctamente señalizado y con visibilidad total en 700 metros de la vía por la que circulaba un tren, cuyo conductor, al advertir la presencia del tractor en la vía, hizo sonar repetidamente el silbato y redujo su velocidad desde 76 kilómetros por hora hasta 11 kilómetros por hora en el momento de la colisión. A consecuencia del impacto se produjeron daños en el vehículo y lesiones en el conductor que determinaron su fallecimiento. Su viuda e hijos interpusieron demanda contra RENFE por responsabilidad extracontractual, con solicitud de una indemnización de 24.730.983 pesetas. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia apreció concurrencia de culpas, imputando una conducta negligente al conductor del tren, y condenó a RENFE, por la negligencia de su dependiente, al pago de 12.000.000 de pesetas. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (I. D.-L.)

52. Carga de la prueba.—La empresa constructora y su aseguradora tienen la carga de probar que, efectivamente, solicitaron y obtuvieron de la actora los planos de las conducciones subterráneas y que las indicaciones contenidas en los mismos no se correspondían con la realidad. Se conculca el artículo 1214 CC cuando la resolución judicial declara que un hecho controvertido y básico para la decisión del asunto, no se ha probado, y atribuye las consecuencias desfavorables de tal falta de prueba a la parte a quien incumbía la carga.

Negligencia.—Acreditada la realidad del daño, y la forma en que se produjo, ha de apreciarse una conducta negligente en la codemandada, al no realizar las catas necesarias que hubieran permitido comprobar la existencia de las conducciones telefónicas.

Lucro cesante.—En el lucro cesante sólo cabe incluir los beneficios cubiertos, concretos y acreditados, y no los beneficios hipotéticos. Se ha de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir, y la realidad de éste. En el presente caso no se aporta dato objetivo alguno que permita considerar probada la ganancia dejada de percibir, para cuya cuantificación tampoco se aporta base alguna. (STS de 29 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—*Telefónica de España, S. A.* interpuso una demanda contra *Contractor, S. A.* y contra *Catalana Occidente, S. A.*, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por

la rotura de una de sus conducciones subterráneas, al abrir los operarios de *Contractor* una zanja con una máquina excavadora. La sentencia de primera instancia estimó la demanda y condenó solidariamente a *Contractor* y *Catalana Occidente* a indemnizar a la demandante. La Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por *Catalana Occidente*, y revocó totalmente la sentencia de primera instancia. *Telefónica* ha formalizado recurso de casación que funda en la infracción del artículo 1902 CC; violación de los artículos 1242 y 1243 CC e infracción del artículo 1214 CC. La sentencia del Tribunal Supremo confirma la sentencia de primera instancia, pero la revoca parcialmente en el sentido de excluir del *quantum* indemnizatorio la cantidad solicitada en concepto de lucro cesante. (E. C. V.)

53. Interdicto de obra nueva: interposición culposa.—Según reiterada jurisprudencia (SSTS de 6 de julio de 1990, 15 de diciembre de 1992, 4 de diciembre de 1996, 31 de octubre de 2002 y 15 de abril de 2003), para que proceda la indemnización por daños y perjuicios por la interposición de un interdicto de obra nueva, causante de la paralización de unas obras en ejecución, es necesaria la concurrencia de culpa o negligencia a la hora de entablar la acción interdictal (art. 1902 CC). Considera el Tribunal Supremo que la interposición de un interdicto de obra nueva para conseguir la suspensión de unas obras, es susceptible de calificación de ejercicio culpable de los derechos procesales, cuando aquellos que llevan a cabo la interposición conocen que la propietaria no ha sido demandada y que no es parte en el procedimiento.

La cuantificación de los daños.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (SSTS, entre otras, de 14 de octubre de 1952, 30 noviembre de 1961, 22 de junio de 1989, 20 de marzo de 1991 y 13 de abril de 1992) que la Sala sentenciadora es soberana para apreciar, según el resultado de las pruebas, la existencia de daños y perjuicios, así como la cuantía de los mismos. (STS de 3 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Urbanización Nuevo Santander, S. A.* interpone demanda contra don P. R. C. y don A. G. D. sobre reclamación de cantidad.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Contra dicha sentencia, la entidad actora interpone recurso de apelación, que es estimado, parcialmente, por la Audiencia Provincial quien condena a los demandados al pago conjunto y solidario a la actora de la cantidad solicitada. Recurrida en casación esta resolución, el Tribunal Supremo desestima el recurso e impone las costas causadas por el mismo a los recurrentes. (S. E. M.)

54. Responsabilidad extracontractual. Prescripción de la acción. No se da, pese a los años transcurridos, si en el correspondiente proceso penal no se le hizo ofrecimiento de acciones al perjudicado, ni se le notificó el auto de archivo o sobreseimiento.—La omisión del ofrecimiento de acciones en el proceso penal y en su caso además la de la notificación del auto de archivo, no pueden ir en detrimento de los perjudicados en el sentido

de que la acción civil se considere prescrita por no haberse ejercitado dentro del año siguiente a la producción del daño o a la terminación de las actuaciones penales (SSTC 89/1999 y 298/2000). Doctrina constitucional que puede resumirse en dos argumentos esenciales: primero, que el conocimiento de la fecha en que han terminado dichas actuaciones penales constituye, pues, un presupuesto necesario para el ulterior ejercicio de la acción civil ante otro orden jurisdiccional; y segundo, que en tanto se sigan las actuaciones penales el Ministerio Fiscal está obligado al mantenimiento de las acciones penales y civiles. Pues bien, la resolución impugnada declara probado que al demandante no se le ofreció el procedimiento en las actuaciones penales y ni siquiera se le tomó declaración, y lejos de apuntarse indicio alguno de arbitrariedad o mala fe en su proceder se destaca su escaso o nulo conocimiento de las leyes.

Responsabilidad por hecho ajeno. No excluye la responsabilidad del agente directo del daño cuando se dan los requisitos para que éste venga obligado a reparar el daño.—El hecho de ser jefe de obra bajo la dependencia del empresario, lejos de exonerarle de responsabilidad por lesiones de los trabajadores debidas al incumplimiento de medidas de seguridad elementales, sería fundamento más que suficiente de tal responsabilidad frente al perjudicado y solidariamente con el empresario, ya que la responsabilidad por hecho ajeno del artículo 1903 CC no es excluyente de la del agente directo cuando se den todos los requisitos para que éste venga obligado a reparar el daño causado conforme al artículo 1902 CC.

Responsabilidad civil extracontractual. Compensación de culpas. No procede cuando la imprudencia del perjudicado constituye parte habitual de la prestación de sus servicios al empresario de acuerdo con las condiciones de trabajo marcadas por éste.—No es procedente la reducción de la indemnización por compensación de culpas, sobre la base de una pretendida culpa del trabajador demandante en la causación de su caída al haber aligerado su tarea colocando un tablón en vez de montar un andamio antes de proceder al rellenado de hormigón de cada pilar. Porque no es ningún exceso de confianza del trabajador que le llevara a prescindir de las medidas de seguridad prescritas por el empresario o el jefe de obra sino, muy claramente, la ejecución habitual y cotidiana de la obra en unas ínfimas condiciones de seguridad que ninguno de los demandados se preocupó nunca de mejorar, de suerte que ninguna culpa cabe apreciar en quien como el demandante, simple peón, se limitaba a desempeñar sus tareas en las condiciones marcadas por el empresario y el jefe de obra, a menos que se pretenda reprochar al trabajador el no haber formulado una denuncia o haber planteado unas exigencias que inevitablemente le habrían conducido a enfrentarse directamente con el empresario y con su jefe más inmediato. (STS de 16 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Durante la realización de unas obras de edificación, el actor que trabajaba como peón en las mismas, y por falta de las medidas de seguridad elementales, cayó desde una altura de diecisiete metros sufriendo diversos traumatismos y fracturas que le dejaron como secuela diversas atrofiaciones y limitaciones funcionales que determinaron que fuera declarado en situación de invalidez permanente total para su trabajo habitual. Después de seguirse diligencias penales, que fueron archivadas, y de ser condenado el empresario-empendedor en la jurisdicción social a pagar indemniza-

ción con el recargo del treinta por ciento, el lesionado interpuso demanda civil contra dicho empresario, así como contra el aparejador que ejercía funciones de jefe de obra, solicitando una indemnización de veinte millones de pesetas con base en la responsabilidad *ex* artículo 1902 CC. El Juzgado de Primera Instancia de Badajoz estimó íntegramente la demanda y condenó solidariamente a ambos demandados a pagar la cantidad solicitada. La Audiencia Provincial desestimó los recursos de apelación interpuestos por los condenados y confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por el aparejador. (LAGD)

55. Responsabilidad por hecho ajeno. Responsabilidad del naviero por lo hecho por el capitán. Responsabilidad del capitán del buque.—La personalidad jurídica del capitán del buque presenta notas de complejidad, en cuanto su principal cometido es la dirección y gobierno del buque; se trata de un cualificado profesional técnico, dependiente del naviero por quien es designado libremente y con el que le liga un contrato de embarque. Con relación a su responsabilidad debe consignarse que cuando realice un acto ilícito por el mal uso de los poderes conferidos o incumplimiento culposo de los deberes impuestos por la ley o derivados de su contrato de embarco con el naviero, responde frente a éste del daño que cause (arts. 618 y 621 CCO). Así, sin perjuicio de que sea el capitán el que responde civilmente para con el naviero condenado, es éste el que ha de pechar con la responsabilidad por los hechos del capitán que hayan producido a terceros daños y perjuicios. Por ello, la responsabilidad civil que atribuye el artículo 618.5.º CCO a todo capitán de buque, lo es «para con el naviero y éste para con los terceros que hubieran contratado con él». O sea, que de los daños que sobrevengan por la falta de cumplimiento de las obligaciones que le corresponden conforme a los artículos 610 y 612 CCO, y en concreto en lo relativo a «vigilar cuidadosamente la estiba» no responderá directamente frente al tercero, sino frente al naviero. Por consiguiente, si los actos ilícitos del capitán causan daño a un tercero, será responsable el naviero frente al dañado (STS de 17 de julio de 1995).

Responsabilidad por hecho ajeno. Culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando*.—La Sala estima que existe culpa tanto en la empresa estibadora, como en el capataz que por cuenta de aquélla ejercía funciones de vigilancia y dirección de las operaciones. Existe culpa en el capataz por la torpe y negligente realización del hecho; y en la empresa estibadora por la culpa *in eligendo* y la culpa *in vigilando*. En ambos casos existe responsabilidad subjetiva como señala el artículo 1.903.1, debiendo señalarse que tal responsabilidad no es subsidiaria, sino directa porque nace del incumplimiento de los deberes de imponer las relaciones de convivencia social de vigilar a los que están bajo la dependencia de otros y emplear la debida cautela en la elección y en la vigilancia de sus actos.

Responsabilidad civil extracontractual. Prescripción de la acción. Inicio del cómputo cuando se trata de lesiones personales.—La doctrina jurisprudencial ha mantenido que, tratándose de lesiones, para determinar el *dies a quo* ha de atenderse al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido según el alta médica. Tratándose de lesión en accidente de trabajo, comienza el cómputo desde la fecha de la resolución

atenida al Informe de la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades. (STS de 29 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—A consecuencia del accidente sufrido en su trabajo como estibador, cuando participaba en la carga de un buque en el puerto de Santander, don A. M. demandó a las mercantiles *Seedps, S. A., B. C., S. A.*, así como a don P. P., capataz de la anterior, y a don D. R., capitán del buque donde tenían lugar las operaciones de carga. El actor solicitó la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a causa del accidente sufrido. El Juez de Primera Instancia estimó de oficio la excepción de incompetencia de jurisdicción y, sin entrar en el fondo del asunto, dejó imprejuzgada la cuestión. La Audiencia Provincial de Santander estimó el recurso de apelación planteado por el actor y, estimando parcialmente la demanda, condenó a la compañía *B. C., S. A.* y a don P. P., quien prestaba servicios como capataz para la anterior en las labores de estiba al tiempo de producirse el accidente, a que indemnizasen conjunta y solidariamente al actor la cantidad de 35.000.000 pesetas. El Tribunal Supremo no dio lugar a los recursos de casación interpuestos por los demandados condenados. (LAGD)

56. Culpa extracontractual: alumna de seis años, de colegio público atropellada por autobús escolar. Responsabilidad de la Junta. Demanda interpuesta conjuntamente contra compañía de seguros. Competencia civil. Derecho transitorio.—Producido el accidente en 1989, la Sala de Conflicto del Tribunal Supremo ha resuelto en su Auto de 17 de diciembre de 2001, que dirigida la demanda conjuntamente contra la Administración y la aseguradora, procede mantener la *vis atractiva* de la jurisdicción civil, pues de lo contrario se obligaría al perjudicado a entablar dos procesos distintos ante dos jurisdicciones diferentes, con el riesgo de resoluciones no acordes, lo que provocaría una merma de las garantías del ciudadano y un debilitamiento de su derecho constitucional a la tutela efectiva.

Litisconsorcio pasivo necesario.—La concurrencia de varias acciones u omisiones en la producción del daño a cargo de diferentes agentes, genera una responsabilidad entre ellos cuando no sea posible individualizar la parte de aquel que sea atribuible a cada uno, por lo que la parte perjudicada puede dirigir su acción contra cualquiera de ellos.

Responsabilidad del colegio público: no puede invocar la culpa de la alumna menor de edad para minorar su responsabilidad.—No puede aplicarse la doctrina de la minoración del importe del resarcimiento del daño cuando concurre también a su producción la conducta (positiva o negativa) del dañado, ya que la víctima ha realizado este comportamiento porque el colegio público al cual sus padres han confiado durante su permanencia en él, el cumplimiento de los deberes de cuidado y protección, ha sido negligente en esta tarea que ha asumido, no pudiendo pretender que se atenúe económicamente su obligación resarcitoria como consecuencia de una conducta de la que ella es responsable.

Negligencia de la profesora encargada del grupo de niños que salía a tomar el autobús.—La profesora no actuó conforme a la diligencia exigible, no pudiendo alegar el incidente de que uno de los niños del grupo la llamó para atar el zapato, lo cual no le exoneraba de sus deberes de vigilancia y

protección respecto a los demás menores en una situación de riesgo como era el deseo de éstos de subir los primeros al autobús mientras éste maniobraba en el portalón del colegio.

Prescripción extintiva: *Dies a quo*.—Está constituido por el día siguiente de la notificación de la sentencia firme por la que se inadmitía su anterior demanda por incompetencia territorial del órgano judicial.

Improcedencia del abono del 20 por 100 según la Ley del Contrato de Seguro.—Procede estimar el recurso de la aseguradora porque el abono del 20 por 100 desde los tres meses siguientes a la fecha del siniestro sólo se impone, conforme al artículo 20 de 1980 en su anterior redacción, si el impago se origina por causa no justificada o fuera imputable al asegurador, circunstancias que aquí no concurren, ya que el asegurador desconoce el *quantum* indemnizatorio hasta su fijación por la sentencia. (STS de 31 de octubre de 2003; ha lugar en parte.)

NOTA.—El accidente ocurre en 1989, siendo de destacar que la Audiencia Provincial incrementó notablemente hasta la suma de veinte millones de pesetas la indemnización por daños morales causados a la accidentada por consecuencia de las secuelas del accidente (daño estético y funcional), cifrados en 4,5 millones por el Juzgado de Primera Instancia. El Tribunal Supremo condena, además, a la profesora encargada de sacar a los niños al autobús, y absuelve a la aseguradora del pago del 20 por 100 del importe de la indemnización.

Hay un Voto particular formulado por el Magistrado Sr. Gullón Ballesteros en relación con la ausencia en el proceso del conductor del autobús que atropelló a la menor, así como de la empresa de transporte y de su aseguradora. Entiende que rechazar desde el inicio del proceso su necesaria presencia en él, calificándolos de reponsables solidarios por aplicación del artículo 1.144 CC, supone considerarlos obligados a reparar, sin que se hayan observado los principios de contradicción y audiencia de parte para que tengan que soportar tal condena. A su juicio, en este caso la solidaridad nace de la sentencia, y no antes, al no existir ningún precepto legal que lo declare. (G. G. C.)

57. Culpa extracontractual: reparación del daño por caída de edificio. Cálculo de la cuantía indemnizatoria.—Se trata de la reposición del edificio siniestrado al que la sentencia del Juzgado, tras la oportuna pericia en autos, señaló el valor de 20.738.651 pesetas, si bien se advirtió que el reinstalar en el mismo sitio y con los mismos materiales el inmueble derrumbado sería ir contra la lógica constructiva y se incumpliría la normativa del sector, que no autoriza la reconstrucción por debajo de ciertos estándares; se trataría de una construcción análoga pero actual, y así el perito señaló en la reposición total del edificio (incluyendo presupuesto de contrata, honorarios de arquitecto y aparejador, licencia municipal de obras, enganches y acometidas) un total de 16.805.337 pesetas, a cuya cantidad debiera aplicarse un coeficiente reductor que podría oscilar entre el 0,6 (depreciación del 40 por 100) y el 0,8 (depreciación del 20 por 100), adoptando el Juzgado de Primera Instancia la media del 0,7 (equivalente a una depreciación del 30 por 100), criterio que también siguió la Audiencia Provincial. Ha de partirse

de que es facultad atribuida a los Tribunales de instancia la apreciación sobre la existencia y fijación del *quantum*, valiéndose de las pruebas aportadas; en todo caso, el restablecimiento del patrimonio del perjudicado en el estado precedente a la producción del daño supondrá la edificación de iguales características al derrumbado, y se trata de un edificio de cuarenta años de antigüedad, debiéndose descartar el absurdo de recibir idéntica indemnización por una construcción tan antigua como por la caída de un edificio recientemente construido. La reparación de los daños y perjuicios no debe conducir al enriquecimiento del perjudicado. La STS de 29 de marzo de 2001 señala que el principio de la total indemnidad queda sujeto a las reglas legales que determinan los daños resarcibles y a la extensión indemnizatoria del artículo 1.107 CC, y a la prueba de lo que ha acontecido en el caso.

Daño moral. Doctrina general.—Según recoge la STS del 31 de mayo de 2000, la temática planteada sobre la indemnización del daño moral presenta ciertas peculiaridades, sobre todo por la variedad de circunstancias, situaciones o formas con que puede presentarse el daño moral en la realidad práctica, y de ello es muestra la jurisprudencia que, aparentemente contradictoria, no lo es si se tienen en cuenta las hipótesis a que se refieren. Así se explica que unas veces se indique que la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral (STS de 21 de octubre de 1996), o que no es necesario puntual prueba o exigente demostración (STS de 15 de febrero de 1994), o que la existencia de aquél no depende de pruebas directas (STS de 3 de junio de 1991), en tanto en otras se exige la constatación probatoria (STS de 14 de diciembre de 1993), o no se admita la indemnización —compensación o reparación satisfactoria— por falta de prueba (STS de 19 de octubre de 1996). Lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo (SSTS de 23 de julio de 1990, 29 de enero de 1993, 9 de diciembre de 1994 y 21 de junio de 1996), sobre todo en relación con su traducción económica, y que haya que estar a las circunstancias concurrentes, como destacan SSTS de 29 de enero de 1993 y 9 de diciembre de 1994. Cuando el daño moral emane de un daño material (STS 19 de octubre de 1996), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la *in re ipsa loquitur*, o cuando se da una situación de notoriedad (SSTS de 15 de febrero de 1994, y 11 de marzo de 2000), no es exigible una concreta actividad probatoria. Como ha recogido la STS de 31 de mayo de 2000, el daño moral requiere un padecimiento o sufrimiento psíquico (SSTS de 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996 y 27 de septiembre de 1999), habiéndose referida la más reciente doctrina jurisprudencial al impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, angustia, trastorno de ansiedad, impacto emocional etc (SSTS de 6 y 23 de julio de 1990, 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996, 27 de enero de 1998 y 12 de julio y 27 de septiembre de 1999). (STS de 11 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Presenta interés el resumen de la doctrina jurisprudencial sobre indemnización del daño moral (FD 3.º), de aplicación también a la responsabilidad extracontractual. En el caso se indemniza aquél a dos propietarios por las molestias que comporta la privación de la propia vivienda, y la del local en que se ejerce la actividad, pero se deniega por falta de prueba con base en la titularidad del local a quien no reside allí ni regenta el negocio. Se habla en la

doctrina, a este respecto, de que, en ciertas ocasiones y debido a su contenido versátil, el daño moral se instrumentaliza y se utiliza como un comodín, para ser empleado *a conveniencia* y esconder otros conceptos indemnizatorios (así, Elena VICENTE DOMINGO, «El daño», en el *Tratado de responsabilidad civil*, coordinado por Reglero Campos, Cizur Menor, 2002, p. 228). No parece ser éste un caso de instrumentalización del daño moral (si se atiende a las reducidas indemnizaciones por tal concepto de 800.000 y 400.000 pesetas). Pero tampoco se entiende bien su negativa a un propietario por el mero hecho de no residir en el edificio derrumbado; ¿no hubiera bastado el sentimiento de afección experimentado por haber nacido o trabajado en él sus padres o el mismo interesado? (G. G. C.)

58. Responsabilidad civil extracontractual. Daños producidos a consecuencia de mordedura de perro. Responsabilidad objetiva.—La obligación de reparar el daño causado por animales la contempla el artículo 1.905 CC, que señala una responsabilidad objetiva que deriva de la posesión del animal. Sólo se evita el cumplimiento de tal obligación cuando se rompe el nexo causal por fuerza mayor o culpa del perjudicado.

Responsabilidad extracontractual. Solidaridad impropia.—La obligación de reparar el daño que prevé el artículo 1.905 CC, es derivación de la obligación de indemnizar el resultado dañoso del acto ilícito que proclama, como principio, el artículo 1.902 CC. Sobre éste la jurisprudencia, reiteradísima, ha mantenido la solidaridad cuando el daño se imputa a varios agentes. La solidaridad que se predica a los sujetos de un acto ilícito que produce un resultado dañoso, solidaridad de obligación de repararlo, ha sido una creación jurisprudencial, por lo que se la ha llamado «solidaridad impropia». (STS de 29 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Los hermanos R. R que se ocupaban del cuidado de un perro, lo habían artificialmente inclinado a la agresividad y a la fiereza, y aunque el animal tenía collar y cadena para retenerlo, su control no era el adecuado, por lo que el perro se soltó y saltó una valla de la finca a la que custodiaba y mordió a don E. J. S. F. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia revocó la sentencia de instancia al estimar la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (S. M. J. A.)

59. Responsabilidad extracontractual. Nexo causal. Funciona como criterio de imputabilidad de la responsabilidad. Necesidad de probar los hechos acreditativos de la concurrencia del nexo causal.—En el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo. Queda así expresado que la causalidad es más bien problema de imputación; esto es, que los daños o perjuicios deriven o fueron ocasionados por un acto u omisión imputable a quienes se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicios resulten consecuencia necesaria del acto u omisión de que se hace dimanar (SSTS de 30 de abril de 1998 y de 2 de marzo de 2001). Corresponde la carga de la prueba de la base fáctica del nexo cau-

sal, y por ende las consecuencias desfavorables de su falta, al demandante y, en todo caso, es preciso que se pruebe la existencia de nexo causal, correspondiendo la carga de la prueba al que ejercita la acción (SSTS de 6 de noviembre de 2001 y de 23 de diciembre de 2002).

Responsabilidad extracontractual. Ruina de edificio del artículo 1.907 CC. Interpretación del concepto de ruina. Ha de entenderse en su sentido propio. No alcanza a los daños producidos por filtraciones o inundaciones de agua.—El artículo 1.907 CC hace referencia a los daños que resulten de la ruina del edificio, debiendo entenderse el concepto de ruina en su sentido propio, sin que puedan incluirse en el mismo los daños causados por inundación consecuente con una obstrucción de tuberías que, en su caso, habría de reconducirse al artículo 1.902 CC (STS de 3 de abril de 1996). Ha de señalarse la total inaplicación del artículo 1.907 CC para resolver la cuestión sometida a debate judicial, que no es otra que la indemnización de daños y perjuicios ocasionados en local situado en planta inferior por filtraciones de agua procedentes de un piso superior, supuesto de hecho totalmente distinto del contemplado en el citado artículo 1.907 CC (STS de 6 de abril de 2001).

Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad del propietario de la obra por hecho ajeno. Culpa *in eligendo* o *in vigilando*. No concurre cuando se trata de contratos entre personas o empresas no determinantes de subordinación entre ellos.—En relación con la responsabilidad del propietario de la obra, cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relación de subordinación entre ellos, falta toda razón esencial para aplicar el artículo 1.903 CC, puesto que, por lo general, no puede decirse que quien encarga una obra a una empresa autónoma en su organización y medios, y con asunción de riesgos inherentes al cometido que desempeña, deba responder por los daños ocasionados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado participación en los trabajos o parte de ellos sometiéndolos a su vigilancia o dirección (STS de 27 de noviembre de 1993). Así, ejecutadas las obras de transformación en local para oficinas de la vivienda adquirida por los hermanos codemandados, sin que los compradores se reservasen la dirección de la obra y sin que existiere ninguna relación de subordinación entre los comitentes y el contratista, no puede atribuirse a los codemandados negligencia alguna por culpa *in eligendo*. (STS de 22 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Los codemandados adquirieron un piso que reconvirtieron en local para oficinas. A tal efecto, eliminaron la cocina y, entre otras adaptaciones, cegaron las cañerías del agua con tapones metálicos al efecto. Un par de años después de la reforma, estando arrendado el local, uno de los tapones saltó empujado por la fuerza del agua, en horas en que no había nadie en la oficina, produciendo una inundación que duró algún tiempo hasta que se cerró la llave de acometida de la finca. A consecuencia de este evento el propietario del piso inferior sufrió daños de diversa consideración, que fueron indemnizados por su compañía aseguradora. La aseguradora ejercitó la acción de regreso del artículo 43 LCS contra los propietarios de la oficina y contra el inquilino de la misma. El Juzgado de Primera Instancia de Madrid desestimó la demanda planteada. La Audiencia Provincial desestimó, asimismo, el recurso de apelación interpuesto por la aseguradora. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

60. Culpa extracontractual. Responsabilidad médica. Extirpación de tumor en el cuello. Invalidez permanente como secuela.—Los daños y secuelas sufridas por el actor son consecuencia de la sección de la rama dependiente del servicio espinal que inerva el músculo trapecio, sección que se produjo durante la intervención a que fue sometido aquél. Acreditada la existencia del daño causado por una acción objetivamente imputable al cirujano codemandado, la conducta de éste ha de calificarse de culposa o negligente en mayor o menor grado. La operación a que fue sometido el paciente consistió en una linfadenectomía modificada o funcional que tenía por objeto la extirpación de todo el bloque tumoral, preservando y respetando el músculo esternocleidomastoideo, la vena yugular interna y el nervio espinal, lo que la diferencia de la disección radical del cuello en la cual dichas estructuras no son respetadas; por tanto, los riesgos inherentes a esa intervención quirúrgica no comprendían la afectación del nervio espinal que si resultó dañado lo fue por una conducta negligente o descuidada del codemandado. Se dan en el caso los requisitos constitutivos de la acción para la exigencia de la responsabilidad por culpa extracontractual.

Culpabilidad incluida en el nexo causal.—Es reiterada la jurisprudencia según la cual en el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo, de modo que la causalidad —como en el caso debatido— es más bien un problema de imputación. Ha declarado la STS de 9 de octubre de 2002 *que el artículo 1.902 CC ha sufrido un evolución jurisprudencial acorde con la realidad social siempre cambiante que, manteniendo un fondo de reproche culpabilístico, desplaza cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexo causal, ya que se subsume en la causa del daño la existencia de culpa.* (STS de 11 de septiembre de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—El supuesto fáctico de esta sentencia (graves secuelas por extirpación de tumor en el cuello) coincide sustancialmente con el de la STS de 15 de septiembre de 2003, extractado en este fascículo del ADC. Difiere el Ponente respectivo (aquí es el Magistrado Sr. González Poveda, y allí el Magistrado Sr. O'Callaghan Muñoz), y, sobre todo, la fundamentación de la sentencia de casación que aquí sirve para rechazar el recurso y confirmar una sentencia parcialmente estimatoria, y allí más enérgicamente fundamenta la estimación de un recurso que sale al paso de dos sentencias absolutorias de instancia. (G. G. C.)

61. Responsabilidad civil médico-hospitalaria. Diagnóstico alterado: enfermo tratado de cólico nefrítico cuando estaba diagnosticado de padecer aneurisma de aorta. Cómo ha de prestarse la actividad de diagnosticar.—La actividad de diagnosticar, como la efectiva de sanar, han de prestarse con la aportación profesional más completa y entrega decidida, sin regateo de medios ni esfuerzos (SSTS de 16 de febrero y 22 de mayo de 1995), dado que la importancia de la salud humana así lo requiere e impone, por lo que dará lugar a responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, cuando dicha actividad se realice con negligencia.

No es necesario que el nexo causal concorra con matemática exactitud.—La relación causal existe desde que se emitió un diagnóstico equivocado y se omitieron aquellas pruebas que hubieran aportado el diagnóstico correcto.

Requisitos de una actuación médica completa.—Dicha actuación comporta la realización de todas aquellas actividades médicas necesarias, siempre y cuando se cuente con los medios para llevarlas a cabo.

Responsabilidad del organismo al que pertenecía el médico por culpa *in eligendo* o *in vigilando*.—A tenor del artículo 1903 CC, el organismo al que pertenece el médico (*Servicio Andaluz de Salud*) responde civilmente por hecho ajeno, al quedar en pie el reproche culpable que se concreta en la actuación censurable del médico por la negligencia en la que incurrió (SSTS de 15 de marzo de 1993, 21 de julio de 1997 y 24 de junio de 1999, entre otras).

Responsabilidad del organismo del que dependía el hospital por relegar a un enfermo, diagnosticado de un padecimiento grave y necesitado de intervención quirúrgica en el menos tiempo posible, a una lista de espera.—Dejar a un enfermo con un aneurisma de aorta, que requería ser operado con la máxima urgencia, a un práctico olvido, por haberse pospuesto la intervención que necesitaba e incluirle en el trámite burocrático de lista de espera, equivale prácticamente a un abandono muy grave y con carga de riesgo relevante de que el desenlace fatal pueda producirse en cualquier momento. Esta responsabilidad encuentra su apoyo legal en el artículo 1.902 CC, al tratarse de mal cumplimiento de la prestación médico-sanitaria que requería el enfermo de referencia (SSTS de 21 de julio de 1997, 16 de diciembre de 1998 y 23 de abril de 2001, entre otras). (STS de 27 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El marido de la demandante fue atendido, en el Servicio de Urgencias de un hospital perteneciente al *Servicio Andaluz de Salud* (codemandado), por una médico (codemandada) que le diagnosticó un cólico nefrítico cuando lo que tenía era un aneurisma de aorta roto que le provocó la muerte. Se dio la circunstancia de que el enfermo había sido diagnosticado casi cuatro meses antes de tal padecimiento y así se lo hizo saber el médico de cabecera a la de urgencias en el parte de ingreso hospitalario. También debe resaltarse que cuando se le diagnosticó el aneurisma al paciente se indicó la necesidad de ser intervenido, no obstante, se le mantuvo sin ningún control, y solamente, después de haber pasado mes y medio desde el diagnóstico, lo remitieron a una lista de espera, sin fecha precisa para la operación.

La reclamación de la viuda ascendía a una indemnización de veinte millones de pesetas, con carácter solidario, que dirigía contra los demandados reseñados en el párrafo anterior y contra otro médico. La demanda no prosperó en primera instancia. La Audiencia estima en parte el recurso de la actora y condena a la médico de urgencias y al *Servicio Andaluz de Salud* a abonar, solidariamente, a la viuda, quince millones de pesetas. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación interpuesto por el médico y el SAS. (I. D.-L.)

62. Culpa extracontractual. Responsabilidad del médico y del INSALUD. Extirpación de quiste en el cuello. Secuelas. Prueba de la culpa.—Las sentencias de instancia estiman la realidad del daño y la presencia del nexo causal, pero desestiman la demanda por falta de prueba de la

culpa. Pero hay que tener en cuenta que no se trata de que *no se ha probado la culpa*, sino de que el médico no ha probado que el resultado dañoso no se ha producido por su actuación. En este sentido la STS de 2 de diciembre de 1996, reiterada por la STS de 29 de noviembre de 2002, declara que *el deber procesal de probar recae también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión.*

Doctrina del resultado desproporcionado.—Se reitera una vez más la doctrina del resultado desproporcionado respecto a una intervención quirúrgica que produce un daño, así las SSTS de 29 de junio, 9 de diciembre de 1999, 29 de noviembre de 2002 y 30 de enero de 2003, entre otras, que declaran que ante un daño desproporcionado se desprende la culpabilidad del autor, añadiendo que *corresponde a la regla res ipsa loquitur que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana, y a la regla del Anscheinsbeweis (o apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la faute virtuelle (o culpa virtual), lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto.*

Responsabilidad objetiva por los servicios sanitarios según la LGDCU.—A mayor abundamiento debe aplicarse la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por servicios sanitarios establece el artículo 28 de la Ley de 1984, según reiterada jurisprudencia.

Cuantía indemnizatoria.—Al producirse la infracción del artículo 1902 CC, respecto del médico, y el 1903 párrafo 4.º, respecto del INSALUD la Sala Primera del Tribunal Supremo asume la instancia y procede a la condena solidaria de los demandados al abono al perjudicado de la cantidad que reclamó en su día, hace más de diez años. (STS de 15 de septiembre de 2003; ha lugar.) (G. G. C.)

63. Responsabilidad civil médica. Accidente de esquí que genera una fractura de espina tibial en la esquiadora: actuación médica y cojera irreversible de la accidentada. Doctrina del daño desproporcionado, de la apariencia de prueba y de la culpa virtual.—Lo que debe calificarse jurídicamente es la actuación médica y, a partir del deber de *neminem laedere* del médico, ver si el mismo corresponde a la normal actuación o si se ha producido un resultado desproporcionado del que deriva la presencia de responsabilidad contractual o extracontractual.

La doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del autor corresponde a la regla *ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma), que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada ampliamente por la doctrina angloamericana, en la doctrina alemana se habla de la *apariencia de prueba* (regla del *Anscheinsbeweis*) y en el derecho francés de la *culpa virtual* (la *faute virtuelle*).

lle), será necesario, en estos casos, un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente y que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto (SSTS de 29 de junio de 1999, 29 de noviembre de 2002 y 31 de enero de 2003, entre otras). (STS de 8 de mayo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante sufrió un accidente de esquí que le causó una fractura de espina tibial. Fue atendida de urgencia *in situ* y trasladada a Barcelona donde la reconoció y trató el médico demandado (asegurado en *Wintertuhr*, compañía que fue también demandada) que pertenecía a un centro hospitalario, al que se extendió la demanda. El mencionado médico la sometió hasta tres intervenciones en casi año y medio de tratamiento sin resultado favorable alguno. La paciente-demandante acude a otro médico (no demandado) que termina el tratamiento, pero a la paciente le quedan graves secuelas que se traducen en una clara cojera irreversible.

En primera instancia se estima parcialmente la demanda al condenar al médico y a su aseguradora a indemnizar a la actora solidariamente con doce millones de pesetas (se pedían veinte millones de pesetas). Apelada esta sentencia por los condenados en ella, la Audiencia la revoca y los absuelve al entender que hay falta de prueba respecto a la concurrencia de culpa. El Tribunal Supremo acoge el recurso de casación y hace suya la sentencia de primera instancia, al entender que la causa del daño fue la actuación médica, de cuyo mal resultado se desprende la culpa y, en consecuencia, la responsabilidad. (I. D.-L.)

64. Responsabilidad médica. Resultado desproporcionado en una operación de cataratas. Pérdida de la visión de un ojo: inobservancia de las medidas profilácticas que la *lex artis* exigía. Prueba de la causa del daño.—La víctima no puede precisar cuál es la concreta y precisa causa del resultado anómalo y desproporcionado que ha sufrido (pérdida de la visión de un ojo); es el demandado al que le es más fácil la prueba del desempeño de la diligencia exigible y que el daño no obedece a la falta de ella.

Falta de reclamación previa en la vía administrativa a la interposición de la demanda: irrelevancia del defecto por inexistencia de perjuicio.—En nada se demuestra que haya perjudicado a la Administración la falta de subsanación del defecto, cuando la conducta de ésta ha sido en todo momento la de oponerse a las pretensiones del actor, sin intentar justificar siquiera que en la vía administrativa hubiera podido encontrar satisfacción el demandante.

La alegación de este defecto no puede tener trascendencia procesal alguna, ya que la Administración reclama por el incumplimiento de una mera formalidad, que se revela como obstaculizadora del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Lucro cesante: cuantificación.—Procede una minoración del *quantum* indemnizatorio por lucro cesante en atención a las previsiones de la legislación laboral aplicables al perjudicado. (STS de 2 de julio de 2003; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El paciente demandó al médico que le operó y al *Instituto Nacional de la Salud* para que le indemnizaran solidariamente, con veinticinco millones de pesetas, los perjuicios físicos, patrimoniales y morales que sufrió a consecuencia de la pérdida de la visión de un ojo, debido a una infección padecida después de una intervención quirúrgica de cataratas en la que, según el actor, no se adoptaron las medidas profilácticas adecuadas. En la historia clínica no había constancia que al paciente se le aplicase la inyección subconjuntival postoperatoria que impone la *lex artis* como medida profiláctica.

En la primera instancia se desestima la demanda, mas no en la apelación, donde condenan a los demandados solidariamente a pagar 18.064.000 pesetas al actor. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación presentado por el médico, pero sí da lugar en parte al interpuesto por el *INS*, al entender que la condena de los demandados debía rebajarse a 16.864.000 pesetas (*I. D.-L.*)

65. Responsabilidad civil médica. Deber de información del médico al paciente: contenido.—La información al paciente ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa, y exhaustiva; debe, además, practicarse en los tiempos clínicos correspondientes y buscar que la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para que pueda entenderla debidamente. También ha de tratarse de una información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen.

Obligación de documentación del consentimiento informado. Referencia al consentimiento prestado mediante documentos impresos, carentes de rasgos informativos adecuados.—Aunque se permite que el consentimiento sea prestado en forma verbal, deberá quedar constancia del mismo en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte, como exige la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y deberes en materia de información y documentación médica (no aplicable en el presente caso).

El consentimiento prestado mediante documentos impresos, carentes de rasgos informativos adecuados, es indebido e incorrecto (SSTS de 28 de abril de 2001 y 26 de septiembre de 2000).

Requisitos y alcance del deber de información médica.—Ha de referirse, como mínimo, a las características de la intervención quirúrgica a practicar, sus riesgos, ventajas e inconvenientes, en lo que cabe incluir el pronóstico sobre las probabilidades del resultado (STS de 13 de abril de 1999).

Fundamento del deber de información médica: la buena fe.—La información previa al paciente a cargo de los facultativos e instituciones sanitarias deriva de la buena fe.

Efectos que produce la práctica incorrecta de este deber.—Si la información médica no se lleva a cabo adecuadamente, a fin de que el consentimiento del enfermo lo sea con conocimiento de causa bastante, se infringe *la lex artis ad hoc*, al violentarse el hecho esencial del arrendamiento de servicios médicos. Además, la práctica incorrecta del deber de información integra una omisión constitutiva de culpa sanitaria conforme a los artículos 1902 y 1903 CC y normativa Constitucional (arts. 43 y 51.1-2).

Prueba del adecuado cumplimiento del deber de información.—Corre a cargo de los médicos demandados, por asistirles actuación favorable ventajosa para aportarlo al pleito, sobre todo mediante la documentación en que conste haber tenido lugar de modo efectivo y adecuado dicho deber. (STS de 29 de mayo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—A la actora, al dar a luz en un hospital de Alicante, se le practicó cesárea y una ligadura de trompas por los dos médicos demandados, ya que en dos partos anteriores también hubo de practicársele cesárea. No obstante, la demandante volvió a quedar embarazada por cuarta vez, en esta ocasión de gemelos, y tuvo también que dar a luz mediante cesárea, la cuarta. No quedó acreditado ni en la historia clínica ni en la documentación hospitalaria de la paciente si se le informó respecto a la operación de esterilización, su seguridad y posibles consecuencias.

La demanda, en la que se solicitaba una indemnización de treinta millones de pesetas por los perjuicios patrimoniales causados y daños morales, fue dirigida contra los dos médicos reseñados y contra el *Servicio Valenciano de Salud*. Ni en primera ni en segunda instancia se aprecia la pretensión de la actora, pero el Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación, condenando a todos los demandados solidariamente a indemnizarle con diez millones de pesetas. (I. D.-L.)

66. Intervención quirúrgica ajustada a la *lex artis*.—A la luz de los diversos informes médicos, resulta patente la relación causa-efecto entre la operación y los daños. No obstante, la conducta del médico durante la intervención se ajustó plenamente a la *lex artis*. Los peritos coinciden en señalar que la lesión producida es una de las complicaciones habituales que pueden surgir en los pacientes sometidos a esta clase de intervención, debiéndose proceder a la intervención, pues el curso normal de la enfermedad hubiese llevado a la actora a una situación similar o incluso peor.

Consecuencias jurídicas del incumplimiento del deber de informar al paciente.—Todo facultativo de la medicina tiene la obligación de informar de manera cumplida al enfermo acerca de los posibles efectos y consecuencias de cualquier intervención quirúrgica y obtener su consentimiento al efecto, a menos que se presente un supuesto de urgencia que haga peligrar la vida del paciente o pudiera causarle graves lesiones de carácter inmediato [art. 10.6 c) de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad]. En el presente caso, se ha incumplido un deber profesional impuesto por la Ley. No obstante, la trascendencia de la falta de información ha de desvincularse del cumplimiento adecuado del oficio de técnico de cirujano, y lo que debe valorarse en cuanto proceder antijurídico es la privación del derecho del paciente a obtener la información esclarecedora, previa al consentimiento (derecho a nuevas consultas, derecho a elegir, derecho a demorarse en la práctica de la intervención, etc.). Sólo debe ponderarse el monto de una indemnización que responda a la privación del derecho a prestar consentimiento informado, y de las posibilidades que, en otro caso, se tenían.

Consentimiento. Carga de la prueba.—La falta de prueba del consentimiento no puede perjudicar a la parte que no tiene la carga de la prueba, sino a la contraria (demandado). (STS de 8 de septiembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Doña E. I. F. se sometió a una intervención quirúrgica que erradicó el bocio nodular que padecía, y originó una indeseada secuela de disfonía postoperativa, de cuya dolencia mejoró, aunque no totalmente, tras otra intervención llevada a cabo en un hospital de California. La actora presentó una demanda contra el médico, don C. G. G., y las entidades *Sanatorio de la Salud, S. A.* y *Compañía de Seguros de Asistencia Sanitaria Adeslas*, en reclamación de cantidad, por las secuelas físicas permanentes y definitivas y el daño moral sufrido. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a los demandados a que abonaran solidariamente la cantidad declarada. Posteriormente, la Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia. Se ha promovido recurso de casación contra la sentencia de apelación con base en los artículos 1902 y 1903 CC, al considerar que el demandado incurrió en negligencia al practicar la intervención quirúrgica; y el artículo 10 de la Ley General de Sanidad de 1986, por vulneración del deber de información al paciente. Asimismo se alega infracción de los artículos 27 y 28 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. El Tribunal Supremo ha estimado parcialmente el recurso.

NOTA.—Esta sentencia se inscribe en la línea jurisprudencial que considera que la infracción de la obligación de informar sólo comporta la lesión del derecho a la autonomía del paciente, y que éste es el único interés en base al cual debe computarse la indemnización [véase las STS de 10 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7868) y STS (Sala 3.^a) de 4 de abril de 2000 (RJ 2000, 3258)]. (E. C. V.)

67. Responsabilidad del fabricante y del importador por producto defectuoso. Naturaleza de dicha responsabilidad. Responsabilidad extracontractual. Imposibilidad de aplicar las normas sobre vicios ocultos.—En relación con el fabricante o el importador, la responsabilidad es extracontractual. La sentencia de la Audiencia Provincial yerra cuando la califica de contractual, pero lo hace esencialmente para rechazar la aplicación de la normativa de vicios ocultos de la compraventa, que es claramente inaplicable. Aparte de ello, insiste en este concepto *obiter dicta* y el fundamento del fallo son las normas de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, sin que la condena la base en el artículo 1.101 CC que, por ello, no ha sido infringido.

Responsabilidad por productos defectuosos. Naturaleza de la obligación cuando concurren varios agentes. Responsabilidad solidaria.—La responsabilidad que establece la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios es ciertamente la obligación solidaria de reparar el daño y se impone a los varios intervinientes en el proceso productivo, desde el fabricante al vendedor, y se establece precisamente esta pluralidad de responsables en protección al consumidor, evitándole que tenga que dirigirse a un posible fabricante desconocido o extranjero. Por lo cual, conforme a lo previsto por el artículo 1.144 CC, el consumidor puede dirigirse contra las personas conocidas que, en el presente caso son el importador y el distribuidor; lo que es correcto y no supone infracción del artículo 27 LGDCU, sino todo lo contrario, supone su adecuada aplicación al caso concreto.

Reparación del daño. Preferencia de la reparación *in natura* a la reparación por equivalencia o económica.—El demandante interesó la entrega de un vehículo del modelo y características del dañado. Lo cual responde al concepto de responsabilidad extracontractual o, por mejor decir, conforme al texto de los artículos 1.089, 1.093 y 1.902 CC. Obligación de reparar el daño causado, en que la reparación preferente es la reparación *in natura*, no la llamada por equivalencia, que es la indemnización económica y es subsidiaria de la anterior. (STS de 14 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor adquirió en marzo de 1991, en la entidad concesionaria A. N., S. L., el vehículo marca Toyota, modelo Land Cruiser, importado por la otra codemandada, T. C., S. A. El eje trasero del automóvil presentaba un defecto de fabricación que hacía que con su normal funcionamiento sufriera una fatiga que, a su vez, determinó un progresivo deterioro de su sección que, indefectiblemente, terminó produciendo su rotura, lo cual ocurrió en noviembre de 1993, ocasionando el vuelco del vehículo, quedando destruido el mismo y lesionadas las personas. El comprador demandó a las entidades vendedoras e importadoras por haberles vendido un producto defectuoso. El Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas de Gran Canaria acogió en parte la demanda y condenó solidariamente a las demandadas a entregar un vehículo de las mismas características al vendido y a indemnizar los daños personales sufridos. La Audiencia Provincial de Las Palmas desestimó el recurso de apelación interpuesto por la empresa importadora demandada. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por dicha demandada. (L. A. G. D.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

68. Acción reivindicatoria frente al tercero hipotecario que adquirió del adjudicatario de un embargo declarado nulo.—La declaración de nulidad del juicio ejecutivo no evita la protección del tercero hipotecario subadquirente del adjudicatario. *Las compraventas posteriores a la acordada en el ejecutivo son válidas y no quedan afectadas por una nulidad anterior no reflejada en el Registro de la propiedad.* (STS de 17 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiendo sido embargado un inmueble, se adjudicó en pública subasta a un tercero, que inscribió su título en el Registro de la Propiedad. El inmueble se enajenó a un subadquirente que inscribió también su título en el Registro y que, a su vez, volvió a transmitir la propiedad por compraventa a un nuevo titular, que inscribió. La titular extrarregistral del inmueble fue lanzada por el adjudicatario del embargo, aunque tiempo después consiguió que se dictara sentencia declarando la nulidad del juicio ejecutivo e, invocando dicha nulidad, ejercitó una acción reivindicatoria frente al titular registral. La demandante en ningún momento instó la ano-

tación preventiva del procedimiento de nulidad del embargo, del que no hubo constancia registral. (C. J. D.)

69. Tercería de dominio de bienes muebles adquiridos por el tercerista con la compra del inmueble (un hotel).—Los bienes muebles son parte integrante del inmueble vendido cuando expresamente se indicó en la escritura pública de venta que se transmitía el Hotel *en perfecto estado de funcionamiento*, expresión que debe interpretarse como que la venta del inmueble comprendía la de *todas sus pertenencias*.

El mandato o comisión de gestión temporal de los bienes por la vendedora, a cargo de la compradora, no es obstáculo a la transmisión de la propiedad.—No es un obstáculo para la transmisión de la propiedad el hecho de que, en la escritura pública de venta, conste que la vendedora seguirá gestionando o explotando los bienes durante un período de tiempo determinado, cuando con ello *se venía como a disociar en tema posesorio la dualidad entre el poseedor en concepto de dueño —mediato— (la compradora), y el poseedor en nombre ajeno, como poseedor inmediato o usuario*. Este acuerdo, introducido en la escritura pública de venta como una prestación que realizaría la vendedora a cargo de la compradora, no desvirtúa la transmisión y *únicamente crea un mandato o comisión a la parte transmitente*. (STS de 23 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La vendedora de unos bienes muebles inicia un procedimiento ejecutivo contra la compradora para cobrar el precio de los mismos. Los bienes muebles habían sido instalados en un hotel que, a su vez, había sido posteriormente enajenado por escritura pública de venta a un tercero. En la escritura se hizo constar que la empresa vendedora se comprometía *«a llevar a cabo la gestión [...] del Hotel [...] durante el plazo de tres meses, contados a partir de la fecha de escritura, por cuenta y cargo de la compañía compradora»*, tiempo que se prolongó de hecho hasta poco después de iniciado el embargo de los muebles. La entidad compradora, dueña del hotel, interpuso una tercería de dominio para enervar el embargo de los bienes muebles instalados en el mismo. En primera instancia se estimó la tercería, pero la sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial de Cádiz. En casación, hubo lugar al recurso interpuesto por la entidad tercerista. El Tribunal Supremo estimó que, por la escritura, la compradora adquirió tanto la propiedad del inmueble como la del mobiliario que se encontraba en el interior. No obstante, en cuanto a la posibilidad de transmitir la propiedad de bienes muebles en general por virtud de escritura pública, en la sentencia encontramos un pronunciamiento desfavorable (*obiter dicta*). (C. J. D.)

70. Tercería de dominio. Limitación del objeto de la reconversión.—Al igual que en la STS de 27 de abril de 1998, el Tribunal Supremo rechaza la tesis de que la tercería admite cualquier modalidad de reconversión e, incluso, la intervención de personas ajenas a la *litis*, cuando su objeto es la nulidad del título del tercerista. Por el contrario, afirma el Alto Tribunal que no cabe una reconversión de objeto indiscriminado. Concretamente, la única

pretensión de fondo que se ha admitido como motivo de oposición frente al tercerista en vía reconvenional es, precisamente, la nulidad del título dominical que sirva de apoyo a la reclamación del mismo (STS de 26 de junio de 1979); el resto, en cambio, constituye un objeto autónomo que debe ventilarse por los cauces del juicio declarativo correspondiente.

Tercería de dominio. Nulidad del título esgrimido por el tercerista. Ejercicio por vía de excepción y mediante reconvencción.—En diversas sentencias pone de relieve el Tribunal Supremo la posibilidad de alegar la nulidad del título esgrimido por el tercerista tanto como excepción como mediante reconvencción, así como las consecuencias del empleo de cada una de estas vías (entre otras, SSTs de 4 de junio de 1993, 19 de mayo de 1997). Así, cuando la nulidad del título se hace valer como simple excepción, el rigor sobre posibles terceros implicados en el negocio que tendrían que soportar la declaración de nulidad decae, pues el Tribunal sentenciador se limita a apreciar la inexistencia de un título válido de dominio en el tercerista (STS de 24 de julio de 1992). En cambio, cuando se plantea la nulidad por vía de reconvencción, se ha de constatar quiénes fueron parte del contrato, a fin de determinar si alguno de ellos no es parte en la tercería y, con ello, la imposibilidad del pronunciamiento por falta de litisconsorcio pasivo necesario o, más bien, por insuficiente legitimación pasiva (STS de 20 de julio de 1994).

Tercería de dominio. Ejercicio de la acción de rescisión por fraude de acreedores en demanda reconvenional. Indefensión del deudor.—La declaración de rescisión de un contrato por fraude de acreedores requiere que sean demandadas ambas partes del contrato para poder ser condenadas. Dado que, ante la propia estructura procesal de la tercería, el deudor ejecutado no puede defenderse en forma frente a la pretensión de rescisión del codemandado, la declaración de rescisión del título del que trae causa el tercerista, producida por estimación de la acción reconvenional, da lugar a indefensión, con violación del artículo 24 CE. Este principio impide que, fuera del objeto propio de un litigio —cuyo alcance viene constreñido por ley—, se introduzca *a fortiori* lo que debiera ser tema de un litigio autónomo. En este sentido, la acción de rescisión por fraude de acreedores, que tiene sus exigencias peculiares y su marco propio de probanzas en atención a su naturaleza subsidiaria, ha de ejercitarse en un proceso independiente, fuera de la tercería de dominio.

Tercería de dominio. Finalidad.—La tercería de dominio se ejercita con el objetivo de sustraer bienes del procedimiento de apremio, por no pertenecer al apremiado. Así, según reiterada jurisprudencia (sirvan de ejemplo las SSTs de 31 de mayo de 1993 y 16 de abril de 2002), su finalidad exclusiva es el levantamiento del embargo trabado sobre el bien en litigio. (STS de 18 de noviembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Interpuesta tercería de dominio por la entidad *M. B. Arrendamientos, S. L.*, contra *Banco Guipuzcoano, S. A.* y *Vendis, S. A.*, la entidad bancaria demandada formula demanda reconvenional en la que solicita se dicte sentencia declarando la rescisión del contrato de compraventa del que trae su derecho la demandante. La demanda de tercería es estimada en primera instancia. *Banco Guipuzcoano, S. A.* interpone recurso de apelación, que es estimado por la Audiencia Provincial, la cual revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y estima la reconvencción formulada, rescindiendo el contrato de compraventa celebrado entre *M. B. Arrendamien-*

tos, S. L. y Vendis, S. A. Interpuesto recurso de casación por *M. B. Arrendamientos, S. L.*, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. (*A. M. M.*)

71. Tercería de dominio interpuesta por la titular de una opción de compra inscrita en el Registro de la Propiedad frente a la entidad embargante. Eficacia real de la opción. Preferencia de la anotación de embargo frente a los titulares de derechos sobre la cosa y acreedores posteriores. Naturaleza jurídica de la opción de compra: no se trata de un *ius in re* al faltar el elemento de la inmediatividad.—1.º La opción de compra adquiere, una vez inscrita en el Registro de la Propiedad, una eficacia real frente a los créditos y derechos anotados o inscritos con posterioridad, sin que pueda deducirse de ello su naturaleza de derecho real por faltar el elemento de la inmediatividad o señorío directo del titular sobre la cosa; 2.º La oponibilidad *erga omnes* de la opción exige solamente la inscripción registral del derecho conforme a lo dispuesto en el artículo 14 RH (convenio expreso de las partes para su constancia registral, precio estipulado para la adquisición de la finca y plazo para el ejercicio de la opción), sin que haya de esperarse a su ejercicio efectivo; 3.º Tampoco puede supeditarse este ejercicio a que el optante consigne el precio de los bienes, de modo análogo a lo que sucede en el artículo 175.6.º RH para la cancelación de las cargas y gravámenes posteriores tras el ejercicio de una condición resolutoria o rescisoria inscrita, dado que este precepto reglamentario contempla un supuesto de hecho diferente al que se enjuicia en el presente caso; 4.º Por último, el principio de subrogación real sólo es aplicable a los bienes singulares (al margen quedan, pues, los casos en que opera en el seno de un patrimonio o universalidad globalmente considerado) cuando la transferencia de la cualidad jurídica de un bien al que le sustituye se encuentra expresamente prevista en la ley (*v. gr.* arts. 486, 517, 518, 1626, 1627, 1897 CC, 109 y 110.2 LH, 40 LCS 1980, entre otros). No consta que la entidad bancaria tercerista hubiese instado el embargo del derecho de crédito sobre el precio de la compraventa para el caso de claudicar el que se había practicado sobre la cosa comprada. (STS de 17 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Inmobiliaria Espiolla, S. L.* insta demanda de tercería de dominio contra el *Banco Santander Central Hispano, S. A.* y la entidad *Metales, Hierros y Cargas, S. A.*, por la que solicita que se enerve el embargo practicado sobre el inmueble de su propiedad a instancia del Banco, que había adquirido en ejercicio de una opción de compra concedida a su favor por la también demandada *Metales, Hierros y Cargas, S. A.* La sucesión fáctica se reproduce a continuación: el 2 de junio de 1992 *Metales, Hierros y Cargas, S. A.* (en ocasiones se alude a la entidad «Hierros, Metales y Cargas, S.A») celebra un contrato de opción con *Promociones Tarazona, S. L.*, que se inscribe en el Registro de la Propiedad el 4 de agosto del mismo año. El 22 de septiembre se anota preventivamente un embargo en el Registro en el transcurso de un procedimiento ejecutivo seguido por el Banco de Santander contra *Metales, Hierros y Cargas, S. A.* El 1 de febrero de 1995 *Promociones Tarazona, S. L.* cede a la inmobiliaria *Espiolla* su derecho de opción con el consentimiento de la sociedad optataria. El 8 de febrero

de 1995 se ejercita la opción de compra, que se inscribe en el Registro de la Propiedad, tras lo cual la adquirente del inmueble solicita el alzamiento del embargo mediante la interposición de una tercería de dominio. Queda acreditado que por el ejercicio de la opción no se entregó cantidad alguna (el precio de compra establecido ascendía a veinte millones de pesetas), ya que la vendedora y la compradora eran mutuamente acreedoras y deudoras. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por no haber sido ejercitada la opción de compra antes de la traba del embargo. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la tercerista, que entabla el presente recurso de casación

NOTA.—La opción de compra adquiere con su inscripción en el Registro de la Propiedad una eficacia real de la que, en principio, carecería, dada su naturaleza personal (sobre la naturaleza *real* del derecho de opción que se constituye como tal en escritura pública y se inscribe en el correspondiente registro, véase el art. 20 de la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, reguladora de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente). La jurisprudencia insiste en que esta inscripción, que permitiría al titular de la opción (ya fuera la persona que hubiera celebrado el contrato o quien hubiera adquirido este derecho preferente de manos de su titular, como sucede en el presente caso) hacerla valer frente a posteriores adquirentes de bienes o derechos sobre el inmueble, no produce el efecto de cierre registral a los nuevos titulares, pudiendo dirigirse frente a ellos el oportuno requerimiento en el que se les comunique la perfección de la compraventa, emplazándoseles ante el Notario para el otorgamiento de la correspondiente escritura pública (SSTS de 9 de junio de 1990, 10 de septiembre de 1998). El acta notarial por la que se requiere al titular del bien para el ejercicio de la acción no es título hábil para la inscripción de la transmisión en el Registro en cuanto que no identifica a los otorgantes, ni contiene un juicio sobre su capacidad, ni goza, por último, de una virtualidad traditoria equiparable a la de la escritura pública (RDGRN de 27 de octubre de 1999). El ejercicio de la opción produce la cancelación de los derechos inscritos con posterioridad (véase expresamente este efecto en el art. 29 de la Ley 22/2001, de 31 de diciembre), debiendo quedar el precio a disposición de los titulares de estos derechos de modo análogo a lo previsto en el art. 175.6.ª RH respecto del cumplimiento de las condiciones resolutorias o rescisorias expresas en una compraventa (véase el art. 29 de la Ley 22/2001, antes citado, así como la RDGRN de 27 de marzo de 2000). Ahora bien, como señala el Tribunal Supremo en esta sentencia, ello no implica que la exigencia de consignación del precio en establecimiento bancario o Caja oficial que contempla este precepto sea trasladable aquí, pues —como se afirma en el FD 3.º— los supuestos contemplados en uno y otro precepto son diferentes. (*N. M. I.*)

72. Interpretación de la DT 1.ª de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.—De acuerdo con reiterada doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 9 de julio y 17 de diciembre de 2001), únicamente correspon-

de a las personas que fueran titulares dominicales antes de la Ley de Costas la posibilidad de solicitar, de acuerdo con la DT 1.^a, la concesión de la titularidad de un derecho de ocupación y aprovechamiento marítimo-terrestre, por un plazo de treinta años prorrogable por otros treinta sin la obligación de abonar canon. (STS de 11 de septiembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora adquiere en 1974 en escritura pública para su sociedad de gananciales un chalé sito en la playa de la Antilla, inscribiéndolo a su favor en el Registro de la Propiedad de Ayamonte. Aunque en el momento de la adquisición la zona en la que se encontraba el chalé no estaba deslindada, posteriormente se practica un deslinde de acuerdo con la Ley de Costas de 28 de julio de 1988. Por ello, los propietarios del inmueble interponen demanda contra el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, en la que solicitan que se declare su propiedad sobre la finca en cuestión al momento de la publicación de la Ley de Costas de 1988, y que se niegue que la finca es de dominio público. Asimismo, solicitan la nulidad del deslinde y la cancelación de la anotación preventiva de dominio público a favor del Estado sobre la finca. Subsidiariamente, para el caso de que no se diere lugar al pedimento anterior, los actores piden que se declare su derecho a obtener los beneficios de la DT 1.^a de la Ley de Costas, mediante la conversión de su título en una concesión por máximo de sesenta años, respetando los usos y aprovechamientos existentes y sin obligación de abonar canon. En tal caso, exigen que se condene al Estado a indemnizarles determinadas cantidades por el valor de las edificaciones construidas sobre dicho suelo, conforme a los términos de la Ley de Expropiación Forzosa.

El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda presentada, pues, tras declarar que los actores eran propietarios en el momento de la publicación de la Ley de Costas de 1988, reconoce que la finca se encuentra situada en una zona marítimo-terrestre. En consecuencia, admite el derecho de los actores a obtener los beneficios previstos en la DT 1.^a. El citado Juzgado, por incompetencia de jurisdicción, no entra en el fondo de las cuestiones relativas a la nulidad del deslinde practicado. Esta sentencia es confirmada posteriormente en grado de apelación. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación promovido por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes. (M. C. C. M.)

73. División del bien en comunidad. Homogeneidad de los lotes.—Conforme a lo dispuesto por los artículos 393 y 1.061 CC, a los que se remite el artículo 406 CC, la división del bien en comunidad debe realizarse por lotes homogéneos y en proporción a cada una de las cuotas.

Venta del bien común en pública subasta.—La subasta es un remedio para salir de una situación de indivisión, debidamente constatada, en virtud del cual se produce la transformación en equivalente dinerario, a repartir entre los comuneros de conformidad a sus participaciones. Ante la subasta, las partes están en posición de igualdad jurídica, ya que, si bien pierden su propiedad a favor de quien resulte adjudicatario, a esta condición pueden

acceder tanto los terceros como cualquiera de los copropietarios. (STS de 17 de noviembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Los litigantes son dueños de la finca objeto del pleito en régimen de comunidad de bienes por terceras e iguales partes indivisas. Los actores instaron la cesación y disolución de la comunidad de bienes y que, al no poderse formar lotes por igual valor económico, se procediera a su venta en pública subasta. Los dos demandados reconvinieron, solicitando que se mantuviera la comunidad entre los mismos, ofreciendo el pago de la cuota en el bien común a los actores y, en caso de no ser aceptada, se dividiera la finca en dos lotes; de no prosperar los anteriores pedimentos, se solicitó que se procediera a la enajenación en pública subasta.

La sentencia recurrida en casación decidió la disolución de la comunidad y procedió a la división del bien común en dos lotes, adjudicando a los demandados la finca A, integrada por el elemento mobiliario más significativo y de mayor valor en relación al total de la finca como unidad patrimonial, ya que comprendía el edificio principal, casa señorial, destinada a hospital veterinario, rodeada de zona verde ajardinada que se encuentra catalogada como de interés urbanístico por la normativa municipal, contando con entrada para vehículo y otra peatonal desde una carretera general. En el lote de los actores se incluyó la finca B, lote integrado por una vivienda aislada y trasera, susceptible de ser destinada a vivienda unifamiliar habitable mediante las precisas obras de rehabilitación y no expresada debidamente en la escritura de compra plural. La división, además, se realizó sólo de manera parcial, pues la comunidad perduraba en una parte.

Los actores recurren en casación, acordando el Tribunal Supremo la venta en pública subasta del bien. (B. F. G.)

74. Propiedad horizontal. Cláusulas prohibitivas de destino de los locales comerciales del edificio a actividades ya existentes en otros locales.—El Tribunal Supremo considera plenamente válida y oponible frente a la arrendataria (*Viajes Diana Tours, S. L.*, demandada en este procedimiento) y el propietario de un local de una galería comercial en régimen de propiedad horizontal (don A. F. S.) la cláusula de los estatutos reguladores de esta comunidad en la que se prohibía destinar sus locales a industrias ya existentes en la galería, o similares que pudiesen entrar en competencia con ellas. Citando sus anteriores SS de 8 de mayo y 24 de junio de 2002, el Tribunal Supremo declara que este tipo de estipulaciones no vulnera las disposiciones de libre comercio y competencia, al no producir efectos sensibles en los mercados nacional y comunitario, incluso en los casos en que la actividad de la demandada —como sucedía en el supuesto de hecho resuelto en el segundo de estos pronunciamientos— fuera más amplia que la prohibida —venta de complementos y productos para animales, que sólo de manera parcial desarrollaba la titular del supermercado— (comunidad de propietarios del centro comercial «Zoco de Pozuelo» contra *Supermercados Alfaro, S. A.*). (STS de 18 de septiembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Viajes Excelsior, S. A.*, entabla demanda sobre cumplimiento de obligación contra *Viajes Diana Tours, S. L.* (arrendataria de un local comercial dentro de la galería en la que la demandante tenía ubicado su establecimiento mercantil), don A. F. S. (propietario del mencionado local), doña R. S. (gerente de *Diana Tours, S. L.*) y doña A. P. D. (en representación de la comunidad de propietarios de la citada galería comercial). El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda condenando al dueño del local y a la entidad titular del establecimiento mercantil a cesar en la actividad de agencia de viajes que venían explotando en los puestos números 12 y 13 de la galería, y a todos los demandados a abonar en ejecución de sentencia los daños y perjuicios ocasionados a la parte actora. Interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado, la Audiencia Provincial dictó sentencia desestimatoria, que ha sido recurrida en casación.

NOTA.—El Tribunal Supremo ratifica en este pronunciamiento la validez de las cláusulas de prohibición de determinados usos y destinos para los pisos o locales integrados en un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal con base en lo dispuesto en el artículo 7.2 de su Ley reguladora. En este caso concreto el inmueble era una galería comercial que había quedado sometida a este régimen jurídico por voluntad de los propietarios, los cuales habían otorgado unos estatutos en los que se contenía la prohibición de variar el destino de los locales de la galería —salvo que fuera para explotar una actividad inexistente en dicho centro comercial— y destinarlos, en general, a industrias ya establecidas en el propio inmueble o a otras similares que pudiesen entrar en competencia con ellas. El supuesto se diferencia nítidamente de aquellos otros, objeto también de algunas resoluciones jurisprudenciales, en los que el promotor (o los titulares) del edificio se limitan a hacer constar en el título o estatutos de la propiedad horizontal el destino que habrán de tener los locales comerciales integrados en la comunidad (SSTS de 5 de marzo de 1990 y 21 de diciembre de 1993, en la que se dio a dos de estos locales una finalidad distinta —taller de reparación de vehículos— a la que aparecía descrita en los estatutos —garaje y almacén—). Al no ser presumibles las limitaciones de dominio, aquellas que no se expresen como auténticas prohibiciones o limitaciones en los estatutos no podrán restringir las facultades de los posteriores adquirentes de derechos sobre los citados locales. En el presente caso las cláusulas prohibitivas no dejaban lugar a dudas acerca de cuál había sido la intención de los propietarios otorgantes. (N. M. I.)

75. Constitución de servidumbres *inter vivos* en virtud de título.—Según reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTS de 6 de diciembre de 1985, 8 de octubre de 1988, 27 de febrero de 1993, 19 de julio de 2002 y 24 de marzo de 2003), la constitución voluntaria de servidumbres por título precisa de un acuerdo de voluntades dirigido a tal fin, siendo necesario que en el contrato en que se establezca el gravamen conste de forma clara la voluntad de los otorgantes, ya que, como indica el Tribunal Supremo, opera la presunción de libertad del fundo en caso de duda (SSTS de 30 de octubre

de 1959, 8 de abril de 1965 y 30 de septiembre de 1970). No es necesario, por el contrario, la constancia en escritura pública, como elemento *ad solemnitatem* que afecte a la eficacia obligatoria y validez de lo pactado (SSTS de 2 de junio de 1969 y 26 de junio de 1981), salvo que se trate de una adquisición de servidumbre sin contraprestación, supuesto en el que el requisito de forma vendría exigido por el artículo 633 CC (STS de 20 de octubre de 1993).

Servidumbre no inscrita. Exclusión de la protección registral al adquirente de la finca gravada.—Afirma el Tribunal Supremo que la protección registral del adquirente de la finca gravada con una servidumbre no inscrita queda excluida cuando ésta se manifiesta al exterior mediante signos ostensibles, perfectamente exteriorizados, manifiestos e indubitados (sirvan de ejemplo las SSTS de 5 de abril de 1986, 21 de diciembre de 1990, 15 de marzo de 1993 y 23 de marzo de 2001). En este sentido, aunque una tubería es un signo exterior de manifestación de una servidumbre de desagüe, no puede considerarse ostensible y manifiesto, puesto que puede confundirse con las demás tuberías del edificio destinadas al mismo fin. (STS de 18 de noviembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios del Edificio «Santa Marta», en Badajoz, interpuso acción negatoria de servidumbre de desagüe contra la comunidad de propietarios del inmueble colindante, cuyas aguas residuales desembocaban en un pozo de desagüe, propiedad de la primera, a través de una tubería que atravesaba el muro divisorio entre ambos edificios y discurría por el techo de la zona del garaje del Edificio «Santa Marta». Los demandados formularon reconvencción, en la que ejercitaban acción confesoria de esa misma servidumbre, alegando que fue constituida mediante acuerdo verbal entre los respectivos promotores de ambos edificios, a cambio de una cantidad de dinero, cuyo pago no resultó acreditado.

La demanda fue estimada en primera instancia, fallo contra el que interpuso la comunidad de propietarios demandada recurso de apelación. La Audiencia Provincial estimó el recurso y, con estimación de la demanda reconvenccional, declaró la existencia de la servidumbre debatida y ordenó su inscripción en el Registro de la Propiedad. Interpuesto recurso por la comunidad de propietarios demandante, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso. (A. M. M.)

76. Servidumbre de acueducto. Concepto. Título de servidumbre.—La servidumbre de acueducto puede definirse como el derecho para hacer pasar el agua por los predios ajenos intermedios. De acuerdo con la doctrina jurisprudencial (entre otras, SSTS de 2 de junio de 1969 y 1 de marzo de 1994), servirá como título de servidumbre cualquier acto jurídico oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, en virtud del cual se establezca una limitación al derecho de propiedad realizado voluntariamente por el titular del predio sirviente.

Servidumbre de acueducto aparente: inaplicación del artículo 34 LH.—Según el Tribunal Supremo (SSTS de 7 de noviembre de 1911, 8 de mayo de 1947, 20 de mayo y 2 de diciembre de 1992), no podrá alegarse la falta de inscripción de la servidumbre cuando ésta tenga el carácter de aparente y continua. Cuando se trate de una servidumbre de acueducto aparente, no se podrá invocar con éxito el artículo 34 LH, ya que la realidad exterior estable-

cida en la finca (la existencia de dos tomas de agua con sus correspondientes contadores) elimina el requisito de la existencia de buena fe en el tercer adquirente, presupuesto necesario para obtener la protección consagrada en el anterior precepto hipotecario. (STS de 27 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El propietario de una finca sita en El Escorial, después de segregar parte y venderla como fundo independiente a una asociación de propietarios, constituye una servidumbre de acueducto a favor de la colonia de viviendas que se va a construir en el predio vendido. La citada servidumbre obliga a los dueños de la finca matriz a derivar agua en la cantidad diaria estipulada para que la finca segregada se encuentre abastecida de agua potable. Para la constancia de la referida servidumbre se firma un documento en el que se señala el paso de la tubería por el predio del vendedor. Posteriormente, parte del predio sirviente es vendido por una de las hijas del primitivo propietario. Aunque no consta la carga en el Registro de la Propiedad y la tubería es subterránea, hay signos externos que anuncian su existencia: cinco tomas de agua y los contadores correspondientes. La asociación de propietarios formula demanda contra la actual propietaria del fundo sirviente reclamándole una cantidad por falta de pago de los consumos de agua. La parte demandada contesta a la misma y formula acción reconvenzional negatoria de servidumbre de acueducto solicitando, entre otros extremos, que se condene a la demandada a retirar de su finca la tubería existente y que se restituya dicha finca al estado de libre de cargas y gravámenes como figura en el Registro de la Propiedad.

El Juzgado de Primera Instancia desestima tanto la demanda como la reconvencción interpuesta de contrario. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la asociación de propietarios, estima parcialmente el de la demandada, y condena a los demandantes a retirar de la finca la tubería existente. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la asociación de propietarios; en consecuencia, casa y anula la sentencia recurrida. (M. C. C. M.)

77. Limitación de dominio y no servidumbres de luces. No pueden entenderse vulneradas las prescripciones sobre distancias a observar en la apertura de huecos para luces y vistas en fincas contiguas cuando se emplea material traslúcido que impide la distinción de formas nítidas.—El Tribunal Supremo confirma en este pronunciamiento que el empleo de materiales traslúcidos en la construcción exime del cumplimiento de los requisitos sobre tamaño y distancias de los huecos abiertos en pared no medianera pero colindante con otro inmueble (arts. 581 y 582 CC), siempre y cuando la construcción reúna estos dos elementos: 1.º Que el material traslúcido sea sólido y resistente (es decir, con un índice de fractura que impida su conceptualización como frágil); 2.º Y que, no obstante permitir el paso de la luz, no facilite la visión de formas nítidas, sino, en todo caso, de luces y sombras informes (STS de 16 de septiembre de 1997, citada en FD 3.º). Éstos requisitos concurrían en el material empleado por los demandados para el cerramiento del hueco abierto en la pared contigua al edificio

de la comunidad de propietarios demandante. (STS de 19 de septiembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de la calle Sagasta núm. 1 de la ciudad de Murcia entabla demanda sobre acción negatoria de servidumbre contra don J. P. G. y su esposa doña F. A. P., solicitando que se declarase que los demandados no tenían derecho a abrir el hueco que habían llevado a cabo en la pared contigua al edificio propiedad de la actora. En la demanda se exigía que los demandados, que habían empleado para el cerramiento material traslúcido, volvieran el muro a su estado original. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda condenando a don J. y a su esposa, aunque en apelación la Audiencia Provincial revoca la sentencia absolviéndoles de todos los pedimentos de la demanda, que incluían la condena en costas por su temeridad y mala fe. La comunidad de propietarios entabla el presente recurso de casación.

NOTA.—Constituye este supuesto uno de esos casos en que la realidad social impone una reinterpretación de la normativa vigente (art. 3.1 CC). Esta nueva realidad es el descubrimiento de materiales de construcción que no eran empleados en el momento en que fue publicado el Código civil, y las normas a reinterpretar son los preceptos que regulan la forma en que se deben abrir huecos en los muros o paredes de fincas contiguas, ya sea para recibir luces (art. 581 CC: vanos de 30 centímetros en cuadro practicados a la altura de los techos o carreras con reja de hierro remetida en la pared y red de alambre) o para obtener vistas sobre el fundo vecino (art. 582 CC: no apertura de ventanas para obtener vistas rectas sobre el fundo ajeno cuando la pared en la que se abren diste menos de dos metros de la otra propiedad o de 60 centímetros, si se trata de vistas oblicuas). Pese a que la comunidad de propietarios demandante insta una acción negatoria de servidumbre, en realidad lo que se plantea en este procedimiento es la observancia de las limitaciones de dominio impuestas por la ley por razones de vecindad. La *ratio* de estos preceptos (arts. 581 y 582 CC) es similar a la que concurre en los artículos 586 (reglas sobre construcción de tejados para no hacer caer sobre el suelo del vecino las aguas pluviales) o 591 CC (sobre distancias en las plantaciones), entre otros muchos. Las relaciones de vecindad inspiran estas restricciones con las que se garantiza la buena convivencia entre propietarios de fincas colindantes, en algunos casos para evitar perjuicios patrimoniales (art. 586 CC), las más de las veces meras molestias o riesgos para la seguridad y salud de los colindantes (arts. 590 CC y 7 LPH) y, en ocasiones, también la injerencia en su ámbito privado, ya sea patrimonial (arts. 591 y 592 CC) o personal (arts. 581 y 582 CC). Esta última es, efectivamente, la finalidad que persiguen los preceptos aplicables al presente caso, con los que se trata de poner al resguardo de miradas ajenas a los propietarios de fincas colindantes. Este objetivo no se ve frustrado, sin embargo, por el empleo de materiales traslúcidos en la apertura de los huecos, siempre que esta cobertura cumpla los requisitos de seguridad y opacidad exigidos por el Tribunal Supremo en otras resoluciones anteriores, en las que el citado material ha venido a asimilarse más al muro como

elemento constructivo que a los vanos o ventanas que en él pudieran practicarse (SSTS de 17 de febrero de 1968, 24 de mayo de 1971, 16 de septiembre de 1997) (*N. M. I.*)

78. Constitución del derecho real de hipoteca: requisitos.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo afirma que para que nazca el derecho real de hipoteca es necesario que el sujeto hipotecante sea el propietario de la cosa hipotecada y tenga la libre disposición sobre ella (arts. 1857 CC y 138 LH) no sólo en el momento de celebrar el negocio, sino también en el momento de practicarse la inscripción en el Registro de la Propiedad, que es cuando en realidad nace el derecho real de hipoteca (arts. 1875 CC y 145 LH). (**STS de 29 de septiembre de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—En octubre de 1990, don P. B. C. y doña M. C. G. T., mediante escritura pública, establecen hipoteca unilateral sobre las fincas objeto del litigio a favor de la entidad *Banco Español de Crédito, S. A.* Sin embargo, la escritura pública de constitución de hipoteca no se inscribe en el Registro de la Propiedad hasta octubre de 1992.

En este intervalo de dos años, antes de que la escritura pública de constitución de hipoteca accediese al Registro, don P. B. C. y doña M. C. G. T. venden las fincas como libres de cargas y gravámenes a unos terceros.

Cuando los compradores tuvieron conocimiento de la existencia de la hipoteca, inscrita con posterioridad a sus adquisiciones, presentaron una querrela contra los vendedores, que fueron condenados por un delito de estafa.

Asimismo, los compradores (actuales propietarios de los pisos) interponen demanda contra el *Banco Español de Crédito, S. A.* y don P. B. C. y doña M. C. G. T., solicitando se dicte sentencia en la que se declare la nulidad de la hipoteca unilateral constituida, en octubre de 1990, por los demandados y que recaer sobre las fincas cuyo dominio pertenece a los demandantes, así como la nulidad de las inscripciones registrales referentes a la hipoteca.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto, declarando la nulidad de la hipoteca y la cancelación de las inscripciones correspondientes. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

79. Hipoteca. Notificación del proceso de ejecución hipotecaria a los titulares de cargas inscritas posteriores (art. 131.5.^a LH): en interés del acreedor hipotecario y del adjudicatario de la finca hipotecada.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo afirma que la regla 5.^a del artículo 131 LH es una norma establecida en interés del acreedor hipotecario y del adjudicatario en subasta de la finca hipotecada. La finalidad de la citada norma es, por una parte, conseguir que el acreedor vea satisfecho su crédito con mayor rapidez y, por otra, facilitar al adjudicatario la cancelación de la carga que se ejecuta y de las cargas posteriores que gravan la finca que adquiere.

Asimismo se afirma que las notificaciones previstas en la regla 5.^a del artículo 131 LH no afectan al deudor hipotecario, cuya situación permanece en cualquier caso inalterable, pues la omisión de las mismas no le causan un perjuicio y su realización no redundaría en su beneficio.

Ejecución hipotecaria. Publicidad de las subastas de la finca hipotecada. La garantía prevista en la regla 7.^a del artículo 131 LH es distinta e independiente de la prevista en la regla 12.^a del citado precepto.—Afirma nuestro Alto Tribunal que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, era una exigencia legal la inserción de los edictos de subasta en los Boletines oficiales de la Provincia o del Estado (art. 131.7.^a LH), con la finalidad de que pudiesen asistir a la subasta judicial terceras personas y obtener un mayor precio por los bienes subastados.

La Sala 1.^a del Tribunal Supremo señala que la convocatoria pública de las subastas judiciales (art. 131.7.^a LH) es una garantía establecida en interés del deudor ejecutado, totalmente distinta e independiente de la establecida en la regla 12.^a del artículo 131 LH, en virtud de la cual al deudor ejecutado se le concede la posibilidad, una vez celebrada la tercera subasta, de que mejore, personalmente o por persona autorizada, el precio de remate. Por tanto, el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 131.12.^a LH no implica que se subsane el defecto de ausencia de publicidad oficial de las subastas (art. 131.7.^a LH). (STS de 7 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad financiera *Banco Espiritu Santo, S. A.* inició los trámites del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH para obtener la devolución del préstamo hipotecario concedido a la sociedad *Talleres mecánicos Los Llanos, S. A.* En el citado proceso judicial, el Banco acreedor se adjudicó, en la tercera subasta, el bien hipotecado y cedió el remate a la entidad *Dispena, S. L.*

La entidad mercantil *Talleres mecánicos Los Llanos, S. A.* interpone demanda contra la entidad financiera *Banco Espiritu Santo, S. A.* y la sociedad mercantil *Dispena, S. L.*, por la que solicita se declare la nulidad de lo actuado en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, instado por la entidad de crédito *Banco Espiritu Santo, S. A.*, por vulneración de lo dispuesto en la regla 5.^a del citado artículo 131 LH; subsidiariamente, para el caso de que lo anterior no fuera estimado, solicita se declare la nulidad de la subasta celebrada en dicho proceso judicial.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que con la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento de ejecución hipotecaria ya no se rige por lo dispuesto en el artículo 131 LH (cuya redacción ha sido modificada), sino por lo establecido en los artículos 571 ss. y 681 ss. de la vigente LEC. (*M. J. P. G.*)

80. Procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH. Notificación.—A diferencia de lo que ocurre con la citación previa, no es necesaria la notificación de la postura inferior de la tercera subasta (STS de 26 de junio de 1945). Según el Tribunal Supremo, la regla 12.^a del artículo 131 LH (en su

redacción anterior a la señalada por la DF 6.ª LEC) no ordena tal notificación –como sí lo hacía el art. 1056 LEC respecto del deudor en el caso análogo–, ya que lo que permite al actor, al dueño de la finca o a un tercero autorizado por ellos es mejorar la postura, por el conocimiento que deben tener del procedimiento. De hecho, en anteriores sentencias, ha afirmado el Alto Tribunal que el artículo 1056 LEC no era aplicable al procedimiento hipotecario (STS de 13 de febrero de 1933) y que la garantía prevista en la regla 12.ª del artículo 131 LH era independiente de la prevista en la regla 7.ª del mismo precepto legal (STS de 7 de octubre de 2003). (STS de 12 de noviembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.–El 15 de marzo de 1989, la entidad bancaria *La Caixa* otorga hipoteca sobre una finca, propiedad de la entidad *Britlor, S. A.*, designándose como domicilio para requerimientos y notificaciones el inmueble hipotecado. Tres años después, a través de escritura pública, *Britlor, S. A.* aporta la finca hipotecada, junto con otras, a la entidad *Ses Carinyenes, S. L.*, cuyo capital social, al igual que el de la transmitente, es del matrimonio G.-R. Meses después, y con anterioridad a la inscripción en el Registro de la Propiedad de esta aportación, *La Caixa* promueve demanda de procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, en ejecución de la finca, previo requerimiento de pago que cumple con lo establecido en la escritura de préstamo hipotecario. Seguido el procedimiento judicial, cuyas notificaciones no pudieron practicarse con éxito, se adjudica la finca a *La Caixa* en tercera subasta, si bien no puede inscribirse tal adjudicación, puesto que es denegada por el Registrador sobre la base de que no se notificó el procedimiento, ni se requirió de pago a *Ses Carinyenes, S. L.* Un año después, *La Caixa* vende la citada finca a un tercero.

Ses Carinyenes, S. L. plantea entonces demanda contra *La Caixa, Britlor, S. A.* y el tercero adquirente de la finca, solicitando, entre otros pedimentos, la nulidad de las actuaciones practicadas en el procedimiento judicial sumario hipotecario del artículo 131 LH, desde la expedición de la certificación registral relativa a la finca hipotecada. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, al considerar que había existido notificación a la entidad demandante. *Ses Carinyenes, S. L.* interpone a continuación recurso de apelación, que es estimado parcialmente por la Audiencia Provincial, la cual declara la nulidad parcial del procedimiento de ejecución hipotecaria a partir de la tercera subasta, debiendo reponerse los autos al momento de ordenarse la notificación, a los efectos de que la titular dueña de la finca pueda mejorar el tipo ofrecido en tercera subasta. Interpuesto recurso de casación por *La Caixa*, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. (A. M. M.)

81. Ejecución hipotecaria. Preferencia del acreedor hipotecario para cobrar su crédito: alcance.–La Sala 1.ª del Tribunal Supremo afirma que el acreedor hipotecario no tiene un crédito preferente sobre el sobrante del precio de remate de la ejecución hipotecaria. Esto es, el acreedor hipotecario, con cargo al precio de remate obtenido a través del procedimiento sumario de ejecución del artículo 131 LH, sólo puede cobrar, con carácter

preferente, la deuda garantizada con la hipoteca (en este mismo sentido se pronuncia la RDGRN de 27 de julio de 1988). (STS de 15 de octubre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco Español de Crédito, S. A.* interpone una demanda de tercería de mejor derecho contra don J. J. G. C. y don A. L. O., en la que solicita, entre otras cosas, que se declare su mejor derecho sobre el que ostenta don J. J. G. C. respecto de los bienes de don A. L. O. para cobrar la cuantía de la deuda garantizada con un derecho de hipoteca, así como otros créditos no garantizados por la hipoteca.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y declara el mejor derecho del *Banco Español de Crédito, S. A.* a cobrar su crédito hipotecario, hasta la cuantía garantizada por la hipoteca, con preferencia a don J. J. G. C., sobre los bienes ejecutados de don A. L. O. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que con la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento de ejecución hipotecaria ya no se rige por lo dispuesto en el artículo 131 LH (cuya redacción ha sido modificada), sino por lo establecido en los artículos 571 ss. y 681 ss. de la vigente LEC. (M. J. P. G.)

DERECHO DE FAMILIA

82. Sociedad de gananciales: disolución por divorcio: omisión de bienes gananciales: adición de la partición: mejora en empresa privativa del marido por actividad de la esposa.—Se declara probado que la esposa colaboró de manera decisiva en el negocio del marido, y que éste progresó de manera importante durante la etapa matrimonial, por lo que, aunque el inicio del negocio fuese anterior al matrimonio, debe aplicarse lo señalado en el artículo 1.359, pár. 2.º CC en el sentido de que la sociedad será acreedora del aumento de valor que los bienes tengan al tiempo de la disolución.

Arrendamiento otorgado después del matrimonio: el derecho de traspaso es ganancial.—El arrendamiento de local de negocio concertado después de celebrado el matrimonio, fuese o no el local centro del negocio o mero almacén de materiales, el hecho cierto es que sirvió al negocio, y, por tanto, el derecho de traspaso que le corresponda ha de incluirse en el haber partible, como lo menciona la STS de 21 de mayo de 1994.

Convenio regulador: vicios: manifestaciones del marido en proceso canónico de nulidad posterior al divorcio.—El marido alegó inmadurez para comprometerse en el matrimonio ante la jurisdicción canónica al objeto de obtener la nulidad, y la esposa argumentó con tales declaraciones para sostener la nulidad del convenio regulador, anteriormente presentado ante la jurisdicción civil, por la existencia de dolo. Pero la existencia o inexistencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo, así como la existencia de los vicios del consentimiento, es cuestión de mero hecho y como tal su constatación es facultad privativa de los tribunales de

instancia, cuya apreciación a través de la valoración de la prueba practicada ha de ser mantenida en casación en tanto la misma no sea devirtuada por el cauce procesal adecuado. (STS de 23 de octubre de 2003; ha lugar.) (G. G. C.)

83. Filiación matrimonial: impugnación por marido: caducidad de la acción: conocimiento de incapacidad para procrear.—El artículo 141 CC no resulta aplicable, en contra del criterio de la Audiencia Provincial, ya que la doctrina jurisprudencial declara que ha de tenerse en cuenta para los supuestos de reconocimiento de la paternidad, pero para su impugnación ha de acudirse al artículo 136 que es el que procede para combatir la presunción del artículo 116 (SSTS de 20 de junio de 1996 y 26 de junio de 2002). En el caso de autos el hijo de la unión matrimonial que mantuvieron los litigantes, disuelto por sentencia de divorcio, fue inscrito en el Registro Civil el 4 de marzo de 1985, y la demanda se presentó el 6 de julio de 1998, transcurrido en exceso el plazo legal de impugnación contado a partir de la inscripción, pero ello no impide la interpretación del precepto atendiendo a las circunstancias concurrentes integradas en los hechos probados, firmes en casación, que acreditan que el padre demandante, ante las dificultades de tener descendencia de su segundo matrimonio, acudió al médico especialista que emitió dictamen el 20 de noviembre de 1997 y ratificó en prueba testifical, en el que diagnosticó que padecía azoospermia y una atrofia testicular bilateral que le imposibilitaba para tener descendencia. A su vez, las pruebas de la investigación de la paternidad realizadas en el Instituto Nacional de Toxicología son contundentes, pues su resultado permite excluir la paternidad biológica del actor con respecto al hijo inscrito. Partiendo del hecho de que desde el conocimiento de su esterilidad, ocurrido el 20 de noviembre de 1997, no ha transcurrido el plazo legal de un año cuando la demanda se presentó el 6 de julio de 1998, ha de precisarse su influencia en relación con la caducidad de la acción.

Interpretación del artículo 136 CC bajo el principio de la veracidad de la filiación instaurada por la Ley de 13 de mayo de 1981.—La jurisprudencia de esta Sala, en sentencia de 3 de diciembre de 2002, con apoyo en las de 30 de enero de 1993 y 23 de marzo de 2001, declara que la aplicación rigurosa y literal del artículo 136 CC, en los casos en los que la paternidad resulta absolutamente descartada, como aquí ocurre, ofrece serios problemas de contradicción con los principios que informan la Ley de 13 de mayo de 1981, al resultar patentizada su tendencia a que prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial; dicha reforma integró como supuesto importante asentar la filiación sobre la verdad biológica, lo que no se puede desatender tanto en su aspecto positivo como en el negativo (no acreditación demostrada de la paternidad), y toda vez que el artículo 116 lo que establece es una presunción, susceptible de ser combatida, ya que resulta decisivo el hecho veraz de ser hijo y también el hecho de ser verdadero padre, no pudiéndose aplicar la *protección integral de los hijos* del artículo 39 CE cuando resulta inexacta la determinación de la paternidad real. Todo ello conduce a la conclusión de que no se da la caducidad de la acción ejercitada, pues el *dies a quo* se cuenta desde el momento en que el demandante tuvo conocimiento cierto, apoyado en prueba científica de su incapacidad para procrear (art. 1969), lo que ratificó la prueba practicada de investigación de la paternidad. (STS de 15 de septiembre de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Estamos en presencia de una auténtica *interpretación correctora del artículo 136 CC*, sin que quepa invocar aquí la regla

general de constituir el *dies a quo* contenida en el artículo 1969 CC (*desde el día en que pudieron ejercitarse*, las acciones) por existir una norma propia cuya interpretación no deja lugar a dudas, a saber, desde el conocimiento del nacimiento o desde la inscripción. Dado que la inscripción en el Registro produce efectos *erga omnes*, es lógico colocar en tal hecho el inicio del plazo breve de caducidad que fija el Código civil; en su defecto, hay presunción de querer ocultar el nacimiento, y parece razonable que el demandado pruebe la fecha de conocimiento por aquél. Obsérvese que en todos los casos en que la ley fija cortos plazos de caducidad (arts. 132 párr. 2º, 133 párr. 2º, 136 párrs. 2º y 3º, 137 párrs. 1º y 2º, 140 párrs. 2º y 3º y 141), una vez transcurridos los mismos, resultará que nos encontraremos con que se incumple el principio de la verdad biológica. ¿Procederá igualmente la interpretación correctora? En este caso ocurre además que la doctrina jurisprudencial permite dilatar a voluntad el inicio del plazo de caducidad; el padre ha esperado a que transcurriesen doce años y medio para someterse a una prueba de incapacidad para engendrar ¿es justo tener pendientes por tanto tiempo la decisión judicial firme sobre el carácter matrimonial de la filiación (en este caso, ello ocurre al llegar el hijo a la mayoría)? Por efecto de esta sentencia firme el hijo del matrimonio divorcido se convierte en hijo no matrimonial de su madre con el poco honoroso aditivo de ser hijo de padre desconocido. Después de tanto tiempo ¿subsistirán las pruebas contra el verdadero progenitor? ¿Cómo funcionarán en adelante las relaciones entre madre e hijo? En el presente proceso las dos sentencias de instancia estimaron la acción impugnatoria del padre, pero el Ministerio Fiscal se adhirió al recurso interpuesto por la madre. Desde 1981 la doctrina ha analizado exhaustivamente los límites del principio de veracidad de la filiación, sin olvidar las poco explicables limitaciones que impone la Ley de Procreación Asistida ¿vamos a propugnar una aplicación ilimitada e indiscriminada del mismo? (G. G. C.)

84. Filiación no matrimonial: reclamación paterna: madre que vive en pareja de hecho: menor que ha sido adoptado por el conviviente: negativa de la madre a practicar prueba biológica.—En el presente caso era precisa la prueba biológica a la vista de las cartas de amor y exclusividad hacia el actor, presentadas por éste, y cuya simple lectura evita cualquier comentario, por lo cual ha de darse a la negativa de la madre el efecto indicado en la doctrina jurisprudencial.

Falta de litisconsorcio pasivo necesario.—En el supuesto de debate no ha sido demandado el hijo, lo que supone la falta de litisconsorcio pasivo necesario, ya que no bastaba dirigir la demanda contra su madre, pues no puede ventilarse aquí la cuestión sin aquél, en atención a la seguridad, no sólo familiar, sino social, que ha de rodear a la posesión de estado civil,

Contradicción de intereses: designación de defensor judicial.—A mayor abundamiento, son contrarios los intereses de la madre demandada, que no quiere establecer en ningún caso la realidad que sea procedente sobre la paternidad, con los del hijo, tanto desde el punto de vista de su persona, como del orden público del estado civil; si hubiera sido demandado el hijo menor de edad, era necesario el nombramiento de un defensor judicial que le

representara y le amparase sus intereses, conforme al artículo 299.1 CC. Por todo ello procede la absolución de la instancia con estimación del recurso. (STS de 5 de noviembre de 2003; ha lugar.)

NOTA.—Supuesto extraño cuya situación final provisional (absolución de la instancia) deja insatisfecho si se considera el fallecimiento del padre reclamante mientras pende el recurso de casación. La madre, al contestar la demanda, hace una sorprendente confesión, alegando una *exceptio plurium concubentium* que sólo puede funcionar en su contra. En efecto, se hace constar en el FD 2.º que aquella niega la existencia de relaciones íntimas con el actor al tiempo de la concepción, mientras que a renglón seguido afirma que en el tiempo en que le conoció (y escribió las cartas de amor), el estilo de vida que ella llevaba era informal y liberal respecto a las relaciones personales, frecuentando casi a diario discotecas y lugares de diversión nocturna, manteniendo relaciones íntimas con diversos hombres, en muchos casos sin conocer más que sus nombres de pila y sin volver a verlos después de un único encuentro (¿forma elegante de describir *pro domo sua* el ejercicio del oficio más antiguo del mismo?). Es lógica la conclusión de la sentencia extractada de que procede aplicar la conocida doctrina jurisprudencial. Pero en lugar de declarar la paternidad solicitada con base en las cartas cuya autenticidad está reconocida, se absuelve a la madre de la instancia por falta del litisconsorcio pasivo necesario, sin atender a que el padre ha fallecido pendiente el recurso, y a que el menor ha sido adoptado por el conviviente (la sentencia no afectaría a la adopción según el art. 180.4.º), y asimismo a que el hijo habrá alcanzado la mayoría pocos meses después de fallar el Tribunal Supremo. *Cui prodest?* (G. G. C.)

85. Filiación no matrimonial: reclamación de paternidad ejercitada por mujer casada e impugnación de la filiación matrimonial: negativa a la práctica de las pruebas biológicas: doctrina general.—La materia de filiación y paternidad es de orden público por el interés general de que la realidad de las relaciones paterno-filiales corresponda a la inscripción y a la consideración social. Esta consideración obliga a tener en cuenta lo que la sentencia recurrida no ha tenido y que merece su revisión en casación por tratarse de cuestión jurídica de gran trascendencia. Según la doctrina constitucional, que hace suya esta Sala, cuando sean consideradas indispensables por la autoridad judicial, no entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud del que deba soportarlas y su práctica sea proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias al derecho a la integridad física y a la intimidad del afectado. Igualmente las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas, que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser éste un medio probatorio esencial para la determinación del hecho de la generación debatido en el pleito. Por esas razones, 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 hallare-

mos ante un supuesto de determinación de la filiación permitido por el artículo 135 CC que no resulta contrario a la tutela judicial efectiva. La sentencia recurrida aprecia la cuestión de hecho de manera ilógica que tiene que ser corregida, pues no tiene en cuenta la legal decisión judicial sobre práctica de la prueba biológica a cargo del supuesto padre, a la que se opone sin razón alguna, ni las relaciones aparentes existentes entre la actora y el demandado; de ahí que llegue a conclusión errónea, sin necesidad de admitir que la negativa del demandado equivalga a una *ficta confessio*. A este respecto la sentencia ha desconocido la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, como afirma adecuadamente el Ministerio Fiscal. (STS de 11 de septiembre de 2003; ha lugar.) (G. G. C.)

86. Filiación no matrimonial: reclamación del presunto padre: negativa de la madre a las pruebas biológicas.—La negativa de la madre a la realización de las pruebas biológicas no es, por sí misma, una *ficta confessio* de maternidad en este caso, sino nada más que un indicio razonable en conjunción con otras pruebas de las que se infiera la existencia de relaciones sexuales en la época de la concepción. Tal prueba en sí no vulnera los derechos a la integridad y a la intimidad y, además, es indispensable para alcanzar fines constitucionalmente protegidos. Por ello, el demandado en un proceso de filiación, sólo podrá negarse lícitamente a someterse a la prueba biológica, si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye o pudiera existir un gravísimo quebranto para su salud, y así lo recoge la STC de 17 de enero de 1994.

Concurrencia de otras pruebas sobre relaciones amorosas.—La prueba biológica es indispensable para alcanzar fines constitucionalmente protegidos cuando aparece probada la existencia de unas relaciones amorosas o sentimentales entre las partes, y a lo largo de la tramitación del proceso en sus dos instancias una de aquéllas ha mantenido una pertinaz, injustificada y reprobable negativa a someterse a la prueba biológica.

Requisitos para declarar la paternidad o maternidad.—Según reiterada jurisprudencia, en estos supuestos para la declaración de paternidad o maternidad deben concurrir: *a)* La cohabitación sexual necesaria y suficiente para la generación; y *b)* La negativa obstruccionista e injustificada del demandado a las pruebas biológico-hematológicas. En el presente caso, la sentencia recurrida declara probado que ha existido convivencia con el actor por parte de la demandada, que comenzó en diciembre de 1993, aunque fuera por corto tiempo, naciendo la menor el 15 de noviembre de 1994, y como tal prueba no ha sido contradicha, el motivo peca inexcusablemente.

Diligencias para mejor proveer.—Son ajenas al impulso procesal de parte y al principio dispositivo, tienen carácter facultativo, potestativo, discrecional y soberano, y su utilización no permite que pueda ser discutida por las partes, ni dan lugar a recurso alguno, pues el vocablo *podrán* que incluye el artículo 340 LEC derogada, resulta suficientemente expresivo.

Defectos procesales al interponer el recurso de casación: reconocimiento psiquiátrico del actor.—El reconocimiento psiquiátrico del actor nada tiene que ver con el reconocimiento y declaración de una paternidad, por múltiples y poderosas razones; hay que proclamar, y ello se dice a efectos puramente dialécticos y discursivos, que se puede padecer una grave enfermedad mental y ser el padre de la criatura, que es lo único que se ventila en un proceso de esta clase; ello podría hacerse valer, en su caso, cuando tal persona pretendiera ejercitar determinados derechos derivados de la patria

potestad o relación paternofamiliar, pero nada tiene que ver con lo planteado en la litis. (STS de 1 de octubre de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—La madre que, según confesión propia, llevó vida alegre durante algún tiempo que coincide con el nacimiento del menor cuya paternidad se reclama, ha estabilizado su vida sentimental y vive en pareja de hecho que ha adoptado a aquél. Psicológicamente cabe rastrear en la jurisprudencia de la Sala 1.^a cierto número de casos en los que la madre obstaculiza al máximo la reclamación de paternidad no matrimonial pese a la existencia de indicios sobre el mantenimiento de relaciones sentimentales en el tiempo sospechoso (como las cartas de amor de este caso). Fallecido el supuesto padre, será harto difícil que el hijo sepa la verdadera paternidad, no obstante el principio de veracidad biológica que la Sala 1.^a se empeña últimamente en proclamar a ultranza (así STS de 5 de noviembre de 2003). (G. G. C.)

87. Filiación no matrimonial: reclamación de la hija frente al supuesto padre: posesión de estado.—La posesión de estado de filiación, según reiterada jurisprudencia, constituye una cuestión de hecho cuya determinación corresponde al Tribunal de instancia y, por ello, escapa de la casación. Como afirma la sentencia recurrida, la posesión de estado ha existido, pues ha habido una actuación ininterrumpida y reveladora de la libre voluntad del padre de prestar asistencia, cuidado y compañía a la actora a través de actos continuados, públicos y de carácter personal, habiendo concurrido los requisitos relativos al *nomen, tractatus*, fama o *reputatio* (uso del nombre, comportamiento del padre con la hija, el conocimiento público de la situación), sin que este último presupuesto deba, por otra parte, concurrir de modo ostensible y análogo a la filiación matrimonial pues sería absurdo que el padre tuviera que alardear de la relación no matrimonial y del fruto de la misma, y menos en la época en que sucedieron los hechos.

Negativa a la prueba biológica: supuestos en que ésta está especialmente indicada.—Según STS de 26 de julio de 1999, precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación, ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis no es lícito que la negativa de una persona a que se le extraigan unos cuantos 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.

Impugnación de la prueba testifical: parentesco o amistad con las partes.—La denunciada circunstancia de parentesco o amistad con las partes no invalida los testimonios prestados, pues, aparte de que los testigos no fueron objeto de tacha y todos reconocieron su relación con la actora, no es posible en casación suplantar la valoración de la prueba testifical realizada por la Sala de instancia, pues las reglas de la sana crítica, conforme a los que

debe apreciarse aquélla, no son objeto de censura casacional. Debe, además, tomarse en consideración la importancia que, en asuntos como el presente, de índole, en principio, íntima y familiar, tienen las declaraciones testificales de parientes y amigos, quienes por su mayor cercanía a los hechos suelen disponer de mejor información que los extraños. (STS de 10 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Parece que la razón fundamental para desestimar el recurso, dando así paso a la reclamación interpuesta por la hija no matrimonial es el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 131 CC, siendo, a mayor abundamiento, la aplicación de la conocida doctrina jurisprudencial sobre la negativa a la práctica de las pruebas biológicas. Si la filiación no matrimonial queda acreditada por la posesión de estado, no parece necesario invocar la STS de 25 de julio de 1999 ya que la demanda no se encuentra, propiamente, en esos *supuestos intermedios* a que alude aquélla. (G. G. C.)

88. Patria potestad: privación instada por abuelos maternos: condena penal por parricidio.—Como declaró la STS de 31 de diciembre de 1996 en un caso idéntico, no existe la menor duda, ni legal ni de conciencia, sobre lo acertado, en cuanto ajustado a derecho, de la decisión adoptada por el Juzgador *a quo*, quien, tras un exhaustivo análisis de la prueba sometida a su consideración, concluye con la estimación de la pretensión deducida en el escrito rector del procedimiento acerca de la privación de la patria potestad, con pleno y sólido asiento en el citado artículo 170, pues difícilmente podría encontrarse en la práctica judicial un caso más claro que ampare la completa aplicación de las prescripciones del referido precepto, ya que repugnaría legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno, pues a pesar de su apegado cariño hacia el hijo, cuestión que no se pone en duda, la proyección de tal sentimiento no ha llegado, como así debería haberlo sido, al sacrificio de sus propios impulsos, exacerbados a raíz de la crisis matrimonial, al acabar, en acción que ninguna justificación puede tener, por privar, de forma trágica, a quien, según se alega, constituye el objeto de sus desvelos, de la figura materna, cometiendo un delito de parricidio; por ello la medida adoptada, y que es objeto de impugnación, se funda en uno de los más graves incumplimientos que imaginarse pueda, respecto de la patria potestad, en flagrante transgresión con lo prevenido en el artículo 154, punto 1.º CC, lo que implica, no ya la conveniencia, sino la auténtica necesidad, al menos en las actuales circunstancias, de privar de la posibilidad de adoptar decisión alguna respecto de su hijo, a quien, guiado de sus arrebatos y frustraciones, le ha cercenado uno de sus más trascendentales derechos, al romper definitivamente el marco natural, aun previa la ruptura convivencial de sus progenitores, en que se desenvolvía la vida cotidiana de aquél. En el presente caso, al interponerse la demanda de privación de la patria potestad, los dos hijos tienen edades de trece y diez años, respectivamente, ha mediado sentencia en causa penal, lo que prueba que, por parte del padre, se observa un absoluto incumplimiento de los deberes propios de la patria potestad, siendo negativo para la formación integral de los hijos que es un elemento esencial. (STS de 2 de octubre de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Se trata de una sentencia redactada con alguna solemnidad, adornada con profusión de razones legales y morales en su argumentación, sin que falte cierto lirismo del que habitualmente carecen las resoluciones del Tribunal Supremo, alcanzando su mayor dramatismo cuando transcribe la descripción del uxoricidio que se toma de la S de la Sala 2.^a de 2 de diciembre de 1997 relativa a los hechos. Nadie puede discutir que en este caso extremo de violencia doméstica se dan plenamente los requisitos del artículo 170 CC con fundamento absoluto para privar al parricida de la patria potestad sobre los dos hijos del matrimonio, y, en su caso, —añado por mi cuenta—, de denegación o, al menos, gran restricción del ejercicio del derecho de visita por parte del progenitor. Pero la admiración que eventualmente puede suscitar la lectura de la sentencia cae por los suelos al comprobar su práctica inefectividad pues al publicarse aquélla habían alcanzado ya la mayoría de edad los menores que se trata de proteger y que tenían respectivamente ocho y cinco años al demandar los abuelos maternos. ¿Qué ocurrió mientras tanto? Parece que los abuelos paternos se habían quedado con ellos, bajo cualquier modalidad de *guarda de hecho*, lo que significaba probablemente pleno acceso a los mismos del padre al que la sentencia denomina *parricida*. ¿No habrá forma de garantizar una justicia familiar inmediatamente actualizada? (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

89. Relevancia de la consanguinidad en la sucesión nobiliaria: quien accede a la posesión de un título por muerte de quien lo ostenta no hereda a éste sino al primero que fue llamado, del que hereda por derecho de sangre y no por derecho hereditario.—Una de las notas esenciales de los títulos nobiliarios está constituida por la consanguinidad, es decir, la unión entre personas por parentesco natural que descienden de una misma raíz o tronco, pues si con los títulos o mercedes se pretende premiar los méritos del llamado como primer titular, o los de sus antepasados que trascendieron a su propia existencia, es evidente que aquél debe tener el parentesco o vínculo de la sangre; y si con los títulos se premia una estirpe o linaje y los títulos son transmisibles a perpetuidad (salvo que se concedan por méritos tan personalísimos que se extingan por la muerte del mismo), la consecuencia será que para hablar de linaje y de premio a una estirpe es indispensable que en los sucesivamente llamados concorra el vínculo de consanguinidad, pues es una regla general que quien accede a la posesión de un título por muerte de quien lo ostenta, no hereda a éste, sino al primero que fue llamado, del cual hereda por derecho de sangre y no por derecho hereditario. (STS de 29 de septiembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. S.-A. demandó a los herederos, sucesores y causahabientes de don J. de T. y V., primer Marqués de Berlanga, que se considerasen con mejor derecho al susodicho título. Indicaba en la demanda que sólo conocía como litigante pasiva a la Duquesa de Osuna, ignorando el nombre y circunstancias de los demás, respecto

de los cuales solicitaba su emplazamiento por edictos. Tras conocer el actor que en el expediente tramitado por el Ministerio de Justicia sobre la sucesión en el título se había personado don R. S., Marqués de Terranova, solicitó fuera emplazado personalmente. El fallecimiento de éste dio lugar a que se subrogase en su derecho su hijo, don G. S.. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda declarando el mejor derecho del actor para poseer, usar y llevar con sus honores y preeminencias el Título de Castilla de Marqués de Berlanga, concedido por el Rey de España don Carlos I el 10 de abril de 1529 a don J. de T. y V. sin que hubiera lugar a la reconvencción planteada por la Duquesa de Osuna. Estimó la Audiencia parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don G. S., revocando la sentencia del Juzgado y desestimando en su totalidad la demanda presentada por don M. S.-A. No hubo lugar al recurso de casación promovido por el demandante, que no consiguió acreditar su relación de parentesco con el fundador del vínculo. (*R. G. S.*)

90. Desheredación: supuesto del artículo 855.1.º CC.—Según el Tribunal Supremo, será válida la cláusula testamentaria que establezca la desheredación de la esposa por incumplimiento de los deberes conyugales. Concretamente, considera el Tribunal Supremo que la desatención por parte de uno de los cónyuges respecto de aquel que sufra una grave enfermedad, es un supuesto susceptible de ser calificado como incumplimiento grave y reiterado de dichos deberes, ya que ambos cónyuges se encuentran obligados a la asistencia mutua, conforme al tenor literal del artículo 67 CC («ayudarse mutuamente») y del artículo 68 CC («socorrerse mutuamente»). El Tribunal también afirma que este incumplimiento no se desvirtúa por el hecho de que el cónyuge que desatendió a su pareja enferma hubiera promovido una demanda de separación. (**STS de 25 de septiembre de 2003**; ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. C. P. R., viuda del causante, demanda en juicio de menor cuantía sobre nulidad de cláusula testamentaria de desheredación de la esposa a don J. L. P. C, doña M. J. P. C. y don F. P. C. Los demandados, hijos del primer matrimonio del testador, contestan a la demanda, solicitando que se desestime íntegramente.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda formulada. La demandante interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial lo estima y declara nula, ineficaz y tiene por no puesta la cláusula de desheredación contenida en el testamento notarial, siendo también declarada nula la institución de heredero que se contenía en este testamento, por perjudicar a la demandante desheredada, como viuda del testador. Recurrida en casación esta resolución por los demandados, el Tribunal Supremo estima el recurso, casa y anula la sentencia de la Audiencia, y confirma íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia. (*S. E. M.*)

91. Herencia: colación y bienes colacionables.—Los artículos 1.035 y 1.045 CC establecen la base de la operación contable de la colación, consistente en sumar a los bienes de la herencia el valor de los bienes colaciona-

bles, para así fijar el haber partible y distribuirlo entre los herederos por partes iguales.

No obstante, el coheredero obligado a colacionar verá reducida su parte en la cuantía que suponga el valor de los bienes a colacionar, recibiendo los demás herederos una compensación proporcional. A su vez existe la obligación de reintegro de los frutos y las rentas de los bienes hereditarios por el perceptor de los mismos. El Tribunal Supremo considera que el hecho de que estos frutos y rentas formen parte de un usufructo y que el heredero perceptor sea nombrado administrador no es obstáculo para que éstos se aporten al caudal hereditario. Por ello, de no entregarse los mismos, surgirá un crédito en favor del resto de herederos. También afirma el Tribunal Supremo que no podrá calificarse como donación colacionable aquella donación hecha por parte del causante a uno de sus hijos, cuando la cantidad donada se ponga a plena disposición de dicho causante, y éste disponga de la misma. **(STS de 6 de noviembre de 2003; ha lugar en parte.)**

HECHOS.—Doña J. F. L. formula demanda sobre partición de herencia y otros extremos contra don M. F. L., donde solicita que se proceda a la práctica de una partición adicional o complementaria de la herencia y que se incluya una serie de bienes y derechos omitidos en la partición inicial (ajuar doméstico, donaciones, saldo en diferentes cuentas bancarias...), que se encuentran en poder, posesión del heredero demandado, junto con los intereses y valores devengados desde el fallecimiento del causante. Asimismo, pide la entrega de una cantidad devengada y no abonada por el demandado, conforme a lo que se estipuló en la escritura de condominio, más los intereses hasta la fecha. El demandado formula reconvencción sobre la obligación de reintegrar por parte de la actora a la masa hereditaria otros bienes muebles, y solicita la colación de una donación realizada por la causante a la actora.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la reconvencción y estima la demanda, salvo en lo relativo a los bienes del ajuar doméstico. En apelación, la Audiencia Provincial confirma íntegramente la sentencia de instancia. Recurrída en casación esta resolución, el Tribunal Supremo estima el recurso, y casa y anula, la sentencia de la Audiencia, si bien parcialmente, en lo relativo al pronunciamiento sobre las costas, revocando en igual sentido la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

NOTA.—Tras la entrada en vigor de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, en materia de colación se ha de tener en cuenta, en el caso de concurrir a la herencia personas con discapacidad, el nuevo párrafo segundo del artículo 1041 CC. (*S. E. M.*)

DERECHO MERCANTIL

92. Competencia desleal: la imposición de condiciones de venta por parte de un distribuidor en exclusiva.—En virtud del artículo 16.2 LCD, es posible calificar como desleal la explotación por parte de una empresa de la

situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus clientes, si éstos no disponen de otra alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Según el Tribunal Supremo, tal deslealtad, puede ser, incluso, apreciada aunque la relación de dependencia económica no sea directa, lo que sucederá cuando una distribuidora en exclusiva imponga unas condiciones de venta determinadas, que, de no ser aceptadas por los vendedores, dejará a éstos sin las mercancías necesarias para ofertar a su clientela; comportamiento que resulta objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

Jurisdicción competente.—Tal y como ya afirmó la STS de 22 de enero de 1999, la jurisdicción del Tribunal de Defensa de la Competencia quedará reservada a aquellos supuestos en los que el abuso de la posición dominante se produzca en el mercado nacional y dicho abuso afecte al interés público (art. 1 y Exposición de Motivos de la LDC). Por el contrario, la jurisdicción civil será competente para conocer de aquellos casos en los que pueda verse afectada la protección de la competencia en interés de los particulares participantes en el mercado, pero no cuando lo que se vea afectado sea el interés del propio mercado. (STS de 27 de julio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La Asociación de Expendedores de Prensa y Revistas de Vizcaya (*Expresa*) demanda en juicio de menor cuantía sobre competencia desleal a la distribuidora de prensa *Guinea Simo S. L.*, solicitando que se condene a ésta a cesar en la práctica desleal consistente en la imposición de condiciones de venta a los vendedores de periódicos y revistas.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y aplica la Ley de Competencia Desleal al supuesto objeto de enjuiciamiento, condenando a la demandada a cesar en las prácticas de competencia desleal que desarrolla. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima, revoca la resolución de instancia y aprecia la excepción de incompetencia de la jurisdicción civil en favor del Tribunal de Defensa de la Competencia. El Tribunal Supremo declara en casación haber lugar al recurso interpuesto por la asociación demandante, casa y anula la sentencia dictada en apelación y declara la competencia de la jurisdicción civil. (S. E. M.)

93. Competencia desleal: empleo de un distintivo marcario ajeno.—A pesar de que el artículo 76 LSA permite utilizar la razón social como nombre comercial, esto no autoriza su empleo para beneficiarse ilegítimamente de un distintivo marcario ajeno e impuesto en el mercado (SSTS de 21 de octubre y de 25 de noviembre de 1994 y 31 de mayo de 2002). A su vez, el artículo 12 LDC protege a los particulares frente a cualquier actividad de confusión o aprovechamiento indebido e ilícito, por parte de terceros, de distintivos comerciales de renombre y notoriedad, completando el vacío del anterior artículo 3 LM (que parece remediar en parte el actual artículo 8 de la Ley de Marcas de 2001). (STS de 23 de septiembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—*Pepe (UK) Limited* y *Pepe Textil España, S. A.* interponen demanda contra *Textil Ayelo de Malferit, S. A.*, *Tejanos Pepe S. L.* y *Textil Ayelo S. L.* (como titular de la tienda *Union Jeans Distribuidor de Tejanos Pepe's*) sobre competencia desleal, utiliza-

ción del distintivo notorio internacional PEPE en rótulo de local «PEPE's» y colisión con el nombre comercial.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la excepción de falta de arraigo en juicio y falta de legitimación activa y pasiva, y estima parcialmente la demanda declarando que el uso del rótulo comercial «PEPE's» es contrario a la buena fe y que el uso de la palabra «PEPE» en la denominación social de *Tejanos Pepe S. L.* genera confusión en cuanto al origen de los productos, respecto a los elaborados por la marca notoria «PEPE», declarando la nulidad de dicho nombre comercial y el aprovechamiento desleal de la reputación de las empresas y marcas «PEPE» de titularidad de la actora *Pepe (UK) Limited*. Interpuesto recurso de apelación por las demandadas, la Audiencia Provincial lo desestima y confirma íntegramente la sentencia recurrida. El Tribunal Supremo declara en casación no haber lugar al recurso interpuesto por las demandadas. (S. E. M.)

94. Conducta de competencia desleal: actos de confusión.—La jurisprudencia ha declarado de forma reiterada que, en relación con las marcas, basta la similitud o la semejanza que pueda crear confusión en el consumidor respecto de los productos, para que se prohíban nuevos signos que, por su parecido fonético, gráfico o conceptual con una marca anteriormente solicitada o registrada, puedan generar un riesgo de asociación con aquella marca protegida (SSTS de 8 y de 18 de febrero de 1999). La semejanza fonética y gráfica han de tener entidad suficiente para inducir a error o confusión a los consumidores (SSTS de 20 de julio y de 21 de noviembre de 2000). En el juicio comparativo se han de tener en cuenta todas aquellas circunstancias que, en conexión con el signo expresivo de cada marca, puedan tener influencia en la posible confusión que en el mercado pueda producirse por aquella identidad de los productos (SSTS de 14 de abril de 1986 y 26 de junio de 2003). La jurisprudencia también pone de relieve, que no es preciso que concurren cumulativamente las semejanzas fonéticas, gráficas o conceptuales, siendo suficiente una de ellas (STS de 27 de marzo de 2003), aunque resalta igualmente el interés de atender al conjunto de los elementos que componen el signo (STS de 3 de noviembre de 2000) y la trascendental importancia de la apariencia externa, ya que la forma como se presenta el producto puede producir confusión en el tipo de consumidor medio, normal o no especializado. En definitiva, la confusión en la competencia se refiere a la inducción en el consumidor a creer que el producto proviene de la elaboración de otro (STS de 17 de octubre de 2002). **(STS de 29 de septiembre de 2003;** ha lugar al recurso de casación formulado por las demandantes; no ha lugar al recurso interpuesto por la demandada.)

HECHOS.—Las mercantiles *Pepe Textiles España, S. A* y *Pepe (U.K) Ltd.* ejercitan acciones de competencia desleal y nulidad de marcas contra la mercantil *Liwe Española, S. A.* y los fabricantes y distribuidores de prendas de vestir con la marca «Pepe Pardo». Las actoras pretenden, entre otros extremos, que se declare que la venta de productos con etiquetas en las que el vocablo Pepe destaque o difiera de la palabra Pardo, constituye un acto de competencia desleal. Piden también que se condene a la demandada al resarcimien-

to de los daños causados a las actoras como consecuencia de la conducta de competencia desleal. De igual forma, exigen que se declare la nulidad de la marca mixta «Pepe Pardo», decretándose su cancelación en el Registro de la Oficina Española de Patentes y Marcas. Por último, solicitan que se condene a los demandados a efectuar un etiquetado de sus productos textiles de forma diferente a las marcas cuya nulidad se pide, y que se condene a los mismos a abstenerse de usar las marcas anuladas. La demanda se fundamenta en la notoriedad internacional de la marca y la pretensión por parte de la demandada de aprovecharse de las inversiones publicitarias de las actoras, realizando productos finales que han llegado al consumidor español con una presentación que provoca el riesgo de confusión, para el no experto, entre los productos de la marca «Pepe Pardo» y los de la marca «Pepe». *Liwe Española, S. A.* se opone a la demanda y formula reconvencción contra la actora, solicitando la declaración de caducidad por falta de uso de las marcas «Don Pepe», «Pepe 2XL» y «Pepe Betty», todas ellas de la clase 25 del Nomenclátor Internacional.

El Juzgado de Primera Instancia desestima tanto la demanda como la reconvencción. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso interpuesto por las demandantes. Contra dicha sentencia se interpusieron sendos recursos de casación por *Pepe Textiles España, S. A.* y *Pepe (UK) Ltd.* y *Liwe Española, S. A.* El Tribunal Supremo estima únicamente el recurso de casación interpuesto por las demandantes. (*M. C. C. M.*)

95. Contrato de agencia. Aplicación de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de Contrato de Agencia, a contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigor.—La Disposición Transitoria de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de Contrato de Agencia, establece 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», de donde se deduce que, a partir del día recién expresado, esta Ley se aplicará a todos los contratos de agencia, se hayan celebrado o no con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de dicha Ley, y, en este caso, la denuncia del contrato, realizada según se indica en el apartado 4.º del FD 1.º de esta sentencia, no se ajustó a los términos convenidos en su estipulación cuarta, párrafo primero, y con arreglo al tiempo de preaviso de tres meses, de manera que, abstracción hecha de su falta de declaración judicial, se produjo una prórroga hasta el 30 de marzo de 1994, cuyas consideraciones permiten concluir que el contrato que nos ocupa se encuentra sometido a las normas prevenidas en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, en aras al contenido de su Disposición Transitoria, con seguimiento de la línea iniciada en la STS de 26 de diciembre de 1996.

Contrato de agencia. Supuestos en que procede la indemnización por clientela.—La indemnización o resarcimiento por clientela no procede automáticamente por el simple hecho de la extinción del contrato, sino que se precisa la acreditación del incremento de los compradores o usuarios habituales, y, en el supuesto del debate, este logro está reconocido en la instancia. No empece al razonamiento precedente el hecho de que, en los casos de los concesionarios o distribuidores de automóviles, o de otros objetos de gran duración, los pedidos sean distantes en el tiempo, pues no por ello deja de

existir la fidelización de los clientes a aquellos, mantenida por las compras de esos productos con los habituales intervalos, según su propia naturaleza y las posibilidades económicas del adquirente. (STS de 19 de noviembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—En fecha no determinada del mes de abril de 1988, se inició una relación contractual de agencia entre la sociedad *Japón Motor, S. A.* y don J. T. S., como agente de ventas. El contrato se estableció por un período de un año, prorrogable automáticamente por anualidades, salvo que mediara preaviso escrito de cualquiera de las partes, con una antelación mínima de tres meses. Con fecha 30 de diciembre de 1993, *Japón Motor, S. A.* comunicó la resolución del contrato a don J. T. S. sin mediar ningún tipo de preaviso. Ante este incumplimiento, don J. T. S. interpuso demanda en reclamación de los daños y perjuicios causados por *Japón Motor, S. A.* El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de San Bartolomé de Tirajana estimó en parte la demanda, rebajando el *quantum* indemnizatorio solicitado. Apelada la sentencia por *Japón Motor, S. A.*, la Audiencia de Las Palmas revocó parcialmente la sentencia de instancia. En su lugar, condenó a la entidad mercantil a indemnizar a don J. T. S., en concepto de indemnización por clientela, en la cantidad que se fijara en ejecución de sentencia. El Tribunal Supremo, al que don J. T. S. recurre en casación, declara haber lugar al recurso interpuesto y, asumiendo la instancia, otorga la indemnización por clientela prevista en el artículo 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de Contrato de Agencia. (A. S. C.)

96. Artículo 38 LCS. Procedimiento pericial de tasación de daños.—

Este precepto legitima a las partes para que puedan urgir la apertura de un procedimiento pericial en orden a la liquidación del daño, como presupuesto para el pago de la indemnización por el asegurador, en la hipótesis de que fracase la liquidación por vía amistosa, cualquiera que sea el resultado de la misma.

El modelo de la Ley de Contrato de Seguro no ha sido el de perito único e independiente de las partes, sino el binomio antagónico de dos personas designadas libremente por las partes. El acuerdo, en esta situación, puede ser difícil, por lo que se articula extrajudicialmente la resolución de la controversia. El legislador no ha fijado el momento cronológico de la designación del tercer perito, sino que se ha subordinado al desacuerdo de los peritos. En caso de desacuerdo sobre la persona del tercer perito, entra en juego la autorización judicial.

Procedimiento pericial de tasación de daños. Preferencia de la vía extrajudicial.—La STS de 17 de julio de 1992 ha indicado que el artículo 38 LCS regula un procedimiento de carácter extrajudicial, cuya finalidad es procurar una liquidación lo más rápida posible de los siniestros producidos en los seguros contra daños. Continuaba la sentencia afirmando que las partes no son libres de acudir sin más al planteamiento judicial de los problemas que origine la liquidación del siniestro, sino que vienen compelidas por Ley a seguir el procedimiento que debe observarse con carácter de vía previa a la judicial.

Sin embargo, la sentencia aquí analizada reconoce que «existen declaraciones jurisprudenciales en el sentido de que las partes pueden eludir la aplicación del procedimiento pericial del artículo 38 LCS acudiendo al proce-

dimiento judicial», citando a este propósito las SSTs de 23 de enero de 1986, 11 de diciembre de 1989, 27 de julio de 1990, 10 de mayo de 1989, 31 de enero de 1992, 5 de octubre de 1994, 9 de febrero de 1995 y 25 de julio de 1995.

Artículo 38 LCS. Derecho imperativo.—La regulación del precepto mencionado destaca por su naturaleza de Derecho imperativo, lo que contrasta con la praxis aseguradora anterior a la Ley de Contrato de Seguro, en la que existían numerosos problemas planteados, tanto a nivel doctrinal como en el terreno operativo, puesto que los diversos artículos del Código de comercio en la materia tenían un claro carácter dispositivo, conforme a los artículos 385 y 438 en los que se consagraba el principio del respeto a la autonomía de la voluntad de las partes.

La Ley de Contrato de Seguro establece con carácter imperativo un único modelo de procedimiento que sólo puede modificarse en beneficio del asegurado (art. 2 LCS). (**STS de 6 de noviembre de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—El 5 de diciembre de 1994 tuvo lugar un incendio de la nave industrial propiedad de los demandantes.

La demandada es la aseguradora de la nave conforme a la póliza unida en autos, en cuyo artículo 30 se pacta la forma de tasación de los daños. Producido el siniestro, ambas partes tienen unos primeros contactos preliminares, sin nombramiento de perito. Tras la comunicación del mismo a la aseguradora, no llegan a acuerdo alguno.

Al producirse las primeras discordias sobre la cuantía indemnizatoria, existe un requerimiento de fecha de 14 de febrero de 1995 realizado por la aseguradora, sin constar aceptación expresa del perito, y a partir de dicho momento se produce una comunicación entre las partes, que concluye con una reunión el día 25 de mayo de 1995. Ambas partes se comunican las valoraciones respectivas con evidentes discordancias. La valoración de los demandantes fue puesta en conocimiento de la aseguradora el 17 y el 25 de marzo de 1995. Tras el rechazo por los demandantes de la consignación judicial realizada por la aseguradora el día 14 de noviembre de 1995, formulan demanda el día 21 de noviembre de 1995, sin reintentar ofrecimiento alguno sobre la designación de peritos por las partes, verificado el 22 de marzo de 1995, ni proceder al nombramiento alguno de tercer perito.

La sentencia de instancia, recurrida en casación por los demandantes, desestima la demanda y absuelve a la aseguradora con reserva a las partes de su derecho a completar el procedimiento pericial establecido en el artículo 38 de la LCS. (*B. F. G.*)

97. Ley de Contrato de Seguro. Plazo de impugnación de la liquidación del daño.—El legislador ha pretendido en el artículo 38.7 LCS fijar un breve plazo de treinta días para el asegurador y de ciento ochenta días para el asegurado, teniendo en cuenta la obligación de pago de aquel que ha percibido las primas y luego se niega o intenta retrasar el pago.

No puede, por ello, precisarse la exigencia de una notificación formal para tal ejercicio de la acción impugnatoria del peritaje, cuando el propio legislador ha consignado un plazo perentorio para ello y notoriamente más breve para el asegurador, persiguiendo, en definitiva, el conocimiento real del peritaje que se pretende impugnar. No puede mantenerse la exigencia de una

notificación formal para el cómputo de tan perentorio plazo, cuando consta el previo conocimiento del dictamen que se pretende impugnar.

Se trata de un plazo sustantivo y no procesal, su finalidad es evitar la inseguridad jurídica y no es invocable el principio pro actione.

Semejanza del sistema notificador con el del retracto y las acciones rescisorias.—La doctrina jurisprudencial referida a esta materia parte, para la determinación del inicio del plazo, del conocimiento real de la transmisión y añade que el tema del conocimiento es una cuestión de hecho que exige que tiene que ser cabal y completo. (STS de 15 de octubre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La aseguradora impugna el dictamen pericial derivado del seguro agrario combinado, solicitando su nulidad, por falta de garantía del dictamen, debido a la inobservancia del procedimiento. La demandada opuso la caducidad de la acción que, conforme al artículo 38 LCS es, para la aseguradora, de treinta días, computado desde la fecha de la notificación.

Las partes no están de acuerdo en el día de la notificación: mientras que para la demandante la fecha es el 28 de octubre de 1996, la demandada atendía al informe del ingeniero agrónomo de fecha 14 de octubre de ese mismo año. Tanto en primera instancia como en apelación se desestimó el recurso. Se considera hecho probado que la demandante tuvo conocimiento de dicho informe antes de su notificación y como mínimo desde el 14 de octubre de 1996. (B. F. G.)

98. Dolo.—Error provocado por la actuación insidiosa de una parte contratante, es decir, engaño causado a un contratante haciéndole creer lo que no existe u ocultando la realidad. Se requiere un presupuesto objetivo, la conducta de mala fe, y uno objetivo, la gravedad. (STS de 3 de octubre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—En 1989, el demandante tenía antecedentes de hipercolesterolemia y psoriasis y le fue diagnosticada diabetes mellitus. No consta en ningún momento que se tratase de una enfermedad grave.

En el mismo año, el 9 de mayo, el mismo declara en el boletín de adhesión a un contrato de seguro de vida que no ha padecido, ni padece ninguna enfermedad grave. En 1990 ingresa en el hospital con el diagnóstico de diabetes mellitus y es dado de alta. En 1992 sufre un infarto de miocardio y en 1993 es declarado en situación de invalidez permanente en el grado de incapacidad permanente.

La compañía aseguradora niega el pago de la indemnización solicitada por el demandante

Tanto en primera instancia como en apelación se desestima la demanda. (B. F. G.)

99. Artículo 100 LCS. Infarto de miocardio como supuesto del seguro de accidentes.—Aunque no se encuentre expresamente comprendido en los supuestos del citado precepto (salvo estipulación), la jurisprudencia entiende que este caso debe comprenderse dentro del seguro de accidente,

cuando tenga su génesis en una causa externa. A tal efecto, se ha tomado en consideración la causa inmediata consistente en la presión, consecuencia del aumento de trabajo (STS de 14 de junio de 1994), el esfuerzo físico en el desarrollo del trabajo para el que se hallaba capacitado (STS de 27 de diciembre de 2001) y el esfuerzo y tensiones en el desempeño del trabajo (STS de 27 de febrero de 2003). **(STS de 11 de noviembre de 2003; no ha lugar.)**

HECHOS.—El 19 de junio de 1995, el marido de la demandante enfermó cuando se hallaba desempeñando su trabajo habitual, sufriendo un infarto agudo de miocardio, que determinó su muerte el día 29 siguiente.

La demandante, en representación de la comunidad hereditaria de su marido, solicitaba el pago de una determinada cantidad por parte de la aseguradora en su condición de beneficiarios de la póliza de seguro individual de accidentes contratada por el fallecido.

En la demanda se sostiene que la causa externa de la lesión corporal fue el alto grado de estrés que sufría el fallecido, producido por la acumulación de trabajo, la tensa situación laboral que se vivía en la oficina en esos días y el no haber disfrutado todavía de sus vacaciones. La compañía aseguradora, por su parte, consideraba que no se trataba de un accidente, sino de una enfermedad.

En primera instancia se desestimó la demanda, siendo esta resolución revocada en apelación. *(B. F. G.)*

DERECHO PROCESAL

100. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para resolver la cuestión de si un titulado en estomatología, para ejercer dicha profesión, está o no obligado a inscribirse en el colegio profesional correspondiente.—Esta Sala ya se ha pronunciado sobre la presente cuestión en sus SS de 26 de noviembre de 1998 y 6 de noviembre de 2002, en las que se determina que para el entendimiento de la presente cuestión es competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Y así la referida última sentencia que reproducimos dice: «Indudablemente, los Colegios profesionales son Corporaciones de Derecho Público, como así se reconoce de modo explícito en el artículo 1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de los referidos Colegios, viniendo a puntualizar la doctrina del Tribunal Constitucional, en reiteradas sentencias, entre ellas la de fecha 15 de julio de 1987, que se trata de “Corporaciones sectoriales de base privada, esto es, Corporaciones públicas por su composición y organización que, sin embargo, realizan una actividad que, en gran parte, es privada”, cuya doctrina fue seguida por esta Sala y recogida en diversas sentencias de la misma, siendo de citar la de 12 de junio de 1990, en la que se estableció, a la vista de la dualidad de funciones –asociación privada con asignación de potestades públicas– que la faceta asociativa privada de los Colegios debe estar sometida al Derecho civil, pronunciándose en sentido semejante la sentencia de 28 de septiembre del corriente año. En este aspecto es de añadir que se desarrollan a la par, una serie de actividades propias de un ámbito de dere-

cho público, de servicio público e interés general, y otras de orden privado restringidas a su relación interna con los integrantes de las corporaciones y que carecen de toda eficacia externa o pública.

La Orden Ministerial de fecha 13 de noviembre de 1950 aprobó el Estatuto reglamentario de la profesión colegiada de Odontología-Estomatología, sin que la misma haya sido derogada por disposiciones de organización colegial, de mayor o menor rango legislativo, dictadas con posterioridad, y el artículo 39 de dicho reglamento estableció la pertenencia obligatoria al Colegio respectivo de todos los Odontólogos y Estomatólogos ejercientes en territorio español.

En relación con el tema de la obligatoriedad colegial, es de decir que ello no significa ninguna contradicción con los derechos de asociación y sindicación proclamados en los artículos 22 y 28 CE, respectivamente, coexistencia la indicada que fue reconocida por el Tribunal Constitucional, en SS de núms. 123/1987; 89/1989 y 35/1993, al razonar que “la colegiación obligatoria, como requisito exigido por la Ley para el ejercicio de la profesión, no constituye una vulneración del derecho y principio de libertad asociativa, activa o pasiva” y que “la obligación de inscribirse los profesionales en el Colegio y someterse a su disciplina no supone una limitación injustificada, y menos una supresión, del derecho garantizado en el artículo 22 CE y reconocido en el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (...) porque la adscripción obligatoria no impide en modo alguno que los profesionales colegiados puedan asociarse o sindicarse en defensa de sus intereses, ya que no puede afirmarse fundadamente que exista incompatibilidad o contradicción constitucional interna entre los artículos 22, 28 y 36 CE, siendo así que dicha colegiación no impone límite o restricción al derecho a asociarse o sindicarse, participando en la fundación de organizaciones sindicales o afiliándose a las ya existentes”; y en sentido análogo se pronunció la S 194/1998, dictada asimismo por el meritado Tribunal.

Aún cuando la Ley de Colegios profesionales dispone en su artículo 8 que «los actos emanados de los órganos de los Colegios y de los Consejos Generales en cuanto están sujetos al Derecho administrativo, una vez agotados los recursos, serán directamente recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa», lo que viene a estar en consonancia con el artículo 1.2)c) de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la misma, que entiende a estos efectos por Administración pública las Corporaciones e Instituciones públicas sometidas a la tutela del Estado o de alguna entidad local, no cabe negar que semejante sometimiento jurisdiccional requiere, como requisito ineludible, la previa presencia del acto administrativo, en el caso que nos ocupa, de un acto emanado del órgano colegial y supeditado al derecho administrativo, toda vez que, según el artículo 1.1 de la precitada Ley de 1956, se atribuyen a la jurisdicción contencioso-administrativa aquellas pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al derecho administrativo, y así, en su Exposición de Motivos se explica que la tan repetida jurisdicción, por tanto, revisora en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración.

Es precisamente en el previo presupuesto de la concurrencia de un acto administrativo en el que procede centrar la resolución de la cuestión debatida, debiendo adelantarse al respecto que en los temas que versen, entre otros, sobre defensa de la corporación, constitución de sus órganos, régimen electoral, decisiones sobre colegiación y disciplina, por su evidente matiz de Derecho público, están sujetos al control jurisdiccional del orden contencioso-

administrativo. En este orden de cosas, lo acontecido fue que un profesional que venía obligado a inscribirse en su correspondiente organización colegial se negó a ello, demostrando una absoluta inactividad al respecto y pretendiendo amparar su negativa en estar ya inscrito en la organización que agrupa a la clase médica, pero esto carece de validez y relevancia pues aun siendo la Estomatología una especialidad médica, la circunstancia de su efectivo ejercicio obligaba a darse de alta en el específico Colegio creado para la misma; ahora bien, la realidad de lo acontecido no significa, por supuesto, que lleve implícita la inexistencia de un acto administrativo, al poder concurrir cualquiera que sea la modalidad que adopte. Y así, no es posible olvidar que el Colegio recurrente requirió en varias ocasiones al profesional recurrido para que solicitase su incorporación al mismo, requerimientos los indicados que permiten configurarles como manifestación de un acto administrativo. Por consiguiente, atendiendo a la obligatoriedad de la colegiación y a la carencia de medios coactivos para llevarla a cabo directamente por el Colegio, es incuestionable la necesidad en que se encuentra de impetrar el auxilio judicial, el cual, a tenor de cuantas consideraciones han sido formuladas y de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, habrá de prestarse a través del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (...).

Aparte de las normas dictadas por las Comunidades Autónomas, que, en virtud de sus Estatutos de Autonomía, han asumido competencias en esta materia, con posterioridad a la fecha de incoación de la demanda iniciadora de este proceso, el artículo 2 c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, establece que “el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho Público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas”, y no cabe olvidar que estas Corporaciones integran lo que tradicionalmente se conoce como “Administración Corporativa”, cuyo fundamento último se encuentra en la Constitución Española de 1978, donde en su artículo 36, inciso primero, con referencia a los Colegios profesionales, se dispone que “la ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas”; y, asimismo, la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas Liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios profesionales en su artículo 1, dice que “los colegios profesionales son Corporaciones de Derecho Público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines”». (STS de 19 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El Ilustre Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de la XII Región acude al Juzgado para que declare que don J. C. L. está obligado a colegiarse para poder ejercer la profesión de estomatólogo en el ámbito del colegio. El Juzgado dicta sentencia declarando la obligación de colegiarse del profesional, quien interpone recurso de apelación. La Audiencia lo estima y, sin entrar en el fondo del asunto, declara la incompetencia de la jurisdicción civil para conocer de la demanda promovida por el Colegio y previene a la partes de que la cuestión compete a los Tribunales del orden contencioso-administrativo. Interpone la actora recurso de casación declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (R. G. S.)

101. Acción de liquidación de sociedad de gananciales: competencia de la jurisdicción española para la ejecución de sentencia extranjera y española en tanto la no proposición de declinatoria implica sumisión tácita.—La Ley Orgánica del Poder Judicial regula, a partir del artículo 21, la extensión y los límites de la jurisdicción, es decir, de los órganos jurisdiccionales españoles, alcanzando a las relaciones y procesos entre españoles y extranjeros, lo que desarrolla, en una serie de reglas, el artículo 22; en éste, se impone la jurisdicción española en unos casos que enumera el número 1.º, entre los que se encuentra el reconocimiento y ejecución en territorio español de resoluciones judiciales y decisiones arbitrales dictadas en el extranjero. A continuación, como primera regla, en el número 2.º, la sumisión expresa o tácita. Sumisión que es tratada específicamente por la S de esta Sala de 10 de noviembre de 1993 que dice: «El tratamiento procesal de la falta de jurisdicción se realiza por el cauce establecido para las declinatorias...»

Partiendo de ello, es clara la desestimación de los motivos primero y quinto que reiteran lo mantenido en la instancia, la falta de jurisdicción de los Jueces y Tribunales españoles. La pretensión que se ha ejercitado en el presente proceso no es sino ejecución de la sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de Düsseldorf (Alemania) y de la sentencia de la declaración de ganancialidad dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Haro. Ejecución de sendas sentencias extranjera y española que corresponde a la jurisdicción española. Además, en la contestación a la demanda, la parte demandada, señor R., se sometió tácitamente, al no proponer en forma la declinatoria, lo que asimismo había ocurrido en el proceso anterior seguido ante el mismo Juzgado de Haro.

En consecuencia, no se ha infringido el artículo 9.2 CC puesto que es una norma de Derecho internacional privado destinada a determinar la normativa aplicable a los efectos personales y especialmente los patrimoniales, atinentes al régimen económico-matrimonial, del matrimonio, pero no a los efectos de la disolución del mismo. Tampoco el artículo 22.3.º LOPJ puesto que la demandante tenía, según recoge como hecho acreditado la sentencia de instancia, el domicilio en España y, aparte de ello, son prevalentes los criterios que se encuentran en los números primero y segundo del mismo artículo, antes expuestos, que sí se aplican. (STS de 10 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Don N. y doña C. contrajeron matrimonio en Alemania donde fijaron su residencia, si bien pasaban largas temporadas en España figurando censados en ambos países. Constante matrimonio adquirieron una vivienda en La Rioja que fueron mejorando con aportaciones de la sociedad de gananciales. Se divorcian en Alemania recibiendo la correspondiente sentencia el *exequatur* en España. Una sentencia posterior —ésta dictada por un órgano judicial español— estimó la demanda de doña C. contra don N. y declaró que la sociedad de gananciales formada en su día por los litigantes era acreedora del aumento de valor experimentado por la casa de La Rioja. Instada su ejecución, ésta fue denegada. Presentó entonces doña C. otra demanda cuya única petición era que se condenase a don N. a estar y pasar por la liquidación de la sociedad de gananciales existente entre ambas partes mientras duró el matrimonio. La demanda fue estimada en primera y segunda instancia. Recurre en casación el demandado que cuestiona la competencia de la jurisdicción española para conocer del litigio. El Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R. G. S.)

102. Derecho a un cargo público: legitimación activa para reclamar judicialmente su protección.—En el caso debatido nos encontraremos con que los demandantes son Concejales del Ayuntamiento de Gijón, ente con personalidad jurídica propia, correspondiendo su representación al Alcalde [art. 21.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local], a quien corresponde igualmente «el ejercicio de las acciones judiciales y administrativas y la defensa del Ayuntamiento en las materias de su competencia» [art. 21.1.k) de la citada Ley 7/1985]. De ahí que los demandantes carezcan de un interés legítimo, jurisdiccionalmente protegible, para instar judicialmente que la Caja de Ahorros codemandada acate la decisión del Ayuntamiento del que forman parte. Sería absurdo pensar que, caso de haber sido iniciado este procedimiento por el Ayuntamiento o el titular del derecho fundamental que se dice vulnerado, hubiera que llamar a juicio a todos y cada uno de los ediles del Ayuntamiento por tener el mismo interés que aquí invocan los demandantes y que podría resultar afectado por la resolución que recayese. Por todo ello procede la desestimación del motivo. (STS de 7 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Tres concejales del Ayuntamiento de Gijón demandan a la Caja de Ahorros de Asturias y a don J. I. R. al amparo de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona de 26 de diciembre de 1978. Sobre la base de una pretendida vulneración del derecho a acceder a funciones y cargos públicos recogido en el artículo 23.2 CE, solicitaban la condena de los demandados a acatar la decisión del Pleno del Ayuntamiento de Gijón reponiendo a don J. E. I. en la representación del Ayuntamiento de esa ciudad como vocal del Consejo de Administración de la Caja de Ahorros de Asturias. La demanda fue desestimada en ambas instancias al acogerse la excepción de falta de legitimación activa en los demandantes, opuesta por los demandados y por el Ministerio Fiscal. El Tribunal Supremo desestima—reiterando idéntico criterio— el recurso de casación interpuesto por los actores. (R. G. S.)

103. La revisión en casación de la prueba por presunciones.—El juicio lógico realizado por el Tribunal *a quo* por la vía de la *presumptio hominis* o «presumptio facti», que regula el artículo 1253 CC, sólo es censurable en casación cuando notoriamente falte el enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trata de aducir, según las reglas del criterio humano. La determinación del enlace preciso y directo supone un juicio de valor que está reservado a los jueces de instancia y que se tiene que respetar en tanto no se demuestre o acredite su irrazonabilidad. No puede tacharse de ilógica o contraria al razonar humano la deducción que hace la Sala *a quo* de tener como probado el hecho de que los recurrentes y los restantes demandantes no recurrentes autorizaron verbalmente a la Caja demandada a trasvasar una cantidad de cada una de sus cuentas a la de la empresa, partiendo del elenco de hechos probados en la instancia.

Valoración de la prueba de confesión.—La STS de 9 de octubre de 1993, tiene declarado que «la confesión en juicio prestada bajo juramento indecisorio no es de rango superior a los demás medios demostrativos citados en el artículo 1215 CC y su eficacia ha de ser apreciada libremente en conjunción

con el resultado que arrojen las pruebas, sometidas todas ellas a la libre y racional valoración de los Tribunales (...), su fuerza probatoria hay que referirla al conjunto armónico de lo confesado y no a la estimación fragmentaria de las posiciones». «La prueba de la confesión debe ser regida por el criterio de libre valoración insita en la soberanía de la instancia».

Aplicación de los principios de equidad (art. 3.2 CC).—El artículo 3.2 CC hace referencia a dos supuestos diferentes, la equidad como ponderación en la norma (se encuentra comprendido en el precepto que tiene por fin la interpretación de las normas); en segundo lugar, se refiere a otros casos, en que la equidad es fundamento mismo de la decisión —juicios de equidad— que no se permite en nuestro derecho, salvo en los casos específicos previstos en la Ley. La STS de 10 de diciembre de 1997 declaraba que «el artículo 3.2 CC, sólo autoriza que las resoluciones de los Tribunales puedan descansar de una manera exclusiva en la equidad cuando la ley expresamente lo permita (...), el principio de equidad, que es supletorio de la aplicación de las leyes, y, por tanto, sólo de eficacia aplicativa ante la existencia de vacío legal, no es aplicable en hipótesis en que los textos legales se deduzca con claridad una resolución de los puntos en litigio». La doctrina expuesta impide aplicar al caso el principio de equidad por no existir ningún vacío legal respecto a los contratos de préstamo y cuenta corriente. (STS de 6 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Algunos trabajadores de la empresa *Hiru Utillajes, S. A.*, celebraron, cada uno de ellos, un contrato de préstamo por importe de cuatro millones de pesetas con la *Caja de Ahorros de Guipúzcoa y San Sebastián*. La Caja transfirió el importe de dichos préstamos a una cuenta de *Hiru Utillajes, S. A.*, para dar cumplimiento al acuerdo habido entre los trabajadores y la empresa en el sentido de que cada uno de los trabajadores destinaría dos millones de pesetas a la compra de acciones de la sociedad y otros dos los entregaría a la empresa en concepto de préstamo para que dispusiese de liquidez. Los demandantes formularon demanda contra la Caja, por la que solicitaban que se declarase la improcedencia del cargo que se hizo a cada uno de los demandantes en la cuenta que tenía abierta cada uno de ellos con la entidad demandada, y se declarase asimismo, la improcedencia del cargo que en concepto de corretaje realizó la demandada en cada una de las cuentas. Asimismo solicitaban que la Caja demandada compensara, en concepto de daños y perjuicios, a cada demandante con el importe de los intereses, comisiones y gastos del préstamo y a los cargos posteriores en dichas cuentas y por tales conceptos. La Caja de Ahorros se opuso a la demanda y formuló reconvencción en la que solicitaba que se condenase a cada uno de los demandados al pago de las cantidades en concepto de saldo resultante de las cuentas abiertas a cada uno de los demandados. Las sentencias de primera instancia y de apelación desestimaron la demanda. Los demandantes han promovido recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que se articula a través de seis motivos: infracción del artículo 1248 CC sobre prueba testifical; infracción del artículo 1253 CC e infracción de los artículos 1232, 1233 y 1234 CC. El Tribunal ha desestimado sus pretensiones. (E. C. V.)