

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep Maria BECH SERRAT, Eva CANO VILÀ, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Alfons SURROCA COSTA, Montserrat VERGÉS VALL-LLOVERA**

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. Abuso de derecho. Conducta procesal abusiva. Ejercicio abusivo del interdicto de obra nueva.—Con cita de la S de 31 de enero de 1992, dice la de 31 de julio de 1996 que «el proceso en sí es el ejercicio de un derecho constitucional a la tutela efectiva, que si no siempre ha de producir el éxito de la acción, no permite en modo alguno extraer o generalizar que el fracaso o abandono de una acción revele el carácter abusivo de un intento de ejercicio. La mera posibilidad jurídica de admitir un proceso tendente a obtener la reparación de los daños causados por otro proceso está admitida en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 11, en el Código Civil, artículo 7.1 y 2, cuando exigen respetar la buena fe y proscriben situaciones procesales constitutivas de abuso de derecho o fraude procesal. También lo admite la jurisprudencia (STS de 23 de noviembre de 1984). Pero la calificación de

actuación abusiva ha de ser tomada con exquisito cuidado y riguroso análisis de la conducta procesal abusiva, para no coartar el ejercicio de acciones, así como con estricto estudio de las resoluciones procesales cuyo contenido puede ser esclarecedor. Cautelas que se reiteran en la S de 13 de octubre del mismo año 1992».

Después de referirse a los requisitos esenciales que configuran el abuso de derecho: *a)* una actuación aparentemente correcta que indique una extralimitación y que por ello la ley deba privar de protección; *b)* una actuación extralimitada que produzca efectos dañinos; *c)* que dicha acción produzca una reacción del sujeto pasivo concretada en que pueda plantear una pretensión de cesación e indemnización, dice la S de 6 de febrero de 1999 que «dentro del área del concepto de abuso del derecho, existe un campo muy delimitado de actuación, como es el conocido doctrinalmente “abuso de derecho y derecho a litigar”, y que se puede definir como aquel aspecto del abuso de derecho relativo a determinar si incurre en responsabilidad aquella persona que dentro de una contienda judicial mantiene pretensiones manifestadamente indefinidas (*sic*) u orientadas a finalidades distintas a las naturales en la función social del proceso o del llamado “derecho a litigar”; en otro aspecto, es el de si el litigante a quien se ha producido daños como consecuencia de la actividad procesal la otra parte, está amparado por las reglas de la responsabilidad civil, de suerte que puede ejercitar la acción de responsabilidad contractual del artículo 1902 CC contra el causante del perjuicio, esgrimiendo la existencia de una *iusta causa litigandis*. No se puede olvidar que el núcleo duro de la actual cuestión judicial radica en el ejercicio de una acción interdictal de obra nueva por la parte, ahora recurrida, contra la parte, ahora recurrente, y en dicho proceso parte demandada. Además hay que resaltar que en juicio interdictal de obra nueva, aparte de acordarse la suspensión de la obra de forma *inaudita parte* y sin necesidad de aportar la pretensión ni siquiera prueba ni información testifical o documental, se puede instar o lograr la paralización de una obra, que puede producir importantes perjuicios para el dueño de la obra». En el supuesto contemplado por esta sentencia de 1999, no se dio lugar a la pretensión indemnizatoria aunque la demanda interdictal fue desestimada en ambas instancias porque «como muy bien se infiere de la sentencia recurrida en su *factum*, en absoluto, ya que en dicho proceso sumario interdictal se ejerciera una pretensión patentemente temeraria o infundada».

En relación con la cuestión aquí debatida, dice la S de 15 de abril de 2003 que «la jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre este tema». La S de 5 de junio de 1995 dice «la viabilidad de la petición de resarcimiento de daños y perjuicios causados por actuaciones judiciales, precisa que la parte que las puso en marcha haya actuado con actuación dañosa o al menos con manifiesta negligencia». Y añade: «los daños y perjuicios que acreditadamente sean consecuencia directa e inmediata del ejercicio de una acción interdictal de obra nueva, han de reputarse indemnizables en vía de reparación en los casos en que esta acción resulte ser claramente infundada y así se declare en la sentencia o al menos resulte de ella sin asomo de duda». Lo que reitera la de 3 de julio de 1997 al decir: «la evidencia de estarse ante una acción interdictal “clara o manifiestamente infundada” ha de extraerse necesariamente del contenido de la propia sentencia recaída en el juicio interdictal». La de 28 de marzo de 1998 recoge la doctrina sentada en la anterior de 27 de mayo de 1988 y dice: «dado el carácter excepcional de esta institución y la exigencia de que en los supuestos en que se estime la existencia de abuso ha de ser patente la intención de perjudicar o la falta de finalidad seria

legítima del sujeto, al lado de la situación objetiva de anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho actuado (así, entre otras SS recientes, las de 31 de diciembre de 1985, 5 de abril y 9 de octubre de 1986 y 8 de julio y 17 de septiembre de 1987). Pero ello no excluye –sigue diciendo la sentencia que reseñamos– que, producidos y debidamente acreditados unos daños y perjuicios como consecuencia directa e inmediata del ejercicio de una acción interdictal de obra nueva que resulte claramente infundada y así se declare en la sentencia, la parte que ocasionó aquéllos deberá responder de los mismos procediendo a su reparación, por cuanto la indemnización de daños y perjuicios en el ámbito civil ofrece un carácter reparador y no propiamente punitivo o sancionador». Y añade la de 26 de octubre de 1998: «La jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de decidir controversias análogas a las presentes, para estimarlas procedentes cuando se acredita una persistencia totalmente injustificada en mantener en suspenso las obras iniciadas».

Falta de fundamento de la acción interdictal: debe inferirse del contenido de la sentencia recaída en el interdicto. En el caso, la acción interdictal está fundada toda vez que, en ambas instancias, se estima la inexistencia de intención dolosa por parte del interdictante.—La doctrina jurisprudencial expuesta conduce a la estimación de este tercer motivo del recurso; estimada en ambas instancias la acción interdictal de obra nueva ejercitada por el demandado ahora recurrente, ello impide estimar que se trate del ejercicio de una acción «infundada», circunstancia ésta que, como exige la doctrina jurisprudencial antes citada, «ha de extraerse necesariamente del contenido de la propia sentencia recaída en el juicio interdictal» y no, como parece entender la sentencia impugnada, del resultado de las pruebas practicadas en estos autos sobre la naturaleza y entidad de las obras que resultaron paralizadas. Por otra parte, las relaciones de carácter personal entre el ahora recurrente y el matrimonio formado por don A. A. de S. y la farmacéutica doña M. T. de P. A., no son bastantes para poner de manifiesto la existencia de una intención dolosa del interdictante, dirigida a causar daño a la otra parte, habida cuenta de que, como señala la S de 10 de diciembre de 2000, «sólo podrá inclinarse a la tesis del reclamante cuando exista prueba seria, eficaz y –como se ha dicho– contundente de la intención de la otra parte de dañar y de que su conducta ha sido dolosa y manifiestamente temeraria y, por ello, arbitraria, caprichosa y abusiva», contundencia de que carecen los hechos probados en la instancia. (STS de 5 de marzo de 2004; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Los demandantes adquirieron dos pisos en el mismo inmueble en que era propietario el demandado con el propósito de trasladar allí la oficina de farmacia que regentaban y que debía ser cerrada por orden judicial. El Colegio Oficial de Farmacéuticos autorizó el traslado. Formuló recurso contra la autorización una farmacéutica con oficina abierta en calle cercana, desestimándolo el Colegio. La farmacéutica interpone recurso contencioso-administrativo que se encuentra pendiente de resolución al tiempo de resolverse el de casación. La farmacéutica y su marido –sin que llegaran nunca a ocuparlo– adquieren un piso en el inmueble de demandantes y demandado, dándose la circunstancia de que el demandado, que había interpuesto demanda de interdicto de obra nueva con objeto de paralizar las obras de transformación de los pisos de los demandantes en oficina de farmacia, ha sido compañero de trabajo

del esposo de la farmacéutica y tampoco tiene su domicilio en el edificio en que se encuentran los pisos de los demandantes. Éstos acuden al Juzgado solicitando sentencia que declare su derecho a continuar las obras suspendidas por el interdicto de obra nueva promovido por el demandado amén de determinada cantidad en concepto de indemnización. Desestimada la demanda en primera instancia, la Audiencia Provincial de Sevilla acogió en parte el recurso de apelación y declaró el derecho de los actores a continuar las obras suspendidas. Interpone recurso de casación el demandado. El Tribunal Supremo lo acoge parcialmente. (R. G. S.)

2. Prescripción de las acciones.—La terminación de la causa penal y el inicio del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción civil (art. 1973 CC) proviene de la declaración soberana final del Tribunal Supremo. La parte recurrente ha incurrido en error al dejar transcurrir el plazo de un año y computar éste desde una declaración (el auto declarando la firmeza de la sentencia del Tribunal Supremo), que debe dictar, por obligación jerárquica, la Audiencia Provincial, y que podía haber tenido lugar en cualquier momento, lo que conllevaría la consiguiente inseguridad jurídica.

Soberanía de la jurisdicción civil.—La jurisdicción ordinaria no viene vinculada a la laboral, siendo plenamente independiente para enjuiciar conductas cuando se accione con amparo de los artículos 1902 y 1903 CC. La no imposición de una sanción por argumentos formales en la vía laboral, no desvirtúa la soberanía de la jurisdicción civil.

Daño desproporcionado.—La doctrina jurisprudencial reiterada sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del actor corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma). Esta regla, que consiste en la deducción de negligencia a partir de una evidencia, requiere para su aplicación: que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen si no es por razón de una conducta negligente; que dicha conducta entre en la esfera de la acción del demandado, aunque no se conozca el detalle exacto; y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima. (STS de 26 de marzo de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Durante la construcción de una presa se produjo un accidente laboral que provocó la muerte de dos trabajadores. Los respectivos padres de los fallecidos formularon demanda por responsabilidad extracontractual en resarcimiento de daños y perjuicios. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados (don J. C. C., oficial de segunda maquinista; *Agroman Empresa Constructora S. A.*; y *Entrecanales y Tavora S. A. Unión temporal de empresas Cortea II*) al pago solidario. Los demandados formularon recurso de apelación y la Audiencia Provincial estimó el mismo. Se ha interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo que ha sido parcialmente estimado. Los motivos se formulan por infracción del artículo 1968.2.º CC, en relación con el artículo 1973 CC, en cuanto a la prescripción de las acciones por reclamación extrajudicial; y por conculcación del artículo 1902 CC. (E. C. V.)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Títulos nobiliarios: contenido y ley de la sucesión. Preferencia del varón. Doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.—Los títulos nobiliarios no suponen privilegio alguno en nuestra sociedad y no atribuyen derechos o ventajas, sino tan sólo el derecho de poder usar el título, o con palabras del Tribunal Constitucional en su S de su Sala 2.^a, 27/1982, de 24 de mayo, en recurso de amparo 6/1982, el contenido del Título nobiliario «se agota en el derecho a adquirirlo, a usarlo y a protegerlo frente a terceros de modo semejante a lo que sucede con el derecho al nombre». La Constitución Española de 1978, si bien no menciona tales títulos nobiliarios, no sólo no prohibió los antiguos, sino tampoco vedó *ad futurum* la concesión de otros. No sólo resulta interminable la lista de rehabilitaciones, sino que se crearon incluso nuevos. Cierto que tres sentencias de esta Sala —de 7 de julio de 1986 y 20 de junio y 27 de julio de 1987— recogieron en *obiter dictum* la tesis de que la preferencia del varón sobre la mujer en las sucesiones de títulos nobiliarios era contraria al principio de igualdad consagrado en la Constitución. La S de 28 de abril de 1989, en que se denunciaba la inaplicación de la Convención de Nueva York de 18 de diciembre de 1979, ratificada por España el 16 de diciembre de 1983, consideró discriminatorio el principio de masculinidad y estimó su derogación por inconstitucionalidad sobrevenida, pero que sólo afecta a las sucesiones en títulos nobiliarios producidos a partir de la promulgación y vigencia de la Constitución Española. Reiteran tal doctrina las SS de 22 de marzo de 1991 y 24 de enero de 1995, pero sin que pueda tener efecto retroactivo dicho efecto derogatorio.

Ello conlleva el perecimiento del motivo, porque al demandado se le concedió el título de Conde de Maluque en virtud de Orden de 11 de diciembre de 1954 y tras expediente contradictorio al efecto y no podrá, por ello tener efecto retroactivo la inconstitucionalidad sobrevenida del principio de masculinidad en dicho orden sucesorio.

Pero es que, a mayor abundamiento de cuanto se consigna, a partir de la STC 126/1997, de 3 de julio, esta Sala ha declarado que tal principio de masculinidad en títulos nobiliarios no presenta carácter discriminatorio, ni es contrario al principio de igualdad consagrado en la Constitución. En este sentido, pueden citarse las SS de 12 y 13 de diciembre de 1997, 19 de febrero, 26 de marzo y 10 de mayo de 1999, 17 de septiembre de 2002 y 15 de septiembre de 2003.

[...] Asimismo, esta Sala tiene que reiterar lo declarado por el Tribunal Constitucional, que tanto en el Estado liberal, como en el Estado social y democrático de Derecho, el ostentar un título nobiliario no supone en modo alguno «un estatus o condición estamental y privilegiada», ni tampoco conlleva hoy el ejercicio de función pública alguna, de suerte que las consecuencias jurídicas inherentes al mismo o a su contenido jurídico se agotan «en el derecho a adquirirlo, a usarlo y a protegerlo frente a terceros», de modo semejante a lo sucedido con el derecho al nombre, como ya señaló la sentencia 27/1982. Los títulos de nobleza no poseen una proyección general y definitiva de un estatus, sino ante un simple *nomen honoris*, que implica referencia a la historia en cuanto símbolo y no posee otro valor que el puramente social que en cada momento quiera otorgarsele.

No siendo discriminatorio el título de nobleza y, por tanto, inconstitucional, tampoco puede serlo la preferencia masculina en la referida sucesión.

[...] si los títulos nobiliarios, fuera del uso del título, otorgaran derechos y produjeran desigualdades, serían anticonstitucionales y habrían sido abolidos y, por ello, no pueden extrapolarse a señalar desigualdad por el sexo, como pretende el motivo [...]. Si el título tuviera virtualidad fuera de los derechos expresados a su uso, sería discriminatorio para terceros no poseedores del mismo y se habría suprimido. Tan sólo subsiste por ello y la pretendida equiparación a la sucesión llevaría inexcusablemente a la posesión en común por todos los sucesores del noble, lo cual por absurdo tiene que rechazarse. (STS de 10 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña A. G. T. promueve demanda contra su tío, don F. T. M., postulando su derecho preferente para usar, poseer y disfrutar el título de Conde de Maluque. Es un dato a tener en consideración que en informe del Consejo de Estado se mantuvo que el derecho de don F. era superior al de la fallecida madre de la demandante —doña M. V. T. O.— por tratarse de varón (aunque de menor edad que doña M. V. y procedente de las segundas nupcias del padre de ambos). La sentencia del Juzgado desestimó íntegramente la demanda y la Audiencia confirmó la resolución recurrida en apelación. Interpone la actora recurso de casación declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (R. G. S.)

4. No lesiona el derecho al honor sino el derecho a la vida privada la publicación de noticias no veraces —luego rectificadas— sobre la salud de una artista.—Como correctamente informa el Ministerio Fiscal en el trámite de contestación al recurso, la información primera a la que se refieren los presentes autos no afecta al derecho al honor, el que, no obstante la misma permanece incólume, aunque es cierto que se ha producido una intromisión legítima en la «intimidad de la persona afectada, que afecta al derecho a su “privacidad”», pues ya tiene dicho el Tribunal Constitucional (v. gr., S 20/1992), que se causa un daño moral (y, en consecuencia, también económico), cuando se resaltan hechos relativos a padecimientos físicos o psíquicos de las personas, que en el ámbito profesional o social de que se trate pueden generar alarma social, en cuanto afecte a la persona o a su familia, y que deben permanecer en el ámbito privado de la misma. En el presente caso, como se ha dicho, la expresada información ha sido inveraz, e hiriente para la demandante, así como carente de la cobertura legal que al informador le da el artículo 20.1 CE, e incluso ilegítima, pero no menoscaba el honor de la persona en los términos del artículo 18.1 de dicho Texto constitucional, por lo que no tiene cobertura su posible sanción dentro de este ámbito. (STS de 17 de junio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La revista *Diez Minutos* publicó en dos de sus números noticias no contrastadas relativas a la salud y a la boda de la conocida cantante R. J.. De una parte, se decía que la artista «podía padecer un tumor cerebral». De otra, que «podría vender en exclusiva la ceremonia de su boda» con el torero O. C. Posteriormente, la revista afirmó: «R. J. se ha hecho varias pruebas y el resultado ha sido satisfactorio» añadiendo que «las imágenes del enlace serían finalmente difundidas de forma gratuita». La artista demanda a la directora y editorial de la revista planteando la lesión de su

derecho al honor. El Juzgado de Primera Instancia falla reconociendo la vulneración alegada y condena a las demandadas a la reparación del daño moral subsiguiente. La Audiencia Provincial de Madrid no acogió el recurso de apelación de la editora que promueve seguidamente el recurso de casación. El Tribunal Supremo lo estima. (R. G. S.)

5. Lesión del derecho al honor: la noticia periodística excedió el relato de los hechos incurriendo en descalificaciones.—No obstante, el ataque más importante al honor se plantea propiamente en lo que se considera 2.º submotivo, pues la imputación que en el diario se hace es grave y la libertad sin cargos deshace además totalmente la misma. Si bien es cierto que, jurisprudencialmente, como se recoge en el recurso (SSTS de 25 de marzo de 1991 y 4 de junio de 1992 y del TC de 31 de mayo de 1993 y 16 de enero de 1996), la contrastación de la noticia a publicar puede quedar, como exigencia, debilitada según la fiabilidad de las fuentes de la misma (ciertas agencia, policía, etc.), y esta «fiabilidad» los recurrentes la predicen de *Europa-Press*, agregando que en su inserción en el diario se constató tal fuente, lo cierto es que la denuncia no va por ahí, sino que se hace porque la procedencia de las referencias al clan mafioso, y sobre la ocupación por el actor de posición relevante en él, son las manifestaciones que constituyen el objeto más propio de la demanda, y se atribuyen exclusivamente al diario que la inserta y a la editorial responsable del mismo. Este motivo, que puede englobar también, en el conjunto de todas las imputaciones a los dos anteriores, debe asimismo perecer por lo siguiente: 1. Tal como se constata en la relación de «hechos probados» contenida en la sentencia de la audiencia, y que no ha sido rebatida, por lo que aquí se empieza por reconocerla en todos sus extremos, la noticia publicada en los distintos diarios del País Vasco (*El Correo*, *Egin* y el aquí demandado, *El Mundo* del País Vasco), la han recogido los mismos de idéntica agencia, al tratar del reportaje sobre el alijo de cocaína de que se trata (que, por ser muy importante, la reseña periodística de los datos denunciados lo es también y más grave cualquier introducción de otros no contenidos en la misma o que sean falsos), pero es sólo el último el que habla de la pertenencia del actor a la banda y de su cargo de relevancia en ella, pues los demás se limitan a constatar el alijo y la identificación de los inicialmente detenidos; 2. Siendo tan grave la imputación, procedía una constatación, aunque fuera mínima de su veracidad para evitar posibles responsabilidades por tan graves afirmaciones; y 3. No se ha probado, ante lo dicho anteriormente, que la agencia de noticias introdujera esas afirmaciones, pudiendo también el diario aquí implicado, o los otros indicados, en su caso, haber retenido el teletipo recibido de la agencia (si se pretende que ésta debiera guardar el texto, después del largo tiempo transcurrido) y haberlo traído al proceso. En cualquier caso, la puesta en libertad con prontitud, del en principio detenido, debió motivar al periódico, para constatar al menos su buena voluntad, una reseña periodística o rectificación, en días posteriores al 23 ó 24 de agosto, pero no consta que la misma se hiciera, quedando con ello firmes para los lectores las imputaciones que aquí se juzgan. (STS de 12 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor demanda a la editorial del diario *El Mundo* del País Vasco y a su director y solicita al Juzgado que declare la intromisión ilegítima en su derecho al honor de dos artículos publi-

cados en diferentes momentos en las secciones «Sociedad» y «Euskadi». En ellos se daba cuenta de la detención de veinte personas en una operación antidroga, se mencionaba el nombre del demandante, se le atribuía una «gran responsabilidad» dentro de la organización y se daba noticia de su ingreso en prisión sin que en momento alguno se hiciera pública la libertad sin fianza que inmediatamente obtuvo por no estar implicado en el delito que se le imputaba. El Juzgado estimó la demanda rechazando la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta (se argüía que hubiera debido demandarse a la agencia que proporcionó la noticia al medio). La Audiencia Provincial de Vizcaya confirmó la sentencia del Juzgado en todos sus extremos. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados. (R. G. S.)

6. Reparación civil de los atentados al prestigio profesional. Distinción entre honor y prestigio profesional.—Aun admitiendo como acertada la opinión sostenida respecto a que la reparación civil de los atentados estrictos al prestigio profesional precisaría del ejercicio de una acción amparada en el artículo 1902 CC, no cabe duda alguna que la distinción entre ambas acepciones (honor y prestigio profesional) es sumamente difusa y bien difícil en ocasiones, en cuanto que, por lo general, la agresión al honor lleva consigo, o alcanza, como inherente, al prestigio del interesado, toda vez que el honor se desenvuelve en un doble marco: en el interno de su persona y su familia (inmanencia) y en el externo, que influye en ámbito social (trascendencia), del que forma parte, indudablemente, el profesional en el que la persona desarrolla su actividad (STS de 31 de diciembre de 1998). [...] Aunque no son necesariamente lo mismo desde la perspectiva de la protección jurisdiccional el honor de la persona y su prestigio profesional, la difusión de hechos directamente relativos al desarrollo y ejercicio de la actividad profesional de una persona, pueden ser constitutivos de una intromisión ilegítima en el derecho al honor cuando exceda de la libre crítica a la labor profesional, siempre que por su naturaleza, características y forma en que se hace esta divulgación la hagan desmerecer en la consideración ajena de su dignidad como persona (STC 40/1992, de 30 de marzo).

Diferencias entre libertad de expresión y libertad de información.—El Tribunal Constitucional ha diferenciado la amplitud de ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 20 CE, según se trate de libertad de expresión (en el sentido de emisión de juicios y opiniones) y libertad de información (en cuanto a la manifestación de hechos). Con relación a la primera, sólo viene delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas, sin relación con las ideas que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas, campo de acción que se amplía en el supuesto de que la libertad de expresión afecte al ámbito de la libertad ideológica garantizada en el artículo 16.1 CE (S 20/1990, de 15 de febrero). Por el contrario, cuando se persigue no dar opiniones sino suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz, requisito de veracidad que no puede obviamente exigirse de juicios o evaluaciones personales y subjetivas. Información veraz en el sentido del artículo 20.1 CE significa información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias (S 105/1990, de 6 de junio).

El requisito de «veracidad» como límite de la libertad de información.—La veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en una información sean rigurosamente verdaderos, porque los errores informativos intrascendentes han de entenderse protegidos también por el derecho constitucional de información, pero impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad que no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas para que el ejercicio del derecho fundamental a comentar información sea serio y responsable (SSTC 171 y 172/1990, de 12 de noviembre).

El requisito de la veracidad condiciona el ejercicio de la libertad de información, imponiendo al comunicador un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales, que no se cumple con la simple afirmación de que lo comunicado es cierto o con alusiones a fuentes anónimas o genéricas, como las policiales, y sin que ello suponga que el informador venga obligado a revelar esas fuentes de conocimiento, sino tan sólo a acreditar que ha hecho algo más que menospreciar la veracidad o falsedad de su información, dejándola reducida a un conjunto de rumores deshonrosos o insinuaciones vejatorias o meras opiniones gratuitas que no merecen protección constitucional (STC 123/1993, de 19 de abril).

Dos afirmaciones aislada y formalmente correctas pueden —en su concatenación— integrar una lesión del derecho al honor.—De lo expuesto se comprende que las sentencias de instancia han hecho la ponderación debida en la forma constitucionalmente prescrita. Y como afirma con claridad y razonabilidad el Ministerio Fiscal, la información transmitida no abarca sólo a dos hechos relevantes (cese y actividades ilícitas), sino que se extiende precisamente al motivo del cese, que lejos de constituir un mero ejercicio del derecho a la libertad de expresión, se eleva incluso a la categoría de ser el aspecto más trascendente de la información divulgada. Se ha cesado al actor, alto cargo de la policía, precisamente porque se han producido actividades delictivas por funcionarios de él dependientes, responsabilizándosele directamente de ello. Ello es el hecho noticiable.

Y ello aclara lo acertado del aserto del Ministerio Fiscal cuando estima que en los cuatro motivos se entremezclan las diferentes cuestiones que pretende suscitar el recurrente en defensa de sus intereses, por lo que han de ser tratados de forma conjunta. La estrategia defensiva del recurrente consiste en separar el único conflicto planteado en dos perfectamente diferenciados: por una parte, el correspondiente a la libertad de información y el honor que sería solventado mediante la prevalencia del primero debido a que siendo veraz las dos informaciones transmitidas afectan a un interés público manifiesto; y, por otra parte, el que se suscita entre la libertad de expresión y el honor que se proyecta sobre la vinculación o relación de causalidad entre los dos hechos publicados, que, al no regirse por la exigencia de la veracidad sino por la inocuidad del lenguaje utilizado, también tiene que ser resuelto mediante la declaración de preferencia del primero de ellos.

La adopción de esta postura por el recurrente, como se ha visto y referido, no puede ser tenida en cuenta, pues la sentencia impugnada integra correctamente el supuesto de hecho en la jurisprudencia constitucional y de esta Sala, al comprender que la información constituye un enlace arbitrario entre la detención de miembros del Cuerpo General de Policía y hallazgo de droga con el destino designado para el demandante. Y este enlace se hace en virtud de declaraciones, reducidas a rumores, de personas no identificadas,

sin posibilidad alguna de acreditar en los autos cualquier indicio de posible veracidad de las mismas. (STS de 18 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El Jefe de la Brigada Policial de Santa Cruz de Tenerife demanda por intromisión ilegítima en su derecho al honor al director del periódico *El Día*, en cuya primera página se insertaba un artículo titulado: «Cesados los jefes policiales de la Brigada Judicial y de Estupefacientes». El cese se relacionaba con «la desaparición de una partida de droga en las dependencias policiales y cuyas indagaciones culminaron con la detención de dos agentes del cuerpo y el hallazgo de quince millones de pesetas en un piso de Bajamar, aunque la droga sustraída nunca apareció». En el cuerpo del texto se desarrollaban con amplitud las afirmaciones vertidas en los titulares. La sentencia dictada en primera instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por el demandado. Tampoco hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

7. Inaplicación del criterio de responsabilidad solidaria a los impresores: ausencia de responsabilidad del impresor en la lesión del derecho a la propia imagen.—El motivo primero del recurso denuncia «indebida aplicación del artículo 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966 al impresor *Lerner Printing International*, siendo dicha norma contraria al derecho a la información y a la prohibición de la censura previa establecida en el artículo 20 CE».

La vigencia del artículo 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966 ha sido afirmada con reiteración, tanto por el Tribunal Constitucional como por la jurisprudencia de esta Sala. Ante la no derogación expresa de la Ley, «se plantea —dice la S de esta Sala de 20 de febrero de 1997— su compatibilidad con la libertad de expresión que declara el artículo 20 CE, al contemplar una responsabilidad muy amplia y vertical», ante lo cual establece esta sentencia que «esta Sala de casación civil, viene declarando que cuando no está individualizada la responsabilidad personal de cada uno de los intervinientes, ha de decretarse la responsabilidad solidaria, tendente a dotar de mayor eficacia, lo que se obtiene sin necesidad de acudir al precepto invocado, artículo 65.2.º, si bien no se aprecia motivo que eluda su aplicación (SS de 4 de noviembre de 1986, 7 de marzo, 11 de febrero, 19 y 20 de febrero de 1988, 20 de febrero de 1989 y 4 de julio de 1991)».

Ahora bien, esta doctrina jurisprudencial ha sido elaborada en torno a la responsabilidad de los directores y editores de las publicaciones a través de las cuales se lleva a cabo la intromisión ilegítima en los derechos fundamentales objeto de protección por la Ley 1/1982, de 5 de mayo, sin que tal responsabilidad se haya planteado respecto de los impresores. Mientras que la responsabilidad de directores y editores de la publicación se basa en las facultades que les corresponden para determinar si, atendido su contenido, se procede o no a la divulgación de la información o noticia a través del medio, en forma escrita o gráfica, que pueda constituir intromisión ilegítima en los derechos fundamentales de las personas a que aquellos se refieren, no ocurre lo mismo con los impresores a quienes la empresa editora encarga la confección material de los ejemplares de la publicación y que carecen de facultades para decidir acerca de su contenido. Apremiar la existencia de responsabilidad

civil en los impresores por las intromisiones ilegítimas en los derechos fundamentales que puedan cometerse por los medios por ellos imprimidos (*sic*), supone imponerles una responsabilidad puramente objetiva, contraria a los principios que regulan la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento. La responsabilidad civil por vulneración de los derechos fundamentales regulada en la Ley 1/1982, de 5 de mayo, se rige por el principio culpabilístico de la responsabilidad, como se pone de manifiesto en la descripción de las distintas conductas infractoras que se recogen en su articulado; en las que se pone de manifiesto la necesidad de la concurrencia de una intencionalidad dirigida a la publicación o divulgación de la noticia o información, tanto escrita como gráfica; intencionalidad que no es apreciable en el impresor. En consecuencia, se estima el motivo.

Libertad de información a través de la imagen gráfica. Requisitos para la prevalencia de la libertad de información sobre el derecho a la propia imagen.—El artículo 20.1.d) CE reconoce y protege el derecho a comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión y el Tribunal Constitucional tiene declarado que la libertad de información por medio de la imagen gráfica tiene la misma protección constitucional que la libertad de comunicar información por medio de palabras escritas u oralmente vertidas (STC 132/1995, de 11 de septiembre), afirma la S de esta Sala de 14 de marzo de 2003. Por otra parte, es doctrina reiterada tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala, que en la ponderación de los límites entre la libertad de información y la protección de los derechos fundamentales objeto de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, han de tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso particular.

La información publicada en la revista *Teleindiscreta* en la que figura la imagen del demandante recurrido es veraz y se refiere a hechos que tenían interés para su conocimiento por el público en el ámbito territorial en que se desarrollaba la actuación profesional del demandante y de sus compañeros que intervinieron en el programa de televisión, referidos estos hechos al conflicto laboral entre esos miembros del servicio de bomberos y el Ayuntamiento, habiendo dado lugar el recurrido a la divulgación de esos hechos. La fotografía publicada es reproducción de un fotograma del programa televisivo y tiene carácter accesorio de la información escrita transmitida. El concepto de «accesoriedad» de la Ley [art. 8.2.a)] hace referencia «a lo que es objeto principal de la noticia o reportaje gráfico» (S de 19 de octubre de 1992), no concurriendo cuando no guarda relación con el contenido de la información escrita (S de 19 de octubre de 1992) pero sí en otro caso (SS de 21 y 28 de octubre de 1966, 7 de julio y 25 de septiembre de 1998, 27 de marzo de 1999 y 23 de abril de 2000). En el caso resulta incuestionable la directa relación existente entre la imagen del demandante publicada y el contenido de la información escrita.

En consecuencia, ha de prevalecer el derecho a la libertad de información de los demandados sobre el derecho del demandante a su propia imagen, lo que lleva a la estimación de estos dos motivos del recurso. **(STS de 17 de marzo de 2004; ha lugar.)**

HECHOS.—La sentencia objeto del recurso de casación confirmó la recaída en primera instancia que condenaba a *Publicaciones Ekdosis, S. A.*, a *Distribuidora Toymer, S. A.*, y a *Lerner Printing Internacional, S. A.*, a indemnizar a don P. L. I., bombero del Ayuntamiento de Molina de Segura, por haber publicado su fotografía en

la revista *Teleindiscreta* sin su consentimiento. Interponen recurso de casación las tres empresas demandadas y el Tribunal Supremo lo estima. (R. G. S.)

8. Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen: publicación de fotografías conseguidas subrepticamente de mujer desnuda reconocible en su entorno pese a la ocultación de su cara.—El motivo del recurso fundado en la supuesta infracción del artículo 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y la propia imagen, y la jurisprudencia que los regula, se basa, en el punto relativo a los requisitos que se exigen para que se dé la tal «intromisión», mediante la publicación de las fotografías de las personas que se consideran ofendidas, en que éstas sean reconocibles por terceros, y ya ha quedado claro que, en principio y salvo este requisito, los demás exigibles no se dan, esto es, los relativos a que la persona fotografiada haya dado su consentimiento a la publicación, o a que la misma sea un personaje público, bien político o del mundo artístico, con popularidad suficiente, y que haya ampliado su círculo de atención pública a estos supuestos, dado que se trata de una ciudadana de una pequeña población aragonesa, sin característica alguna relativa a la menor expansión al tratamiento de su persona y vida en ambientes públicos, teniendo como fin la publicación hacer una simple referencia relativa a un escándalo producido por un facultativo que trató a varias mujeres del entorno geográfico de la misma y que obtuvo de ellas el permiso a (*sic*) realizar al desnudo sus fotografías para su exclusivo historial médico, y habiendo llegado las citadas «fotos» subrepticamente a la revista de que se habla. Por un lado, no se trata, su reproducción, de un acto accesorio al del artículo que motivó su publicación, pues muy bien se pudo imprimir y publicar el mismo sin éstas; quedando por resolver únicamente el aspecto de si la persona fotografiada es reconocible, y por ello, y dado que sí lo fue, se aprecia sólo la existencia de un sentido erótico para su reproducción, respecto a la que no tiene la misma por qué soportar su inserción para conocimiento del público, produciéndose así una intromisión en su intimidad y privacidad (la que obviamente desea guardar), mediante la reproducción de su imagen en la forma que se hace. Hay que aceptar el resultado al que llegan, tanto las sentencias de las instancias, como el Ministerio Fiscal en su informe, pues la ocultación parcial del rostro no impidió su reconocimiento en la localidad o zona geográfica de que se trata, produciéndose los correspondientes comentarios de sus familiares, vecinos y demás círculo de la población, todo ello en menoscabo de la misma: el reconocimiento, que en la prueba se dice es indubitado, se deduce del resto de su anatomía, por ser conocida en lo que es trato usual, en la piscina a la que acudía, y por el anillo y especial reloj que la misma portaba, también reproducidos, según se deduce de la prueba apreciada en las sentencias. Por ello, no es aplicable la jurisprudencia que se cita, que se refiere a casos de falta importante en la identificación.

Legitimidad de la reproducción de la imagen: accesoriedad de la imagen en relación con el texto que ilustra.—Esta «accesoriedad» aquí no se ha dado puesto que la imagen publicada de la mujer desnuda no puede tener más que un fin puramente erótico, que transgrede dicha legalidad, en perjuicio del sujeto al que aquélla se refiere, ya que nada añade al texto que se publica, que en esencia se refiere al escándalo producido por el médico

que efectuó el abuso fotográfico; con la realización del reportaje de la imágenes sin ropa, sin autorización de las mujeres afectadas, su reproducción en esta forma supone, entonces, como acompañamiento al tal artículo más bien una simple excusa para sacar esos cuerpos desnudos y, si no fuera por esa intención, tampoco estaría autorizada tal reproducción, en perjuicio evidente de las perjudicadas, sobre lo que no cabe razonar más por su obviedad. (STS de 17 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La revista *Interviú* publicó sendos artículos relativos a los sucesos protagonizados por el médico de un pueblo de Zaragoza. El facultativo había solicitado el consentimiento de varias de sus pacientes para fotografiarlas desnudas con fines limitados a su actividad médica. A la posterior denuncia de varias de las afectadas, con la consiguiente repercusión en los medios informativos, siguió un expediente promovido por el Colegio Médico más diligencias criminales que concluyeron en una sanción penal. *Interviú* daba cuenta de estos hechos y, sin mencionar los nombres de las pacientes, reprodujo varias fotos de éstas con la precaución de tapan su rostro. Sin embargo, no resultó difícil reconocer a una de ellas debido a sus características anatómicas y al anillo y reloj que llevaba. La repercusión que lo ocurrido tuvo en el pueblo, donde la fotografiada fue objeto de comentarios, induce a la antigua paciente a demandar a *Ediciones Zeta* y al médico. El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda condenando a la editorial a indemnizar a la actora y absolviendo al médico. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia del Juzgado. Interpone recurso de casación *Ediciones Zeta* y el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R. G. S.)

9. Colisión entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad: prevalencia en el caso –publicación de la fotografía del cadáver de un ahogado en una playa– del derecho a la información.—Parte el motivo que la información fuera veraz, como reconoce la propia sentencia de la Audiencia, y satisfacía por ello el derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión, que recoge el artículo 20.1.d) CE. Los hechos se produjeron en un lugar público, una playa, y como reconoce la resolución *a quo* la noticia de la muerte en una playa no vulnera los derechos fundamentales, aunque sí —a juicio de la Audiencia— la publicación de la fotografía y mencionar nombre y apellidos y calle en que vivía. Hay que tener en cuenta que el reportaje, al referir el fallecimiento del esposo de la demandante no estaba dirigido a alimentar una curiosidad malsana, ni el final de una persona en un centro hospitalario ni en su domicilio, sino dar a conocer un fallecimiento en una playa, habitualmente concurrida, lo que presenta relevancia e interés público en su información, no sólo por la referencia a los eventuales peligros en los baños en el mar y porque informa de la actuación de un servicio público, el Regional de Urgencia, no pudiendo estimarse protegido el derecho fundamental a la identidad, dato de la noticia y cubierto por ella y el nombre y datos del fallecido.

Finalmente, y con referencia a la fotografía acompañada al reportaje, cita al respecto la STC 132/1995, de 11 de septiembre, y la 117/1994, de 25 de abril.

El motivo tiene que ser acogido. Como han recogido las SS de esta Sala de 19 de julio y 16 de diciembre de 1988, 29 de abril de 1989 y 12 de mayo de 1995, el derecho a comunicar y recibir libremente información versa exclusivamente sobre hechos –a diferencia de la libertad de expresión, que tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones que abarcan incluso creencias– y tales hechos con tal entidad que puedan encerrar trascendencia pública a efectos de que sea real y evidente la participación de los ciudadanos en la vida colectiva, de tal forma que el sujeto primario de la libertad de información y del correspondiente derecho a recibirla es toda la colectividad y cada uno de sus miembros.

Por su parte, las SS de esta misma Sala de 21 de enero de 1988 y 3 de marzo de 1989 señalan las pautas: *a)* que el derecho a comunicar y recibir libremente información versa sobre hechos de interés general o que tengan trascendencia pública; *b)* la información transmitida ha de ser veraz, estableciéndose el deber de diligencia sobre el informador. Asimismo, ha recogido la S de 6 de marzo de 1995 de esta Sala que la tarea de ponderación entre el derecho a la intimidad y la propia imagen y el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica y absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad ostenta el derecho a la libertad de información, en función de su doble carácter de libertad individual, siempre que la información sea veraz. Asimismo, tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de curiosidad ajena.

Finalmente, la S de 29 de marzo de 1996 legitima la captación y publicación de la imagen a los fines de mera información.

En resumen, la noticia y la fotografía que la acompaña que, frente a lo que se afirma en la demanda, no hace tan reconocible al fallecido, presentan interés público por las circunstancias del hecho y del lugar, pleno de publicidad y cuando el fallecido fue atendido sin éxito por un servicio comunitario. (STS de 28 de mayo de 2004; ha lugar.)

HECHOS.–El periódico *La Provincia* de Las Palmas de Gran Canaria dio la noticia del fallecimiento de don G. R. R. en una conocida playa de la zona. Ilustraba el texto con una fotografía del tamaño de casi media página que mostraba el cadáver, mientras un facultativo del Servicio Regional de Urgencias comprobaba su pulso y algunos bañistas observaban la escena. La esposa del fallecido demandó al periodista autor del texto, al fotógrafo y a la empresa editora del periódico, postulando que dicha publicación constituía una intromisión ilegítima en el derecho al honor e intimidad del fallecido, generando –a la esposa– un daño moral susceptible de indemnización. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda. Apeló la editorial y la Audiencia Provincial de Las Palmas estimó parcialmente la apelación, rebajando la condena. El Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación reconociendo –como se alegaba– un interés público en la publicación de la noticia pormenorizada y la fotografía. (R. G. S.)

10. Concepto de incapacitación.–El aspecto civil es el atinente al concepto de la incapacitación, como privación de la capacidad de obrar de la persona física, estado civil que tan sólo se constituye por sentencia, como

dice el artículo 199 CC y destacan las SS de 31 de diciembre de 1991 y 31 de octubre de 1994, y por las causas establecidas por ley, que, como concreta el artículo 200, son las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma, enfermedad que ha de ser constante, entendida como permanencia hacia el futuro, como dice la S de 19 de febrero de 1996 y en el mismo sentido, matizando el concepto, la de 26 de julio de 1999; en todo caso, supone la carencia de aptitud para autogobernarse, como dice textualmente la S citada de 31 de diciembre de 1991 y reitera la de 9 de mayo de 2002.

Persistencia de la enfermedad.—El presupuesto de persistencia de la enfermedad o deficiencia del incapacitado está exigido por la ley, desarrollado por la jurisprudencia y evidenciado por el sentido jurídico. No es preciso resaltarlo en un recurso de casación, ya que las sentencias de instancia lo han declarado probado, tal como dice la Juez de Primera Instancia, ratificada por la Audiencia Provincial: «... la persistencia de ésta (la enfermedad o deficiencia) en el tiempo por su carácter permanente e irreversible». En tales sentencias se declara probada la «enorme limitación que los efectos de dicha enfermedad, demencia senil, produce en la capacidad ...» de la que ha sido incapacitada; detalla con minuciosidad la prueba y hacen, ambas sentencias de instancia, una alusión a los enfrentamientos personales y económicos de los hijos de la incapacitada, lo que no se plantea como fundamento del fallo.

Por tanto, el motivo se desestima porque se ha cumplido con precisión el artículo 200 CC, se ha razonado la aplicación de la norma y se ha declarado probada la situación fáctica que es presupuesto de la misma. **(STS de 11 de junio de 2003; no ha lugar.)**

HECHOS.—El recurso de casación trae causa de una demanda de incapacitación —a la que se da lugar— que un hijo promueve en relación con su madre, mayor y enferma. La anciana apeló, pero la Audiencia Provincial de Granada confirmó en todos sus extremos la sentencia del Juzgado. No hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

11. Defensor judicial: apreciación casuística de la existencia de conflicto de intereses.—Los artículos 162.2 y 163 CC establecen una excepción a la representación legal por los padres de los hijos menores no emancipados (SS de 17 de enero y 4 de marzo de 2003), que el artículo 299.1.º CC extiende a otros supuestos. Se trata del defensor judicial, con precedente en el curador *ad hoc*, previsto para cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales. En ciertos artículos del Código civil, a propósito de justificar el nombramiento, se utilizan las palabras «conflicto de intereses» (arts. 299 y 162.2), mientras que en otros los términos empleados son los de «interés opuesto» (art. 162) o «incompatibilidad u oposición de intereses» (art. 273 bis), que tienen un sentido semejante.

El conflicto de intereses lo toma en consideración el legislador, en defensa del menor (SS de 17 de enero y 4 de marzo de 2003) y en relación con cada asunto concreto (art. 299.1.º), razón por la que hay que estar a las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su existencia.

Este casuismo deriva de la excepcionalidad de la figura en relación con la regla general de representación de los hijos menores por sus padres

(art. 162.2). De ahí que la circunstancia de que en un juicio de testamentaría el órgano judicial competente hubiera entendido existente el conflicto entre los intereses de la ahora recurrente y su madre, que le representaba en él, no significa que ocurra lo mismo en todos los demás asuntos en que deba operar la representación legal ni, en consecuencia, que la declaración efectuada en un proceso se extienda a supuestos distintos de los que la motivaron (SS de 12 de junio de 1985 y 17 de enero de 2003).

La diferencia de intereses entre madre y menor no siempre implica la incompatibilidad que exige el nombramiento de defensor judicial.—Siendo deber de los padres ejercer la patria potestad en beneficio de los hijos sujetos a ella (art. 154 CC), la excepción que, para el concreto ejercicio de la representación que la norma les atribuye, significa la actuación del defensor judicial ha de estar justificada por la inutilidad de aquélla para cumplir, en el caso concreto, el antes mencionado fin.

De ahí que la situación de conflicto se identifique con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de la de los de sus hijos (SS de 17 de enero y 5 de noviembre de 2003). Es claro, por otro lado, que el que los intereses de padres e hijos sean distintos no implica necesariamente incompatibilidad, pues es posible que todos concurren y que resulte admisible una defensa conjunta.

La aquí recurrente tenía, como nuda propietaria de los bienes que habían sido de su padre y causante, unos intereses distintos a los de su madre, usufructuaria de ellos, en el juicio ejecutivo en que se despachó ejecución contra los bienes relictos. Incluso entre uno y otro derecho, sobre el mismo objeto, se da en abstracto una contraposición natural, por cuanto el usufructo limita el derecho del propietario, el cual, por la elasticidad de la propiedad, recupera las facultades integradas en el derecho limitativo cuando éste se extinga.

Sin embargo, no puede afirmarse que la negación de la existencia de conflicto efectuada en la instancia no esté basada en una correcta valoración de las circunstancias concurrentes, pues de éstas resulta una perfecta compatibilidad en la defensa de ambos derechos. Es evidente que la madre, al defender su usufructo ante una ejecución despachada contra los bienes usufructuados, podía defender, sin sacrificio alguno, la nuda propiedad de su hija. Los instrumentos de defensa eran los mismos, y en esa concreta situación no era necesaria la designación de un defensor judicial. **(STS de 17 de mayo de 2004; no ha lugar.)**

HECHOS.—La demandante en la instancia pretendió la declaración de nulidad de un juicio ejecutivo seguido años atrás por el *Banco Central* contra ella, sus hermanos —todos herederos de su difunto padre— y su madre, como cónyuge viudo. Alegó la actora que durante la tramitación del ejecutivo era menor de edad y que el modo en que su madre había ejercido su representación legal (con inactividad procesal que motivó la declaración en rebeldía) le había producido indefensión. La demanda fue desestimada y también la apelación. En el recurso de casación afirma la recurrente que en un juicio de testamentaría en relación con la sucesión de su padre, el Juzgado competente le designó un defensor judicial por entender que había conflicto de intereses entre ella y su madre. Así, manifiesta ahora, la representación de su madre además de ineficaz

resultó inválida y contraria a los artículos 162, 163 y 299 CC. El Tribunal Supremo desestima el recurso. (R. G. S.)

12. Doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica: concepto, función y doctrina jurisprudencial.—El motivo se desestima porque la doctrina sobre el levantamiento del velo de esta Sala es la recogida y aplicada correctamente por la Audiencia Provincial. La idea esencial es que no puede separarse el patrimonio de una persona jurídica y el de una o varias personas físicas, cuando en realidad se trata de un único patrimonio, para conseguir un fin fraudulento. Pero no cabe aplicar la doctrina en beneficio de una de las personas físicas que precisamente han constituido la persona jurídica, sin perjuicio de que las posibles irregularidades o perjuicios se solventen directamente de una frente a la otra. Esto es lo ocurrido en el presente caso, en que el demandante deja de reclamar sus pretensiones a la persona jurídica, pretende con la doctrina del levantamiento del velo la declaración de propiedad de unos apartamentos de los que fue adquirente y es titular registral la sociedad, que lo sería *erga omnes* y que se ignora si su descapitalización produciría perjuicios a terceros.

La doctrina del levantamiento del velo, iniciada en la S de 28 de mayo de 1984 en un caso de responsabilidad extracontractual y para evitar el perjuicio a terceros, se ha mantenido en el sentido expuesto en reiteradamente muchísimas sentencias. Resume la doctrina la de 22 de julio de 1998: «la sentencia de 15 de octubre de 1997 resume la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión en los términos que se exponen a continuación: la doctrina del llamado levantamiento del velo de la persona jurídica, expresión que es adaptación de la anglosajona *disregard* y de la germana *Durchgriff*, tiene como función evitar el abuso de una pura fórmula jurídica y desvela las verdaderas situaciones en orden a la personalidad para evitar ficciones fraudulentas, tal como dice la S de 28 de mayo de 1984, verdaderamente emblemática en esta cuestión y que ha sido seguida, incluso a veces con literalidad, por las SS de 16 de julio y 24 de septiembre de 1987, 5 de octubre de 1988, 20 de junio, 12 de noviembre y 12 de febrero de 1991. La idea básica es que no cabe la alegación de separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc. Tal como dice la S de 3 de junio de 1991, se proscriben la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con eso se comete un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros; lo que reiteran las de 16 de marzo y 24 de abril de 1992, 16 de febrero de 1994 y 8 de abril de 1996 que resume la doctrina jurisprudencial (en su fundamento 2.º, párrafo 2.º). Por último, las tres sentencias más recientes reafirman y resumen la doctrina jurisprudencial; son las de 31 de octubre de 1996, 10 de febrero y 24 de marzo de 1997. La primera dice (Fundamento 1.º, párrafo 5.º): «La teoría del “levantamiento del velo” —*lifting the veil*— creación de la jurisprudencia norteamericana con intención de averiguar lo real en una evolución de una determinada persona jurídica que pueda implicar una frustración de los derechos de terceras personas que sean físicas o jurídicas; está hoy por hoy plenamente aceptada por la doctrina y jurisprudencia españolas, y a través de la misma se pretende evitar una simulación en la constitución de una sociedad que signifique la elusión en el cumplimiento de un contrato, así como la burla

de la ley como protectora de derechos. Y en esa dirección hay que destacar la emblemática sentencia de esta Sala, de fecha 28 de mayo de 1984, cuando en ella se dice que “se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7.1 CC), la tesis y práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esta ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto), se puedan perjudicar ya intereses públicos o privados o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 CC), en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra el interés de los socios, es decir, un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7.2 CC)”. La segunda reitera y reproduce la doctrina que exponen las SS de 28 de mayo de 1984 y 1 de diciembre de 1995. La tercera reitera la misma doctrina, con base en la misma S de 28 de mayo de 1984 y en la de 12 de febrero de 1993; su texto literal es: “en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución Española (arts. 1.1 y 9.3), se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, por aplicar la vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7.1 CC), la práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal –de respeto obligado, por supuesto– se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4 CC), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (“levantar el velo jurídico”) en el interior de esas personas cuando sea preciso evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de los “derechos de los demás” (art. 10 CE)».

La reiteran la S de 5 de noviembre de 1998, 11 de octubre de 1999, 31 de enero de 2000, que dice: «en ciertos casos y circunstancias, es posible penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal –de respeto obligado, por supuesto, en la normalidad de los casos–, se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos, o bien ser utilizada como vehículo de fraude».

Se reitera en las SS de 11 de octubre y 22 de noviembre de 2000 (son dos de la misma fecha), 5 de abril, 18 de abril y 16 de octubre de 2001, que dice, en clara aplicación al caso presente: «La doctrina denominada del levantamiento del velo de las personas jurídicas, que viene siendo objeto de un minucioso examen por las sentencias de esta Sala (entre las más recientes cabe citar las de 17 de octubre y 22 de noviembre –dos– de 2000 y 5 y 7 de abril y 8 de mayo de 2001), permite penetrar en el sustrato de las sociedades para percibir su auténtica realidad y poder así averiguar si la autonomía patrimonial consustancial a la personalidad jurídica es o no utilizada como una ficción con un fin fraudulento o abusivo con el propósito de perjudicar a un tercero, lo que abre un gran abanico de posibilidades como el incumplimiento contractual, aparentar insolvencia, sustraer bienes de la ejecución forzosa, soslayar o hacer prevalecer ciertos derechos o eludir la responsabilidad contractual o extracontractual». (STS de 3 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.–Por la parte demandante –don José M.^a G. M.– se ejercitó acción declarativa de dominio de unos apartamentos y una larga serie de reclamaciones subordinadas. La parte demandada –*Sun Valley Trading Company* y don A. F. V.– ejercitó acción recon-

vencional en reclamación de la cantidad obtenida por la explotación de los apartamentos. El Juzgado estimó la demanda y la reconvencción. Apelan los codemandados y la Audiencia Provincial de Las Palmas, revocando la sentencia dictada en primera instancia, desestimó la demanda y estimó la reconvencción. En relación con la demanda, hay que señalar que el rechazo de la acción declarativa de dominio se basa en que la adquirente por compraventa y titular registral de los apartamentos cuya declaración de dominio se pretendía es la sociedad codemandada –*Sun Valley Trading Company*– y, sobre todo, que el actor no acreditó su título de dominio. A la vez, destaca la sentencia de apelación que el demandante no actuó para sí sino como representante y que no tenía en la sociedad codemandada una participación del 50 por 100, sino del 12 por 100. Don J. M.^a G. M. interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima. (R. G. S.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

13. Contrato de opción: concepto.—En el contrato de opción, una parte atribuye a otra un derecho que permite a esta última decidir, dentro de un determinado período de tiempo y unilateralmente, la puesta en vigor de un concreto contrato.

Fijación de un plazo para el ejercicio de la opción: elemento esencial del contrato.—El derecho de opción presupone su ejercicio dentro del plazo previsto en el contrato (SSTS de 15 de octubre de 1993, 30 de junio de 1994 y 28 de abril de 2000). Así, aunque la opción atribuye al optante la facultad exclusiva de decidir o no la celebración de un contrato principal, esta decisión ha de realizarse dentro de un plazo necesariamente pactado. En este sentido, no hay duda, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, que la determinación del plazo para el ejercicio de la opción constituye un elemento esencial de este contrato.

El plazo de ejercicio de la opción es de caducidad.—El plazo para el ejercicio de la opción es de caducidad. De esta manera si se ejercita la opción dentro del plazo aparecerá el contrato, pero si no se ejercita, dentro del plazo previsto, esta facultad de decidir sobre la celebración del contrato queda caducada (STS de 30 de junio de 1994).

Obligaciones sometidas a plazo. Determinación judicial del plazo ex artículo 1128 CC: necesidad de petición de parte.—La facultad que el artículo 1128 CC atribuye a los Tribunales en orden a la posibilidad de señalar plazo a las obligaciones que carezcan del mismo, exige que se hubiere deducido la correspondiente petición en la instancia, conformando el debate y permitiendo la contradicción de la otra parte (STS de 11 de abril de 1996). (STS de 15 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don R. F. suscribió un contrato de préstamo en el que expresamente se pactó a su favor lo siguiente: *a)* para la hipótesis de venta del solar, se le otorgaba un derecho de tanteo y adquisición preferente; *b)* para la hipótesis de venta del edificio resultante, un derecho de opción a comprar el 50 por 100 del total del

edificio; *c*) para la hipótesis de cesión en arriendo, el derecho de opción a tomar en arriendo el conjunto del edificio. En base a la letra *b*) de la referida estipulación don R. ejercitó, primero por carta y después judicialmente, el reconocimiento de su derecho de opción de compra sobre el 50 por 100 del total de un edificio industrial. Subsidiariamente solicitó una indemnización de daños y perjuicios. La parte demandada se opuso y ejercitó reconvencción pidiendo la nulidad de la estipulación en sus apartados *a*), *b*) y *c*). El Juez de Primera Instancia estimó la pretensión subsidiaria sobre indemnización de daños y perjuicios y desestimó la reconvencción. La Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia de instancia. En este sentido, desestimó todas las pretensiones de la demanda y, en lo referente al derecho de opción, entendió que no existía por falta de plazo, no reconociendo por ello el derecho a la indemnización. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto. (C. O. M.)

14. Condición suspensiva: sentido técnico y concepto vulgar.—La condición pactada en la cláusula séptima del contrato es una condición suspensiva que, como dice la S de 6 de mayo de 1991, «conforme al artículo 1113 y ss. CC impone un aplazamiento del negocio convenido; en tanto no se cumpla la misma, aquél queda técnica y objetivamente sujeto a un evento futuro, más o menos, incierto, del que depende el nacimiento o la resolución de la relación jurídica que abarca derechos y obligaciones para los sometidos a su ámbito, presentando a su vez, un aspecto subjetivo, consistente en la voluntaria subordinación pactada de la eficacia del contrato al acontecimiento esperado». No habiéndose producido la venta de la parte pro indivisa de la finca *Rincón de Caya* a la que se subordinó la eficacia del contrato de 18 de julio de 1996, éste, como consecuencia de esa condición suspensiva inicial, no produciría efecto alguno. Ahora bien, no puede olvidarse que, entregada en el momento de la suscripción del contrato de 18 de julio de 1996 una parte importante del precio pactado, las partes procedieron a regular las consecuencias que el no cumplimiento de la condición suspensiva tendría sobre esta entrega anticipada de la parte del precio, y así se pactó que la parte vendedora «se obligará a devolver los veintitrés millones de pesetas más un 10 por 100 de interés, o bien se materializará la compraventa descrita en las cláusulas anteriores».

Como dice la S de 23 de octubre de 2002, «el concepto jurídico de “condiciones” comprende no sólo las denominadas “en sentido técnico” de las cuales depende la existencia o subsistencia de la obligación, sino también cabe referirlo a una determinada y concreta composición de las partes que conforman el contenido contractual en virtud de la autonomía privada, y mediante las que cabe conformar el derecho que se transmite»; tal concepto vulgar de «condición ha de atribuirse a la obligación pactada de devolución de la parte recibida del precio», «o bien se materializará la compraventa descrita en las anteriores cláusulas». En consecuencia, al entender la Sala *a quo* que incumplida la obligación de devolución de la parte recibida del precio más el 10 por 100 de interés la compradora puede exigir el otorgamiento de escritura pública mediante el pago del resto del precio —«materialización de la compraventa»— no ha incurrido en una interpretación ilógica de lo pactado,

lo que lleva a la anunciada desestimación del motivo. (STS de 15 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña A. M. demanda a *Conversiones Agrarias Extremeñas, S. A.*, y a *Emus del Guadiana, S. L.*, solicitando sentencia por la que se declare la perfección del contrato privado de compraventa de determinadas parcelas de la finca *Dehesa Rincón de Céspedes*. Solicitaba además la condena de *Conversiones Agrarias Extremeñas, S. A.* al otorgamiento de escritura pública percibiendo el resto del precio de la compraventa y, subsidiariamente, la condena de *Emus del Guadiana, S. L.*—titular registral de la finca de la que debían segregarse las parcelas vendidas y a fin de no vulnerar el principio de tracto sucesivo— a realizar las operaciones pertinentes para segregar y otorgar escritura pública de compraventa a favor de la demandante. Las sociedades se opusieron a la demanda y solicitaron su desestimación. A los autos procedentes de la demanda relacionada se unieron otros promovidos en virtud de demanda formulada por *Conversiones Agrarias Extremeñas, S. A.*, y por *Emus del Guadiana, S. L.*, contra doña A. M., en la que interesaban sentencia en la que se declarase la extinción de la compraventa suscrita por haberse incumplido la condición suspensiva a la que ésta se encontraba afecta. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda de doña A. M. declarando la perfección del contrato y dio lugar a la acción promovida por las mercantiles. En grado de apelación, la Audiencia Provincial de Badajoz revocó la sentencia del Juzgado, declaró la perfección del contrato privado de compraventa y condenó a las sociedades codemandadas en los términos solicitados por la actora. Interponen las codemandadas recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima. La controversia suscitada giró en torno a la interpretación de la cláusula séptima del contrato así redactada: «Si en el plazo de seis meses a contar desde esta fecha *Conversiones Agrarias Extremeñas, S. A.*, u otra persona que ésta designe, no vende a doña A. M. R. la parte pro indivisa de la finca *Rincón de Caya*, propiedad de doña M. F. S. F., de cuya otra mitad indivisa se ha realizado escritura de compraventa el día de hoy, ante el Notario de Mérida, sustituto del de Montijo, don P. B. B., con el número 1319 de su protocolo, se obligará a devolver los veintitrés millones de pesetas más un 10 por 100 de interés, o bien se materializará la compraventa descrita en las cláusulas anteriores del contrato». (R. G. S.)

15. Contrato de obra. Pago del precio. Obligación mancomunada.—Mal puede concluirse que la sentencia recurrida haya infringido el artículo 1137 CC ni la jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta, pues una cosa es que no se exija necesariamente el pacto expreso de solidaridad para que ésta pueda considerarse existente y otra muy distinta que la regla general sea la solidaridad y no la mancomunidad simple.

Devengo de intereses. Inaplicación del principio *in illiquidis non fit mora*.—Al margen de la evolución de la jurisprudencia en orden al principio *in illiquidis non fit mora*, atenuándose en grandísima medida su rigidez, lo cierto es que en el caso enjuiciado la deuda de los hoy recurrentes por la últi-

ma certificación-liquidación no ofrecía duda alguna ni en cuanto a la obligación de satisfacerla ni en cuanto a su importe, por lo que, aun cuando frente a la reclamación de la actora ellos opusieran la penalización por retraso, bien pudieron consignar la cantidad indudablemente debida al tiempo que promovían la efectividad de dicha penalización. De ahí que, como otra vez con acierto resuelve la sentencia impugnada, el pago de intereses moratorios al tipo contractualmente pactado desde que la actora reclamó extrajudicialmente el pago de la última certificación-liquidación sea la solución más acorde para mantener el equilibrio contractual, que se vería manifiestamente descompensado si a la empresa contratista se le impusieran las elevadas multas establecidas por cada día de retraso y a los comitentes se les eximiera de los intereses moratorios al tipo igualmente elevado pero no menos expresamente pactado. (STS de 26 de abril de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa *Altuna y Uría, S. A.*, adjudicataria de las obras de urbanización de un polígono industrial, interpuso demanda judicial en la que reclamó la condena solidaria al pago de 78.880.195 pesetas (474.079,51 euros) a las personas que habían adquirido parcelas o terrenos en dicho polígono, como importe de la última certificación-liquidación. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de San Sebastián dictó sentencia el 19 de diciembre de 1996 en que desestimó la demanda por considerar aplicable la cláusula penal que las partes habían pactado para el supuesto de retraso en la finalización de las obras y puesto que el importe de la penalización procedente era superior a la cantidad reclamada. *Altuna y Uría, S. A.*, recurrió en apelación. La Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa dictó sentencia el 23 de marzo de 1998, en la que estimó en parte el recurso. La sentencia fijó la penalización por retraso en la cuantía de 45.100.000 pesetas (271.056,45 euros) y condenó a la mayoría de adquirentes de parcelas o terrenos demandados a pagar a la contratista el resto de la suma reclamada, 33.780.195 pesetas (203.023,06 euros) según sus respectivas cuotas. La Audiencia Provincial también condenó a aquéllos a abonar los intereses devengados por la cantidad adeudada, esto es, los intereses pactados del 18 por 100 anual desde la fecha de la reclamación extrajudicial, el día 1 de agosto de 1992, hasta la fecha de la sentencia de primera instancia, y el interés legal incrementado en dos puntos desde entonces hasta el momento del pago efectivo. *Altuna y Uría, S. A.*, recurrió en casación, entre otros motivos, por entender inaplicable la cláusula penal y que los demandados debían ser condenados solidariamente; los demandados también recurrieron al considerar improcedente el pago de intereses moratorios debido a la iliquidez de la deuda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a ninguno de los recursos. (*J. M. B. S.*)

16. Resolución del contrato por incumplimiento. Conducta obstativa al cumplimiento.—Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que para que se produzca la resolución del contrato no es correcto exigir una voluntad decididamente rebelde —lo que sería tanto como exigir dolo (SSTS de 18 de noviembre de 1983 y 18 de marzo de 1991)—, sino la concurrencia de situación de frustración del contrato, sin que el posible incumplidor aporte

explicación o justificación razonable alguna de su postura (SSTS de 5 de septiembre y 18 de diciembre de 1991). Por ello, basta con que se dé una conducta no sanada por justa causa y obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó (SSTS de 14 febrero y 16 de mayo de 1991 y 17 de mayo y 2 de julio de 1994).

Cumplimiento del contrato por quien pretende la resolución.—La facultad resolutoria de las obligaciones recíprocas que contempla el artículo 1124 CC exige ineludiblemente que quien pretenda la resolución haya cumplido las obligaciones que le incumben (entre otras, SSTS de 24 de octubre, 16 de noviembre y 27 de diciembre de 1995).

Indemnización de daños y perjuicios. Determinación de su cuantía.—La cuantía de la indemnización corresponde, en principio, a la potestad del juzgador de instancia. (STS de 10 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. M. R. y *Aviones de Fumigación Agrícola, S. A.* (en adelante *Adefa*) celebran dos contratos por los que *Adefa* se obliga a utilizar tres de los aviones que don A. M. R. pone a su disposición, con sus equipos personales y técnicos de asistencia. Como contraprestación, se prevé que *Adefa* abonará las tres octavas partes de la cantidad que perciba como adjudicataria de un concurso para la contratación de aviones para combatir incendios forestales. Queda probado que *Adefa* no requiere en ningún momento a don A. M. R. para que ponga a su disposición los aviones. Don A. M. R. presenta una demanda contra *Adefa* en la que solicita que se declare la resolución del contrato por incumplimiento y se condene a la demandada a la indemnización de daños y perjuicios.

La sentencia dictada en primera instancia estima parcialmente la demanda y condena al demandado a indemnizar al actor en una determinada cuantía. La Audiencia estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por *Adefa* y revoca la sentencia, en el sentido de reducir en un 50 por 100 el importe de la indemnización. Ambas partes presentan recurso de casación. En su recurso, *Adefa* alega infracción del artículo 1124 CC porque no se cumplen los requisitos para su aplicación. Por su parte, A. M. R. sostiene que no procede reducción alguna de la indemnización. (*L. S. M. P.*)

17. Resolución de las obligaciones ex artículo 1124 CC. Incumplimiento resolutorio: no exige dolo, basta con frustrar los fines del contrato.—La voluntad de incumplir puede revelarse por una prolongada inactividad o pasividad del deudor (STS de 10 de marzo de 1993); sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión «voluntad deliberadamente rebelde», que sería tanto como exigir dolo (STS de 18 de febrero de 1983); basta con frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes, sin precisarse una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento (SSTS de 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985, 18 de marzo de 1991 y 25 de enero de 1996).

Efectos de la resolución. Retroactividad: devolución de precio y de la cosa objeto del contrato en la compraventa.—La aplicación del artículo 1124 CC lleva consigo, en el supuesto de resolución de una compraventa, la devolución del precio y de la cosa objeto del contrato, como consecuencia

del efecto retroactivo de la resolución (SSTS de 25 de febrero de 1964, 21 de noviembre de 1963 y 3 de mayo de 1999).

Indemnización de daños y perjuicios: abono de los intereses correspondientes a la parte del precio entregada.—La cuantía de la indemnización comprende los intereses del dinero entregado como precio durante el tiempo en que dicha suma estuvo de hecho retenida fuera de la disposición de quien la entregó, sufriendo las consecuencias de la devaluación (STS de 9 de octubre de 1981).

El ofrecimiento de pago sin consignación no produce efectos liberatorios.—No es suficiente el ofrecimiento de devolución para que tenga lugar el efecto liberatorio u otro asimilable al mismo, ya que, como señala el artículo 1176 CC, para que ello sea así es necesario realizar la consignación (STS de 13 de octubre de 1987). (STS de 10 de junio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—En 1989, las entidades mercantiles demandantes celebraron en documento privado un contrato de compraventa de naves que en aquel momento estaban aún en obras. El precio pactado fue de 116.000.000 de pesetas, de los cuales se entregaron en el acto 40.000.000 de pesetas. Como plazo de entrega de las naves se acordó que no podía exceder del 30 de septiembre de ese mismo año. Transcurrido el plazo, no se realizó la entrega. La parte compradora encargó informes técnicos sobre inadecuación de las naves por falta de cerramientos, carpintería, etc. Posteriormente, la empresa vendedora hipoteca las naves y a continuación las vende a un tercero en escritura pública. Las demandantes solicitan en primera instancia y con carácter principal: *a)* la nulidad del segundo contrato de compraventa; *b)* la liberación y cancelación de las hipotecas que pesan sobre los referidos inmuebles; *c)* la elevación del documento privado de compraventa a escritura pública con las condiciones pactadas en el mismo. Con carácter subsidiario, para el supuesto de que no prosperaran las principales, pidieron la resolución del contrato privado de venta y que se condenara a los vendedores a la devolución de los 40.000.000 de pesetas entregados más los intereses legales devengados y una indemnización de los daños y perjuicios producidos por la conducta incumplidora de los demandados. El Juez de Primera Instancia estimó la pretensión subsidiaria, sobre la resolución contractual, y declaró resuelto el contrato de compraventa privado celebrado en 1989 entre los demandantes y la empresa vendedora. Condenó a la misma a devolver a la actora la cantidad de 32.000.000 de pesetas y desestimó el resto de las pretensiones de la demanda. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación interpuesto. Mantiene la declaración de resolución contractual pero condena a la demandada a la devolución de la suma entregada (40.000.000 de pesetas) más los intereses devengados por esa cantidad desde la fecha de interposición de la demanda hasta su abono total. (C. O. M.)

18. Resolución por incumplimiento del artículo 1124 CC. Presupuestos.—Según doctrina del Tribunal Supremo (STS de 21 de marzo de 1986 y, en igual sentido, SSTS de 24 de mayo y 16 de abril de 1991 y 29 de febre-

ro de 1988), para que prospere la resolución por incumplimiento es necesario que quien la alegue acredite los siguientes requisitos: 1) La existencia de un vínculo contractual vigente (SSTS de 10 de diciembre de 1947 y 9 de diciembre de 1948). 2) La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo (SSTS de 28 de septiembre de 1965 y 30 de marzo de 1976), así como su exigibilidad (SSTS de 6 de julio de 1952 y 1 de febrero de 1966). 3) Que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían (SSTS de 9 de diciembre de 1960 y 18 de noviembre de 1970). 4) Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta obstativa de éste, que de modo indubitado, absoluto, definitivo e irreparable la origine; actuación que, entre otros medios, puede acreditarse por la prolongada inactividad o pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte (STS de 5 de mayo de 1970). 5) Que quien ejercite la acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían (SSTS de 6 de julio y 29 de marzo de 1977), salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste es la que motiva el derecho de resolución de su adversario y le libera de su compromiso (SSTS de 10 de febrero y 11 de abril de 1925 y 24 de octubre de 1959).

Contrato de préstamo. Inaplicación de la resolución por incumplimiento del artículo 1124 CC. Exigencia del pago anticipado del préstamo por incumplimiento del prestatario.—En el contrato de préstamo no se da la reciprocidad de obligaciones necesaria para que proceda la aplicación de la resolución por incumplimiento. La única obligación, en principio, es la devolución de lo prestado a cargo exclusivo del deudor. En caso de impago de este último, procede exigir el pago anticipado del préstamo.

Ratificación tácita del contrato.—La ratificación del contrato es una simple manifestación de voluntad que puede realizarse de forma expresa o tácita, siendo la expresión más elemental de esta última el aprovechamiento de los efectos de lo convenido en el contrato (STS de 26 de octubre de 1999). La ratificación tácita ha de resultar de hechos que impliquen necesariamente una aprobación del *dominus*. En este sentido, la jurisprudencia ha declarado que dicha aceptación tiene lugar cuando el *dominus* no hace uso de la acción de nulidad que puede ejercitar y se aprovecha de los efectos de lo ejecutado sin su autorización, poniendo con ello de manifiesto su consentimiento, de tal forma que el contrato queda dotado de validez y no puede reputarse inexistente (SSTS de 5 de abril de 1950 y 25 de marzo de 1968; y, en igual sentido, las SSTS de 6 de febrero de 1999 y 14 de octubre de 1998). (STS de 13 de mayo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don B. R. R., como prestamista, y *Mallotursa, S. A.*, como prestataria, celebraron el 9 de septiembre de 1994 un contrato de préstamo. En el momento de celebración del contrato, el prestamista entrega a la prestataria 10.000.000 de pesetas, que deberán serle devueltos entregando un mínimo de 1.500.000 pesetas anuales. Se pacta que la cantidad prestada devengará intereses al tipo del 9 por 100 anual, pagadero por semestres vencidos.

Don B. R. R. presenta una demanda contra *Mallotursa, S. A.*, en la que solicita que se declare el incumplimiento por parte de la demandada de las obligaciones asumidas en el contrato de préstamo, que se declare resuelto el contrato por incumplimiento de la prestataria y que, como consecuencia del incumplimiento, la demandada adeuda a la demandante la cantidad de 10.000.000 pese-

tas en concepto de principal y 1.800.000 pesetas, en concepto de intereses correspondientes a los plazos vencidos desde la fecha del contrato.

En primera instancia se estima en parte la demanda, se declara resuelto el contrato de préstamo y se condena a la demandada a entregar al actor la cantidad de 10.000.000 de pesetas, en concepto de principal, y 1.350.000 pesetas por intereses. La demandada presenta recurso de casación contra la sentencia que desestima el recurso de apelación. (*L. S. M. P.*)

19. Incumplimiento contractual.—«La doctrina de que el solo incumplimiento contractual no genera de suyo una obligación de indemnizar, no excluye la idea de que el incumplimiento no constituya *per se* un perjuicio o daño, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que sus vicisitudes, en concreto, las contravenciones de las partes, no habrán de tener ninguna repercusión, contradiciendo así la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato y de sus consecuencias».

Pérdida de la oportunidad procesal.—La STS de 26 de enero de 1999 declaró que «[l]a simple pérdida de la oportunidad procesal que todo recurso confiere, objetiva la producción del daño y la necesidad de su reparación, daño imputable a quien con su conducta negligente omitió la realización del encargo afectado, sin que se hayan probado excusas justificadas sobre la no interposición del recurso. La frustración de las expectativas generadas en el recurrente por las posibilidades de éxito del recurso de revisión, cuya dirección técnica asumió aquél sin que finalmente, llegase a confeccionarlo y presentarlo, supuso la pérdida de una oportunidad procesal». En la STS de 11 de noviembre de 1997, el Tribunal Supremo condena la actuación de un procurador que fue demandado por no haberse personado en unos recursos de apelación, lo que derivó en que los mismos fueran declarados desiertos, quedando firmes las respectivas sentencias apeladas de primera instancia.

Fijación del *quantum indemnizatorio*.—La STS de 20 de mayo de 1996 declaró que «[n]inguna contradicción existe en examinar por parte de la Sala, como único medio de aproximarse a los concretos daños y perjuicios, la fiabilidad o no del recurso que se perdió por culpa del procurador y que por ello no pretende sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser ello tarea imposible, y que al mismo tiempo se valore como indemnizable el daño moral producido por la privación del derecho al recurso que tenía a su favor la parte demandante». En el mismo sentido, la STS de 26 de enero de 1999 valoró el daño moral «en relación a la cantidad total reclamada y discutible prosperabilidad del mismo en la suma de un millón doscientas cincuenta mil pesetas». (**STS de 10 de junio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios del paseo Bera-Bera de San Sebastián formuló una demanda, que fue desestimada por apreciar la excepción de falta de legitimación activa, por vicios de la construcción contra las empresas constructoras, aseguradora y técnicos. Contra la anterior sentencia se interpuso un recurso de apelación, por lo que se emplazó a las partes para que en el plazo de diez días comparecieran ante la Audiencia Provincial a fin de usar su derecho. La procuradora que representaba la comunidad de propietarios, si bien preparó el escrito de compare-

encia, no llegó a presentarlo dentro del plazo concedido, por lo cual la Audiencia dictó auto por el que se declaraba desierto el recurso de apelación y firme la sentencia de instancia. Por ese motivo, la comunidad de propietarios interpuso demanda contra la procuradora señora B. L. S. y contra *La Estrella, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros*, que fue desestimada íntegramente en primera instancia. El demandante formuló recurso de apelación que fue parcialmente estimado. La compañía de seguros ha formulado recurso de casación contra esta última sentencia por aplicación indebida del artículo 1101 CC en relación con el artículo 1902 CC. A tal efecto sostiene que los dos preceptos legales citados requieren para su aplicación la acreditación, no sólo de la culpa o negligencia en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, sino además, la realidad del daño, por no ser automático el surgimiento de la obligación resarcitoria con cargo al incumplidor. El recurso ha sido desestimado. (E. C. V.)

20. Acción de rescisión por fraude de acreedores: el requisito de la existencia de un crédito anterior.—Uno de los requisitos exigidos para la rescisión por fraude de acreedores es que el demandante sea titular de un crédito anterior a la celebración del acto impugnado. El requisito así formulado lo está *en términos generales*, de modo que se entiende cumplido también cuando, aún siendo posterior el crédito, los demandados tenían conocimiento de su *próxima y segura* existencia o, dadas las circunstancias, *no podían desconocer su posición deudora*. (STS de 26 de febrero de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad bancaria demandante solicitó la declaración de nulidad de la compraventa de dos fincas celebrada entre los demandados por ser simulada o, subsidiariamente, la rescisión del contrato por fraude de acreedores. En primera instancia se estimó la demanda y se declaró la nulidad de la compraventa. La Audiencia Provincial revocó la anterior y absolvió a los demandados, sin pronunciarse sobre la acción de rescisión por fraude de acreedores, que se había ejercitado con carácter subsidiario. Aunque la estimación del motivo de incongruencia omisiva dio lugar a la casación de la sentencia, el Tribunal Supremo desestimó íntegramente la demanda. (C. J. D.)

21. Presupuestos de la acción revocatoria por fraude de acreedores.—Los presupuestos exigidos para que prospere una acción de este tipo son la existencia de un crédito; la celebración, con posterioridad y por el deudor, de actos de disposición patrimonial que atenten directamente contra dicho crédito; la falta de otro medio legal para el cobro de la deuda; y la circunstancia de que los bienes perseguidos no hayan pasado a tercero de buena fe (STS de 17 de noviembre de 1987 y 26 de noviembre de 1992). Por otro lado, la acción revocatoria no exige para ser estimada que se pruebe el «ánimo de perjudicar» o la malicia de los participantes en el acto, sino que basta con que éstos tengan conciencia del perjuicio que se causa al acreedor.

Carácter subsidiario de la acción.—La acción rescisoria viene a consistir en un remedio de carácter subsidiario conforme al artículo 1294 CC, sub-

sidiariedad que en la acción revocatoria por fraude de acreedores no se refleja en la imposición de una previa persecución del deudor para acreditar su insolvencia, sino que prácticamente bastará con hacer hincapié en la falta de bienes razonablemente basada. (STS de 13 de mayo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad actora *Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón* concedió un préstamo a *Talleres Espi e Hijos, S. L.*, en el que constaba como avalista la demandada doña C. S. G. Posteriormente, la avalista vendió el piso a sus tres hijos, no obstante permaneció en el inmueble enajenado, que utilizaba como domicilio conyugal, junto a su esposo. La situación económica de *Talleres Espi e Hijos, S. L.*, no le permitía afrontar con su propio patrimonio el pago de la deuda, y el único bien de cierto valor del que disponía la avalista era la vivienda que había sido enajenada. La actora formuló demanda por la que ejercitaba acción revocatoria por fraude de acreedores contra los demandados, solicitando que se declarase que la transmisión de la vivienda era nula por haber sido otorgada en fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró que la transmisión de la finca era nula por ese motivo, y en consecuencia, declaró la rescisión de dicho contrato, ordenando la cancelación de la inscripción de dominio causada como consecuencia de la transmisión referida debiendo reintegrarse el inmueble a su antiguo titular registral. La Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia por la que confirmó íntegramente la sentencia apelada. Contra esta última se ha formulado recurso de casación que ha sido desestimado. (E. C. V.)

22. Cesión o transmisión de créditos: fines que cumple en el Derecho mercantil.—Su existencia es más necesaria en el tráfico mercantil para facilitar la rapidez, a través del endoso, de efectos o contratos comerciales, con efectos abstractos o no causales después de los primeros contratantes.

Sustitución por un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones sinalagmáticas: presupuestos.—Que las prestaciones del contrato no estén aún cumplidas y que la transmisión sea consentida por la otra parte (SSTS de 5 de junio de 1961 y 28 de abril de 1966, entre otras muchas).

Cesión del contrato: fundamento.—Se reconoce la posibilidad de su existencia, en virtud de la libertad de pactos del artículo 1255 CC (SSTS de 26 de noviembre de 1982 y 23 de octubre de 1984).

Diferencias entre «contrato para persona que se designará» y cesión de contrato.—En el primero se autoriza la posible designación de un tercero, en sustitución de uno de los estipulantes iniciales, como parte, debiéndose prever el plazo para esa designación, pues, en otro caso, la relación jurídica se entendería concertada definitivamente entre los primeros contratantes; mientras que en la segunda no se ha previsto tal transmisión, el negocio se concierta, con el carácter inicial de firme, entre los primeros estipulantes, puesto que el tercero, que sustituirá a uno de ellos (normalmente al comprador, en el contrato tipo de compraventa), aparecerá después. (STS de 5 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—*Caja Madrid* demandó a dos entidades mercantiles, sobre tercería de dominio, para dejar sin efecto el embargo practicado sobre las facturaciones expedidas a nombre de una de estas entidades y a cargo de *Unión Fenosa, S. A.* Se dio la circunstancia que la actora y la sociedad que libró las facturaciones habían formalizado un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente y como garantía al cumplimiento del contrato la segunda cedió a la entidad bancaria todas las facturaciones que tenía sobre *Unión Fenosa, S. A.* El Juzgado acogió la demanda. La Audiencia la desestimó y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la actora, al considerar que no eran propiedad de ésta tales facturaciones, por estar pendientes de ser transmitidas. (*I. D. L.*)

23. Venta de cosa ajena.—Tanto la doctrina como la jurisprudencia, basándose en los términos amplios del artículo 1445 CC, consideran legítima la llamada «venta de cosa ajena», siempre que no medie engaño por parte del que vende, en cuyo caso cabría nulidad por dolo. (**STS de 6 de mayo de 2004**; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La compañía mercantil *Jofer Ferrol, S. A.*, construyó un edificio urbano, invadiendo para ello un terreno contiguo. Dicho edificio fue vendido por viviendas y locales comerciales a terceros.

El propietario de la finca invadida interpone acción contra la compañía citada reclamando daños y perjuicios por accesión invertida.

Previamente, se instó un procedimiento del artículo 41 LH para obtener la restitución de la cosa basado en la inscripción registral del terreno a favor del actor. La demandada reconviene solicitando la nulidad del título en el que el actor basaba su acción. En concreto, el demandante había adquirido la finca mediante escritura pública otorgada por el heredero del propietario de la misma; la demandada sostiene que la venta fue nula ya que el causante vivía en el momento de la venta.

Tanto en primera instancia como en apelación se estima la demanda y se desestima la reconvencción aduciendo que el testamento del padre del vendedor en el que le legaba la finca era de fecha anterior a la misma. La demandada recurre en casación. (*B. F. G.*)

24. Arras: clasificación.—La doctrina moderna distingue entre las arras confirmatorias, que se dirigen a reforzar la existencia del contrato como prueba de celebración del mismo; las arras penales, como garantía del cumplimiento del contrato, mediante su pérdida o devolución doblada en caso de incumplimiento y las arras penitenciales, como medio lícito de desistimiento contractual entre las partes, mediante su pérdida o restitución doblada. Las arras penitenciales se encuentran reconocidas en el artículo 1454 CC, son de carácter excepcional y, por este motivo, han de ser interpretadas de forma restrictiva, entendiéndose en caso de duda que se trata de arras confirmatorias y

no penitenciales (entre otras, las SSTs de 8 de julio de 1945, 7 de febrero de 1966, 10 de marzo de 1986 y 24 de octubre de 2002).

Interpretación de los contratos: cláusulas oscuras.—Es doctrina del Tribunal Supremo que la regla de interpretación de los contratos que se contiene en el artículo 1288 CC no es rígida ni absoluta y que para su aplicación hay que tener en cuenta las circunstancias de cada contrato. Esta regla entra en juego una vez se hayan utilizado todos los criterios legales hermenéuticos y las reglas de la lógica, cuando, a pesar de ello, persiste la situación de equivocidad al no existir un resultado unívoco de los términos del contrato, sino varios con igual grado de credibilidad.

Contratos de mediación o corretaje: la responsabilidad del administrador de la sociedad anónima inmobiliaria.—El contrato de agencia inmobiliaria es un contrato esencialmente oneroso por el que el agente, dentro de las exigencias de su actividad profesional, ha de poner en contacto a los vendedores y compradores inmobiliarios. El administrador social persona física y socio, no ha de confundirse con la sociedad a la que representa en los negocios jurídicos en los que éste interviene. Por ello, al no ser sujeto de los derechos y obligaciones dimanantes de los contratos, tampoco responde solidariamente de las obligaciones sociales que se derivan de los mismos. (STS de 20 de mayo de 2004; ha lugar y no ha lugar.)

HECHOS.—Las hermanas M. R. formulan demanda contra *Europa, S. A., Organización Inmobiliaria*, y don P. C. L. solicitando que se declare la validez del contrato de encargo y se devuelvan los honorarios pagados por las actoras y las arras dobladas. Junto a esta demanda se acumula la interpuesta por los esposos A. S. O. y E. B. C. contra las demandantes y el notario J. L. B. J. donde se solicita que, en primer lugar, se declare la validez de la compraventa realizada, o alternativamente se declare resuelta la misma por el incumplimiento de las demandadas, devolviendo por duplicado la cantidad entregada en concepto de arras; y en segundo lugar, se declare la responsabilidad civil derivada de negligencia o irresponsabilidad del fedatario público, que dio por no válida la anterior escritura de compraventa y el préstamo hipotecario correspondiente.

El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda de las hermanas M. R., condenando a la inmobiliaria y absolviendo a don P. C. L. y estima parcialmente la demanda de los esposos declarando resuelto el contrato de compraventa y condenando a las demandadas a la devolución de las arras dobladas; no obstante declara no haber lugar a la indemnización del fedatario público. La Audiencia Provincial, en apelación, estima parcialmente los recursos de las hermanas M. R. y de los esposos, y desestima los interpuestos por don P. C. L. y el notario. Se interponen sendos recursos de casación, uno por las hermanas M. R. y otro por don P. C. L. y *Euro-ropa, S. A., Organización Inmobiliaria*. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso interpuesto por don P. C. L. y la inmobiliaria, declarando no haber lugar a la demanda interpuesta en primera instancia por las hermanas M. R.; y declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por las citadas hermanas. (S. E. M.)

25. Contrato de compraventa. Facultad del artículo 1502 CC. Suspensión del pago del precio de la compraventa cuando existan fundados motivos para temer una perturbación jurídica en la posesión del comprador. Interpretación restrictiva del precepto.—El artículo 1502 CC monopoliza, salvo pacto, la regulación de la facultad del comprador de suspender el pago del precio en el supuesto que contempla, determinando el funcionamiento concreto de la relación sinalagmática en el mismo. Por otro lado, se trata de una norma que reclama una interpretación restrictiva, y que presupone la cumplida demostración de los requisitos que condicionan la facultad que al comprador atribuye; entre ellos que el temor de perturbación sea fundado y tenga su génesis en el futuro ejercicio de una acción reivindicatoria o hipotecaria (SSTS de 4 de junio de 1992, 23 de marzo de 1993 y 18 de octubre de 1994). Lo que no se ha probado en el proceso, en el que, por el contrario, el comprador demandado estaba expresamente autorizado por la propietaria del automóvil comprado para usarlo. Ello constituye evidencia precisamente y, cuanto menos, de una situación tolerada y pacífica, contraria a la alegada por el recurrente.

Compraventa de cosa ajena. Validez inicial del contrato, a no ser que exista vicio del consentimiento que lo invalide. Posibilidad de ejercitar acciones para el cumplimiento o la resolución del contrato.—El contrato de compraventa, por su mera eficacia obligatoria, y no transmisiva, puede tener válidamente por objeto una cosa ajena, pues no hay en nuestro Código Civil norma similar a la contenida en el artículo 1599 CC francés, que sanciona su nulidad (como consecuencia de la transmisión del dominio mediante el consentimiento: arts. 1138 y 1583). Es claro, de otro lado, que la venta de cosa ajena puede haberse perfeccionado con la voluntad del comprador viciada por error o, incluso, por dolo. También lo es que dicho contratante tiene derecho a la entrega de la cosa en posesión pacífica (arts. 1461 y 1462 CC), o a que se le transfiera la propiedad si así resulta del pacto. En tales casos el ordenamiento proporciona al comprador medios de defensa de sus intereses, en forma de acciones de anulación por consentimiento viciado, de cumplimiento de la prestación prometida, de resolución del vínculo por incumplimiento, de indemnización de los daños producidos con la contravención contractual. (STS de 11 de mayo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don S. W. H. demandó al señor H. B. la resolución por falta de pago del contrato de compraventa de un automóvil que el primero había vendido al segundo y por el que se había abonado la cantidad de tres millones de pesetas, quedando pendiente el pago de otros siete millones que el comprador nunca entregó. El demandado alegó que su falta de pago no respondía a un incumplimiento de lo pactado, sino que se amparaba en la facultad del artículo 1502 CC de suspender el pago del precio cuando se tuviesen motivos para temer el inminente ejercicio de una acción reivindicatoria o hipotecaria, lo que entendía que concurría al comprobar que el vendedor no era propietario del vehículo objeto del contrato. El Juzgado del Primera Instancia desestimó la demanda y acogió la tesis del comprador. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca estimó el recurso de apelación interpuesto por el actor y, con revocación de la sentencia de instancia, acogió íntegramente la demanda interpuesta. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación del demandado. (L. A. G. D.)

26. Arrendamiento. Presunción de culpa del arrendatario en caso de incendio.—Aunque el incendio del local arrendado puede originarse por «una tercera mano», dicha circunstancia no se presume y, conforme al artículo 1563 CC, incumbe al arrendatario probar la total ausencia de culpa en el evento. Para que el arrendatario quede liberado de responsabilidad, debe probar que en el incendio no hubo culpa por su parte ni negligencia alguna o, al menos, que se habían tomado las medidas de cuidado, vigilancia o previsión necesarias (STS de 29 de enero de 1996).

Inexistencia de caso fortuito o fuerza mayor.—No todo incendio es debido a caso fortuito y no basta para llegar a tal conclusión que el siniestro se hubiera producido por causas desconocidas (SSTS de 13 de junio de 1998 y 12 de febrero de 2001).

Responsabilidad del arrendatario en caso de incendio.—Cuando no se acredita ni la identidad de un hipotético autor ni cómo se generó el evento, es obvia la responsabilidad de quien tiene el control de la empresa en la que se produce el incendio, máxime si se tiene en cuenta que la falta de diligencia en la previsión del mismo contribuyó, cuando menos, a la propagación del fuego y a que los daños fueran mayores. El Tribunal Supremo (STS de 25 de septiembre de 2000) declara que «con la pérdida o deterioro (de la cosa arrendada) se da incumplimiento a la obligación de guarda y custodia de la cosa, y para que quede libre de esa responsabilidad contractual se exige al arrendatario que acredite que se perdió o deterioró sin su culpa».

Desistimiento del proceso. Diferencias con la renuncia a la acción.—El desistimiento del proceso, cuando se efectúa en primera instancia, no impide volver a plantear la misma acción en otro proceso posterior. A causa de este efecto, y a partir de un determinado momento procesal, el desistimiento tiene carácter bilateral, en cuanto que requiere la audiencia de la otra parte y la aprobación judicial. La renuncia es un abandono de la acción —y, por consiguiente, del derecho— de carácter unilateral. No precisa de la audiencia de la otra parte y el Juez debe aprobarla, salvo cuando la ley la prohíba o sea contraria al orden público o en perjuicio de tercero. Como consecuencia de la renuncia, la acción abandonada no puede volver a ejercitarse. (STS de 4 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Las partes celebraron dos contratos de arrendamiento de local y un contrato de arrendamiento de industria. La arrendadora presenta demanda en la que solicita que se declaren resueltos y extinguidos, con efecto de 31 de diciembre de 1988, los dos contratos de arrendamiento de los locales industriales y, con efecto de 27 de enero de 1989, el contrato de arrendamiento de industria. Además, solicita que se condene a la demandada a pagar una indemnización en concepto de daños y perjuicios. La arrendataria contesta a la demanda oponiéndose a ella y la demandante, en trámite de réplica, formula un desistimiento parcial de la demanda en lo relativo a la petición de extinción del contrato de arrendamiento de industria.

En primera instancia se estima la demanda, se declaran resueltos y extinguidos los contratos de arrendamiento de local y de industria y se condena a la demandada a pagar una indemnización de daños y perjuicios. En apelación, se desestima el recurso presentado por la demandada y se confirma íntegramente la sentencia de

instancia. La demandada reconviniente presenta recurso de casación. (L. S. M. P.)

27. Retracto legal. Posibilidad que el retrayente consigne el precio con posterioridad a la interposición de la demanda.—Ha de tenerse en cuenta que el artículo 1618 LEC prevé cuando el precio no es suficientemente conocido (si es conocido ha de consignarse con la demanda) y al utilizar la expresión «luego que lo sea», que el retrayente está obligado a su consignación inmediata y sin dilaciones desde el momento en que accede a saber cuál ha sido el precio preciso, real y cierto de la transmisión operada, lo que no excluye tenga lugar después de presentada la demanda y durante la tramitación del juicio (S de 14 de julio de 1994) como aquí ocurrió, cumpliéndose de este modo con la finalidad que la Ley otorga a la consignación y no es otra que asegurar el reembolso del precio de la venta y demás gastos que enumera el artículo 1525, en relación al artículo 1518 CC.

Retracto legal. Admisión del aval bancario como medio para consignar el precio por parte del retrayente.—En cuanto a la cuestión que se refiere a la presentación por el retrayente de aval bancario, como instrumento consignatario del precio del retracto, ha de tenerse en cuenta la más reciente y reiterada doctrina de esta Sala de Casación Civil, pues se ha producido cambio de la doctrina consolidada que no lo autorizaba y sólo admitía la consignación en metálico o mediante cheque conformado (SS de 24 de mayo de 1982, 21 de octubre de 1985, 12 de diciembre de 1986, 9 de febrero, 20 de abril y 27 de septiembre de 1994, 30 de mayo de 1995, 11 de julio de 1996 y 17 de junio de 1997) por otro más conforme a las directrices del artículo 3.1 CC y que viene a reconocer la plena eficacia de la consignación llevada mediante aval bancario, que ha de cumplir los requisitos de exigencia legal para ser eficaz (SS de 15 de abril de 1998, 17 de mayo de 2000, 3 de abril de 2001 y 17 de mayo de 2002 y SSTC de 27 de enero de 1992 y 30 de junio de 1998).

Posibilidad por parte del arrendatario de ejercitar los derechos de tanteo y retracto sobre bienes adjudicados en subasta judicial.—A este respecto hay que decir el cambio de orientación en la doctrina jurisprudencial que se ha producido en los últimos tiempos, para reconocer el derecho de retracto a favor de quien ostenta condición de arrendatario urbano al tiempo de enajenar el bien objeto de la locación en subasta judicial (SS de 22 de abril de 1992, 30 de junio de 1994 y 8 de junio de 1995, entre otras), declarando la S de 12 de febrero de 1996 que cualquiera que sean las opiniones doctrinales sobre la adjudicación en subasta judicial, lo cierto es que el legislador la considera apta para dar lugar al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, equiparándolas a las ventas por interpretación analógica del artículo 1640 CC. (STS de 14 de mayo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—En fecha de 21 de agosto de 1992, doña A. C. celebró un contrato de préstamo con hipoteca, en el que figuraba como entidad prestamista la *Caja de Crédito de Altea*. En la correspondiente escritura pública se afirmaba que la finca sobre la cual recaía la hipoteca se encontraba libre de arrendamientos, lo cual era cierto en la fecha en que se firmó el contrato. Sin embargo, con posterioridad al otorgamiento de la escritura pública, doña A. C. arrendó la finca a la entidad mercantil *El Porvenir de Europa, S. L.* Ante el

incumplimiento contractual del préstamo por parte de doña A. C., la *Caja de Crédito de Altea* ejercitó judicialmente su derecho, siendo la finca adquirida por la entidad mercantil *Ivorra Cano, S. L.* La sociedad arrendataria *El Porvenir de Europa, S. L.*, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Villajoyosa al considerar su derecho de adquisición preferente sobre la finca litigiosa. El Juzgado estimó íntegramente la acción de retracto. Apelada la sentencia, ésta se confirmó en todos sus extremos. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

28. Contrato de arrendamiento. Arrendamiento de obra y arrendamiento de servicios: diferencias.—Como ha señalado la doctrina jurisprudencial la diferencia entre el arrendamiento de obra y el de servicios radica en que en el primero —arrendamiento de obra— la prestación del arrendador va dirigida a un resultado, sin consideración del trabajo que lo crea (SSTS de 19 de octubre de 1995 y 13 de marzo de 1997), mientras que el segundo —arrendamiento de servicios— supone una actividad independiente del resultado (STS de 3 de noviembre de 1983).

El contrato de descarga de una máquina constituye un arrendamiento de obra.—El contrato de descarga de una máquina constituye un genuino contrato de arrendamiento de obra puesto que lo que se pretende es un concreto resultado u *opus*: la descarga de la máquina sin daños.

El contrato de arrendamiento de obra no queda desvirtuado por la circunstancia de que la retribución se determine en atención al tiempo de trabajo empleado.—El que la retribución se realice en atención al tiempo de trabajo no desnaturaliza el contrato de obra querido por las partes.

Realización de la descarga con aparejos ofrecidos por la parte que encarga la obra. Caída de la máquina por la utilización de aparejos inadecuados: responsabilidad del dueño de la grúa.—Si no queda probado que la parte que contrató la obra impuso la utilización de un concreto aparejo para la operación de descarga, la responsabilidad por los daños la asume el dueño de la grúa, que es quien queda obligado a la realización de la descarga cumpliendo con el correspondiente deber de pericia y cuidados. (STS de 6 de mayo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *D., S. A.*, compró en el extranjero una máquina encartonadora que fue transportada hasta España sin ningún incidente. A continuación *D., S. A.*, contrató con *Grúas X. X.* la descarga de la referida máquina. En el momento de realizar la operación convenida, el encargado de la grúa, en atención al tamaño y configuración de la máquina, solicitó a su empresa que le enviaran aparejos idóneos para la descarga. Antes de que se recibieran dichos aparejos, el jefe de mantenimiento de *D., S. A.*, ofreció al operario de la grúa unos aparejos que ellos tenían para efectuar la descarga, que fueron al final los que se utilizaron. En el instante en que se procedió a mover la máquina ésta cayó ocasionándose desperfectos. La causa de la caída se debió a la utilización de aparejos inadecuados y en no colocar los estinges en puntos precisos desconociendo el centro de gravedad de la máquina. *D., S. A.*, tenía concertado un seguro con una entidad mercantil, la cual le abonó la cantidad de 19.550.989 pesetas como

valor del siniestro. Posteriormente, esta empresa presenta demanda contra *Grúas X. X.* y su aseguradora reclamándoles el importe que ella había abonado a *D., S. A.* El Juez de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial confirma la sentencia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto. (*C. O. M.*)

29. Contrato de obra. Responsabilidad *ex artículo 1591 CC. Formas de reparación.*—El referido artículo 1591, como actividades reparadoras de los vicios ruinógenos en base a la responsabilidad legal que establece, autoriza las siguientes: *a)* Obras de subsanación y reparación *in natura* a cargo del contratista y en su caso del promotor, técnicos y personas que resultasen condenadas, a fin de dejar el edificio en condiciones de seguridad y habitabilidad suficientes (SS de 13 de julio y 10 de noviembre de 1995, 29 de mayo de 1997, 18 de diciembre de 1999 y 31 de marzo de 2000); *b)* Reclamación de reintegro de las cantidades realmente invertidas por la comunidad de propietarios en obras restauradoras de los vicios constructivos cuando los gastos correspondientes son exclusivamente de cargo de los que intervinieron en el proceso edificativo y así resulte de sentencia condenatoria, lo que implica que los declarados responsables no los asumieron en su debido tiempo y las reparaciones dinerarias actúan así como las procedentes, pues la ejecución *in natura* en estos casos daría lugar a dilaciones y conflictos (S de 8 de noviembre de 2002); *c)* Cuando se plantea demanda, como aquí sucede, para solicitar que se fije cantidad determinada para que la comunidad de propietarios pueda afrontar por sí misma y atender al costo de los trabajos y actividades necesarias de consolidación, refuerzo y reparaciones en general en las zonas del inmueble afectadas por la situación de ruina que se denuncia, lo que resulta procedente (SS de 10 de marzo y 18 de diciembre de 2001).

Responsabilidad de los arquitectos técnicos.—Los arquitectos técnicos asumen la importante función de llevar a cabo actividades de inspeccionar, constatar y ordenar la correcta ejecución de la obra, lo que les impone por Ley mantener contactos directos, asiduos e inmediatos con la misma, conservando la necesaria autonomía profesional operativa, de la que pueden derivar las correspondientes responsabilidades (SS de 13 de febrero de 1984, 18 de diciembre de 1999 y 18 de diciembre de 2001), pudiendo concurrir responsabilidad con las procedentes de las irregularidades del proyecto, sólo imputables al arquitecto, como aquí sucede (SS de 5 de febrero de 1993 y 22 de septiembre de 1994). Entre otras funciones de los arquitectos técnicos está la de llevar a cabo las correcciones necesarias para evitar daños (S de 15 de mayo de 1995), a fin de conseguir la finalidad del contrato, que no es otra que se alcance la ejecución de una obra bien hecha y segura. Los arquitectos técnicos no son precisamente meros ayudantes del arquitecto director de la construcción, sino ayudantes técnicos de la obra y sirven al arquitecto en cuanto sirven a la obra técnicamente considerada (SS de 15 de julio de 1987 y 5 de diciembre de 1998), por lo que han de desempeñar correctamente la función que les incumbe, y, entre otras, inspeccionar los materiales, cuidar el cumplimiento correcto de las ejecuciones materiales y llevar a cabo las comprobaciones que se hubieran omitido (S de 18 de septiembre de 2001).

Responsabilidad solidaria.—La sentencia recurrida estableció como hecho probado, incólume que accede firme a casación, que se produjo defectuosa ejecución de los trabajos constructivos, por lo que se da convergencia

de acciones plurales, sin que pueda determinarse la proporción participativa de cada uno de los demandados condenados en la causación de la situación de ruina que afecta al edificio, y así las cosas ha de estimarse correcta la aplicación por el tribunal de instancia de la doctrina jurisprudencial de la responsabilidad decenal solidaria (S de 22 de noviembre de 1997), que autoriza a atribuir la responsabilidad que establece el artículo 1591 CC a todos los que resultan intervinientes y han mantenido conductas que, en su convergencia, son la causa de los defectos constructivos, cuya reparación económica se insta en la demanda (SS de 26 de febrero, 21 de marzo y 15 de octubre de 1996, 22 de marzo, 29 de mayo, 5 de julio, 3 de septiembre y 22 de noviembre de 1997, 4 de marzo y 8 de junio y 28 de diciembre de 1998), siendo suficiente que en la producción de los daños las diversas causas que los motivaron pueden responder tanto a concurrencia simultánea como sucesiva, que desembocan en una causa total eficiente (SS de 13 de febrero, 10 de noviembre y 18 de diciembre de 1999). (**STS de 10 de marzo de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras detectar defectos constructivos en las terrazas y otros elementos de un inmueble, la comunidad de propietarios *Residencial Hacienda II* interpuso demanda judicial contra don J. M. G. S., don J. M. G. C., don J. M. F. N. y don R. N. J., en la que solicitó como indemnización el pago de la cantidad correspondiente para realizar las obras necesarias de reparación de aquellos defectos y satisfacer los honorarios profesionales y demás gastos o, subsidiariamente, la condena de los demandados a ejecutar las obras por su cuenta. Al parecer, los propietarios previamente habían realizado por sí mismos obras de urgencia con el fin de impedir la filtración de agua en sus viviendas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Jaén dictó sentencia el 17 de octubre de 1998 en que estimó la demanda y condenó solidariamente a los demandados a abonar a la demandante la cantidad de 7.626.695 pesetas (45.837,36 euros). Los arquitectos técnicos don J. M. F. N. y don R. N. J. recurrieron en apelación. La Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Jaén dictó sentencia el 1 de octubre de 1999 en la que desestimó el recurso. Los mismos demandados recurrieron en casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

30. Contrato de obra. Responsabilidad del promotor ex artículo 1591 CC.—En una función integradora del artículo 1591 CC, la jurisprudencia ha venido a incluir entre las personas intervinientes en el proceso constructivo sujetas a la responsabilidad que en el citado precepto se regula, al constructor promotor. Los criterios determinantes de la inclusión del promotor en el círculo de las personas a que se extiende la responsabilidad del artículo 1591 CC, fueron, según reiterada y pacífica doctrina de esta Sala los siguientes: *a)* que la obra se realice en su beneficio; *b)* que se encamina al tráfico de la venta a terceros; *c)* que los terceros adquirentes han confiado en su prestigio comercial; *d)* que fue el promotor quien eligió y contrató al contratista y a los técnicos; y, *e)* que adoptar criterio contrario supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción, criterio que aparece reflejado en numerosas sentencias (SS de 9 de marzo

de 1988, 18 de diciembre de 1989, 8 de octubre de 1990, 1 de octubre de 1991 y 8 de julio de 1992); incluso ha dicho esta Sala en Sentencia de 13 de julio de 1987 que la responsabilidad del promotor «viene derivada de los contratos de compraventa por los que transmitió las viviendas y locales radicantes en el edificio, por lo que, al margen de la responsabilidad decenal que el artículo 1591 CC sanciona, corresponde a la demandada aquella otra que por el incumplimiento de sus obligaciones como vendedora le corresponde» (S de 28 de enero de 1994).

Se ha venido incardinando la nueva figura del promotor dentro del concepto de contratista, alcanzándole la responsabilidad inherente a tal asimilación, especialmente, cuando el promotor, por su cuenta y beneficio, encarga la realización de una obra a un tercero con la intención de destinar las viviendas y locales construidos al tráfico con terceros compradores para obtener un beneficio económico, como apuntó la S de 20 de febrero de 1989, en consonancia con la de 9 de marzo de 1988 (S de 3 de mayo de 1996).

La jurisprudencia de esta Sala equipara la figura del promotor a la del contratista a los efectos de incluirlo en la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC, y ello porque, principalmente, el que se beneficia pecuniariamente de la obra realizada es el mencionado promotor, cuya figura lleve insita la responsabilidad por lo menos *in eligendo* sino es *in vigilando*, con respecto a los contratistas y distintos técnicos que intervienen en una obra (S de 30 de diciembre de 1988).

Responsabilidad solidaria de los agentes intervinientes en el proceso constructivo.—El Código civil establece en sus artículos 1137 y 1138 el principio de no presunción de solidaridad. Para resolver la cuestión de la solidaridad en relación con la responsabilidad decenal, han de tenerse en cuenta: a) de una parte, el principio de personalidad de la responsabilidad, el *suum cuique*, exige que cada uno no responde más que de su propia culpa; b) de otra parte, se alza el deseo, más bien necesidad, de procurar una satisfacción al perjudicado. Teniendo en cuenta estos principios, como regla general, cada uno de los intervinientes en el proceso constructivo responde de los daños y perjuicios ocasionados por la ruina que tenga causa en su respectiva actuación; por ello, si la causa de la ruina está perfectamente delimitada, no surge problema, ni tampoco cuando siendo varias las causas se encuentre igualmente delimitado el grado de causalidad de cada una de ellas en la producción de la ruina. Sin embargo, cuando concurren varios sujetos responsables, no es posible determinar la participación de cada uno de ellos en la causación del resultado (*sic*), la doctrina y la jurisprudencia se inclinan por aplicar el principio de solidaridad, siguiendo la tendencia a apreciar con mayor rigor la responsabilidad de los profesionales de la construcción y de conseguir la adecuada reparación a favor del perjudicado.

Esta doctrina y jurisprudencia conocida y consolidada, en relación al caso que nos ocupa, viene concretada por la S de 20 de junio de 1995, cuando manifiesta que es doctrina jurisprudencial (SS de 6 de octubre de 1992, 29 de septiembre de 1993 y 2 de febrero y 25 de octubre de 1994), la expresiva de que no obsta a la responsabilidad del promotor que también pudiera ser imputada a los técnicos intervinientes en la obra, pues la responsabilidad de que se trata nace del incumplimiento contractual al no reunir las viviendas las condiciones de aptitud para su finalidad y la solidaridad en estos casos ha sido reiteradamente reclamada por la jurisprudencia, sin perjuicio de que el promotor podrá repetir, en su caso, contra los demás eventualmente responsables.

Abuso de derecho. Improcedencia.—El abuso de derecho presupone la utilización de un derecho para satisfacer un interés injusto, no protegido, que implique un uso anormal del derecho, como así se deduce de sentencias como las de 12 de febrero de 1970 y otras (S de 6 de mayo de 1994). Lo único que ha hecho la comunidad recurrida ha sido ejercitar normalmente un derecho que le corresponde según Ley con la lícita finalidad de poner término a una transgresión jurídica, sin que ello pugne en modo alguno con exigencias éticas ni con la buena fe, y en tal concepto puede decirse con el antiguo aforismo que el que usa de su derecho no daña a nadie (S de 20 de junio de 1996). (STS de 6 de mayo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios del conjunto inmobiliario *Nova Icaria* núm. 2 de la Villa Olímpica de Barcelona interpuso demanda judicial en la que reclamó la condena solidaria de los arquitectos don M. S. G. F., don J. U. B. y doña M. P. V. U., los arquitectos técnicos don J. G. D. y don M. R. E., y la promotora-constructora *Nova Icaria, S. A.*, a realizar las obras de reparación de los defectos constructivos aparecidos en tres edificios. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Barcelona dictó sentencia el día 20 de octubre de 1997 en que estimó la demanda. Los demandados recurrieron en apelación. La Sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia el 30 de marzo de 1998, en la que estimó en parte el recurso. La sentencia condenó a la promotora-constructora *Nova Icaria, S. A.*, y a los arquitectos de la obra «por la falta de protección entre la escalera y los parámetros traslúcidos», entre otras deficiencias, y a don M. R. E. por la totalidad de las deficiencias, a excepción de las provenientes de humedades; y absolvió al otro arquitecto técnico don J. G. D. *Nova Icaria, S. A.*, recurrió en casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

31. Responsabilidad contractual médica: medicina preventiva o voluntaria: ligadura de trompas con graves secuelas: falta de examen preoperatorio.—Se declara la responsabilidad del cirujano y del anestesista porque a la paciente no le fue efectuado el imprescindible control médico-analítico-radiológico, esto es, el examen preoperatorio habitual que hubiese alertado sobre la posibilidad de paro cardio-respiratorio que se produjo en la fase postoperatoria, con las gravísimas e irreversibles consecuencias que para la afectada ha tenido tal suceso en su vida posterior. En consecuencia, no se imputa una incorrecta actuación en la práctica de la intervención, sino en el imprescindible control previo; no hay una mala praxis médica sino ausencia del examen preoperatorio.

Responsabilidad de la clínica privada en donde se realiza la intervención.—Las sentencias de instancia la establecen por no impedir la realización de la operación de autos en sus instalaciones sin que previamente se hubiesen realizado las pruebas a la demandante, quedando acreditado ese nexo causal entre la falta de pruebas preoperatorias y las consecuencias sufridas tras la operación. No se exige a la clínica privada la comprobación de dichos exámenes previos, ni tampoco se le condena por carecer de una unidad de vigilancia intensiva, sino que se le imputa una omisión causante de un daño, consistente en la pasividad ante una actuación médica sin unos imprescindi-

bles exámenes; entender otra cosa sería tanto como consagrar una abstención ante situaciones que podrían ser fatales. (STS de 12 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—En un corto período de tiempo no determinado entre el final de la operación y la instalación en la sala de reanimación, la paciente sufrió una bajada de la frecuencia del pulso que obligó al anestesista a colocarle una mascarilla de oxígeno y a la intubación orotraqueal, ordenando el ingreso en otra clínica, que sí disponía de UVI, habiendo quedado con secuelas permanentes e incapacidad permanente absoluta en grado de gran invalidez.

NOTA.—Parece clara la responsabilidad contractual del cirujano y del anestesista por no haber realizado el habitual examen preoperatorio que hubiera alertado sobre la posibilidad de un paro cardiorespiratorio de la intervenida. Alguna dificultad presenta fijar la responsabilidad de la clínica privada en cuyas instalaciones se efectúa la ligadura de trompas. Parece que el Tribunal Supremo se contenta con exigir a los médicos una manifestación de haberlo efectuado, quedando constancia de ella en el protocolo de la operada. Cabe esperar que semejante *pasividad*, como lo califica la sentencia, no vuelva a producirse en la actuación de la clínica.

La sentencia en el FD 2.º (Ponente: O'Callaghan) hace interesantes consideraciones sobre el contrato atípico de hospitalización, ratificando la doctrina de la STS de 11 noviembre 1991, si bien niega que en el caso concreto exista tal contrato. (G. G. C.)

32. Notificación de la cesión de crédito.—El artículo 347.2 CCO dispone que el deudor sólo queda obligado con el nuevo acreedor cuando la cesión se le haya notificado y que desde que esta notificación tenga lugar sólo se reputará como pago legítimo el realizado al cesionario. La notificación de la cesión sólo tiene como alcance obligar al deudor con el nuevo acreedor. Por este motivo, si el deudor pagase al acreedor originario antes de tener conocimiento de la cesión, quedaría liberado de pagar la deuda reclamada por el cesionario (art. 1527 CC). Respecto los requisitos de la comunicación, aplicando de forma analógica el artículo 279 LEC (que hace referencia a las notificaciones procesales), se pueden considerar válidas aquellas notificaciones de cesión de crédito que sean irregulares, siempre que la persona notificada las hubiera conocido, ya que desde ese momento tiene plenos conocimientos de la existencia de la transferencia del crédito.

Diferencias entre la fianza solidaria a primer requerimiento y la garantía a primer requerimiento.—La fianza solidaria a primer requerimiento presenta como característica esencial la accesoriedad, que supone que el fiador podrá exigir posteriormente del beneficiario la restitución de lo que hubiera pagado como deuda indebida. En cambio, en la garantía a primer requerimiento la accesoriedad no es esencial, esto es, la obligación de garantía es independiente de la deuda garantizada. Esta independencia provoca que el garante no pueda oponer al beneficiario las excepciones que podría esgrimir al deudor principal y que el garante que paga siempre paga bien. La función de la garantía a primer requerimiento no es garantizar el cumplimiento de la obligación principal, sino asegurar la indemnidad del beneficiario cuando ocurra el supuesto previsto en la garantía. No obstante, conforme

al principio de buena fe, se permite que el garante se libere si prueba que el deudor principal ha pagado, de modo que se produce una inversión de la carga de la prueba. La garantía a primer requerimiento es admitida por la doctrina jurisprudencial, ya que surge de la voluntad de las partes conforme al artículo 1255 CC. Sin embargo, su especialidad no la separa por completo del contrato de fianza, sino que es una modalidad compatible con el tipo contractual fideusorio, porque junto a su función garantizadora se intensifica la seguridad del cobro de la deuda por el beneficiario-acreedor.

Preferencia de la interpretación literal.—Conforme a reiterada jurisprudencia, la interpretación literal tiene un rango prioritario y preferencial, de tal manera que si los términos de una relación jurídica son claros y no dejan lugar a dudas sobre la verdadera voluntad de los contratantes, no se pueden usar las otras reglas hermenéuticas, que funcionan, por tanto, con carácter subsidiario a la interpretación literal.

Concepto del contrato de *factoring* sin recurso o *factoring* propio.—El contrato de *factoring* sin recurso comprende los mismos servicios que el contrato de *factoring* con recurso, a los cuales se le añade un servicio de garantía, que supone un traslado del riesgo de insolvencia al factor, de modo que si el deudor resulta insolvente, será el factor cesionario quien asumirá esta carga. No forma parte de esta relación el deudor cedido, quien sólo verá modificado la persona del acreedor. Se trata de una relación contractual que carece de regulación específica, aunque a ella se refiere la Ley de 14 de abril de 1994 sobre adaptación de la legislación española en materia de entidad de crédito a la segunda Directiva comunitaria de coordinación bancaria, el Real Decreto de 26 de abril de 1996 sobre régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito, y de forma más detallada la Ley de 5 de enero de 1999, de Entidades de Capital, que en su DA 3.ª, titulada régimen de determinadas cesiones de crédito, intenta potenciar la actividad financiera denominada *factoring*.

Efectos del contrato de *factoring*.—Según la STS de 11 de febrero de 2003, todas las cesiones de crédito realizadas a través de este contrato tienen plenos efectos traslativos de la titularidad de los créditos cedidos. En este sentido, se debe conectar el artículo 1528 CC con el artículo 1212 CC, en cuanto autoriza que el crédito transferido lo sea con los accesorios y privilegios que nacen o derivan de la causa del crédito o del título formal en que consta, excepto los que sean de naturaleza personal. (STS de 28 de mayo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *Mercazauto*, S. A. celebró un contrato de distribución de productos del ramo del automóvil con la empresa *Ford España*, S. A. Este contrato fue garantizado con un aval del señor N. C. R. y la sociedad *Comercial Cartie*, S. A., quienes renunciaban a los beneficios de división y excusión y se obligaban solidariamente entre sí y con el concesionario al cumplimiento de todas las obligaciones de pago derivadas del contrato de concesión antes citado, y se comprometían al pago inmediato a primer requerimiento de *Ford España*, S. A. Posteriormente, esta última sociedad celebró un contrato de *factoring* sin recurso con la empresa *Ford Credit Europe PLC-Sucursal en España*, en virtud del cual la primera cedía a la segunda todos los créditos presentes y futuros derivados de la venta de recambios y accesorios, incluyendo esta cesión todos los derechos, acciones, garantías y privilegios, ya fue-

sen contra los deudores, contra terceros, garantes y fiadores. Conforme al contrato de *factoring*, *Ford España* se comprometía a notificar a cada uno de sus deudores la cesión de los créditos a *Ford Credit Europe PLC*. Sin embargo, esta notificación fue realizada por *Ford Credit Europe PLC* a *Mercasauto* a través de dos actas notariales. *Ford Credit Europe PLC* interpuso demanda contra la empresa concesionaria y los dos avalistas, en la cual reclamaba el pago de la deuda de *Mercasauto*. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, resolución contra la cual se interpuso recurso de apelación por los demandados. La Audiencia Provincial de Zaragoza desestimó dicho recurso. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declara que no ha lugar, ya que la empresa concesionaria fue notificada de la cesión del crédito a *Ford Credit Europe PLC* y que los avalistas lo eran en virtud de una fianza solidaria a primer requerimiento, que se había transmitido junto con el crédito.

NOTA.—En este caso, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Zaragoza interpretaron, correctamente, que el contrato suscrito por los recurrentes en casación era una fianza que incluía una cláusula de pago a primer requerimiento y no una garantía a primer requerimiento o contrato autónomo de garantía. A esta interpretación se opusieron los avalistas, quienes entendían que se trataba de un contrato autónomo que no se había transmitido junto con el crédito a la empresa cesionaria. Esta sentencia es un reflejo de la discusión que se ha generado en torno a las cláusulas de «pago a primer requerimiento», que se centra en determinar si esta estipulación convierte cualquier contrato que la contenga en un contrato autónomo de garantía. La jurisprudencia se ha inclinado mayoritariamente por considerar incompatible el contrato de fianza con la cláusula de pago a primer requerimiento [véase, por ejemplo, la STS de 21 de julio de 2001 (RJ 2001, 5159) o la STS de 27 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8584)]. Sin embargo, la doctrina se ha manifestado de forma contraria a esta opinión y es que, como declara Francisco José Infante Ruiz, «repetimos una idea básica y que debe ser retenida: “la cláusula de pago a primer requerimiento no quita a la fianza el carácter de accesoriedad”, no es esencial para configurarla como independiente» (Francisco José INFANTE RUIZ, «Valor de la cláusula de pago a primer requerimiento o a primera demanda. Comentario a la sentencia del TS de 3 de mayo de 1999», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4, 2000, p. 163. Véase también Ángel CARRASCO PERERA, «Comentario a la STS de 17 de febrero de 2000», *CCJC*, núm. 54, octubre-diciembre 2000, pp. 987-998). En este sentido, la compatibilidad de la fianza con la cláusula de pago a primera demanda ha sido admitida excepcionalmente por el Tribunal Supremo [STS de 2 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7464) y STS de 15 de abril de 1991 (RJ 1991, 2693)], quien también la admite en la sentencia objeto de estudio. (Véase un comentario a esta sentencia en Miguel Ángel ADÁMEZ MARTÍNEZ, «Comentario a la STS de 28 de mayo de 2004», *CCJC*, núm. 68, mayo/agosto 2005, pp. 621-635). (M. V. V.)

33. Fianza. Cofianza solidaria: subrogación del cofiador que paga y acción de regreso contra los cofiadores (limitada esta última acción a la parte correspondiente al resto de los cofiadores).—Establecida la solidaridad en la cofianza, el fiador que paga no sólo posee la acción de regreso contra el deudor y cofiadores solidarios (art. 1145 CC), sin que a ello sea óbice que al dirigirse contra los demás cofiadores tenga que eliminar de la reclamación la parte de la deuda que le corresponda en la obligación, pues precisamente el artículo 1210.3.º CC ya prevé este efecto (confusión parcial en la titularidad acreedora y deudora), y que no puede exigirse de los mismos sino su parte y no el todo de cualquiera de ellos como acreedor. La solidaridad es un carácter de la obligación que afecta a la relación externa del grupo de deudores frente al acreedor o grupo de acreedores, pero no borra la fragmentación de la obligación en las relaciones internas entre los primeros. En suma, la acción del artículo 1844 CC no elimina la subrogación. Pero el mejor derecho del fiador que hubiese abonado el crédito sólo puede predicarse del derecho que realmente tenga, es decir, de la parte correspondiente contra el resto de los fiadores, ya que no tiene el derecho al reintegro de la totalidad de lo abonado a cargo de estos últimos. (STS de 11 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora (dos personas físicas) solicitaba el mejor derecho a cobrar su crédito, derivado del préstamo de *Caja Rioja* a la entidad *Embutidos Riojanos, S. A.*, que los demandantes habían abonado y en el que se subrogaron en la cuantía de 14.701.302 pesetas; todo ello, con prioridad a *Caja Madrid* ejecutante en otro procedimiento sobre los bienes de la citada sociedad de embutidos, de don M. C. H. y de uno de los actores. También, este último realizó otro tipo de pedimentos en la demanda que fueron desestimados y que son intrascendentes.

El Juzgado declaró la preferencia y el mejor derecho de los actores a cobrar la cantidad de 7.350.651 pesetas del crédito derivado del préstamo de *Caja Rioja*, con prioridad a *Caja Madrid*. La Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación formulado por los demandantes. (I. D. L.)

34. Efectos de la sentencia penal respecto del posterior proceso civil seguido sobre el mismo hecho.—Sobre la vinculación de los órganos jurisdiccionales civiles a las sentencias recaídas en un proceso penal previo, existe una consolidada jurisprudencia de esta Sala recogida, entre otras, en la S de 16 de octubre de 2000, según la cual: «es indudable que no se da infracción de los preceptos constitucionales citados, ya que aunque sobre el mismo hecho se hayan seguido juicios en la jurisdicción penal y social, no empece a que se pueda ejercitar la acción civil indemnizatoria contra los que se entienda responsables civiles del siniestro. Por una parte porque de acuerdo con jurisprudencia reiteradísima las sentencias absolutorias dictadas en procedimiento penal por imprudencia, no empece a que se pueda entablar la correspondiente acción civil por culpa extracontractual porque ésta tiene un radio de aplicación más amplio que la penal, por lo que hechos culposos que pueden dar lugar a la primera, en cambio no pueden estar comprendidos en la segunda, habida cuenta su carácter más restrictivo debido a su naturaleza

punitiva, y en atención a lo dicho ya en las sentencias de esta Sala, en particular la de 10 de marzo de 1992, se sostiene que en un mismo hecho puede ofrecer aspectos y valoraciones jurídicas distintas, unos de orden penal, otros de orden estrictamente civil, que determinan la falta de identidad de causa de pedir en las respectivas jurisdicciones, excluyentes de la aplicación del artículo 1252 CC; estando reconocido, por otra parte, el alcance de la prejudicialidad positiva de la sentencia penal previa sobre la civil, en el sentido de que manteniendo el principio de que la sentencia penal no produce excepción de cosa juzgada en el proceso civil, salvo en aquellas declaraciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo de delito, que se refiere y castiga (S de 10 de diciembre de 1992), o cuando establece la no existencia del hecho, o cuando se declara expresamente que una persona determinada no ha sido autor del hecho (S de 28 de noviembre de 1992), supuestos que no se dan en el caso de autos». Esta última S de 28 de noviembre de 1992, siguiendo la doctrina jurisprudencial expuesta, añade que «la expresada doctrina no es aplicable cuando la sentencia penal, admitiendo la existencia del hecho y sin excluir categóricamente la posibilidad de que una persona haya podido ser la autora del mismo, declara que no existen en el proceso las pruebas concluyentes, categóricas e inequívocas de la referida autoría, que permitan pronunciar una condena penal contra ella, por lo que, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, hoy constitucionalizado por el de «presunción de inocencia» (art. 24 de nuestra Carta Magna), ha de inclinarse por la absolución del mismo, en cuyo supuesto queda abierto, sin efecto vinculante alguno, la posibilidad de que ante esta jurisdicción pueda ejercitarse, exclusivamente, como es obvio, la acción civil correspondiente contra la misma persona y probarse en ella que dicha persona fue el autor de los hechos, que indudablemente existieron en la vida real y física». (STS de 17 de mayo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad mercantil *Tirol Bus, S. A.*, entregó un autocar a don J. M.^a B. C. en comodato, para que éste pudiera continuar prestando los servicios que hasta entonces realizaba, ante la avería sufrida por el autocar de su propiedad. En fecha 15 de noviembre de 1991, don J. M.^a tuvo un accidente con el vehículo prestado, teniendo éste que ser desguazado. A raíz del accidente se instruyó juicio de faltas que terminó con sentencia firme absolutoria pronunciada por la Audiencia de Barcelona, con base en el hecho de que no se había desvirtuado la presunción de inocencia de don J. M.^a. Concluido el juicio penal, la sociedad *Tirol Bus, S. A.*, interpuso demanda en reclamación de los daños causados al autocar contra don J. M.^a. Asimismo, éste formuló reconvencción, en la cual consideraba que su ausencia de culpa ya había quedado definitivamente resuelta en el juicio penal. El Juzgado de Primera Instancia núm. 36 de Barcelona estimó íntegramente la demanda y desestimó la reconvencción. Apelada la sentencia, ésta se confirmó en todos sus extremos. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Como afirma la presente sentencia, es doctrina reiterada de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo que las sentencias penales absolutorias dejan imprejuzgada la acción civil y, en consecuencia, no pueden causar eficacia de cosa juzgada en el posterior proceso civil. No obstante, esta afirmación presenta dos excepciones. Por

un lado, cuando la absolución penal proceda por la concurrencia de determinadas eximentes. En este caso, el artículo 119 CP faculta al juez penal, por razones de economía procesal, a que resuelva las posibles responsabilidades civiles, excepto que el perjudicado se haya reservado este derecho para un posterior proceso civil. Por otro lado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 116 LECrim, en el supuesto en que el Tribunal penal haya declarado la inexistencia del hecho, este pronunciamiento también vinculará a la jurisdicción civil. En este sentido, cabe afirmar que dentro del concepto de «inexistencia del hecho», debe incluirse el supuesto en que se declare categóricamente en la sentencia penal absolutoria, que una persona no ha intervenido en el hecho objeto de enjuiciamiento (a favor de este criterio, véase Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 64 y 65). Cuestión distinta es en el caso en que el juez penal pronuncie una sentencia absolutoria por considerar que no han existido pruebas concluyentes y categóricas para condenar al procesado. En este supuesto, la jurisdicción civil, como acertadamente afirma la sentencia que se comenta, tendrá plena libertad para enjuiciar el litigio y, en su caso, llegar a la conclusión de que ha existido participación y culpa civil en la persona del demandado. El propio Tribunal Constitucional ha declarado la validez de esta doctrina en la STC 59/1996, de 15 de abril, según la cual un mismo hecho puede ofrecer valoraciones jurídicas distintas, según el orden jurisdiccional que entre a conocerlo, puesto que cada jurisdicción aborda unos mismos hechos pero bajo órbitas distintas. Cierta jurisprudencia minoritaria, como la contemplada en la STS (1.^a) de 12 de abril de 2000 [RJ 2000/2564] parece considerar que también existirá vinculación de la jurisdicción civil cuando el juez penal, una vez examinado el material probatorio, no haya encontrado pruebas inequívocas y concluyentes de la participación del procesado. Dicha interpretación, que se aparta de la línea mayoritaria, parece excesiva (así, Antonio DEL MORAL MARTÍN y Antonio DEL MORAL GARCÍA, *Interferencias entre el proceso civil y el proceso penal*, Granada, Comares, 2002, p. 504 y 505). (A. S. C.)

35. Responsabilidad civil en accidentes laborales: doctrina general.—Hay una doctrina jurisprudencial ya muy reiterada relativa a la responsabilidad civil en accidentes laborales, compatible con las indemnizaciones de esta naturaleza según SSTs de 7 julio de 2000, 28 de noviembre 2001, 26 de abril y 15 julio de 2002, que proclama las posiciones cuasiobjetivas, yendo cada vez más hacia la objetivación pura, en supuestos de responsabilidad derivada de lesiones sufridas durante el desarrollo del trabajo, para adaptar a los tiempos históricos actuales el culpabilismo que se integra en el artículo 1902 CC, despojándolo de una concepción jurídica cerrada, sin dejar de tener en cuenta por completo el juicio de valor sobre la conducta del agente; lo que reitera y matiza la STS de 29 de enero de 2003 al afirmar que puede haber negligencia sin una conducta antijurídica.

Concurrencia de causas: exceso de confianza del trabajador.—Es elocuente la STS de 21 de febrero de 2002 al afirmar que el exceso de confianza del trabajador, que en no pocas ocasiones contribuye a los daños sufridos por

los empleados en el ámbito laboral, no borra ni elimina la culpa o negligencia de la empresa y sus encargados cuando faltan al deber objetivo de cuidado consistente en que el trabajo se desarrolle en condiciones que no propicien esos resultados lesivos. De aquí se desprende que la responsabilidad civil por muerte o lesiones causadas en accidente de trabajo, es imputable al empresario, cuyo nexo causal aparece acreditado, incluso si aparentemente ha cumplido la normativa laboral y administrativa y también aunque haya concurrido el propio trabajador en causa de su propio daño, lo que se valora en el cálculo del *quantum* indemnizatorio.

Secuelas de grave invalidez: descarga de palmeras concertada con empresa de transporte: responsabilidad de la empresa de viveros.—La empresa de viveros realizó un contrato de obra con la empresa de transporte, la cual, a su vez, encomendó al lesionado la tarea de descarga de árboles desde el interior de un contenedor, sin proveerle de encargado para dirigir la maniobra, siendo así que ello está exigido por las notas técnicas de prevención del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, respecto a la ejecución de trabajos con grúa; el conductor del camión que manipulaba los mandos de ésta se asomó para poder observar un tendido eléctrico que dificultaba la operatividad del brazo de la máquina, en cuyo momento cayó una de las palmeras sobre el operario causándoles graves lesiones.

Prueba: valor del informe de la Inspección del Trabajo.—No es documento público en el sentido de que su contenido vincule al órgano jurisdiccional; contiene una autorizada opinión o dictamen que es valorado por sí mismo y con los demás elementos de prueba.

Contrato de obra y no subcontrato.—La sentencia de instancia califica de contrato de obra, y no subcontrato, el concertado por la empresa de viveros con la de transportes, haciendo a aquélla igualmente responsable del accidente, sin que ello se impugne adecuadamente.

Responsabilidad de la aseguradora: cláusula de exclusión de riesgos en anexo a la póliza no firmada.—La compañía de seguros de la empresa de viveros niega su legitimación pasiva para responder de los daños del accidente alegando un documento en el que se hace constar que no queda garantizada la responsabilidad personal de los subcontratistas de trabajos; lo que debe rechazarse por tratarse de un supuesto documento que no aparece firmado por las partes, por lo que no se integra en el contrato de seguro. (STS de 11 de marzo de 2004; no ha lugar.) (G. G. C.)

36. Culpa extracontractual: muerte de niño de cuatro años por caída a pozo séptico desprovisto de protección, sito en el interior de edificio en construcción paralizado y de fácil acceso: inexistencia de culpa del menor y de sus padres.—En cuanto a la conducta del propio niño, dada su edad de cuatro años, en modo alguno puede calificarse de culpable ni negligente una acción consistente en entrar en un edificio en construcción pero cuyas obras se encontraban abandonadas, situado en las inmediaciones de otros edificios donde había jóvenes y niños que jugaban por la zona, al que se accedía con suma facilidad por cualquiera de sus innumerables huecos y en cuyo interior había elementos peligrosos por sí mismos, como el pozo séptico en el que cayó el niño y cuya arqueta carecía de tapadera o elemento de protección alguno. Hay que estar a la jurisprudencia reiterada de esta Sala en casos similares, cuyo exponente más reciente es la STS de 26 de marzo de 2004, frente a la cual no cabe oponer, ni siquiera a efectos de concurrencia

de culpas, otras sentencias en casos sensiblemente distintos al tratarse de juegos o travesuras de jóvenes o niños de bastante más edad que la víctima, o en lugares que, por sí mismos, no suponían riesgo alguno. En cuanto a la conducta de los padres del niño, los hechos probados no ofrecen dato alguno que ni siquiera indiciariamente permita calificarla de culpable o negligente, de modo que resulta inaplicable el criterio mantenido en STS de 27 de septiembre de 1993 que declaró probada una conducta negligente imputable a la madre del menor lesionado.

Responsabilidad del Ayuntamiento.—Se declara probado que el estado de abandono del edificio no llegó a conocimiento del Ayuntamiento hasta un año antes del suceso, acordando requerir al promotor-constructor para que retirara de allí una grúa y un montacargas, pero ninguna otra medida pese a la manifiesta peligrosidad que el edificio suponía en las inmediaciones de otros habitados, especialmente para niños y jóvenes, pese a que el edicto reconocía la facilidad de acceso al edificio y la falta de elementos de protección en su interior; al día siguiente de la muerte del niño, el Ayuntamiento procedió a dotar a la edificación de las debidas medidas de seguridad y al cerramiento de todo su perímetro. Se está en presencia de uno más de tantos casos en que un Ayuntamiento no adopta las medidas oportunas hasta que no tiene lugar una desgracia, por más anunciada que ésta fuera, y en los que se le declara responsable como en los casos resueltos por SSTS de 27 de de septiembre de 1933, y 16 de julio y 14 de diciembre de 2001.

Exoneración del arquitecto superior.—Es doctrina reiterada de esta Sala que no es función de los arquitectos superiores comprobar el concreto cumplimiento de las medidas de seguridad por el contratista o sus encargados (SSTS de 27 de noviembre de 1993, 27 de junio de 1995 y 11 de junio de 2003), habiendo declarado también que cuando se paraliza una obra incumbe al arquitecto ordenar el cierre de su recinto, pero a partir de entonces queda suspendida su relación contractual con la obra (STS de 27 de octubre de 1997), de modo que la condena del arquitecto responde a una ampliación de los deberes profesionales del mismo tan exagerada que, en la práctica, se traduciría en una automática responsabilidad por cualquier hecho dañoso relacionado con una obra paralizada durante años, pues en buena lógica no se les puede exigir la vigilancia constante y directa de obras paralizadas quizá en poblaciones lejanas de la de residencia del arquitecto. (STS de 11 de mayo de 2004; no ha lugar en parte.) (G. G. C.)

37. Culpa extracontractual: lesiones graves causadas por entrada ilícita en finca ajena y en estación transformadora de FECSA situada en su interior: descarga eléctrica con graves lesiones: pérdida de ambas manos: culpa exclusiva de la víctima.—Según reiterada jurisprudencia para que se produzca exoneración de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima es necesario que resulte probada la existencia de una acción u omisión imputable a ésta que pueda ser considerada culposa o negligente, y que interfiriendo en el curso normal de los hechos, lo anule (STS de 15 de julio de 2000); y también que la culpa ha de ser el fundamento exclusivo del resultado o tener acusado relieve e intensidad suficiente para absorber toda otra concurrente (STS de 25 septiembre de 1996). En el presente caso tales requisitos se dan, toda vez que el hecho de penetrar sin autorización en una propiedad ajena, donde se ubicaba una fábrica sin uso, por uno de los agujeros de una valla de cierre, con la finalidad de tomar material de desecho y, a conti-

nuación, penetrar en una estación transformadora de electricidad, en la creencia de que estaba también abandonada, constituye también una actividad ilícita, y, además, supone la aceptación de un grave riesgo por el sujeto, habida cuenta de la peligrosidad que entraña el acceso sin control a una edificación de esta clase por una persona desconocedora de las contingencias nocivas inherentes a la misma, y los resultados dañosos acaecidos son atribuibles exclusivamente a la conducta de quién se ha introducido de tal manera en dicho espacio. (STS de 2 de abril de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—El actor declara ser persona dedicada a recoger material de desecho y con ocasión de penetrar en una fábrica abandonada a través de un agujero practicado en la verja, entra igualmente en un transformador de *FECSA*, abierto y sin indicación de estar en servicio, y al apoyarse en un interruptor sufre una descarga que le causa graves lesiones con pérdida de ambas manos. El Juzgado de Primera Instancia rechaza la reclamación de ochenta millones de las antiguas pesetas contra la empresa eléctrica. La Audiencia Provincial estima parcialmente la apelación y reduce la cuantía de la indemnización a la cuarta parte. El Tribunal Supremo (Pte.: García Varela) estima el recurso de *FECSA* y confirma la absolución del Juzgado. Hay problemas de prueba pues de los hechos sólo hay un testigo, amigo de la víctima, que le acompañó en los hechos. También hay variedad de apreciaciones para calificar la actividad de la víctima.

NOTA.—Sentencia cuyo razonamiento parece convincente, si bien *obiter* da a entender que de haber sido la víctima un niño la solución hubiera sido otra. Parece que objetivamente el Tribunal Supremo contempla algún actuar negligente en la conducta de la empresa eléctrica (que, por cierto, desmanteló el transformador seis meses después del accidente, aunque niega que conociera los hechos). Por otro lado, dedicarse a recoger material de desecho no es, de por sí, una actividad penal ni siquiera ilícita civil; ningún Tribunal condena sin más a los *rebuscadores* urbanos de basura, ni a quienes en las cloacas tratan de descubrir los objetos valiosos que se tragan los sumideros de las ciudades. (G. G. C.)

38. Prueba de la diligencia.—Los servicios de mantenimiento y limpieza cuyo funcionamiento debe ser constante y urgente, no fueron lo suficientemente diligentes en la vigilancia encomendada para poder detectar cuanto antes el vertido. Correspondía a los demandados la prueba de acreditar la inmediatez del vertido y que no había mediado tiempo suficiente para la subsanación del riesgo que representaba el aceite derramado en la carretera, por tener la disponibilidad de tal fuente de prueba al haber asumido los deberes de mantenimiento y vigilancia adecuados y precisos, que aquí se omitieron. Todo ello determina un actuar negligente del encargado y responsable de los servicios de mantenimiento señor V. R. S., conforme al artículo 1902 CC, así como de la empresa concesionaria, por lo dispuesto en el artículo 1903.4.º CC.

Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual.—A la responsabilidad extracontractual cabe anudar, por yuxtaposición y aplica-

ción de los artículos 1101 y 1104 CC, la contractual derivada del contrato de peaje, que alcanza a la entidad aseguradora.

Concurrencia de culpas.—Estamos ante un supuesto de concurrencia de culpas, pues el recurrente también cooperó, con su actuación, a la producción del accidente pues llevaba a cabo la conducción de su vehículo a una velocidad superior a la señalizada para el tramo de curva. Los casos de culpas plurales convergentes determinan que el *quantum* debe atribuirse proporcionalmente en atención a la moderación que autoriza el artículo 1103 CC. (STS de 26 de abril de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—El actor (J. S. C.) sufrió un accidente de circulación causado por el derrape de su motocicleta, que fue debido a la existencia de una mancha de aceite en la calzada de un tramo de la autopista. El señor J. S. C. accionó contra el señor V. R. S., contra *Autopistas Concesionaria Española, S. A. (ACESA)* y contra *Catalana Occidente Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros*. El Juez de Primera Instancia apreció la concurrencia de culpas y fijó como porcentajes económicos participativos en la causación de los daños el 30 por 100 a cargo del demandante y el 70 por 100 a cargo de los demandados. La sentencia de apelación apreció la culpa exclusiva de la víctima, pues consideró que éste podría haber sorteado la mancha, que era visible a unos cuarenta metros. Asimismo, declaró la falta de prueba sobre la permanencia del vertido en el tramo de acceso a la autopista, por lo que se mantenía la duda de si había sido inmediatamente precedente al accidente o había tenido lugar en un tiempo muy anterior. El recurso de casación interpuesto por la víctima ha sido estimado. (E. C. V.)

39. La responsabilidad extracontractual en los accidentes ferroviarios.—Tal como ha declarado en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo, la culpa extracontractual no consiste en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la experiencia, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible, según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar, para evitar perjuicios a bienes ajenos (SSTS de 22 de abril de 1987 o 27 de septiembre de 1993, entre otras). En el caso de los ferrocarriles, es necesario que no se agraven los riesgos que acompañan sus maniobras y tráfico ordinario, que ya de por sí son peligrosos y con resultados dañosos previsibles y evitables. Además, en estos casos, se da la culpa omisiva, que consiste en la falta de adopción de las medidas necesarias para evitar los perjuicios fácilmente previsibles.

La objetivación de la responsabilidad extracontractual.—La jurisprudencia de esta Sala viene siendo cada vez más proclive a una objetivación de la responsabilidad extracontractual, que se consigue a través de diversos medios, como son la inversión de la carga de la prueba, la responsabilidad por el riesgo creado, etc. Sin embargo, en los casos de accidentes ferroviarios no es necesario acudir a estos medios, sino que se puede atender exclusivamente al elemento subjetivo de la responsabilidad y exigir que, para que la conducta del agente pueda ser considerada diligente, no es suficiente con que se hayan adoptado las exigencias impuestas reglamentariamente, sino que también se deben adoptar las medidas de precaución adecuadas para las circunstancias concurrentes en cada caso concreto (SSTS de 3 de abril

de 1998 o 25 de marzo de 1996). En este sentido, la persona a quien se atribuya la autoría de los daños está obligada a justificar, para ser exonerada, que en el ejercicio de su actividad u omisión obró con toda prudencia y diligencias precisas para evitarlos, lo cual supone la presunción *iuris tantum* de culpa del agente y una moderada recepción del principio de responsabilidad objetiva.

Concepto y efectos de la concurrencia de causas.—La concurrencia de causas supone que el resultado dañoso se ha producido por las conductas del causante del daño y del propio perjudicado (y en el caso que éste sea menor, por la persona que sea su representante legal). Esta concurrencia tiene como efecto la distribución de la obligación de reparar el daño entre causante y perjudicado, atendiendo a la trascendencia causal de sus respectivas conductas u omisiones. (STS de 26 de marzo de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—El niño M. D. P., de ocho años, estaba jugando en la estación de Orense-Empalma mientras su madre, la señora F. P. G. se pensaba que estaba jugando en el portal de su casa desde después de comer. A las ocho horas de la tarde, el niño, que había entrado en las instalaciones de la estación, ya que éstas estaban abiertas y sin vigilancia, se subió a una máquina-grúa que estaba estacionada en una vía muerta. Encima de esta máquina había un cable eléctrico, con el que el niño topó, lo cual le provocó la muerte por electrocución. La señora F. P. G. interpuso demanda contra el vigilante de seguridad, *Red Nacional de los Ferrocarriles españoles (RENFE)*, la empresa *Segur Ibérica, S. A.* (que se encargaba de la vigilancia) y contra la compañía aseguradora. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Orense consideró que existía concurrencia de causas, tanto del propio menor (75 por 100) como de su madre (15 por 100), y absolvió al vigilante de seguridad y condenó a los demás demandados. Esta sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Orense, resolución contra la cual se interpuso recurso de casación por la parte actora. El Tribunal Supremo estima el recurso ya que considera que la contribución de la madre al evento dañoso no es superior al 10 por 100 y, además, que no concurre causa por parte del menor, que se comportó como cualquier niño de su edad. (M. V. V.)

40. Origen y requisitos de la solidaridad impropia.—La solidaridad impropia no tiene su origen en la ley o en un pacto expreso o implícito y tiene como fundamento la salvaguarda del interés social, ya que constituye un medio de protección de los perjudicados. Para su aplicación es necesario no sólo que concurra una pluralidad de agentes sino, además, que sea imposible discernir la responsabilidad de cada uno de ellos, o sea, que no sea posible determinar de forma individual y personal las responsabilidades atribuibles a cada uno de los agentes intervinientes. En aquellos casos en que se pueda fijar la cuota de participación de cada uno de los agentes, no será posible acordar la responsabilidad *in solidum*, tal como ha declarado en reiteradas ocasiones esta Sala (SSTS de 4 de marzo de 1998, 19 de abril de 1999, 11 de abril de 2000, 17 de junio de 2002 y 29 de mayo de 2003, entre otras).

El nexo de causalidad en la responsabilidad extracontractual.—El juicio de la causalidad jurídica se visualiza en dos fases. En la primera de

ellas se analiza la causalidad material o física, que es un problema principalmente fáctico, de modo que es ajena a los artículos 1902 y 1903 CC. La segunda fase hace referencia al juicio sobre la eficiencia de la causa física o material para generar el nexo con el resultado dañoso. El Tribunal Supremo ha declarado que es necesario que se demuestre el nexo causal, es decir, el «cómo» y el «porqué» se produjo un accidente son elementos indispensables al examinar la causa de un evento dañoso. Para esta demostración no son suficientes las conjeturas, deducciones o probabilidades. Sin embargo, en determinados casos se admite la posibilidad de que la certeza se resuelva mediante una apreciación de «probabilidad cualificada». Además, para determinar el nexo causal se deben valorar las conductas o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos. Finalmente, se puede considerar como eficiente aquella conducta que, concurriendo con otras, prepara, condiciona o completa la acción de la última causa.

La responsabilidad del propietario de un edificio por su ruina.—Con arreglo al artículo 1907 CC, el propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si esta ruina se produce por la falta de las reparaciones necesarias. Este artículo se puede aplicar aunque exista una causa desencadenante de esta ruina, siempre que esta otra causa no fuera la determinante. (STS de 24 de mayo de 2004; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La empresa *Construcciones Félix Gómez, S. A.*, realizó la demolición de un edificio situado en Ponferrada, bajo la supervisión del señor A. L. F. y del señor L. B. M., arquitecto y aparejador respectivamente. Alarmados por las grietas que aparecieron en sus habitajes, los moradores del edificio contiguo al demolido avisaron a los mencionados arquitecto y aparejador, que les dijeron que no existía ningún problema y que el edificio no se derrumbaría. A los pocos días, este edificio se derrumbó, lo que provocó la muerte de dos personas y daños materiales diversos, entre ellos los daños a una finca contigua.

El señor L. S. X. y otros interpusieron demanda contra la empresa constructora y el arquitecto y el aparejador, en la que reclamaban el pago de una indemnización por los daños sufridos (entre ellos, el fallecimiento del esposo de una de las demandantes). La señora A. S. L. interpuso demanda contra el señor M. D. R. y su esposa —que eran los propietarios del edificio derrumbado—, la empresa *Construcciones Félix Gómez, S. A.*, el señor A. L. F. y el señor L. B. M., en la que reclamaba una indemnización por el fallecimiento de su esposo. También el señor A. G. R. y otros interpusieron demanda contra los propietarios del edificio derrumbado, la empresa constructora, el señor A. L. F. y el señor L. B. M., reclamando la indemnización de los daños padecidos. Finalmente, también presentaron demanda contra estas personas el señor A. F. O. y su esposa. Asimismo, la sociedad *Construcciones Félix, S. A.*, interpuso demanda contra el señor M. D. R. y su esposa, y los señores P. F. R., D. C. C. y R. L. A. —constructor, arquitecto y aparejador, respectivamente, del edificio que se derrumbó— en la que reclamaba la indemnización de los daños sufridos. Finalmente, el señor M. D. R. y su esposa interpusieron demanda contra *Cons-*

trucciones Félix Gómez, S. A., el señor A. L. F., el señor L. B. M. y el señor F. G. V., en la que reclamaban los daños padecidos por la ruina del edificio de su propiedad.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ponferrada desestimó las demandas interpuestas por el señor L. S. X. y otros y por el señor M. D. R. y su esposa. Este juzgado estimó las demandas presentadas por la señora A. S. L., por el señor A. G. R. y otros, por el señor A. F. O. y su esposa, absolviendo a la empresa constructora, al arquitecto y al aparejador y condenando al señor M. D. R. y su esposa al pago, de forma solidaria, de las indemnizaciones fijadas. También estimó en parte la demanda interpuesta por la empresa *Construcciones Félix Gómez, S. A.*, y absolvió a los señores P. F. R., D. C. C. y R. L. A. y condenó a los propietarios del edificio sinistrado al pago, en forma solidaria, de la indemnización establecida. A los propietarios del edificio que se derrumbó se les condenó porque se apreció una falta de diligencia en realizar las reparaciones necesarias para evitar la ruina del edificio. A la empresa constructora, al arquitecto y al aparejador se les absolvió porque de los hechos no se deducía que hubieran infringido ningún deber específico de su actividad profesional y no existía ninguna prueba que demostrase que hubieran podido prever el desplome del edificio. Finalmente, a los codemandados por la empresa *Construcciones Félix Gómez, S. A.*, se les absolvió porque había transcurrido el plazo de diez años desde la construcción del edificio derrumbado.

El señor L. S. X. y otros, el señor A. F. O. y su esposa y el señor M. D. R. y su esposa interpusieron los respectivos recursos de apelación contra esta resolución. La Audiencia Provincial de León revocó parcialmente la resolución del Juzgado de Primera Instancia. En concreto estimó parcialmente la demanda del señor L. S. X. y otros y condenó a los demandados –*Construcciones Félix Gómez, S. A.*, el señor A. L. F. y el señor L. B. M.– al pago del 25 por 100 de las cantidades señaladas. También estimó parcialmente la demanda del señor A. F. O. y su esposa y condenó a los propietarios del edificio derrumbado a que pagaran solidariamente el 75 por 100 de la indemnización que se señala, y que el 25 por 100 restante lo pagaran de forma solidaria el resto de los demandados. También declaró, respecto el resto de demandas, que los propietarios del edificio debían satisfacer el 75 por 100 de las indemnizaciones establecidas y *Construcciones Félix Gómez, S. A.*, el señor A. L. F. y el señor L. B. M., el 25 por 100 restante. Asimismo, redujo la cantidad a recibir por la empresa *Construcciones Félix, S. A.* y, finalmente, absolvió a los demandados por el señor M. D. R. y su esposa. La condena de los propietarios del edificio derrumbado se fundamentó en considerar como causa originaria y principal del derrumbamiento del edificio la falta de reparaciones necesarias. En cuanto a la condena de la empresa constructora, el arquitecto y el aparejador se basó en su actuación negligente en el control del trabajo de demolición que estaban realizando y que suponía el control de los edificios colindantes, lo que suponía que se considerase muy probable que este trabajo de demolición fuese la causa desencadenante del derrumbamiento.

Contra esta resolución interpusieron recurso de casación *Construcciones Félix, S. A.*, el señor L. S. X. y otros y el señor M. D. R. y su esposa. El Tribunal Supremo declara que no ha lugar el recurso interpuesto por el señor M. D. C. y su esposa, así como el recurso interpuesto por el señor L. S. X. y otros. El Tribunal Supremo declara ha lugar el recurso interpuesto por la empresa constructora en cuanto la condena en costas que hace la Audiencia Provincial en su resolución y que supone una *reformatio in peius* de la sentencia de instancia. (*M. V. V.*)

41. La presunción de culpa en las actividades con resultado dañoso desproporcionado.—Si bien es cierto que la obligación del médico es normalmente de actividad, esto no impide que cuando con esta actividad se produce un resultado dañoso anómalo o desproporcionado se presuma la culpa (SSTS de 13 de diciembre de 1997, 12 de diciembre de 1997 y 19 de febrero de 1998).

El nexo de causalidad en la responsabilidad extracontractual.—Entre el daño y la acción u omisión negligente debe existir necesariamente el nexo de causalidad. Para apreciar la existencia de este nexo, el Tribunal Supremo se basa en la doctrina de la causalidad adecuada o suficiente. En este sentido, se deben adoptar soluciones o criterios que permitan valorar en cada caso si el acto antecedente tiene entidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido y, además, la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad. Finalmente, también es causa eficiente para producir el resultado aquella que, aunque concurre con otras, prepara, condiciona o completa la acción de la causa última.

El caso fortuito.—El caso fortuito supone un hecho realizado sin culpa del agente, de modo que el vínculo de causalidad se produce entre este acontecimiento y el daño, sin que en el nexo intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente. Por tanto, el agente no será responsable si el hecho era imprevisible e inevitable. Sin embargo, en aquellos casos que este acontecimiento sea debido a un incumplimiento del deber de previsibilidad, habrá existido una omisión de la atención y cuidado requeridos de acuerdo con las circunstancias del caso, de modo que no se dará el supuesto de caso fortuito y no se aplicará la excepción prevista en el artículo 1105 CC. (**STS de 27 de marzo de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—El señor I. M. Y. fue sometido a una intervención quirúrgica en el *Centro de Recuperación y Rehabilitación de Levante* a causa de una hernia. Esta operación fue realizada por el cirujano señor R. V. C. a cargo del *Servicio Valenciano de Salud*. Después de la intervención, durante la cual el paciente perdió una cantidad abundante de sangre, el señor I. M. Y. fue trasladado a una habitación, donde únicamente recibió el cuidado de una de sus hijas, sin ninguna vigilancia por parte de personal sanitario. A las pocas horas de la finalización de la operación, el señor I. M. Y. sufrió una hipotensión con sudoración y estado de shock, lo que provocó que fuese nuevamente intervenido por el mismo médico, quien apreció un desgarro de la vena femoral. El paciente fue tras-

ladado al Hospital General de Valencia, donde se le diagnosticó una encefalopatía isquémica, y después devuelto al centro donde se le había realizado la intervención. El señor I. M. Y. falleció a los quince días de la intervención. Las hijas del señor I. —las señoras M. J. M. B. y M. C. M. B.—interpusieron demanda contra el médico señor R. V. C., el *Centro de Recuperación y Rehabilitación de Levante* y el *Servicio Valenciano de Salud*. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, resolución que fue revocada por la Audiencia Provincial de Valencia, que estimó parcialmente la demanda y condenó a todos los demandados al pago, solidariamente, de quince millones de pesetas a cada una de las actoras. Los tres demandados interpusieron recurso de casación contra esta resolución. El Tribunal Supremo declara que no han lugar los recursos porque se aprecia el nexo de causalidad entre la conducta negligente del médico —que no realizó un efectivo control postoperatorio— y la muerte del señor I. M. Y. (M. V. V.)

42. Responsabilidad civil médico-hospitalaria: infección de hepatitis C por causa de transfusión: responsabilidad del centro médico.—La jurisprudencia de esta Sala ha mantenido, en caso de infecciones hospitalarias, la responsabilidad del centro médico que no ha adoptado las precauciones debidas, es decir, la diligencia precisa para evitarlas; así la STS de 18 de febrero de 1997 mantuvo la exclusión de la fuerza mayor y la responsabilidad del centro en caso de infección, por transfusión de sangre, en 1983, de hepatitis conocida como no A no B; la STS de 11 de abril de 2002 también condenó al centro médico por la infección de hepatitis producida tras una serie de transfusiones de sangre; por último la STS de 18 de marzo de 2004 condenó al médico y al centro médico por la infección causada a una joven paciente en el curso de una intervención quirúrgica.

Control de calidad de las transfusiones.—Según SSTs de 1 de julio de 1997 y 18 de marzo de 2004, los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad impiden de suyo, o deben impedir, por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. Cuando estos controles de manera no precisada fallan, o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio Servicio sanitario en forma extrema de responsabilidad objetiva, cara al usuario.

Prueba: falta de cooperación del demandado.—Es doctrina reiterada que el deber procesal de prueba 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 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 más fácil acceso por su profesión; en el presente caso falta la historia clínica del paciente, lo que evidencia falta de rigurosidad profesional del centro médico.

Yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual: plazo de prescripción.—La jurisprudencia admite una yuxtaposición de res-

ponsabilidades, que da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, y optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en conflicto que más se acomoden a aquéllos, todo ello a favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible. En consecuencia, el plazo de prescripción no es el anual del artículo 1968 CC, sino el quincenal de las acciones personales según el artículo 1964 CC, ya que la relación jurídica médico-hospitalaria deriva de la contractual, a través de Adeslas.

Responsabilidad del médico: exoneración.—En la sentencia de instancia se declara probada la transfusión y la relación de causalidad entre ésta y la hepatitis C; se parte de la realidad del hecho acaecido en el centro médico y de la responsabilidad del mismo, que no informó mínimamente de los riesgos que se daban en la misma. Pero no se imputa la responsabilidad por acto u omisión concreta en relación al médico; en consecuencia, la responsabilidad del centro es indiscutible, pero la del médico no aparece. Debe estimarse el recurso interpuesto por éste por infringirse el artículo 1101 y el artículo 1902 CC. (STS de 10 de junio de 2004; no ha lugar en parte.) (G. G. C.)

43. Necesidad de la existencia de causalidad culposa para el nacimiento de la responsabilidad civil médica. Atribución a la actora de la carga de la prueba.—El ejercicio de la medicina implica una obligación de medios, que no son otros que poner los más adecuados para la sanidad del enfermo, pero no de resultado —SS, entre otras muchas, de 3 de marzo y 12 de junio de 2001, 4 de febrero y 10 de julio de 2002 y 10 de abril de 2003—. Debe desconectarse por ello toda responsabilidad más o menos objetiva, pues requiere una causalidad culposa —SS de 6 de noviembre de 1990, 8 de octubre de 1992, 2 de febrero y 23 de marzo de 1993, 29 de marzo de 1994, 16 de febrero de 1995 y 27 de febrero de 1997, entre otras muchas—. Más recientemente, aún pueden aducirse las de 27 de septiembre de 2001, 25 de junio de 2002, 7 de abril y 22 de octubre de 2003 y 30 de enero y 10 de febrero de 2004.

La sentencia que cita el motivo, de 2 de diciembre de 1996, resulta excepcional, porque se refiere a supuestos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes a facilitar su producción, lo que no es el caso y, otro tanto acontece con la S 108/1997, de 18 de febrero, que hace referencia a un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual, según la reglas de la experiencia y sentido común, revela la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y circunstancias de tiempo y lugar. Tales sentencias hacen referencia, además, a una hemorragia intensa atendida tardíamente y a transmisión del virus del sida. Esta jurisprudencia no puede alegarse para el caso de autos, en que rige la carga de la prueba a la ahora recurrente en casación. (STS de 25 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—En fecha 16 de noviembre de 1989, doña C. V. S. acudió a consultas externas de neurocirugía en el Hospital de Cruces para analizar el alcance de una tumoración lumbar L4-L5 que le había sido diagnosticada, así como el posterior tratamiento quirúrgico a seguir. En dicho hospital se practicó a la paciente un TAC lumbar cuyo resultado determinó la efectiva existencia de una

tumoración lateral izquierda. Ante el mencionado diagnóstico, doña C. quedó ingresada en el preoperatorio, siéndole practicadas distintas pruebas con resultados normales. El día 1 de diciembre de 1989 tuvo lugar el acto quirúrgico de exéresis tumoral radical realizándose la operación sin complicaciones. Sin embargo, en el período postoperatorio, la paciente presentó una depresión respiratoria seguida de tetraplejía, así como una serie de complicaciones cardíacas, renales y pulmonares que determinaron su fallecimiento el día 29 de diciembre de 1989. A raíz de este resultado don J. M.^a R. S. y don J. M.^a y doña B. R. V., esposo e hijos de la fallecida, respectivamente, interpusieron demanda sobre responsabilidad médica contra los dos neurocirujanos, el anestesta y la auxiliar técnica sanitaria que habían participado en la operación, así como el *Servicio Vasco de Salud*. La demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Bilbao. Apelada la sentencia, ésta fue íntegramente confirmada por la Audiencia de Vizcaya. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

44. Responsabilidad civil. Obligación del profesional sanitario. Obligación de medios.—La obligación contractual o extracontractual del médico, y más en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir, está obligado, no a curar al enfermo sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia.

Responsabilidad del médico. *Lex artis* médica. Concepto.—La actuación de los médicos debe regirse por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional. Y así, se entiende por *lex artis ad hoc* aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, ciencia o arte médica, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de factores endógenos, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

***Lex artis* médica. Caracteres.**—Son notas de la *lex artis ad hoc*: 1) como tal *lex* implica una regla de medición, a tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta; 2) objetivo: valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales antes casos análogos; 3) técnica: los principios o normas de la profesión médica en cuanto a ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor o profesional; 4) el objeto sobre el que recae: especie de acto (clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución); y 5) corrección de cada acto médico o presupuesto *ad hoc* (STS de 11 de marzo de 1991).

Diligencia exigible al médico. Sistema culpabilístico. Excepciones.—La medida de la culpabilidad no está en la clásica diligencia del buen padre de familia, sino en el cumplimiento de los deberes médicos; no es aplicable la

doctrina jurisprudencial de la responsabilidad objetiva, ni la de la creación del riesgo; no procediendo tampoco a la presunción de culpabilidad que supone una inversión de la carga de la prueba, favorecedora de la posición del perjudicado, correspondiendo por tanto la obligación de probar la culpabilidad del médico al paciente que la alega, salvo la existencia de indicios muy cualificados por anormales y los casos de las actuaciones que lleven aparejada una obligación de resultado, como la cirugía estética (STS de 31 de julio de 1996). En el mismo sentido se señala que la regla de la carga de la prueba se exceptiona en dos supuestos: 1.º cuando por la práctica de una intervención quirúrgica reparadora o perfecta el paciente es cliente y la obligación ya es de resultado por ubicarse el acto médico en una especie de *locatio operis*; y 2.º en aquellos casos en los que por circunstancias especiales acreditadas y probadas por la instancia el daño del paciente o es desproporcionado o enorme, o la falta de diligencia e, incluso, obstrucción, o falta de cooperación del médico, ha quedado constatado por el propio Tribunal (STS de 19 de febrero de 1998).

Defensa de consumidores y usuarios y responsabilidad sanitaria. Ámbito material restringido.—Ciertamente son cada vez más las sentencias de esta Sala que en casos de reclamaciones fundadas en una deficiente atención médica u hospitalaria aplican el artículo 28 LGDCU, cuyo apartado 2 hace expresa mención de los «servicios sanitarios», después de que su apartado primero establezca una responsabilidad que la doctrina mayoritaria considera claramente objetiva. No obstante, tales sentencias suelen versar sobre casos de infecciones contraídas o reactivadas en el propio medio hospitalario (SSTS de 21 de julio de 1997 y 9 de diciembre de 1998); o a consecuencia de transfusiones de sangre (STS de 30 de diciembre de 1999); de fallos en determinados dispositivos de implante o en el instrumental quirúrgico de una intervención (STS de 22 de noviembre de 1999); o, en fin, de daños desproporcionados en relación con el escaso riesgo atribuible en principio a una determinada intervención (STS de 29 de junio de 1999). (STS de 26 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora, madre del menor accidentado al caerse de la bicicleta, demandó a los doctores don J. L. I. y doña E. C. M., que atendieron en un primer momento a su hijo, así como al INSALUD, por entender que la demora en las intervenciones determinaron un resultado más dañoso que el provocado inicialmente por el accidente sufrido, solicitando la indemnización que estimó procedente. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó solidariamente a los demandados al abono de una cantidad menor a la pedida por la actora. La Audiencia Provincial de Albacete revocó la sentencia de instancia y absolvió a los demandados de los pedimentos formulados en su contra, al considerar que dichos profesionales no habían incurrido en responsabilidad. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por la demandante. (L. A. G. D.)

45. Responsabilidad médica. Respeto a la *lex artis medica*. La no detección en una primera asistencia de la dolencia que, a la postre, determina el fallecimiento no implica por sí negligencia ni imprudencia, todas vez que no existían en aquel momento síntomas que la revelarían.—La *lex artis* fue respetada por la doctora demandada, cuya actuación profesional no

fue superficial ni banal, con cuatro exploraciones, examen de rayos y electrocardiograma. Añadiéndose que los medicamentos prescritos no son susceptibles de enmascarar ni agravar una hemorragia interna y concluyéndose que la causa de la muerte (la rotura del aneurisma) sólo pudo ser establecida *a posteriori*, tras la diligencia de autopsia y que el hecho de no haber podido detectarse la primera fase de la misma cuando el interesado acudió al servicio de urgencias, no implica negligencia ni imprudencia médica por no revelarse en aquel momento síntoma alguno que lo hiciese presumir.

Deber de información al paciente de los artículos 10 y 11 de la Ley General de Sanidad. No constituye una infracción del deber de información el hecho de que la misma no se facilitase por escrito, si consta por otros medios que dicha información fue suministrada al paciente.—La omisión de la exigencia de una más minuciosa información, o de que el paciente reconociese con su firma que la misma se le había suministrado, en nada influyó en su posterior e inesperado fallecimiento, que es el hecho que en la demanda se afirma ha ocasionado los daños patrimoniales y el daño moral cuya indemnización se reclama. El hecho de que no quedara constancia escrita de la información no quiere decir que la misma no se haya facilitado y dada la naturaleza de los datos subjetivos y objetivos que suministraron los reconocimientos y pruebas practicados, puede afirmarse que ya que los mismos no revelaban la existencia del aneurisma, en nada podía influir la observancia de un mayor rigor formal en la información facilitada al paciente en el desarrollo de los acontecimientos posteriores y en las decisiones a adoptar por aquel. (STS de 27 de mayo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. F. S., don C. B. F. y doña S. B. F. demandaron a la doctora doña A. R. M. y a la mutualidad M. P., solicitando la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a aquéllos por el fallecimiento de don J. B. F., esposo y padre de los actores, debido a que cuando acudió al servicio de urgencia de la Mutua, la doctora demandada, en consideración a los continuos dolores abdominales que el paciente soportaba y ante la carencia de utensilios e instrumental adecuado, no acordó su ingreso en un centro dotado de los medios suficientes, sino que le recetó medicamentos ineficaces y le dio el alta. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda planteada. La Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso de apelación interpuesto por los actores y confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de los demandantes. (L. A. G. D.)

46. Responsabilidad civil médica. Evolución jurisprudencial en sentido protector de la víctima del hecho dañoso.—La interpretación progresiva del artículo 1902 CC que lo ha adaptado a la realidad social, pasó de la necesidad de la prueba de la culpa, a la inversión de la carga de la prueba y a la creciente objetivación, al aplicar la doctrina del riesgo (la persona que provoca un riesgo que le reporta un beneficio, debe asumir la responsabilidad si causa un daño —SSTS de 12 de julio de 1999 y 21 de marzo de 2000, entre otras)—, yendo a soluciones cuasiobjetivas (se exige un reproche culpabilístico, aunque sea mínimo —SSTS de 30 de junio de 1998 y 18 de marzo de 1999, entre otras muchas)— o llegando a la objetivación (al entender que si se causa un daño, se causa con dolo o culpa, pues de no haberla, no se

habría causado el daño –SSTS de 21 de enero y 9 de octubre de 2000)– (SSTS de 8 de octubre de 1996, 21 de enero y 9 de octubre de 2000 y 24 de enero de 2002).

Responsabilidad del cirujano por secuela no razonablemente explicada.–Se imputa responsabilidad al cirujano por la secuela, no razonablemente explicada, con la que quedó el paciente (SSTS de 31 de enero y 8 de mayo de 2003).

Responsabilidad del odontólogo por secuela no razonablemente explicada.–El odontólogo será responsable de las secuelas que sufra el paciente, cuando éstas no sean razonablemente explicadas (SSTS de 28 de junio de 1999 y 11 de diciembre de 2001).

Responsabilidad del centro médico por hepatitis contraída tras transfusiones de sangre.–El paciente carecía de hepatitis, sufrió transfusiones y apareció la enfermedad, de lo que se deduce, con enlace preciso y directo que la hepatitis tuvo por causa aquellas transfusiones (STS 11 de abril de 2002).

Responsabilidad objetiva por infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquiridas o reactivadas en el medio hospitalario.–Cuando los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, de manera no precisada fallan; o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone cara al usuario que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva (STS de 1 de julio de 1997).

Responsabilidad objetiva impuesta a los servicios médicos por el artículo 28 LGDCU.–El paciente es consumidor (art. 1), ha utilizado unos servicios (art. 26), entre los que se incluyen los sanitarios (art. 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (arts. 25 y ss.) (SSTS de 9 de diciembre de 1998 y 29 de noviembre de 2002, entre otras muchas).

Datos que han dado lugar a la progresiva evolución de la responsabilidad extracontractual hacia la objetivación.–*a)* un sistema de vida acelerado y de enorme interrelación; y *b)* la tendencia a maximizar, en lo posible, la cobertura de las consecuencias dañosas de la actividad humana (STS de 25 de septiembre de 1998).

Responsabilidad extracontractual. Presupuestos y desplazamiento de la culpa al nexo causal.–Los tres presupuestos son: 1. la acción u omisión, que es voluntaria y libre y, en tanto productora del daño, antijurídica en cuanto atenta al principio *alterum non laedere*; 2. el daño, que es, a su vez, el objeto de la obligación de reparar; y 3. el nexo causal entre aquella acción y este daño, que se rompe cuando se produce (y se prueba) una acción de tercero o del propio perjudicado o caso fortuito o fuerza mayor.

El tan discutible elemento de la culpabilidad existe en el texto del artículo 1902 CC y en la realidad, lo que ha ido evolucionando es su prueba y se tiende a estimarla inmersa en la acción u omisión, en el sentido de que si ésta, con nexo causal, produce un daño, necesariamente la culpa se halla en la acción u omisión pues, a no ser que medie dolo, no se habría producido daño de no haber culpa; es decir, se da un desplazamiento de la culpa al nexo causal (STS de 29 de junio de 2001). (STS de 18 de marzo de 2004; ha lugar.)

HECHOS.–Una joven de veintinueve años fue operada por un cirujano de una hernia discal en un centro médico privado. Tras la

operación y debido a los fuertes dolores que sufría, fue intervenida de nuevo, apreciándose una discitis (infección) en el espacio intervertebral afectado. Después de esta segunda intervención, fue ingresada en otro hospital donde se le atendió y dio de alta. Todo ello desembocó en un grado de minusvalía en la joven del 50 por 100. Quedó demostrado que la discitis o infección de la columna vertebral tuvo su origen en unos gérmenes inoculados directamente en el foco de forma yatrogénica, durante la primera intervención quirúrgica realizada. La joven demandó al cirujano y al centro médico privado donde se le practicaron las dos operaciones quirúrgicas, para que le pagaran, solidariamente, veinte millones de pesetas por responsabilidad civil extracontractual.

El Juzgado desestimó la demanda y la Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso planteado por la actora y condena solidariamente a los demandados, a abonar a la recurrente 120.202 euros, con los intereses legales desde la interposición de la demanda. (*I. D. L.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

47. Justo título en la usucapión ordinaria.—Debe existir perfecta identidad entre el bien poseído que se pretende usucapir y el que consta en el justo título necesario para la prescripción adquisitiva (STS 3 de julio de 1981, 28 de noviembre de 1983 y 7 de febrero de 1985, entre otras). El justo título debe ser además verdadero y válido como se desprende de los artículos 1952 y 1953 CC. La escritura de división de un finca no puede constituir justo título para usucapir en la medida en que con dicho título nada se transmite. Por otra parte, también es necesaria la posesión en concepto de dueño que supone un elemento causal o precedente objetivo que revele que el poseedor no es un mero detentador. Por tanto, no es suficiente la intención de poseer en concepto de dueño. Tampoco existe ningún precepto por el cual se presuma la mentada posesión (STS de 4 de julio de 1963).

Aportación no dineraria a una sociedad anónima.—El viejo artículo 31 de la Ley de 17 de julio de 1951 así como el actual artículo 39.1 de la vigente LSA exigen para adquirir la condición de socio, que en la aportación de bienes inmuebles el aportante realice: 1) la efectiva entrega del bien y 2) en su caso, el saneamiento de bien aportado tal y como establece la normativa del Código civil. (STS de 14 de mayo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña C. R. G., propietaria de una finca rústica, procedió a dividirla en dos parcelas con idéntica extensión, convirtiéndose así en dos fincas independientes con autonomía registral. Una de ellas la aportó a la entidad *Tomás H-Agero, S. A.* (sociedad demandante) y la otra a *El Gorrional, S. A.* (demandada). Al vender la actora la precitada finca y proceder a la medición correspondiente de su extensión, se percató de que la superficie era inferior a la que constaba en la escritura de división que en su momento realizó doña C. R. G. Así las cosas, la sociedad demandante (*Tomás H-Agero, S. A.*) ejercita acción reivindicatoria contra la otra mercantil

(*El Gorrónal, S. A.*) al considerar que la demandada detentaba indebidamente parte de la superficie de la finca de la actora.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda en su totalidad. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial de Cáceres la revoca acogiendo todos los pedimentos solicitados por los recurrentes. Interpuesto recurso de casación por la demandada, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. (*J. D. S. C.*)

48. Transmisión del dominio sobre un inmueble.—En virtud de la teoría del título y el modo, para adquirir el dominio no es suficiente la perfección de un contrato transmisivo, sino que es precisa la concurrencia de la tradición (arts. 609 y 1095 CC). La jurisprudencia viene reiterando que la formalización del contrato en documento privado no genera tradición instrumental y no acredita por sí solo la efectiva transmisión patrimonial (SSTS de 21 de marzo y 14 de julio de 1998, 9 de octubre de 2001, 14 de febrero y 10 de julio de 2002).

Los contratos privados de ventas de pisos no transmiten por sí solos el dominio. El promotor, propietario único, puede rectificar unilateralmente el título constitutivo, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir por incumplimiento de los contratos privados. El adquirente en documento privado sin entrega de posesión, al no ser copropietario, no tiene derecho, ni siquiera posibilidad, de concurrir al otorgamiento de la escritura de constitución o modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal. (**STS de 23 de marzo de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—El problema que se plantea en esta sentencia se refiere a que con posterioridad a los contratos privados de venta de pisos, el promotor del edificio otorgó unilateralmente una escritura pública de rectificación del título constitutivo de propiedad horizontal, añadiendo como finca número 28 un local comercial sito en la planta baja del edificio y reduciendo los coeficientes de participación comunes de las restantes fincas. La comunidad de propietarios interpone demanda, que es desestimada por el Juzgado de Primera Instancia.

La Audiencia Provincial desestima igualmente el recurso porque: 1) Al tiempo del otorgamiento de dicha escritura de rectificación, el promotor del edificio era el único propietario de todo el inmueble, de suerte que estaba legalmente facultado para realizar en ese momento las rectificaciones que tuviese por convenientes, sin perjuicio de los demás derechos que pudieran conferir a los compradores de pisos los contratos de compraventa instrumentados en documentos privados; 2) En todas las escrituras públicas de compraventa de los pisos se refleja y deja constancia no sólo de la escritura de declaración de obra nueva, sino también de las escrituras de rectificación de aquélla, de manera que todo lo reflejado en las de adquisición fue voluntaria y libremente aceptado por ambas partes contratantes al amparo de lo previsto en el artículo 1255 CC.

Algunos propietarios de los pisos interponen recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima todos y cada uno de estos motivos. En primer lugar, no se han vulnerado los preceptos relati-

vos a la entrega de la cosa vendida porque el vendedor entregó mediante la escritura pública aquello a que se obligó en la misma. Además, no se dan los requisitos para apreciar la existencia de fraude de ley, ya que al ser el promotor el único propietario, goza de la cobertura del ordenamiento jurídico para llevar a cabo la modificación del título constitutivo de la división horizontal. Por último, indica el Tribunal Supremo que en las escrituras públicas de compraventa de los pisos se hace constar como título la escritura redeclaración de obra nueva y constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal. Las escrituras públicas no se limitan a ser meramente confirmatorias de los contratos privados, sino que recogen una novación objetiva introduciendo una modificación derivada de las escrituras de rectificación del título constitutivo, y por los adquirentes no se formuló oposición alguna a la inequívoca referencia a las rectificaciones efectuadas. Es por esto por lo que el Tribunal Supremo desestima el recurso. (S. L. M.)

49. La prescripción adquisitiva.—Sólo cabe la prescripción adquisitiva, fundada en otorgar firmeza y seguridad jurídica a las situaciones de hecho, si éstas no han sido contradichas durante cierto tiempo, en cuyo caso pasan a ser jurídicas en aras a la paz social que el Derecho protege. No se puede usucapir si el derecho no es abandonado por su titular con su no ejercicio, pues de ejercitarlo, se interrumpe la usucapición, de tal forma que ésta lleva insita la prescripción extintiva del derecho del primitivo titular, que deja de serlo por su abandono unido a la adquisición por otro.

La acción declarativa de dominio.—La doctrina y la jurisprudencia consideran incluida la acción declarativa de dominio en el artículo 348 CC. Esta acción, al igual que la reivindicatoria, se destina a la protección del derecho de propiedad, tratando de obtener una mera declaración constatación de la propiedad que no exige que el demandado sea poseedor y le basta con la declaración de que el actor es propietario de la cosa. No se trata de recuperar la posesión. La acción declarativa de dominio no requiere que el demandado sea poseedor, pues dicha acción tiene como finalidad obtener la declaración de que el demandante es propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo atribuye. (STS de 3 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La finca objeto del litigio fue adquirida por el actor, don E. M. A., y su hermano don Em. M. A. el día 9 de agosto de 1961, en virtud de contrato privado. Aparece inscrita únicamente a nombre de don Em. por compra a don F. V., según escritura pública de fecha 7 de agosto de 1961. En el documento privado referido se hace constar lo siguiente: 1) Que don F. les vende a ambos la finca, pagando el precio antes de firmar la escritura pública; 2) Que la escritura pública se hace a nombre de don Em. por convenio de ambas partes, pero nada podrá hacer uno sin el acuerdo del otro respecto a la finca; 3) Que en caso de que ambas partes no estén de acuerdo en la retención de dicho solar, de común acuerdo pueden proceder a su venta y quedarse con la parte proporcional. Queda probado que la finca estuvo durante un tiempo arrendada, siendo las rentas entregadas indistintamente tanto a don Em.

como a don Em., es decir, ambos disfrutaban de los beneficios de la explotación de la finca. La finca había sido vendida por las demandadas y éstas se negaban a compartir con don E. el producto de la venta, pues no lo consideraban condueño de la finca.

Don E. formula demanda contra la esposa viuda de su hermano doña A. V. B. y los hijos del matrimonio de ésta con don Em. M. A., por la que se interesó se dictara sentencia en la que se declarara que el acto es propietario por mitad y en proindiviso de una finca. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y se declaró que don E. es propietario por mitad y proindiviso con don Em. de la citada finca. A la misma conclusión llega la Audiencia Provincial, que declaró que en ejecución de sentencia se proceda a la división por mitad del precio obtenido por las demandadas de la venta de la finca.

Contra dicha sentencia han formulado únicamente recurso de casación la parte demandada, alegando la infracción del artículo 1963 CC, en relación con los artículos 1969 y 1933 CC, así como la infracción del artículo 348 CC y la jurisprudencia relativa a la acción declarativa de dominio. El Tribunal Supremo señala que no se cumplen los requisitos exigidos para la prescripción adquisitiva y que don E. es condueño de la finca, teniendo derecho a la mitad del precio obtenido en la venta de la finca. (S. L. M.)

50. La tercería de dominio.—La finalidad específica de la tercería de dominio es obtener el alzamiento de un embargo que se ha constituido sobre los bienes del tercerista en un proceso de ejecución que se sigue contra otra persona. Tiene por finalidad principal, no ya la recuperación del bien, que de ordinario está poseído por el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo, sustrayendo de un procedimiento de apremio bienes no pertenecientes al patrimonio del apremiado por no ser aquéllos los llamados a responder de las deudas contraídas por el ejecutado.

Para el éxito o fracaso de la pretensión del tercerista resulta determinante identificar la fecha en que se trabó el embargo, ya que ha de ser puesta en relación con la adquisición por el tercerista del derecho embargado. La viabilidad de la pretensión ejercitada mediante la tercería de dominio requiere que la justificación documental del tercerista sea referida a la fecha en que se realizó el embargo causante de la privación posesoria de la propiedad del bien embargado, por ser tal el momento cuando se produce la perturbación. Además, la adquisición del dominio por el tercerista antes del embargo puede constatarse mediante cualquier principio de prueba documental, sin necesidad de la inscripción registral, y producirá efectos siempre que no exista duda respecto a la realidad de la transmisión operada.

La carga de la prueba del derecho sobre el bien embargado que faculta para obtener el almacenamiento del embargo, pesa sobre el tercerista. La demostración de los hechos constitutivos de la pretensión corresponde al demandante, quien deberá acreditar, sin margen de duda, el derecho que invoca, que constituye el presupuesto inexcusable para el éxito de su pretensión con arreglo al artículo 1214 CC.

La traditio.—Los artículos 609 y 1095 CC establecen la necesidad del modo o *traditio* para provocar, con causa en el contrato, la mutación jurídica real, esto es, para hacer dueño a quien compra una cosa mediante contrato

celebrado con quien lo es. Los artículos 1462.I y 1463 CC regulan el cumplimiento de la obligación principal del vendedor, mediante la entrega de la posesión de la cosa con ánimo en el que la da de transmitir la propiedad y con ánimo del que la recibe de adquirirla. Esa transmisión posesoria puede ser real (poniendo la cosa en poder y posesión del comprador) o ficticia (por otros medios espiritualistas pero jurídicamente equivalentes).

Aplicación del artículo 1.227 CC.—El artículo 1227 CC es aplicable cuando el hecho a que se refiere solamente pueda tener demostración por el propio documento, lo que no ocurre cuando existen otros medios de prueba que acreditan la realidad de la fecha que en él aparece, la que puede tenerse por eficaz en juicio cuando se corrobora por otras pruebas practicadas. (STS de 10 de mayo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia recurrida en casación desestimó las tercerías de dominio planteadas, en tres demandas acumuladas, por los compradores de otras tantas viviendas que resultaron embargadas, cual si fuesen propiedad de la vendedora, en un juicio ejecutivo seguido contra ésta. Los terceristas habían alegado que ya eran dueños de los inmuebles comprados cuando el embargo se constituyó. Puesto que la compraventa en el Código civil no genera, por sí sola, transmisión de propiedad y ha de ir acompañada de *traditio* para que el cambio jurídico real se produzca, los terceristas afirmaron que, aunque la compra se reflejó en documento privado, la vendedora había puesto las viviendas correspondientes en el poder y posesión de cada uno con anterioridad al día de constitución del embargo. Para probar esto, presentaron una serie de documentos privados que reflejan los actos de entrega de las llaves de las viviendas y que aparecen firmados por cada comprador y por la sociedad vendedora.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron las pretensiones de los terceristas. La sentencia de apelación se recurre en casación por sólo uno de los terceristas, alegando, entre otras cosas, la infracción de los artículos 609, 1095, 1462 y 1463 CC, por un lado, y del artículo 1227 CC, por otro. (S. L. M.)

51. Comunidad de bienes: división de la cosa común.—El carácter divisible o no de la cosa común no es un hecho, sino un concepto valorativo deducible de unos hechos que depende no sólo de su indivisibilidad real, sino también de su indivisibilidad jurídica, que existirá cuando, tras la división, la cosa resultase inservible para su uso, se produjera un desmerecimiento anormal o se causase un gasto considerable (SSTS de 11 de junio de 1976, 23 de noviembre de 1932, 7 de marzo de 1985, 17 de marzo de 1991, 13 de julio de 1996). Declarada la indivisibilidad y en ausencia de un pacto sobre su atribución, es conforme a las reglas del artículo 400 y ss. CC, la disolución de la comunidad mediante la venta en subasta pública de la cosa común y la distribución del precio obtenido entre las partes (STS de 10 de febrero de 1997). La determinación de dicha divisibilidad o indivisibilidad de la cosa común o su desmerecimiento por la división material es una cuestión de hecho y, por lo tanto, de exclusiva apreciación por la Sala de instancia (SSTS de 9 de febrero y 6 de junio de 1983, 10 de diciembre de 1985, 17 de

abril de 1986, 28 de noviembre de 1992, 30 de julio y 22 de marzo de 1999). (STS de 12 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. D. V. S., don A. J. S. L. y don A. S. G. O. son dueños proindiviso de una finca. Los dos primeros tienen un coeficiente de participación del veinticinco por ciento y el último, el restante setenta y cinco por ciento. Los dos primeros interponen demanda contra el tercero sobre división de la cosa común y sostienen que dadas las características de la finca (divisible) procede la venta en subasta pública.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. Los codemandantes interponen recurso de apelación y la Audiencia Provincial lo estima, revocando la resolución recurrida y acordando la venta de la finca en subasta pública. El Tribunal Supremo declara en casación no haber lugar al recurso interpuesto por el demandado. (S. E. M.)

52. Enclaves de propiedad privada en dominio público marítimo terrestre.—La conversión obligatoria en un derecho temporal de ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo terrestre sin pago de canon alguno para los titulares de espacios enclavados en el mismo, anterior a la Ley de Costas, establecida en su DT 1.ª1, apartado 1, es una expropiación por razón de utilidad pública en que es la Ley misma la que fija el *quantum* de la indemnización. Este hecho no es inconstitucional, dada la singularidad de esas propiedades y la posibilidad de que los afectados, en aras del principio de tutela judicial efectiva, puedan impugnar el acto administrativo expropriatorio de conversión de su título dominical en título concesional ante la jurisdicción competente.

La STC 149/1991, de 4 de julio, ha afirmado que la eliminación de titularidades privadas respecto a terrenos en el dominio público sobre la ribera del mar no es una actuación arbitraria o carente de justificación, por cuanto es la forma más simple y directa de poner en práctica una decisión ya adoptada por la Constitución misma.

Derechos de los particulares en zona de dominio público marítimo terrestre.—El artículo 8 LC los transforma en concesión de un derecho de ocupación y aprovechamiento temporal. Se cubren así los casos no contemplados en el apartado 1 de la DT 1.ª de la ley citada, referido únicamente a los terrenos cuya titularidad privada fue declarada por sentencia firme y, por tanto, tras un litigio con la Administración. Con el artículo 8 LC se protege adecuadamente a aquellos particulares que adquirieron del Estado y cuyo título éste no discutía, por lo que no hubo litigio alguno, ni sentencia firme.

Bienes de dominio público marítimo terrestre situados en zona administrativamente deslindada y Registro de la Propiedad.—El Tribunal Supremo, en las SS de 4 de julio de 1985, 22 de julio de 1986 y 1 de julio de 1999 ha declarado que estos bienes son inalienables, imprescriptibles y ajenos a las garantías del Registro de la Propiedad, que no necesitan, precisamente, por su condición demanial. Por tanto, la inscripción que tenga un particular no puede afectar al Estado y no opera el principio de legitimación registral que consagra el artículo 38 LH, sino la realidad extrarregistral autenticada por el deslinde administrativo.

Excepciones al dominio público.—Son dos: la que sea resultado de un derecho inmemorial adquirido con anterioridad a la disposición legal que les confiera tal carácter, como acaece en el supuesto de determinados enclaves en la zona marítimo terrestre; y la de haberse operado la desafección por un acto de soberanía. (STS de 5 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Las recurrentes en casación exigen la declaración de propiedad sobre la finca objeto del litigio, así como la de estar al margen del deslinde aprobado por Orden Ministerial el 15 de julio de 1991 y, por tanto, al margen de la aplicación de las previsiones de la Ley de Costas, pretendiendo la conservación de la titularidad dominical adquirida con anterioridad a la promulgación de la Constitución.

En primera instancia se estimó parcialmente la demanda, en el sentido de declarar que las actoras fueron propietarias de las fincas descritas hasta el día en que entró en vigor la Constitución Española. La Audiencia Provincial modificó la sentencia apelada por las demandantes en el sentido de declarar que el inmueble se encuentra en la situación de hecho prevista en la DT 1.ª de la Ley 22/1988, de 28 de julio, a los efectos del derecho de ocupación y aprovechamiento que en ella se contempla. (B. F. G.)

53. Acciones civiles de los particulares frente al deslinde de dominio público marítimo terrestre.—El artículo 14 LC permite ejercer a quienes se crean afectados por el deslinde las acciones civiles dirigidas a obtener una declaración de que las fincas afectadas por el deslinde eran de propiedad privada antes del deslinde. (STS de 9 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Los recurrentes en casación exigen la declaración de propiedad sobre la finca objeto del litigio, así como la de estar al margen del deslinde aprobado por Orden Ministerial el 15 de julio de 1991 y, por tanto, al margen de la aplicación de las previsiones de la Ley de Costas, pretendiendo la conservación de la titularidad dominical adquirida con anterioridad a la promulgación de la Constitución.

NOTA.—Esta sentencia se remite en la mayoría de sus fundamentos a la STS de 5 de marzo de 2004, extractada en este fascículo. (B. F. G.)

54. Propiedad horizontal y transmisión del dominio en la venta de cosa futura.—Un contrato privado de compraventa de un bien inmueble determinado en construcción constituye una compraventa perfecta (art. 1450 CC), pero no transmite el dominio, ya que para que dicha transmisión se produzca es necesario que se lleve a cabo alguna de las formas de tradición previstas en el Código Civil. No puede considerarse copropietario de un edificio y, por ello, sujeto capaz de realizar negocios jurídicos relativos al mismo, el comprador que no ha adquirido el derecho de propiedad, ya que éste tiene el título (contrato), pero no el modo (tradición real o simbólica) (SSTS de 27 de

febrero y 17 de julio de 1987, 24 de enero y 11 de junio de 1994, 30 de marzo de 1999 y 21 de junio de 2002).

La constitución del régimen de propiedad horizontal se rige por el principio de autonomía de la voluntad y por la libre disposición del dominio. Por este motivo, no podrá calificarse como abuso de derecho el establecimiento a través de las normas reguladoras de la propiedad horizontal de determinadas servidumbres o cargas a favor de algún copropietario o de tercero, siempre que dichas limitaciones no puedan ser calificadas como inmorales o antisociales, o no resulten contrarias a normas imperativas e inderogables.

Interpretación de los contratos.—Las reglas sobre interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1281 a 1289 constituyen un conjunto complementario y subordinado, de tal manera que si los términos de un contrato son claros y no dejan lugar a duda sobre la intención de los contratantes, no cabe que entren en juego las restantes normas interpretativas, que tienen un carácter subordinado respecto del tenor literal de los términos del contrato (SSTS de 15 de julio 1986 y 29 de marzo 1994). (STS de 25 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—*Cadirma, S. A. y Construcciones Varmar, S. A.* interponen demanda contra *Muebles de Cocina el Impacto, S. L.*, sobre demolición de construcción. La sociedad demandada formula demanda reconvenzional solicitando que se declare la nulidad parcial de los títulos de constitución y modificación de la división horizontal en cuanto a la limitación impuesta en la misma respecto a la de altura de la edificación.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demandada y desestima la reconvencción. La demandada reconveniente interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial lo estima parcialmente en cuanto a la falta de litisconsorcio pasivo necesario y, entrando a conocer el fondo, confirma la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declara en casación no haber lugar al recurso interpuesto por la sociedad demandada. (S. E. M.)

55. Propiedad horizontal: reivindicación de titularidad y mantenimiento de los elementos comunes.—Una vez acreditada la existencia de una realidad extrarregistral, no procede que prevalezca la presunción de exactitud del Registro de la Propiedad, ya que existe una quiebra de la verdad formal. El principio de legitimación registral que se contiene en el artículo 38 LH en relación con el artículo 34 LH no es absoluto ni imperativo, puesto que el Registro de la Propiedad no puede responder de la exactitud de los actos y circunstancias fácticas, ni de las descripciones de las fincas o incluso de su existencia, por ser inscripciones voluntarias y declarativas (SSTS de 10 de octubre de 1991, 30 de septiembre y 10 de diciembre de 1992, 14 de noviembre de 1994 y 22 de febrero de 1996). (STS de 9 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—*Cine Coliseum, S. L.* es titular de un local que es ocupado por la comunidad de propietarios Villa Sofía que lleva a cabo en él una serie de obras de adaptación para su uso como aparcamiento. Por su parte, *Cine Coliseum, S. L.* realiza obras en el local tanto en el suelo, como en la ventilación y la decoración, y

elimina una rampa de acceso para minusválidos. La citada sociedad formula demanda contra la comunidad de propietarios sobre reivindicación de local comercial y mantenimiento de elementos comunes. La comunidad demandada plantea reconvencción y solicita que se condene a la demandante a devolver al estado anterior el local objeto de litigio y a la indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demandada y desestima la reconvencción, condenando a la comunidad a devolver la posesión del local a la actora en las mismas condiciones en que se encontraba antes de ser ocupado. Esta sentencia es recurrida por la demandada y la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación, revoca la resolución recurrida y condena a la sociedad actora al mantenimiento de los elementos comunes del local en las condiciones solicitadas por la comunidad. Interpuesto recurso de casación por la sociedad, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. (S. E. M.)

56. Viabilidad de un acuerdo sobre la reforma de un patio comunal.—El acuerdo sobre el cerramiento de un patio mancomunado cabe adoptarlo por mayoría cualificada. La jurisprudencia del Tribunal Supremo admite la validez de este tipo de acuerdos mayoritarios, sin necesidad de su adopción por unanimidad (STS de 31 de marzo de 1995). Esto es así porque la instalación de ese nuevo elemento no va a perjudicar a los intereses de los locales, ya que no se impedirá el acceso a los mismos, que lo tienen por la calle y no por el interior de la zona común, ni la visión de los mismos, ni menos aún la accesibilidad para el público en general. Además, implica un beneficio consistente en una mayor seguridad, deseable tanto para el desarrollo de la vida personal como para la actividad comercial.

Por otro lado, ese acuerdo no va a suponer un quebranto o ataque a un potencial derecho real de servidumbre que pudiera haber sobre ese patio, pues la existencia de tal derecho en nada obsta a la declaración de viabilidad del acuerdo. (STS de 9 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don L. R. E. y la entidad mercantil *SANBA* interponen demanda contra la comunidad de propietarios Edificio Hércules 1.ª fase y la misma en su 2.ª fase, en la que se insta que se deje sin efecto el acuerdo adoptado por ambas de forma conjunta, en el que se acordó por mayoría cualificada el cerramiento del patio mancomunado, siendo los actores titulares de un derecho real de servidumbre sobre el mismo. Las fases 1.ª y 2.ª del edificio en cuestión constituyen comunidades independientes y se constituyeron en Junta para abordar el cerramiento del patio mancomunado existente entre ambas fincas, por medio de una verja y puerta móvil, con el fin de impedir o dificultar la indebida utilización del patio por extraños, aprobándose por mayoría cualificada. Las entradas a los locales de los actores quedan fuera del cerramiento y los dos tienen un escaparate que recae al interior del recinto que conforma el cerramiento, estando el de *SANBA* cubierto con rejas.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta, si bien la Audiencia Provincial la desestima ya en apelación. Se plantea recurso de casación, donde el Tribunal Supremo entiende

que esa posibilidad de acuerdo por mayoría cualificada está en la línea de la Ley de Propiedad Horizontal y no perjudica al citado derecho real de servidumbre. (S. L. M.)

57. Extensión de la hipoteca a las mejoras de la edificación (arts. 109 y 110 LH): delimitación.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo reitera el criterio recogido en la sentencia de la Audiencia Provincial y niega que el derecho real de hipoteca se extienda a una vivienda que ya existía en el momento de constituirse la hipoteca y que no se menciona en la inscripción registral de la finca hipotecada ni en la escritura pública de constitución del derecho de hipoteca. (STS de 8 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—En julio de 1987 se formalizó escritura pública de préstamo hipotecario por un capital de veinte millones de pesetas entre el *Banco de Crédito Agrícola, S. A.* [sustituido en el proceso judicial por *Caja Postal, S. A.*, (prestamista)] y don J. R. F. M. y don R. J. F. M. (como prestatarios).

Ante el incumplimiento de la obligación de pago del préstamo hipotecario, la entidad de crédito ejecutó la hipoteca, a través del procedimiento judicial del artículo 131 LH.

La entidad acreedora se adjudicó la finca hipotecada en la tercera subasta por un precio de veintiún millones de pesetas. Inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad y tomó posesión de la finca (en la inscripción registral aparece descrita como una casa de 890 m² en la que «hay instalada una fábrica de harinas»; sin embargo, en la realidad física extrarregistral, sobre dicha nave industrial existe una vivienda con acceso independiente y que según se deduce de un informe pericial se trata de una edificación independiente con una superficie útil de 185,78 m², de unos 40 años de antigüedad y con un valor en el mercado de 14.681.100 pesetas).

Esta vivienda no aparece descrita en el Registro de la Propiedad ni es mencionada en la escritura pública de préstamo hipotecario, pese a lo cual la adjudicataria de la finca objeto del remate, recibió no sólo la posesión de la nave industrial, sino también la posesión de la citada vivienda.

Con posterioridad a la adjudicación de la finca, la entidad de crédito realiza la liquidación del saldo deudor del préstamo, dando como resultado que los prestatarios adeudan todavía la cantidad de 13.113.822 pesetas.

La entidad *Caja Postal, S. A.*, inicia juicio ejecutivo contra don J. R. F. M. y don R. J. F. M. (prestatarios) reclamando la citada cantidad, pero el Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda porque el título presentado por la entidad de crédito carecía de fuerza ejecutiva. Por esta razón, la entidad *Caja Postal, S. A.*, interpone nueva demanda, conforme a las normas del juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra don J. R. F. M. y don R. J. F. M., por la que se reclama el pago de la mencionada cantidad de dinero.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia por la que se estima íntegramente la demanda y condena a los demandados a pagar a la parte demandante dicha cantidad de dinero (consideró que la vivienda formaba parte de la finca hipotecada). La Audiencia

Provincial estima el recurso de apelación interpuesto, revoca la sentencia de primera instancia y desestima la demanda por entender que se había producido un enriquecimiento injusto a favor de la parte demandante y en perjuicio de la parte demandada. 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 y ss. y 681 y ss. de la vigente LEC. (M. J. P. G.)

58. Hipoteca. Ejecución. Procedimiento judicial sumario: satisfacción de la totalidad del crédito del acreedor.—Señala el Tribunal Supremo que, a diferencia de lo que ocurría antes de la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en la actualidad se admite, conforme a lo establecido en el artículo 692.1 LEC, que el acreedor hipotecario pueda obtener la satisfacción de la totalidad de su crédito a través del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: *a)* que el deudor no haya sido declarado en concurso; *b)* que el deudor siga siendo propietario de la finca hipotecada; y *c)* que se paguen previamente los créditos inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la hipoteca. (STS de 15 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Mallotursa, S. A.* constituye hipoteca sobre varias fincas (con distribución de responsabilidad) a favor del *Banco Exterior de España, S. A.*

La entidad bancaria había instado previamente, conforme a lo establecido en el artículo 131 LH en su redacción anterior a la Ley 1/2000, la ejecución de las fincas hipotecadas por el valor total de la deuda (no sólo por la parte de la deuda que estaba garantizada por el derecho real de hipoteca).

No se ha probado que la ejecución hipotecaria no haya bastado para la satisfacción del crédito de la entidad acreedora y tampoco que el valor de la finca hipotecaria fuera insuficiente para cubrir la cantidad total adeudada.

La entidad de crédito *Banco Exterior de España, S. A.* interpone demanda contra la entidad *Mallotursa, S. A.*, en la que solicita se condene a la demandada a pagar determinada cantidad de dinero (255.928.656 pesetas).

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima, revoca la sentencia de primera instancia y desestima la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante. (M. J. P. G.)

DERECHO DE FAMILIA

59. Capitulaciones matrimoniales: nulidad por fraude a los acreedores: tercería de dominio interpuesta por la esposa.—Resulta claramente

inviante la tercería de dominio interpuesta por la esposa por resultar probado que las capitulaciones matrimoniales otorgadas en 1985, y que no se hicieron valer por la hoy tercerista hasta diez años después, eran pura vaciedad, un mero instrumento formal otorgado por los cónyuges no para su fin propio de liquidar la sociedad de gananciales sino para el manifiestamente ilícito de poder jugar en el futuro la carta de la ganancialidad o de la privatividad según les conviniera y en perjuicio de sus acreedores; la circunstancia de que las capitulaciones fueran anteriores, y no posteriores como suele ser habitual cuando se intenta burlar los derechos de los acreedores, no elimina por sí sola la ilicitud de su otorgamiento sino que en realidad viene a reforzarla al indicar que sus otorgantes eran conscientes del obstáculo que el artículo 1317 CC podía representar para el que perseguían. En este sentido se pronunciaron las SSTs de 25 de febrero y 25 de septiembre de 1999 y 14 de marzo de 2000, estableciendo que el plazo para ejercitar la acción no es el de cuatro años del artículo 1301, por tratarse de una nulidad radical o absoluta.

Motivación de las sentencias.—El índice de motivación de las sentencias lo marca la expresión de la razón causal de su fallo, y en el presente caso es más que suficiente; no cabe confundir las verdaderas pretensiones de las partes, efectivamente necesitadas de respuesta, con sus alegaciones y, menos todavía, con lo que no serían sino meros argumentos, para los que no es precisa ni exigible una respuesta pormenorizada. (STS de 10 de marzo de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia (Pte.: Marín Castán) por la claridad del fallo y contundencia de sus argumentos, que viene a desmontar minuciosamente un recurso, calificado reiteradamente de *anómalo*, y en algún caso, con toda razón, *antítesis de lo que debe ser un motivo debidamente formulado*. Notable asimismo la fijación de hechos probados en el FD 2.º, del que resulta con toda claridad que el pacto de separación de bienes tuvo que ver con el futuro *animus fraudandi*, pues careció de cualquier efecto *inter partes* en orden a la liquidación de la sociedad de gananciales, en consecuencia la sinuosa actuación de la tercerista que unas veces invoca el carácter privativo y otras el supuestamente ganancial de la finca embargada. Adviértase que ambas sentencias de instancia rechazaron, de modo concorde, la tercería, lo que ha ratificado el Tribunal Supremo al rechazar el recurso. (G. G. C.)

60. Gananciales: responsabilidad civil nacida de delito: interpretación del artículo 1366 CC.—El artículo 1366 CC se refiere a las obligaciones extracontractuales, concepto amplio en el cual pueden comprenderse las obligaciones nacidas de la condena penal de carácter resarcitorio del daño ocasionado por el delito. La única característica es su naturaleza extracontractual, y sería arbitrario dejar fuera a las que tienen su fuente en la condena penal. Debe ser consecuencia de la actuación de uno de los cónyuges en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, debiendo entenderse que abarca el caso aquí contemplado de una condena penal por imprudencia en el ejercicio de la profesión por el cónyuge deudor. Cumplidas las anteriores condiciones el precepto citado determina que las obligaciones extracontractuales eran de la responsabilidad y cargo de la sociedad de gananciales, es decir, frente al tercero responderá el patrimonio ganancial, y la obligación será pasivo de la misma y sólo se excepciona

de que *fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor*. (STS de 31 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El marido, pediatra de una Sociedad de seguros, es condenado en vía penal por imprudencia en el tratamiento de un menor, siendo muy elevada la cuantía de la responsabilidad civil (treinta millones de pesetas por un concepto y ciento cincuenta millones de pesetas por otro), que abona como responsable civil subsidiaria aquélla. En el presente pleito por vía de regreso la Sociedad reclama a ambos cónyuges el pago de las sumas que ha pagado y de las futuras a que puede verse obligada; mientras tanto los cónyuges han procedido a la disolución de la sociedad de gananciales. En el Juzgado de Primera Instancia el marido se allana a la demanda y la sentencia declara que los bienes que conformaban el activo de la extinta sociedad conyugal de los demandados y que se le adjudicaron al esposo están afectos a cubrir la responsabilidad civil derivada del delito cometido por el marido, mientras que se absuelve a la esposa de todas las pretensiones deducidas en su contra. El recurso de apelación se rechaza por la Audiencia Provincial, y la misma suerte corre el recurso de casación.

NOTA.—El supuesto de hecho es importante, no sólo por la cuantía de las indemnizaciones reclamadas por vía de regreso, sino por afectar a la exégesis de un precepto de nuevo cuño cuya interpretación tiene dividida a nuestra doctrina. He recogido las distintas posiciones en la actualización de Castán Toboñas, *Derecho civil español, común y foral* V-1, 12.ª ed. (Madrid 1994) p. 473 y s. *adde*, Rams Albesa en Lacruz *ed altri*, *Elementos de Derecho Civil* [Madrid 2002] p. 216 s.). La sentencia extractada (Pte.: Gullón Ballesteros) sostiene una interpretación amplia del artículo 1366 CC, comprendiendo también la responsabilidad civil derivada de delito, y entendiendo que funciona tanto en las relaciones internas como externas. También razona la inaplicación de la doctrina contenida en las SSTS de 10 de abril de 1981 y 19 de febrero de 1992. (G. G. C.)

61. Sociedad de gananciales: liquidación por fallecimiento de la esposa previa a las operaciones particionales del viudo.—Según STS de 12 de junio de 1990, mientras la sociedad constituida por marido y mujer subsista, se mantiene una comunidad que responde a la naturaleza de las de mano común o manos reunidas de la técnica germana, sin atribución de cuotas, muy distinta de la comunidad romana, no teniendo dichos componentes sino un derecho expectante en la proporción que los mismos tienen en la sociedad, para el día en que se disuelva la sociedad, en el que, en primer lugar, se determinarán los bienes que sean gananciales, para después ser adjudicados en la misma proporción, y para saber si existen, o no, gananciales es preciso la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse pago con él de la cuota correspondiente (SSTS de 17 de diciembre de 1984, 2 de octubre de 1985, 26 de septiembre de 1986, 29 de diciembre de 1987 y 4 de marzo de 1994).

Comunidad postganancial.—Según la jurisprudencia de esta Sala, extinguida la sociedad por muerte de uno de los cónyuges, los bienes matrimonia-

les que la integran pasan a constituir un masa inerte sin actividad alguna, en la que sólo tienen intervención y exclusivamente para su liquidación, los partícipes, el cónyuge superviviente y los herederos del fallecido, quedando esta comunidad patrimonial, aunque inmersa en la herencia, debidamente circunscrita, lo que comporta que aunque el cónyuge superviviente mantenga la comunidad parciaria que ostentaba en los bienes gananciales, ya no puede ser el de la sociedad que quedó disuelta con la muerte, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, al que le son aplicables los artículos 399 y 403 CC (STS de 21 de noviembre de 1987).

Falta de liquidación gananciales y pago legítimas.—Según el artículo 1396 *disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y del pasivo*, y aunque las operaciones divisorias gananciales no estén sometidas a reglas rígidas, impera amplia libertad cuando se actúa dentro de la legalidad (STS de 23 de diciembre de 1999). A su vez, la añeja STS de 19 de enero de 1960 entiende que bajo el nombre de liquidación de la sociedad de gananciales se comprenden todas las operaciones necesarias para determinar si existen gananciales y su disolución por mitad, previa las deducciones de los bienes de pertenencia particular o subrogados, así como las responsabilidades que fueren imputables al acervo común, constituyendo el saldo resultante el activo verdadero que ha de dividirse por mitad entre ambos cónyuges o entre uno y los derechohabientes del otro. Cuando tiene lugar la disolución, se procede a su liquidación, que ha de iniciarse con un inventario del activo y del pasivo y operaciones sucesivas (STS de 25 de noviembre de 1996). Hechas tales operaciones, el remanente constituirá el haber de la sociedad que se dividirá en la forma dicha según dispone el artículo 1404 CC. Constando en autos que al fallecer el viudo no se había liquidado la sociedad de gananciales existente con su esposa, y tampoco se había aceptado la herencia de esta última, se proclama y patentiza que falta la liquidación de tal sociedad y el pago de legítimas a los hijos. (STS de 10 de junio de 2004; ha lugar.) (G. G. C.)

62. Rescisión por lesión: plazo cuatrienal.—El artículo 1076 establece que la acción rescisoria por causa de lesión durará cuatro años desde que se hizo la partición; dentro de los términos de la estricta acción rescisoria de la partición, hay que referirse a los artículos 1074 y 1076 en donde se establece el plazo de cuatro años para su ejercicio, que es el objetivo perseguido por esta llamada acción por infravaloración o impedir el perjuicio o lesión que ha padecido la parte recurrente; no obsta a la rescisión la circunstancia de que el error de tasación se haya cometido con ocasión de liquidar la sociedad de gananciales, como operación previa a la fijación del caudal relicto, pues trascienden sus errores a la partición.

División no seguida de liquidación: remisión del artículo 1410 CC.—En modo alguno puede considerarse que la disolución de la sociedad de gananciales es nula por no ir seguida de la liquidación; por el contrario, la remisión del artículo 1410 permite mantener que durante el período transitorio nos encontramos ante una comunidad de naturaleza especial equiparable a la comunidad hereditaria antes de la partición, de la que serán titulares.

Prescripción: *Dies a quo*.—No es razonable la estimación de la prescripción de la acción de rescisión, pues carecería de sentido el otorgamiento de la escritura de capitulaciones matrimoniales, si la disolución y la liquidación de la sociedad se hubiera consumado en el convenio regulador; por el contrario

en el propio convenio se prevé el futuro otorgamiento de la escritura cuya rescisión se pretende, de aquí que el *dies a quo* debe situarse en la fecha de otorgamiento de aquéllas. (STS de 3 de junio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Mientras que en la escritura de capitulaciones se atribuyó a un piso el valor de 1.500.000 pesetas, y al aparcamiento 500.000 pesetas, ambos atribuidos al marido, mientras que a la esposa se le adjudicó únicamente una cuenta corriente que ascendía a dos millones pesetas, la prueba pericial valoró los inmuebles por encima de dieciocho millones pesetas. La lesión era evidente siendo el único punto discutido si la acción había prescrito. El origen está en un convenio regulador en un proceso de separación conyugal; a mi juicio con acierto, la sentencia fija el *dies a quo* en el otorgamiento de las capitulaciones en cumplimiento del acuerdo contenido en el convenio regulador. (G. G. C.)

63. Filiación no matrimonial: reconocimiento de complacencia previo al matrimonio: impugnación conforme al artículo 140 CC.—El recurrente invocó el artículo 140 CC para que se declarase la nulidad del reconocimiento que efectuó de su paternidad biológica respecto al hijo de la demandada, por tratarse de un reconocimiento de complacencia, sin alegar el artículo 141 CC, el cual se ha aplicado indebidamente; en este caso resulta incuestionable que la verdad biológica no coincide con la que representa el reconocimiento de paternidad y se plantea la cuestión de si ha de tenerse por prevalente la declaración formal registral; adviértase que el artículo 140 CC es distinto del artículo 119 CC, y se relaciona más bien con el 120 que contempla la filiación no matrimonial, estableciendo los presupuestos para su determinación legal, entre ellos el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, como aquí ha sucedido. En consecuencia, el artículo 140 CC se aplica a los hijos nacidos sin que los padres se hubieran casado, y también a los nacidos antes del matrimonio y no resultan hijos biológicos, como aquí sucede, no obstante el matrimonio celebrado entre la madre progenitora y el padre no progenitor, y la acción impugnatoria no se basa en defecto formal o vicio del consentimiento, que en concreto lo que ha de tenerse en cuenta es el dato objetivo de la realidad biológica.

Prioridad de la verdad biológica.—Esta Sala ha iniciado una línea de interpretación para dar prioridad a la verdad biológica (SSTS de 30 de enero de 1993, 23 de marzo de 2001 y 3 de diciembre de 2002), con base en los principios inspiradores de la Ley de 13 de mayo de 1981 de que en materia de estado civil ha de prevalecer la verdad real sobre la presunta, de suerte que la presunción del artículo 116 CC se desvanece por completo toda vez que se ha probado que el hijo reconocido no es hijo biológico del recurrente. Por otro lado, la imperatividad del artículo 39 CE que exige la protección de los hijos, y clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad, con la anomalía de atribuir potestad a quien no es su padre biológico, y la aplicación de un formalismo riguroso vendría a potenciar una situación injusta y hasta en línea de fraude (doctrina que reitera la STS de 15 de septiembre de 2003). En un caso igual al presente la STS de 28 de marzo de 2004 reconoce la legitimación activa del padre con independencia de darse posesión de estado para poder impugnar la filiación no matrimonial, pues la acción se

ejercitó dentro del plazo legal de cuatro años y se probó la falta de exactitud del reconocimiento. (STS de 27 de mayo de 2004; ha lugar.)

NOTA.—Importante clarificación sobre la nulidad del reconocimiento de complacencia por infringir la realidad biológica. No se trata de que el negocio jurídico de reconocimiento adolezca del vicio de error, sino de que el hijo reconocido sea biológicamente hijo del reconecedor. La diferencia de plazos de caducidad entre los artículos 140 y 141 implica, con frecuencia, que los litigantes olviden los requisitos legales del reconocimiento voluntario de filiación no matrimonial, como en este caso indujeron a error a los tribunales de instancia que habían desestimado la acción, que luego acogió el Tribunal Supremo. Probablemente al reconocimiento de complacencia puede atribuirse el carácter de negocio simulado. (G. G. C.)

64. Filiación no matrimonial: reconocimiento de complacencia: Impugnación ex artículo 140 CC.—La acción ejercitada con base en el artículo 140 CC se está refiriendo a un reconocimiento extrínsecamente correcto pero inexacto en cuanto su autor no es realmente el progenitor del reconocido. El actor no impugna el reconocimiento, no dice que el mismo esté viciado de error, violencia o intimidación, sino que impugna la filiación; por ello no puede aducirse como infringido el artículo 141 CC. La pretensión del actor se ha dirigido exclusivamente a demostrar la inexactitud de la filiación y de la falta de presupuesto fáctico de paternidad; se basa, en suma, en la falta de veracidad de la filiación; no impugna, ni combate el reconocimiento en sí, que no niega, sino la filiación determinada por dicho acto. La pretensión se basa en la falta de coincidencia entre la realidad registral y la biológica.

Relación entre los artículos 140 y 141 CC.—Según reiterada jurisprudencia existen dos acciones diferentes e independientes, con presupuestos diversos, ya que el artículo 140 CC se refiere a la realidad biológica, y el artículo 141 CC al consentimiento viciado (SSTS de 28 de marzo de 1994, 31 de octubre de 1997 y 26 de noviembre de 2001).

Inexistencia de abuso de derecho.—Aparte de constituir cuestión nueva, la jurisprudencia ha declarado que el artículo 7 CC que se dice infringido, es norma de carácter genérico y no puede servir por sí sola de base a la casación (SSTS de 12 de abril de 2000 y 19 de septiembre de 2001). En todo caso, no se deduce el resultado de abuso de derecho, cuando sin traspasar los límites de la equidad y de la buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias para hacer valer una atribución que el actor estima no corresponderle, como recoge la STS de 16 de mayo de 2001, y las en ellas citadas, por oponerse a ello la máxima *qui iure suo utitur neminem laedit*, salvo que el Tribunal sentenciador hubiera declarado su culpabilidad estimando inexistencia de *iuxta causa litigandi*. (STS de 4 de junio de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Identidad de supuesto con la sentencia de 27 de mayo de 2004, si bien diversidad de Ponentes (en esta última Villagómez Rodil, y en la anotada Martínez-Pereda Rodríguez), e identidad asimismo de doctrina sobre impugnación del reconocimiento de complacencia con apoyo en el artículo 140 CC. Dato no esencial es que en el presente caso se trata de una pareja de hecho, mientras

que en la de referencia el reconocimiento complaciente se realiza al contraer matrimonio con la madre (al parecer, como condición impuesta por esta última para casarse). (G. G. C.)

65. Filiación no matrimonial: acción de reclamación ejercitada por la madre: negativa a la práctica de la prueba biológica: principio de prueba.—El requisito que establecía el artículo 127.2.º CC constituye un presupuesto de procedibilidad, de naturaleza estrictamente procesal, que tiene su justificación en la necesidad de imponer unos límites para impedir la presentación injustificada de demandas temerarias o totalmente infundadas, creando procesos que pueden originar problemas a personas o familias, e incluso dar lugar a coacciones o chantajes; por estas razones el Tribunal Supremo ha admitido la denominada interpretación espiritualizada del concepto de principio de prueba, admitiendo que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado; tal requisito procesal constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca puede dar lugar a una restricción, ni a un obstáculo a la posibilidad que abre el artículo 39.1 CE, que se confirma en profusa jurisprudencia (por todas STS de 18 de mayo de 2000).

Lapsus calami en la solicitud de prueba biológica.—Aunque la actora solicitó la práctica de la prueba biológica hemofílica de paternidad para demostrar el ADC, el Juzgado acordó la práctica de una prueba hemobiológica, con acierto, pues la parte incurrió en un *lapsus calami*.

Doctrina jurisprudencial sobre la negativa del presunto progenitor a someterse a la prueba biológica.—Si bien el legislador español no ha dictado por el momento ninguna norma legal para regular la situación que se produce cuando cualquiera de los involucrados rehúsa ponerse a disposición de los peritos, o simplemente permitir que se lleven a cabo sobre su cuerpo las operaciones que son imprescindibles para el desenvolvimiento y éxito de la pericial, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, donde unas veces la negativa se sanciona con multa disciplinaria, y, caso, de persistencia, se autoriza el recurso de los apremios directos, especialmente a la conducción por la fuerza, o bien se equipara la negativa a la confesión, o da lugar a la inversión de la carga de la prueba, o se faculta para extraer libremente argumentos de prueba del rechazo injustificado de la parte a consentir la inspección sobre la persona, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han elaborado una doctrina jurisprudencial según la cual la negativa no puede considerarse *ficta confessio*, y por ello ha de estar relacionada con las demás pruebas para obtener la convicción indispensable que sustente el fallo. En el presente caso, la estimación de la demanda se basa, además de en la prueba testifical, en la aportación de seis cartas del demandado a lo largo de un año, junto a la negativa de este último a la práctica de prueba biológica. (STS de 10 de junio de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Se da la circunstancia dramática de que, durante la pendencia del proceso, la hija cuya paternidad se reclama ha alcanzado la mayoría de edad, siendo necesaria su incapacitación mental por retraso mental grave. No puede menos de calificarse de abnegada la conducta de la madre que ha afrontado sola la minoría de edad de su hija deficiente. ¿Cómo lograr la reducción del tiempo normal para recurrir en casación en tales casos? (G. G. C.)

66. Acción de impugnación de la filiación matrimonial y de reclamación de la extramatrimonial: caducidad. Legitimación del padre extramatrimonial no habiendo posesión de estado.—El motivo cuarto del recurso de casación alega la infracción del artículo 137 CC relativo a la caducidad de la acción de impugnación de la filiación matrimonial y de los artículos 131 y 133 CC respecto a la legitimación del padre extramatrimonial, demandante, para la llamada acción de investigación de la paternidad (extramatrimonial).

Aunque no se dice explícitamente en el suplico de la demanda, se ha ejercitado en el presente caso, tal como se expresa en el cuerpo de la demanda y se interesa en la rectificación registral, la acción acumulada que prevé el artículo 134 CC de reclamación de la filiación extramatrimonial e impugnación de la filiación matrimonial contradictoria. Por tanto, el motivo se desestima.

En primer lugar, no se aplica el plazo de caducidad del artículo 137 CC cuando se ejercitan acumuladamente las acciones de reclamación y de impugnación: así, las SS de 28 de noviembre de 1992 y 16 de diciembre de 1994.

En cuanto a la legitimación del padre extramatrimonial, la jurisprudencia de esta Sala la ha aceptado, aunque ciertamente no la prevé el artículo 133 CC. Así, las SS de 20 de junio de 2002 y 2 de octubre de 2002 dicen: «la jurisprudencia más reciente de esta sala consolidó el reajuste interpretativo de los artículos 131, 133 y 134 que ya habían iniciado las SS de 5 de noviembre de 1987, 22 de marzo de 1988, 19 de enero y 23 de febrero de 1990 y 8 de julio de 1991 para llegar a la doctrina contenida en las últimas sentencias de 24 de junio de 1996, 30 de marzo de 1998 y 19 de mayo de 1998, que establecen y reconocen la legitimación del padre en los casos de filiación no matrimonial, al superarse la literalidad del artículo 133 CC que atribuye solo legitimación al hijo, para decidirse por una interpretación más flexible, la que resulta más acomodada a los principios y filosofía de la institución de la filiación, como a su finalidad y toda vez que el artículo 134 CC legitima, en todo caso, al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, también le está habilitando para que pueda ejercitar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial. Tal legitimación ha de ser entendida no sólo para el proceso, sino también para la titularidad de la acción de defensa de un interés protegible».

Doctrina jurisprudencial sobre la negativa a la práctica de la prueba biológica y sus consecuencias.—La jurisprudencia de esta Sala es clara y reiterada y se resume en las SS de 20 de septiembre de 2002, 27 de junio de 2003 y 21 de junio de 2004 en estos términos: la doctrina del Tribunal Constitucional viene plasmada esencialmente en dos sentencias: 7/1994, de 17 de enero y 95/1999, de 31 de mayo; la primera otorgó el amparo frente a una sentencia que había desestimado la demanda de reclamación de la filiación extramatrimonial y la segunda lo denegó frente a la sentencia que sí había estimado la demanda; en ambos casos, el demandado se había negado a la práctica de la prueba biológica. En ambas se mantiene la misma doctrina: la prueba biológica no puede considerarse degradante ni contraria a la dignidad de la persona; no atenta a los derechos a la intimidad, ni a la integridad física, con excepciones que pueden darse en un sujeto concreto; por el contrario, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas acordadas por la autoridad judicial. Es definitiva la frase que se halla literalmente en la primera de las sentencias y cuya idea se mantiene en la segunda: «no es lícito, desde la

perspectiva de los artículos 24.1, 14 y 39 CE que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial». La jurisprudencia de esta Sala se recoge, esencialmente y como sentencias más recientes, en las de 22 de mayo y 22 de noviembre de 2000, que afirman que la negativa a la prueba biológica «puesta en relación con las demás pruebas aunque no sean más que indiciarias e insuficientes para apreciar probada por sí solas la paternidad, permite la declaración de la misma» y transcriben y hacen suya la doctrina que plasmó la indicada STC 7/1994, de 17 de enero. Lo cual es reiterado en la S de 24 de mayo de 2001 que, a mayor abundamiento, destaca «la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE)» y «los derechos de los hijos que se garantizan en el artículo 39 CE, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas», cuya negativa «coloca al otro litigante en una situación de indefensión contraria al artículo 24.1 CE». Por último, las de 3 de noviembre de 2001 y 27 de diciembre de 2002 reiteran la misma doctrina y, ante la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, estiman la demanda y declaran la paternidad del mismo. (STS de 17 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia del Juzgado declaró la paternidad extramatrimonial del demandante respecto de dos menores, con rectificación de la filiación matrimonial de éstos que constaban en el Registro como hijos matrimoniales de los demandados. En la sentencia se analizó la prueba practicada, la admisión de la paternidad que hizo la codemandada y especialmente la negativa de los demandados a la práctica con los menores de la prueba biológica. La sentencia de la Audiencia confirmó íntegramente la anterior. No ha lugar al recurso de casación que formulan los codemandados. (R. G. S.)

67. Fijación de una pensión alimenticia en favor del hijo en base a la prueba de presunciones (nivel de vida del tenido como padre, comerciante sin retribuciones fijas).—El otro bloque de motivos se dedica a atacar la deducción del Juzgado de Primera Instancia en su sentencia a partir del caudal de bienes que puedan corresponder al condenado a prestar alimentos al hijo que se da como reconocido, por cuanto la Audiencia los confirma, y en cuanto que se refieren al nivel de vida que se aprecia en el mismo, al mantenerse por él dos viviendas, y por la realización de determinados viajes, prueba de la que aquél tiene que partir, dado que existe un dato de salida, que es el que el demandado carece de una profesión estable, lo que nos debe llevar a las pruebas indiciarias del ejercicio del comercio (cuya actividad, se dice, es «importante»), pues la no colaboración en mostrar su *modus vivendi* y sus ingresos impide esa prueba directa que en supuestos distintos (de un puesto fijo de trabajo remunerado) si se da, y es correcto acudir a ellos. El recurrente trata en este motivo de deducir de la prueba un resultado distinto al del juzgador, lo que le está vedado, pues ello convertiría a este recurso en una tercera instancia, que no lo es, y sólo por la vía de demostrar que la valoración probatoria de este aspecto del recurso se ha realizado con criterios arbitrarios, irracionales o erróneos, nos podría llevar a otra conclusión; por lo que, sin más, este bloque de la casación debe también perecer. El criterio del

Juzgador de instancia, por otro lado, y ya referente asimismo al señalamiento de la cuantía de la pensión alimenticia en correlación, no sólo a los deducidos ingresos del demandado, sino también a las necesidades del menor reconocido, es función de valoración probatoria, que también corresponde al juez de instancia. (STS de 17 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Por sentencia del Juzgado de Primera Instancia se declaró la filiación extramatrimonial de un menor respecto de un varón al que se privó de la patria potestad y se condenó a abonar mensualmente alimentos para el hijo en determinada cantidad. El demandado apeló la resolución por entender que no había habido por su parte negativa al sometimiento a la prueba biológica dado que no existió notificación ni comunicación para ello y, con carácter subsidiario, rechazaba la determinación hecha sobre la pensión alimenticia pues no se había practicado prueba al respecto. La Audiencia desestimó los motivos del recurso apoyándose en que la notificación-citación se efectuó en la persona del procurador que le representaba además de en el lugar en el que admitió el emplazamiento de la demanda, donde la persona que en él se encontraba se hizo cargo del documento. En cuanto al segundo motivo, la desestimación se basó en que, al no constar los ingresos efectivos del demandado, se hizo el señalamiento de la cuantía de la pensión por los datos indiciarios sobre sus signos externos de vida. El Tribunal Supremo desestimó igualmente el recurso de casación. (R. G. S.)

DERECHO DE SUCESIONES

68. Testamento abierto: capacidad del testador al tiempo del otorgamiento: el juicio del Notario autorizante: doctrina general.—El recurso se ampara en dos sentencias del Tribunal Supremo (de 22 de junio de 1992 y 22 de noviembre de 1995) como si hubiesen sentado una nueva doctrina jurisprudencial, cuando en realidad lo que hacen es aplicar la que la Sala 1.^a había mantenido antes, y sigue manteniendo en la actualidad, sobre el juicio de capacidad del testador emitido por el Notario autorizante de su testamento, y lo que ocurre es que aplica esa doctrina en función de los hechos litigiosos que en cada momento juzga. Dijo la STS de 24 de julio de 1995 que es doctrina pacífica de esta Sala la que declara que la circunstancia de haberse cumplido todas las formalidades legales no impide que impida declararse nulo el testamento si se prueba que el testador no tenía completa su facultad mental o volitiva. Y agotando la doctrina jurisprudencial, debemos señalar: *a)* que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario; *b)* que tal apreciación ha de ser hecha con referencia al otorgamiento; *c)* la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador puede ser destruida por ulteriores pruebas demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre; y *d)* por ser una cuestión de hecho, la relativa a la sanidad del juicio del testador, su apre-

ciación corresponde a la Sala de instancia. (STS de 29 de marzo de 2004; no ha lugar.) (G. G. C.)

69. Culpa extracontractual del contador-partidor que interviene en la partición de bienes de ambos padres: criterios opuestos al valorar ciertos bienes: funciones del contador-partidor.—El contador-partidor, a diferencia del albacea que tiene más bien una función representativa de la herencia, siendo vigilante del cumplimiento del testamento y el que cuida de su conservación y custodia, recibe aquél por el contrario, un encargo distinto, cual es el de distribuir la herencia entre los herederos y demás beneficiarios de ella, en virtud de un mandato especial que el testador le da confiando en sus cualidades personales, por ser un cargo de confianza, con lo que, en principio, y si su actuación no se engloba en un proceso judicial, habrá que pasar por lo que él decida, por sustituir al testador en estas tareas (SSTS de 25 de abril y 17 de junio de 1963, 4 de febrero de 1964 y 16 de marzo de 2001) a menos de que haya un apartamiento claro de la voluntad de aquél. La STS de 29 de febrero de 1993 no es directamente aplicable al contador-partidor, sino al albacea, y no resuelve el caso que aquí se plantea. En cambio la STS de 10 de noviembre de 1988, suscita y resuelve, en cierto modo, el tema aquí planteado, en cuanto distingue, sin llegar a más, las incorrecciones en la partición realizada, de los casos de dolo o culpa, que son exigibles por la vía de los artículos 1101, 1104 y 1726 CC, precisándose la debida acreditación de los daños y perjuicios causados, lo que aquí no se ha realizado.

Ausencia de dolo o culpa.—No parece que pueda imputarse en este proceso al contador-partidor, una actuación dolosa o culposa, puesto que frente a su decisión, caben las acciones de los herederos, no sólo para actuar judicialmente en el ejercicio de las acciones de rescisión y nulidad de las operaciones particionales, su modificación o adición o complemento, e incluso, si es aprobada judicialmente, se puede acudir al final al juicio declarativo (STS de 27 de mayo de 1988).

Necesidad de agotar los recursos contra el contador-partidor.—Actuando como si fuera hecha la partición por el propio testador, por lo que debe ser respetada (STS de 25 de abril de 1963), al existir interesees contradictorios que pueden afectar a la interpretación del testamento (STS de 31 de marzo de 1970), se convierte el contador-partidor, sin perjuicio de la posibilidad de la impugnación de sus operaciones, en juez extraprocésal que dirime la controversia, por lo que se dan los mismos motivos que concurren cuando a dichos funcionarios se les exige responsabilidad civil por dolo o culpa, es decir, que deba esperarse a que la resolución que él dicte, sea firme, o sea que se hayan agotado los recursos que quepan contra ella. (STS de 30 de marzo de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Parece excesivo el paralelismo entre la función del contador-partidor nombrado por el testador con el juez a la hora de exigir responsabilidad a aquél. Todo lo más es un arbitrador impuesto a los coherederos para evitar litigios [como dicen Lacruz *et alri*, *Elementos*, V, 5.ª ed. (Barcelona 1993) p. 130]. (G.G.C.)

70. Comunidad hereditaria: partición: incongruencia.—Siendo la congruencia la relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia, no puede darse incongruencia en la sentencia desestimatoria, pues según STS de 19 de junio de 2003, la sentencia absolutoria afecta y resuelve todas

las cuestiones y tesis combatidas en el pleito y sometidas a conocimiento del Tribunal, debiendo entenderse que absuelve de todos los extremos respecto de los cuales no se hace condena expresa, ya haya precedido al fallo el examen de todas las pretensiones formuladas, si son independientes entre sí, ya haya precedido solamente el examen de la cuestión principal, si las demás están ligadas a ella por vínculo de dependencia.

Cuestiones nuevas.—Las cuestiones nuevas, no examinables en casación por no tener acceso a la misma, por no haber sido propuestas en el período de alegaciones, afectan asimismo al derecho de defensa y van contra los principios de audiencia bilateral y congruencia.

Partición de herencia: doctrina general.—Partición o división de la herencia es el acto —negocial o judicial— que pone fin a la comunidad hereditaria mediante la adjudicación a los herederos de las titularidades activas que forman parte del contenido de la herencia; con ella cesa la comunidad hereditaria y el derecho en abstracto que tienen los coherederos sobre la herencia se transforma en derecho concreto sobre los bienes que se le adjudican a cada uno (art. 1068 CC); antes de la partición la comunidad está formada por el patrimonio hereditario cuya titularidad corresponde a los coherederos conjuntamente, es decir, éstos tienen un derecho hereditario que no está concretado sobre bienes determinados, sino recae sobre el total que integra el contenido de la herencia; los titulares coherederos lo son del todo, considerado unitariamente, sin corresponderles una participación concreta en cada uno de los bienes y derechos; la STS de 25 de mayo de 1992 dice explícitamente que, en tanto no se practique la partición de la herencia no puede hablarse de que tal finca sea objeto de una copropiedad por iguales partes entre los coherederos, sino que la misma forma parte de la comunidad hereditaria.

Antes de la partición no procede la acción de división sobre bienes concretos de la herencia.—La *actio communi dividundo* no puede ejercitarse por quienes carecen —como los recurrentes en casación— de un derecho de copropiedad sobre la finca cuya división pretenden. (STS de 28 de mayo de 2004; no ha lugar.) (G. G. C.)

DERECHO MERCANTIL

71. Contrato de descuento: presupuesto.—*a)* existencia de un crédito contra tercero aún no vencido, procedente de una operación comercial o de un simple crédito; *b)* anticipo hecho por el Banco al cliente del importe de ese crédito, menos los intereses por el tiempo que falte para su vencimiento; y *c)* la cesión de la titularidad del crédito con la cláusula salvo buen fin (STS de 11 de junio de 1993).

A lo anterior se ha añadido que constituye obligación fundamental del Banco descontante, una vez producido el impago de los efectos descontados, devolver éstos al cedente con la misma eficacia que tenían cuando le fueron entregados en virtud del contrato de descuento (SSTS de 18 de marzo de 1987 y 16 de abril de 1991). Pero también tiene declarada la jurisprudencia, que es esencia de toda operación de descuento bancario, la de que el Banco descontante, en el caso de que el crédito no se haga efectivo, pueda reclamarle su importe al que obtuvo el descuento (SSTS de 5 de octubre de 1995, 22 de

mayo y 21 de septiembre de 1996, y 10 de octubre de 1997). (STS de 2 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores (que eran dos personas físicas) reclamaron a un Banco a pagarles las cantidades derivadas de las letras no devueltas libradas por la entidad *C.R., S. L.*, aceptadas por *A., S. A.*, descontadas por el Banco demandado, de las que los actores habrían de responder como fiadores solidarios y que fueron incorporadas a un procedimiento ejecutivo que constituyó el principal de dieciséis millones de pesetas. La demanda fue desestimada en ambas instancias y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*I. D. L.*)

72. Doctrina jurisprudencial sobre la licitud de la venta con obsequio u otras prácticas comerciales análogas.—El motivo plantea un tema sobre el que existe una consolidada doctrina de esta Sala, según la cual supuestos como los que son objeto de la pretensión de la Confederación accionante no infringen la Ley de Competencia Desleal, como tampoco las del Libro o General de Defensa de Consumidores y Usuarios. Dicha doctrina, expuesta en SS, entre otras, de 31 de marzo de 2000, 4 de octubre de 2001, 30 de mayo, 30 de octubre y 16 de diciembre de 2002 y 11 de diciembre de 2003, puede sintetizarse en la forma siguiente: *a)* tanto la Ley del Libro como el Real Decreto de 30 de marzo de 1990 establecen la exigencia de precio fijo de los libros de texto, pero en modo alguno puede entenderse que eliminen el principio de libre competencia, siempre que ésta se desarrolle respecto a factores distintos del precio mismo. *b)* El artículo 8 LCD admite la licitud de obsequios o prácticas comerciales análogas, cuando las ventajas que se ofrezcan a los clientes se desvinculen de la asunción por parte de éstos de ulteriores compromisos. *c)* El artículo 9 LGDCU no se opone, en principio, a la utilización de concursos, sorteos, regalos, vales de premio o similares, como métodos vinculados a la oferta, promoción o venta de determinados bienes, anunciando que estos sistemas de promoción serán objeto de regulación específica. Partiendo de estos argumentos se afirma en las sentencias mencionadas que conductas sustancialmente coincidentes con la que han puesto en práctica las entidades aquí recurrentes no vulneran el artículo 6.4 CC, sino que constituyen ejercicio legítimo de un derecho por cuanto se exige a los clientes el desembolso íntegro del precio de venta de los libros que adquieran y la ventaja que se les concede se materializa sobre objetos distintos que se hallan a la venta en el propio establecimiento. A ello ha de añadirse que con posterioridad al momento en que se desarrollaron los actos a que se refiere la demanda, se ha promulgado la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, cuyo artículo 32 admite que, con el fin de promover las ventas, se oferte a los compradores otro producto a precio especialmente reducido, ya sea en forma automática, ya mediante la participación en un sorteo o concurso. (STS de 6 de mayo de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La *Confederación Española de Gremios y Asociaciones de Libreros (CEGAL)* interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Madrid contra las entidades mercantiles *PRYCA, S. A.*, *Hipermercados Alcampo, S. A.*, y *Centro Comercial Continente, S. A.*, por competencia desleal. La Confederación

demandante consideró ilícitas las ventas de libros de texto realizadas al inicio del curso escolar 1993-1994 por parte de las sociedades mercantiles demandadas. En concreto, *CEGAL* reputó como venta desleal el hecho de que dichas sociedades obsequiaran a sus compradores de libros de texto con un tanto por ciento de su importe, canjeable por otras ventas de material escolar o de cualquier otro producto de sus respectivos establecimientos. El Juzgado desestimó íntegramente la demanda. Sin embargo, apelada la sentencia, la Audiencia de Madrid acogió el recurso de la Confederación demandante y declaró constitutivas de competencia desleal las ventas objeto de demanda. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, revocando la sentencia de la Audiencia y confirmando la del Juzgado. (A. S. C.)

73. Directiva 86/653 CEE, de 18 de diciembre de 1986, sobre coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a agentes comerciales independientes: inaplicabilidad directa a los conflictos entre particulares.—Argumenta el motivo haberse infringido los artículos 1.5 CC y 2 CCO para denunciar la inaplicación por el Tribunal de instancia de la Directiva 86/653 CEE, de 18 de diciembre de 1986, sobre coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes. Esta Directiva fue incorporada tardíamente a nuestro Derecho mediante la Ley 12/1992, sobre Contrato de Agencia, ya que debió de haberse traspuesto antes del 1 de enero de 1990, fecha que juega respecto a los contratos de agencia celebrados a partir de la misma. Ha de tenerse en cuenta que la S de 13 de junio de 2002 declaró que el artículo 22 de la Directiva señala un período transitorio para no aplicación a los contratos en curso antes del 1 de enero de 1994.

Centrada la impugnación casacional sobre la aplicabilidad de dicha directiva en este caso, ha de hacerse constar que así como los Reglamentos comunitarios son de aplicación directa y ostentan supremacía sobre el derecho interno de los países miembros (S de 2 de marzo de 2001), esto no sucede con las Directivas que, en términos generales, y sin dejar de lado las decisiones interpretativas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sólo imponen dictar normas internas para llevar a cabo su aplicación (S de 2 de marzo de 2001), por lo que las Directivas no operan cuando se trata de conflictos entre particulares (S de 18 de marzo de 1995 y 21 de junio de 1996).

La jurisprudencia más reciente (S de 24 de julio de 2000) así se ha pronunciado sobre la inaplicabilidad directa de la directiva, que no constituye precisamente norma legal estatal y no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y por ello no cabe ser invocada, en calidad de tal, contra dicha persona (SS de 26 de febrero de 1986 –caso Marshall– y 14 de julio de 1994 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea). En igual sentido se pronuncian las SS de 22 de abril y 13 de junio de 2002.

Reclamación de indemnización por clientela en resolución de contrato de agencia.—Denuncia el motivo infracción de la jurisprudencia en relación a los criterios de indemnización por clientela y daños y perjuicios, lo que impone partir de que el contrato de autor (1 de enero de 1988) no está regido por la Ley de Agencia de 27 de mayo de 1992, ya que su disposición Transitoria única estableció que, con respecto a los contratos anteriores, los

preceptos de la Ley no se aplicarían hasta el día primero de enero de 1994, lo que impone tenerse en cuenta las estipulaciones de la propia relación contractual y su operatividad como contrato atípico de colaboración (SS de 1 de junio de 1999 y 27 de mayo de 2003), toda vez que el Código de Comercio no regula otro contrato de colaboración que el de comisión, configurado como mandato mercantil y ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre todo a partir de la S de 22 de marzo de 1988, la que ha ido precisando la naturaleza, contenido y alcance de esta clase de relaciones, así como la posibilidad de que el agente pudiera ser resarcido de los perjuicios económicos que se le hubieran causado, sobre todo cuando el contrato se presenta estable en el tiempo y con vocación de continuar indefinidamente (SS de 15 de octubre de 1992, 17 de marzo de 1993 y 14 de febrero de 1997, entre otras).

Las relaciones de agencia comenzaron en el año 1968 y permanecieron hasta que se produjo la resolución a cargo de la concesionaria *Itálica Car* con efectos desde el 31 de diciembre de 1993. La sentencia que se recurre no declaró que la resolución se debiera a incumplimientos graves y decisivos, imputables exclusivamente al agente, sino que más bien se trataba de situación de bajos rendimientos comerciales en los últimos años, sin que hubiera establecido como hecho debidamente demostrado la cuantificación de las pérdidas y realidad de los rendimientos, así como actuación negligente imputable al agente, y no cabe excluir la crisis generalizada en el sector que éste alegó, lo que lleva a la conclusión de que propiciaba reclamar compensaciones económicas, derivada de la extinción del contrato.

La sociedad recurrente reclama en primer lugar, indemnización por la aportación de clientela y aquí sí cabe tener en cuenta el artículo 28 de la Ley de 27 de mayo de 1992, pero como criterio orientativo y no como norma directamente aplicable y por tanto con eficacia plena vinculante (S de 10 de abril de 2002).

Para decretar la procedencia o no de la indemnización ha de tenerse en cuenta que la sentencia recurrida estableció como hecho probado en cuanto admitió que el agente durante el desarrollo del contrato había aportado nuevos clientes o llegó a incrementar sensiblemente la clientela preexistente, «lo que razonablemente puede deducirse a la vista de la extensa duración que tuvieron las relaciones» entre el encargante y el gestor y de la documentación aportada por la actora, pero sin embargo no concedió la indemnización de referencia en base al argumento, que se presenta como decisivo y relevante de que, tratándose de negocio de venta de coches nuevos, no se probó ni cabía deducir razonablemente que las relaciones comerciales creadas por el agente habían de perdurar en el futuro y por ello tenían que ser susceptibles como tales de producir ventajas sustanciales e importantes para el empresario, imponiendo a la recurrente la carga de probar que después de resuelto el contrato la concesionaria iba a continuar beneficiándose de forma relevante y trascendente de la gestión realizada por el agente durante la vigencia de la resolución.

Esta conclusión no la aceptamos, ya que va más allá de las previsiones contenidas en el artículo 28.1.º LCA que utiliza el término «puede», al imponer un plus de prueba muy dificultosa en cuanto a la demostración de que tenía que darse la concurrencia plena de beneficios futuros asegurados, dejando de lado que en el mantenimiento y aprovechamiento de la clientela lograda es factor importante la actividad comercial de quien sustituya al agente cesado, y también ha de tenerse en cuenta que los clientes cuando adquier-

ran un vehículo pueda ser de marca distinta de la que distribuye la concesionaria. Lo que resulta decisivo es que efectivamente se dé clientela incrementada debido a la actividad del agente, la que se traspa a la concesionaria como una especie de fondo de comercio, del que continúa disfrutando, mientras que el agente debe soportar en forma negativa para su economía el correspondiente enriquecimiento del empresario (SS de 22 de abril y 20 de diciembre de 2002) y tratarse de contrato de duración indefinida.

Esta Sala de casación civil respecto a la cuestión de que la clientela a la que accede el empresario pueda continuar produciéndole ventajas sustanciales, ha declarado que se hace referencia a la susceptibilidad por el empresario de continuar disfrutándola con aprovechamiento económico y se trata más bien de un pronóstico razonable acerca de un comportamiento que no deja de ser probable por parte de la clientela (S de 7 de abril de 2003), y la conclusión del Tribunal de instancia no está dotada de razonabilidad adecuada, dada la carga probatoria que impone a la sociedad recurrente y actuó fundamentalmente para desestimar la pretensión, por lo que ha de estimarse el motivo en relación a lo que se deja expuesto, pues aquí lo que ha sucedido es que se ha producido una resolución contractual acomodada a las conveniencias de la concesionaria, dejando de lado por completo los intereses del agente.

Indemnización de daños y perjuicios por resolución de contrato de agencia.—También se integra en el motivo segundo la indemnización de daños y perjuicios a tenor del artículo 29 de la Ley 12/1992.

Conviene precisar que en la demanda se especificaron las diversas indemnizaciones (cinco conceptos), y la sentencia del Juzgado sólo estimó la procedente por clientela, privación de comisiones y gastos no amortizados realizados para la ejecución del contrato. La sentencia resulta firme para el recurrente ya que no apeló y el Tribunal de instancia, aparte de no acoger la pretensión indemnizatoria por clientela, también rechazó toda clase de indemnizaciones entrando a considerar la referente a la amortización de gastos, sin resolver el tema de las comisiones que tampoco se plantea en casación y, que en todo caso, hubiera necesitado denuncia de incongruencia omisiva.

Respecto a la referida cuestión, inversiones no amortizadas y necesarias para la ejecución del contrato, hay que decir que la indemnización de daños y perjuicios, prevista ahora en el artículo 29 LCA, está sometida a los principios generales que regulan esta materia en el Código Civil (arts. 1101 y 1106), por tratarse de resolución que lleva aparejada provecho económico para el empresario por las ventajas conseguidas por el agente a lo largo de muchos años, y no darse las causas de inexistencia del derecho a la indemnización previstas en el artículo 30 de la Ley 12/1992.

Estamos ante una relación de agencia de duración indefinida, como ya se dejó sentado y su resolución unilateral está autorizada en el artículo 25.1 LCA, aplicándolo siempre a modo orientativo, y no se excluyen gastos de amortización que necesitan se demuestren cumplidamente, lo que aquí no ocurre, pues la sentencia de apelación declara que la parte recurrente no practicó actividad probatoria concluyente sobre la efectiva existencia de inversiones no amortizadas tras la resolución del contrato y que obedecieran a exigencias del encargante, pues, al contrario, la larga duración de la relación permite presumir fundadamente que se había producido amortización de todas o la inmensa mayoría de las inversiones, sin dejar de lado que en este caso medió el preaviso de seis meses, que permitía al agente adoptar las medidas necesarias para prevenirse frente a la terminación del contrato y la

sentencia del Juzgado declaró probado que las instalaciones están dedicadas en la actualidad a comercializar otra marca de automóviles, concretamente *Hyundai*, y sirven como taller de reparación, lo que determina la improcedencia de la reclamación que se deja estudiada. (STS de 30 de abril de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Por contrato de 1 de enero de 1988, don R. C. O. pasó a prestar sus servicios de agente a *Syrsa*, concesionaria de *Fasa Renault, S. A.*, para la venta de sus productos. En 1991 sustituyó a dicha concesionaria *Itálica Car, S. A.*, y la agencia pasó a la titularidad de *R. C. O. e Hijos, S. C.* El referido contrato actuaba como continuación de los precedentes, desde que la relación se inició en 1968. *Itálica Car* procedió a resolver el contrato con efectos desde el 31 de diciembre de 1993, tras preavisar con seis meses de antelación. No obstante hacerse constar en el contrato que su duración sería por un año (hasta el 31 de diciembre de 1989) los litigantes admitieron que su verdadera intención era establecer una relación contractual de duración indefinida. *R. C. O. e Hijos, S. C.*, reclama a *Itálica Car, S. A.*, la indemnización de daños y perjuicios subsiguiente a la resolución contractual, demanda que fue parcialmente estimada. Apela la sentencia *Itálica Car* y la Audiencia Provincial de Sevilla la revoca dictando otra en su lugar por la que se rechaza la demanda de *R. C. O. e Hijos*. La actora interpone recurso de casación que el Tribunal Supremo estima. (R. G. S.)

74. Contrato de concesión o de distribución en exclusiva. Extinción del contrato por denuncia unilateral, basada en una cláusula que faculta al desistimiento unilateral por cualquiera de las partes mediante preaviso y sin derecho a indemnización de ningún tipo: no procede indemnización por clientela a favor de concesionario.—Al no haber mediado actuación arbitraria de la concedente, la exclusión de cualquier indemnización debe considerarse válida y vinculante por haberla pactado las partes libremente y responder al principio de autonomía de la voluntad y no ser contraria a la moral, ni a la ley, ni al orden público (STS de 18 de marzo de 2002). En este sentido, debe rechazarse la aplicabilidad del principio prohibitivo del enriquecimiento injusto cuando el beneficio y el correlativo perjuicio denunciados tengan su fuente en un convenio o en una causa contractual justa (SSTS de 27 de marzo, 12 de junio, 22 de septiembre, 27 de octubre y 31 de diciembre, todas de 2003).

La captación de clientes durante la vigencia del contrato no es sino una de las prestaciones propias del concesionario, quien al asumir la obligación de promover las ventas de los productos del concedente debe una prestación de la que no sólo resulta beneficiado este último, por una posible fidelidad futura del comprador a su marca, sino también el propio concesionario porque a mayor volumen de ventas mayor es su ganancia, beneficiándose también el prestigio de la marca, normalmente debido al esfuerzo empresarial del concedente. (STS de 18 de marzo de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Tres entidades concesionarias en exclusiva de *Iveco España, S. A.* (luego *Iveco Pegaso, S. A.*) demandaron a esta última sociedad por ejercicio abusivo por la concedente de la facultad que

los respectivos contratos reconocían a ambas partes para rescindirlos en cualquier momento con un preaviso de doce meses. Por su parte, la demandada alegó que los contratos litigiosos se ajustaban a la normativa Europea al respecto y que habían sido suscritos con las entidades demandantes en condiciones de igualdad jurídica y que la resolución de contrato, además de haberse atendido a lo pactado, se justificaba por la absorción de la empresa *Pegaso* por la demandada.

Una de las entidades demandantes desistió del procedimiento al haber llegado a una «transacción definitiva» con la demandada. El Juzgado desestimó totalmente la demanda. La Audiencia apreció, en parte, la apelación, al condenar a la concedente-demandada a indemnizar a las apelantes por clientela y por las indemnizaciones satisfechas al personal sobrante. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la concedente-demandada y confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia. (*I. D. L.*)

75. Nombre comercial. Definición. Función.—El artículo 76.1 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de marcas, define el nombre comercial como el signo distintivo de la empresa en el mercado. Su función es la de diferenciar, en el tráfico económico, al empresario en el ejercicio de su actividad empresarial.

Distinción entre nombre comercial y denominación social.—La denominación social identifica a una persona (jurídica), mientras el nombre comercial diferencia al operador económico, esto es, a un sujeto en el ejercicio de la actividad concurrencial. Sin embargo, la frecuente utilización de la denominación social en el tráfico económico, *v. gr.* para distinguir productos, o en publicidad comercial, hace en ocasiones muy difícil distinguir el nombre comercial de la denominación social. Cuando existen conflictos entre nombre comercial y denominación social, la sociedad que tenga una denominación social confundible con un signo distintivo será obligada a modificar su denominación social para evitar el riesgo de confusión con la marca o nombre comercial (SSTS de 24 de enero de 1986, 24 de julio de 1992, 22 de julio de 1993, 25 de junio y 4 de julio de 1995, entre otras). La certificación negativa del Registro Mercantil Central no es suficiente para declarar la procedencia o permanencia registral de la denominación social elegida, toda vez que pueden existir obstáculos extrarregistrales (como la existencia de un signo distintivo previo idéntico o similar) que obliguen al cambio de denominación social (STS de 16 de julio de 1985). (**STS de 27 de mayo de 2004**; ha lugar y no ha lugar.)

HECHOS.—*Naturgas, S. A.* (sociedad demandante) es titular registral de un derecho exclusivo y excluyente de utilización de diversas marcas denominadas «Naturgas». La actora, ante la existencia de otra mercantil cuya denominación social es *Natural Gas, S. L.* (demandada) interpone contra ella demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, por violación del derecho de marcas. *Naturgas, S. A.*, solicita al Juzgado: 1) la declaración de que es ella quien ostenta el derecho exclusivo sobre los signos distintivos; 2) que existe semejanza gráfica y fonética entre las marcas registradas por la actora y la denominación social de la demandada;

3) que se condene a la demandada a variar su denominación social para evitar el riesgo de error entre las actividades de las dos sociedades; 4) que se condene a la demandada a cesar en el momento y abstenerse en el futuro de utilizar la denominación social, marca, nombre comercial o rótulo de establecimiento de la actora. En primera instancia se desestiman todas las pretensiones solicitadas. La Audiencia, por su parte, estima parcialmente el recurso en el sentido de condenar a *Natural Gas, S. L.* a restringir la utilización de su denominación social a usos que no sean a título de marca. Ante la resolución del Tribunal de apelación ambas partes recurren en casación. El Tribunal Supremo declara que: 1) no ha lugar al recurso interpuesto por la demandada y 2) sí ha lugar al interpuesto por la actora. El Tribunal Supremo exige la estimación de todas la pretensiones solicitadas por la demandante en primera instancia.

NOTA.—La Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, ha sido derogada por la vigente Ley 17/2001, de 7 de diciembre. (*J. D. S. C.*)

76. Fabricación y distribución de juguete imitativo de la moto Harley-Davidson: violación de los derechos de marca.—El inicial motivo alega infracción del artículo 31 de la Ley de Marcas, en relación con los artículos 12 y 13 del mismo texto legal, así como la doctrina jurisprudencial al respecto. Entiende el motivo que se ha producido la inducción a error, prohibida por la Ley de Marcas, que se concreta en dos posibilidades, riesgo de confusión y riesgo de asociación, como se recoge en el artículo 12 de la Ley de Marcas cuando establece las prohibiciones de acceso registral a marcas posteriores por identidad o similitud con las anteriores. Y en este caso, estamos en total identidad o similitud con las anteriores, dado que *Juguetes Feber, S. A.* insertaba en sus motos la denominación exacta de la actora con la evidente asociación que ello conlleva entre los consumidores. Por ello, se prohíbe en el artículo 13, apartado c), el registro como marcas, entre otros supuestos, «los signos o medios que supongan un aprovechamiento indebido de la reputación de otros signos o medios registrados». A todo lo cual añade el motivo que estamos en presencia de una marca notoria. Estima asimismo el motivo que la propia solicitud de *Juguetes Feber, S. A.* de una licencia para fabricar, que no le fue concedida, ya presupone que era perfecta conocedora de que su actuación de la denominación Harley-Davidson sin consentimiento constituía una violación de los derechos de la marca de la recurrente.

El motivo tiene que ser acogido. Consta en autos como acreditado y probado que *Juguetes Feber, S. A.* se «planteó la producción de la moto de juguete a escala de la auténtica Harley-Davidson en el 1987 con vistas a presentarla en la Feria del Juguete a celebrar en febrero de 1988, y se puso en contacto con el departamento de licencias de la entidad «Harley-Davidson Inc.» a fin de conseguir la licencia, pero no constanding acreditado que llegara a obtener ni siquiera un preacuerdo de la entidad propietaria de la marca, pese a lo cual procedió la demandada a fabricar la moto de juguete, utilizando el nombre Harley-Davidson, sin haber obtenido licencia y reconociendo *Juguetes Feber, S. A.*, que aún existieron conversaciones en 1991.

La sentencia *a quo* puso el acento para estimar el recurso de apelación frente a la sentencia de primer grado, en que el producto comercializado por la apelante *Juguetes Feber, S. A.*, es distinto del comercializado por la actora,

por lo que se refiere a tamaño, prestaciones, precio y cadenas de mercado. Pero omite una realidad que se proclama en la instancia y es que se trata en ambos productos de motocicletas y aunque la de la demandada es de juguete, utiliza la marca Harley-Davidson, marca notoria de una moto que es una de las más famosas del mercado, si no la más, y así realiza la venta de tal juguete, imitativo en cuanto a estilo y marca a una famosa moto.

No se trata de la utilización de una marca ajena en productos totalmente alejados de los amparados por ella, sino de una utilización en juguete imitativo de una realidad protegida por la marca. Ante la notoriedad de la marca Harley-Davidson y de su forma en el mercado se vende un juguete imitativo para que el niño lo use, emulando así a profesionales de tal deporte.

El artículo 31 de la Ley de Marcas, de 12 de noviembre de 1988, permite el ejercicio de acciones del artículo 35 de dicha normativa «cuando la semejanza entre los signos y la similitud entre los productos pueda inducir a errores ...». No se precisa que se trate de los mismos productos a los que se aplica la marca ajena, bastando con que sean similares y aquí se utiliza para un juguete totalmente imitativo de la moto real y famosa y con la misma marca. Añade, además, el artículo 12 de la misma Ley en su apartado a), que toma en cuenta para la prohibición, no sólo la confusión en el mercado, sino «generar un riesgo de asociación con la marca anterior» lo que acontece en el caso de autos, porque *Juguetes Feber, S. A.* insertaba en sus motos de juguete, en su imitación de las verdaderas, la denominación y marca de la recurrente.

Este criterio es el seguido por esta Sala en la reciente S 42/2004, de 28 de enero de 2004, en que se sostiene que la utilización de marcas en diferentes circuitos comerciales, si bien impide la apreciación de la infracción de la normativa desleal, no puede desproteger la marca no anulada. **(STS de 8 de marzo de 2004; ha lugar.)**

HECHOS.—*Harley-Davidson Inc.* interpone demanda contra *Juguetes Feber, S. A.* ejercitando las acciones previstas en las leyes de 10 de noviembre de 1988, de Marcas, y 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a la demandada a la cesación absoluta de la utilización de los derechos de marca, propiedad de *Harley-Davidson Inc.*, la destrucción de todo el material distribuido y preparado respecto de la moto-juguete «Harley-Davidson» y a pagar a la actora en concepto de daños y perjuicios causados determinada cantidad. Recurre en apelación la demandada y la Audiencia revoca parcialmente la sentencia del Juzgado, absolviendo de la demanda a *Juguetes Feber, S. A.* respecto a la violación del derecho a la marca y condenándola a satisfacer a la actora la cuantía de la licencia de explotación de la marca «Harley-Davidson». Interpone la actora recurso de casación y el Tribunal Supremo lo acoge. *(R. G. S.)*

77. Colisión entre marca colectiva y denominación social. Valoración jurídica.—El artículo 31 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, delimita el ámbito de la exclusiva concedida al titular de una marca en base al denominado riesgo de confusión. Han de tenerse en cuenta las funciones que corresponde cumplir a la marca colectiva: 1) identi-

cación del origen empresarial de los productos; 2) determinar su origen geográfico.

El riesgo de confusión.—Atenta contra la función esencial de la marca, a saber, la determinación de la procedencia empresarial de los productos o servicios que distingue [SSTJCE de 12 de noviembre de 2002, C.206/01, *Arsenal Football Club plc c. Matthew Reed* (48) y (49) y 20 de marzo de 2003, C.291/00, *LTJ Diffusion, S. A. c. Sadas Vertbaudet, S. A.* (45)]. Los criterios de determinación del riesgo de confusión son los siguientes: 1) ha de apreciarse de un modo global atendiendo a todos los factores relevantes [SSTJCE de 29 de septiembre de 1998-*Canon Kabushiki Kaisha c. Metro Goldwyn-Mayer Inc.* (16), 22 de junio de 2000, C.425/98, *Marca Mode CV c. Adidas AG y Adidas Benelux BV* (40) y 9 de abril de 2003, *Durferrit GmbH c. OAMI* (42)]. 2) Para que exista riesgo de confusión es necesaria cierta similitud entre las marcas y cierta similitud entre los productos o servicios cubiertos. Dicho de otro modo: un bajo grado de similitud entre productos y servicios puede ser compensado por un elevado grado de similitud entre las marcas y a la inversa. 3) Es necesario evaluar las similitudes gráficas, fonéticas y conceptuales así como la importancia de cada una de ellas, teniendo en cuenta las condiciones en las que se comercializan los productos o servicios y la categoría de los mismos [STJCE de 22 de junio de 1999-*Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH. c. Klijsen Handel BV* (27 y 28)]. 4) El *ius prohibendi* reconocido al titular de una marca registrada se refiere sólo a productos o servicios idénticos o semejantes a los designados por la propia marca (STJCE de 22 de junio de 2000, C.425/98, *Marca Mode CV c. Adidas AG y Adidas Be-nelux BV*). 5) El riesgo de confusión debe valorarse en base a un prototipo de consumidor medio en función de los productos o servicios de que se trate, esto es, un consumidor normalmente informado y razonable, atento y perspicaz. 6) Debe tenerse en cuenta que el consumidor percibe la marca como un todo, lo que significa que no se detiene a examinar todos y cada uno de los detalles aisladamente [SSTJCE de 11 de noviembre de 1997, C.251/95, *Sabel BV c. Puma AG, Rudolf Dassler Sport* (23) y 22 de junio de 1999-*Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH. c. Klijsen Handel BV* (25)].

El riesgo de asociación.—Sirve para determinar el alcance del riesgo de confusión, esto es, el riesgo de asociación no es una alternativa al de confusión (STJCE de 11 de noviembre de 1997, C.251/95, *Sabel BV c. Puma AG*).

Limitación sobre el derecho de marca colectiva.—El artículo 33.1.b) de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, condiciona la aplicación del límite a que no se use el signo como marca o nombre comercial. (STS de 10 de mayo de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La Asociación de Fabricantes de Longaniza de Graus interpuso demanda contra *Embutidos Villa de Graus, S. A.* por considerar que la denominación social de la demandada vulneraba su derecho exclusivo sobre la marca colectiva, compuesta por las palabras «longaniza de Graus» y por un dibujo representativo del producto alimenticio. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda en base al riesgo de confusión que se producía entre la marca colectiva de la actora y la denominación social de la demandada. La Audiencia Provincial, por el contrario, estimó el recurso de apelación interpuesto por la demandada negando la existencia del riesgo de confusión apuntado. La demandante interpuso

entonces recurso de casación, ante el cual el Tribunal Supremo declaró haber lugar. La sentencia contiene, sin embargo, el voto particular de uno de los magistrados quien discrepa en fundamento y fallo.

NOTA.—La Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, fue derogada por la vigente Ley 17/2001, de 7 de diciembre. (*J. D. S. C.*)

78. Propiedad industrial. Depósito internacional de dibujos o modelos industriales. Convenio de La Haya de 6 de noviembre de 1925. Efectos del depósito de un modelo industrial en la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial.—El artículo 4 del Convenio de La Haya de 1925 sobre depósito internacional de dibujos o modelos industriales (revisado en Londres en 1934), no sólo establece un derecho de prioridad para los modelos que hubieran sido objeto de depósito internacional, sino que de modo concluyente declara los efectos de la inscripción en los países contratantes al producir los mismos que si hubieran sido depositados directamente en ellos el día del depósito internacional, no obstante las reglas especiales que el Acuerdo establece. La publicación se considerará suficiente en todos los países contratantes y no podrá exigirse ninguna al depositante, no obstante las formalidades que haya de cumplir para el ejercicio del derecho de acuerdo con la legislación interior.

La inscripción internacional de un dibujo o modelo industrial releva al beneficiario de la obligación de solicitar y obtener la inscripción nacional.—El depósito de un modelo en la O.M.P.I. posibilita su explotación exclusiva en los países contratantes, sin cumplir la formalidad de la necesidad de inscripción nacional y a este respecto fue previsor el mismo E.P.I., en cuanto a disponer en su artículo 168 que a los modelos depositados en la O.M.P.I., de acuerdo con lo estipulado en el Convenio de La Haya de 1925, se les otorga protección de quince años de duración máxima, con la corresponsable protección legal en España y sólo cuando los titulares de los modelos sean súbditos españoles y aunque los hubieran depositado en la Oficina Internacional para gozar de protección deberían proceder al registro directo en el Registro de la Propiedad Industrial de España. (**STS de 11 de mayo de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad francesa *S., S. A.* demandó a la mercantil española *C. A., S. L.*, ejercitando acción de protección de la propiedad industrial que basaba en sendas inscripciones de dos modelos de botas que fabricaba la demandante y que había registrado en los años 1991 y 1992 en la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial, invocando para ello las disposiciones del Convenio de La Haya de 1925 sobre depósito internacional de dibujos y modelos industriales, del que España es parte. La demandada se opuso alegando una pretendida inscripción de su modelo en el año 1996, que fue denegada por la Oficina Española de Patentes y Marcas, precisamente por estar anticipado por el modelo industrial de la competidora. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Albacete estimó el recurso de apelación interpuesto por la actora y, con estimación de la demanda, concedió la protección solicitada por aquélla condenando a la demandada a cesar en los actos de violación del derecho de exclusiva y de competencia desleal, mediante el cese en la fabrica-

ción y comercialización de las botas discutidas, así como a indemnizar a la compañía demandante. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la mercantil demandada. (L. A. G. D.)

79. Validez de un acuerdo de la Junta de una Cooperativa para la adjudicación por sorteo del uso privativo de elementos comunes.—El acuerdo de la Junta de una Cooperativa de viviendas por el cual se atribuya por sorteo el uso privativo de elementos comunes es válido, pues no va contra el título constitutivo. Incluso aunque estemos ante lo que se considera una propiedad horizontal de hecho, sería igualmente válido porque no se requiere unanimidad al no alterar el título constitutivo, sino que lo ejecuta (se está dando un uso privado a los cooperativistas designados por sorteo).

Tipos de acuerdos de la Junta.—Hay que distinguir entre un orden de acuerdos cuya ilegalidad es susceptible de sanción por efecto de la caducidad de la acción de impugnación, y otro cuya ilegalidad conllevaría la nulidad radical o absoluta sin posibilidad alguna de convalidación por el transcurso del plazo de caducidad. En el primer grupo parece que deben ser incardinados aquellos acuerdos cuya ilegalidad venga determinada por cualquier infracción de alguno de los preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal o de los Estatutos de la Comunidad. No puede ser otra la interpretación que corresponde al párrafo primero de la regla 4.^a del artículo 16 de dicha Ley, cuando como acuerdos impugnables y provisionalmente ejecutivos señala expresamente los que sean «contrarios a la Ley o a los estatutos», para cuya impugnación el párrafo segundo de la propia regla, en íntima conexión con el primero, establece el plazo de caducidad de treinta días. En el segundo de los aludidos órdenes de acuerdos habrían de situarse aquellos otros que, por infringir cualquiera otra Ley imperativa o prohibitiva que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de contravención o por ser contrarios a la moral o el orden público o por implicar un fraude a la ley, hayan de ser conceptuados como nulos de pleno derecho, conforme al párrafo tercero del artículo 6 CC, y, por tanto, insubsanables por el transcurso del tiempo. (STS de 25 de marzo de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Se constituye una cooperativa de la vivienda, cuyo objeto, establecido en sus Estatutos, es la promoción de unas viviendas de protección oficial para ser adjudicadas exclusivamente a sus asociados y su duración es indefinida. El 3 de febrero de 1983 se otorgó escritura de declaración de obra nueva, división y préstamo con garantía hipotecaria. En 1985 se otorgaron las escrituras de adjudicación, subrogación y préstamo hipotecario de las distintas viviendas a favor de los cooperativistas. En fecha de 28 de marzo de 1987, se reúne la Junta General de la Cooperativa, que acuerda la adjudicación de aquellos solares referidos en la escritura de 3 de febrero de 1983, como parcelas de terreno de uso privado de los copropietarios de las viviendas, por sorteo, a catorce cooperativistas. Al mismo tiempo, se acuerda también la disolución de la Cooperativa, al haberse cumplido los fines para los que fue creada, y se nombra una terna de socios para proceder a su liquidación.

En 1992, tres cooperativistas formulan demanda, cuya pretensión es doble: acción declarativa de propiedad de aquellas parcelas en favor de todos los dueños de viviendas con derecho de uso y

disfrute de los mismos y condena a los propietarios de las viviendas demandados a la paralización de los trabajos y demolición de lo hecho, consistente en la construcción de unos muros de cerramiento de aquellas parcelas. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y señala que se trata de parcelas de uso privado de los copropietarios y que la Cooperativa estaba en disolución desde el día de atribución de las viviendas. La Audiencia Provincial revocó la sentencia anterior y estimó la demanda por considerar que la cooperativa no tenía facultad, una vez adjudicadas las viviendas, para adoptar decisión alguna que contradijera lo decidido en el título constitutivo respecto de elementos comunes.

Los demandados interponen recurso de casación. Entiende el Tribunal Supremo que la Cooperativa no quedó disuelta *ipso iure* una vez adjudicadas las viviendas (arts. 44 y 45 de los Estatutos). Además, no se adjudicó la propiedad exclusiva de las parcelas, sino el uso privativo, por lo cual no se adoptó decisión alguna que contradijera lo establecido en el título constitutivo, sino que ejecutó lo previsto en éste. Por tanto, fue correcta la adjudicación por sorteo del uso privativo de elementos comunes, adjudicación que se tomó con suficiente *quorum* en Junta de la Cooperativa, en el momento en que ésta no estaba disuelta. (S. L. M.)

80. Responsabilidad del administrador de sociedad anónima por deudas u obligaciones sociales: fundamento en el incumplimiento de deberes legales específicos. Naturaleza distinta de las acciones resarcitorias individual y social.—La condena a los administradores hoy recurrentes no respondió a la aplicación de ninguno de los preceptos citados en estos dos motivos sino a otros muy distintos y caracterizados por imponer a los administradores no la obligación de indemnizar un daño, fundada en su falta de diligencia, sino una sanción de responsabilidad solidaria por deudas u obligaciones de la sociedad fundada en el incumplimiento de unos deberes muy específicos; en este otro tipo de responsabilidad la negligencia de los administradores no es distinta de la que contemplan los propios preceptos que la establecen (SSTS de 29 de abril de 1999, 20 de julio de 2001 y 25 de abril de 2002), no tiene por qué haber una relación de causalidad entre el incumplimiento de sus obligaciones por el administrador y el daño al acreedor social (STS de 31 de mayo de 2001) y tampoco el demandante ha de probar la culpa del administrador demandado (STS de 7 de junio de 2002), pues como señala la reciente sentencia del día 1 de los corrientes, reiterando el criterio de la de 14 de noviembre de 2002, para el éxito de la acción fundada en el artículo 262.5 LSA no es necesario que concurran los supuestos de la culpa.

De ahí que los dos motivos examinados no sólo citen unos preceptos y una jurisprudencia que la sentencia recurrida nunca podría haber infringido sino que, además, carezcan por completo de fundamento en su desarrollo argumental, pues alegar, como se hace en el motivo segundo que «los acreedores carecían de toda expectativa de cobro dada la situación de insolvencia de facto» de la sociedad deudora, lejos de desvirtuar la responsabilidad de los recurrentes que la sentencia declara, la corrobora y remacha.

Cesión de créditos: alcance de la notificación al deudor como requisito de la cesión.—También ha de ser desestimado el tercer motivo porque

dedicado a sostener que la cesión de los créditos a la demandante por las dos entidades que habían servido mercancías a la sociedad deudora no sería eficaz por su falta de notificación a esta última, desconoce que lo verdaderamente declarado por la doctrina de esta Sala es que el consentimiento del cedido no afecta a la existencia de la cesión y que su puesta en conocimiento sólo tiene la finalidad de impedir la liberación por el pago al cedente (SSTS de 1 de octubre de 2001 y 19 de febrero de 2004), con cita de otras anteriores), a lo que en el caso examinado se une no sólo el endoso de las letras de cambio giradas para el pago de la mercancía sino también la disolución y liquidación de las dos entidades que contrataron con la sociedad deudora y la realización de sus activos mediante cesión de sus créditos contra esta última a la sociedad demandante. (STS de 26 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El recurso de casación se interpone por los dos administradores y accionistas únicos de una sociedad anónima condenados a pagar unas deudas de esta última en virtud de la responsabilidad solidaria establecida en el apartado 3 de la DT 3.^a y en el apartado 5 del artículo 262 en relación con los ordinales 3.^o y 4.^o del artículo 260.1 LSA. El Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R. G. S.)

81. Responsabilidad de los administradores sociales por daños provocados a terceros. Requisitos de la acción individual de responsabilidad.—Es considerada por la doctrina jurisprudencial como una acción resarcitoria que puede ser ejercitada por terceros perjudicados, entre ellos, acreedores sociales (SSTS de 21 de septiembre de 1999, 30 de marzo y 10 de noviembre de 2001, entre otras).

Es necesaria la concurrencia de los siguientes supuestos: 1.^o Acción u omisión realizada por los administradores sociales, contraria a la Ley, a los estatutos, o realizadas sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo (SSTS de 30 de diciembre de 2002 y 19 de mayo de 2003); 2.^o existencia de un daño; 3.^o nexo causal entre los actos u omisiones de los administradores y el daño provocado; 4.^o quien ejercita la acción debe probar que la acción u omisión fue realizada por el administrador en el ejercicio de sus funciones (SSTS de 21 de septiembre de 1999, 30 de marzo y 27 de julio de 2001, y 25 de febrero de 2002) y debe probar también la relación causal. La falta de presentación de las cuentas anuales de la sociedad en el Registro Mercantil, aun constituyendo un incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley a los administradores, no puede ser considerado como un *daño* a los acreedores sociales en el sentido aquí requerido.

Responsabilidad de los administradores sociales por incumplimiento de su obligación de disolver la sociedad.—Entre las causas de disolución que exigen la intervención de los administradores sociales se encuentra la del gran empobrecimiento de la sociedad o situación de desequilibrio entre el capital social y el patrimonio neto de la sociedad. La venta de parte de la maquinaria de la sociedad o el hecho de que hubiese cesado algún trabajador no implica necesariamente grave descapitalización de la misma.

Obligaciones de los administradores.—Si existe causa de disolución, los administradores están obligados: 1) a convocar en el plazo de dos meses Junta general para la adopción del acuerdo de disolución o, 2) en caso de

no poder llegar a dicho acuerdo, a solicitar la disolución judicial de la sociedad mediante la presentación de demanda de disolución. El incumplimiento de tales obligaciones por parte de los administradores genera una responsabilidad objetiva y solidaria, esto es, no es necesaria la concurrencia de culpa (SSTS de 20 de diciembre de 2000, 20 de abril y 26 de octubre de 2001 y 25 de abril de 2002), ni tampoco la existencia de daños o perjuicios.

Presupuestos necesarios para que se derive la responsabilidad.—La responsabilidad surge de un modo automático en el momento en que se cumplen los siguientes presupuestos: 1) existencia de un crédito contra la sociedad; 2) concurrencia de causa de disolución de la sociedad o de alguna de las causas incluidas en los números 4 y 5 del artículo 262 LSA; 3) omisión por parte de los administradores de las obligaciones señaladas más arriba. (STS de 17 de junio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Altos Hornos de Vizcaya S. A.* interpuso demanda contra don J. L. S. M. y la entidad *Europea del Menaje, S. L.*, por reclamación de cantidad. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda en su totalidad. En grado de apelación, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación. El Tribunal Supremo casa la sentencia del Tribunal Provincial y confirma la del Juzgado de Primera Instancia.

NOTA.—No debe olvidarse que tras la entrada en vigor (1 de septiembre de 2004) de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, los administradores sociales no sólo tienen la responsabilidad derivada de la normativa societaria. Si además de existir alguna causa de disolución se produce un estado de insolvencia, tienen también la obligación de solicitar la declaración de concurso. (J. D. S. C.)

82. Prescripción de la acción individual de responsabilidad de los administradores sociales.—La doctrina ha discutido en algunas ocasiones, si el plazo de prescripción de la acción es de un año, en base al artículo 1968.2 CC por remisión del artículo 943 CCO (STS de 21 de mayo de 1992), o si por el contrario el plazo debía ser el de cuatro años contenido en el artículo 949 CCO (STS de 7 de junio de 1995).

En la actualidad, la doctrina considera indiscutible que el plazo de prescripción debe ser el de cuatro años (STS de 5 de julio de 2001). Se funda en que la norma especial del artículo 949 CCO que contempla el supuesto de hecho específico, debe aplicarse con preferencia a la norma general del artículo 943 CCO que, por remisión al artículo 1968.2 CC, lo fijaba en un año. A mayor abundamiento y dada la necesaria interpretación restrictiva de los plazos de prescripción, la duda acerca del mismo debería siempre resolverse a favor del más favorable al ejercicio de la acción, esto es, al de mayor duración.

La acción individual de responsabilidad de los administradores sociales es indemnizatoria, sin que tenga sentido otorgarle una naturaleza contractual o extracontractual. (STS de 24 de marzo de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Aldosa, S. L.*, interpone demanda sobre acción individual de responsabilidad contra don M. G. R., don J. M. R. G. y don J. L. C. G. como miembros del Consejo de Administración de la mercantil *Almansa Proyectos Inmobiliarios, S. A.*

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por prescripción de la acción. Posteriormente la actora interpone recurso de apelación que es también desestimado por la Audiencia Provincial de Málaga, la cual confirma la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo acuerda estimar el recurso de casación en el sentido de condenar a los demandados al pago de las cantidades solicitadas en la demanda, más los intereses legales devengados. (*J. D. S. C.*)

83. Responsabilidad objetiva de los administradores sociales. Presupuestos de la acción individual de responsabilidad.—Con la precedente normativa societaria la responsabilidad de los administradores requería malicia, abuso o negligencia grave en el ejercicio de sus funciones. La actual Ley de Sociedades Anónimas hace responder a los administradores cuando realicen actos contrarios a la Ley, los estatutos o sin la diligencia exigible al cargo y provoquen así daños a la sociedad, los accionistas o los acreedores sociales (STS de 29 de abril de 1999). No sólo se requiere la conducta ilícita y el daño apuntado, sino además la relación de causalidad entre ambos. Se reconoce así que la responsabilidad de los administradores es prácticamente objetiva o por riesgo y además solidaria.

Acción social de responsabilidad de los administradores.—Se caracteriza porque el daño es producido a la sociedad o a los intereses sociales. Tienen legitimación activa para ejercitar la acción: 1) la sociedad que ha sido perjudicada, si bien se requiere acuerdo mayoritario de la Junta; 2) el 5% de los accionistas pueden promover la convocatoria de la Junta para que la misma acuerde el ejercicio de la acción; 3) acreedores, quienes también pueden ejercitar la acción de responsabilidad social cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas ni exista patrimonio social suficiente para hacer frente a sus créditos.

Acción individual de responsabilidad de los administradores.—Puede ser ejercitada en aquellos casos en los que se haya producido un daño individual o a un interés personal. Es una acción indemnizatoria y supletoria.

Responsabilidad legal o en garantía de los administradores.—El artículo 262.5 LSA hace responder solidariamente de las obligaciones sociales a los administradores que incumplan la obligación de promover la disolución de la sociedad cuando concurra alguna de las causas de disolución contenidas en la normativa societaria. Los administradores están obligados a convocar en el plazo de dos meses Junta general para la adopción del acuerdo de disolución, o, en caso de no poder llegar a dicho acuerdo, están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad.

Prueba de presunciones. Artículo 1253 CC.—El precepto mencionado no se infringe cuando el juzgador no hace uso de las presunciones en él contenidas y sí de las pruebas directamente obrantes en autos (SSTS de 3 de diciembre de 1988, 7 de julio de 1989, 21 de diciembre de 1990 y 17 de julio de 1991). Se descarta, por tanto, la posibilidad de poder exigir dicho medio probatorio (SSTS de 6 y 27 de octubre, 11 de noviembre y 9 de diciembre de 1988). Por excepción, si un hecho se tiene por completamente acreditado y de él se infiere lógicamente la existencia de otro, cabe alegar la infracción del precepto si el Tribunal no reconoce la existencia del hecho inferido (SSTS de 1 de abril, 7, 8 y 22 de julio de 2003). (**STS de 29 de marzo de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores celebraron con la entidad *Sociedad Promotora Gesprovi, S. A.* contratos de compraventa para la adquisición de viviendas de protección oficial. Posteriormente, la promotora suscribió un préstamo de 100.000.000 de pesetas con la *Caja de Ahorros Provincial de Pontevedra* y poco después paralizó las obras de construcción. Ese mismo año la *Sociedad Promotora Gesprovi, S. A.* aceptó tres cambiales libradas por *Alluri, S. L.* Ante el impago de las letras de cambio se promovió juicio ejecutivo que concluyó con la sentencia de remate. El inmueble cuya construcción no había concluido fue embargado y subastado. El nuevo propietario del inmueble, la mercantil *Alluri, S. L.*, llegó a un acuerdo con los demandantes para la cesión del remate del bien. Así los actores reclaman a la *Sociedad Promotora Gesprovi, S.A.*, y a sus administradores don H. V. G., don L. G. R., don A. M. G. y doña M. A. M. S. el abono de una indemnización en proporción al precio de sus viviendas (fijado en los contratos de compraventa), por la mala gestión de los mismos.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente las demandas y condena a los demandados a abonar una cantidad de dinero a los actores, en proporción al precio de las viviendas. El Tribunal de apelación desestima el recurso interpuesto por tres de los administradores. Dos de ellos nuevamente formulan recurso de casación, ante el cual el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (J. D. S. C.)

84. Quiebra. Retroacción de los efectos de la declaración de quiebra. Interpretación del artículo 878 CCO. Cambio del criterio jurisprudencial. Admisión del criterio estricto o rigorista.—La doctrina jurisprudencial en los últimos años ha abandonado la llamada «tendencia o interpretación más flexible» del artículo 878 CCO, para dar prevalencia al criterio denominado «estricto o rigorista», según el cual, en síntesis, se consideran afectados por nulidad radical, por ministerio de Ley, todos los actos de disposición del quebrado posteriores a la época a que se retrotraigan, cuya posición considera que dicho precepto contiene una nulidad automática, absoluta, originaria y estructural, y que los actos realizados por el quebrado, de administración y disposición en período de retroacción, son ineficaces *ipso iure*; y que ni siquiera precisa la declaración judicial de invalidez de los actos efectuados, pues la Ley no establece procedimiento alguno a tales efectos, actuando incluso con independencia de situaciones de ignorancia o buena fe en los terceros que contratan con el quebrado (SSTS de 22 de mayo de 2000 y 8 de febrero de 2001). No cabe respecto de estos actos ningún tipo de confirmación o convalidación (SSTS de 30 de septiembre de 2002, 28 de febrero de 2003 y 29 de enero de 2004).

Carga de la prueba. La norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles.—La regla sobre distribución de la carga de la prueba debe adaptarse a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte (SSTS de 9 de febrero de 1994 y de 30 de julio de 1999).

Carga de la prueba. Inversión de la carga cuando a quien le perjudica el hecho alegado tiene todas las facilidades para demostrar su falsedad, mientras que a quien lo alega le es imposible o muy difícil su demostración. Doctrina constitucional.—Cuando las fuentes de prueba se encuentren

en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE), conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad (SSTC 98/1987, de 10 de junio; 227/1991, de 28 de noviembre, y 14/1992, de 10 de febrero). Debe tenerse presente que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, no pueden repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza (SSTC 7/1994, de 17 de enero, y 116/1995, de 17 de julio). En definitiva, la negativa de información al perito por la entidad bancaria, que en ningún momento del procedimiento acredita, ni siquiera alega, a cuál de las facturas cedidas corresponde el cobro, pese a la facilidad al respecto del banco, en contraste con la dificultad para los terceros no intervinientes en ésta ni en las restantes operaciones, conduce a ratificar la tesis de la inversión de la carga de la prueba. **(STS de 26 de marzo de 2004; no ha lugar.)**

HECHOS.—La Sindicatura de la Quiebra de *A. E., S. A.* demandó al banco *B. H., S. A.* así como a la propia quebrada en la persona de su representante legal, solicitando que se declarara la nulidad de pleno derecho de diversas cesiones de crédito efectuadas por los administradores de la quebrada a favor del banco, con reintegro a la masa de la quiebra de las cantidades indebidamente recibidas, por entender que se habían efectuado en período inhábil al que alcanzaría la retroacción de la quiebra. El Juzgado de instancia acogió la demanda y condenó al reintegro de lo pedido. La Audiencia de Barcelona confirmó la sentencia de instancia, con la salvedad de eximir a la entidad bancaria condenada del abono de los intereses legales. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada.

NOTA.—La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ha derogado los preceptos del Código de comercio dedicados a la regulación de la quiebra y suspensión de pagos (arts. 870 a 941 CCO). Asimismo, sustituye el antiguo procedimiento por otro en el que se prescinde de la retroacción de la quiebra y de la nulidad general de todos los actos y contratos realizados en el período afectado. De manera que la doctrina resaltada permanecerá vigente exclusivamente para las quiebras anteriores a la entrada en vigor de la Ley Concursal. (*L. A. G. D.*)

DERECHO PROCESAL

85. Defectos formales en la interposición de la demanda: concepto y presupuestos de la acción confesoria.—La acción confesoria tiene por objeto confesar la existencia de un determinado derecho real. Por ello, en la demanda se deberá alegar la constitución y la existencia de dicho derecho real por parte de su titular, puesto que el dominio se presume libre y también debe acreditarse la lesión causada en el derecho que se pretende restablecer con su interposición. Dicha acción no debe ser confundida con la acción rei-

vindicatoria cuyo objetivo es la declaración del dominio y su restablecimiento posesorio.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 13 de octubre de 1910, 7 de julio de 1924, 24 de mayo de 1982 y 13 de febrero de 1999) el modo de plantear la demanda tiene como fin permitir a los tribunales decidir con certeza y seguridad sobre la reclamación del interesado y, a su vez, evitar la indefensión del demandado. De tal manera que el defecto en el modo de proponer la demanda no se limita al empleo de una terminología errónea, ya que en el actual proceso no se exige la fórmula de la *editio actionis* propia del Derecho romano, sino que dicho defecto se aprecia cuando faltan las alegaciones y presupuestos necesarios para que una determinada acción prospere. (STS de 2 de junio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Don S. A. M. es titular de una servidumbre de paso sobre un camino sobre el que don J. S. F. y doña R. M. M. F. han edificado un almacén. Don S. A. M. interpone demanda contra ellos en juicio declarativo ordinario de menor cuantía en ejercicio de acción reivindicatoria por la que solicita que se declare el restablecimiento del derecho de servidumbre de paso, la demolición por parte de los demandados del almacén edificado sobre el camino, la indemnización de daños y perjuicios, y que en lo sucesivo los demandados se abstengan de perturbar el uso del referido camino.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda formulada por no reunir los presupuestos necesarios para el ejercicio de la acción reivindicatoria al no quedar probada la existencia del camino. La Audiencia Provincial, en la apelación, revoca la anterior sentencia y estima la demanda. La parte demandada interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso interpuesto, casa y anula la sentencia dictada en apelación y desestima la demanda, pero no por los razonamientos de instancia, sino por un defecto legal en el modo de proponer la demanda. (S. E. M.)

86. Arbitraje. Excepción procesal de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje. Momento procesal oportuno para su alegación. Interpretación del artículo 11.2 de la Ley de Arbitraje de 1988. Evolución del criterio jurisprudencial.—La jurisprudencia de esta Sala sobre el momento procesal oportuno para proponer la excepción de sumisión a arbitraje en el juicio de menor cuantía, fundada en la interpretación rígida de la expresión «cualquier actividad procesal» del artículo 11 de la Ley de Arbitraje de 1988, y traducida en que no se entendía propuesta adecuadamente si el demandado, además, se oponía a la demanda en el fondo (SSTS de 2 de julio de 1992, 13 de marzo de 1996, 29 de septiembre de 1997 y 29 de junio de 1998), empezó a evolucionar hacia una mayor flexibilidad a partir de la STS de 18 de abril de 1998 para, ya en el año 1999, acabar consolidándose la doctrina de que, dada la amplitud del artículo 687 LEC de 1881, nada impedía al demandado proponer dicha excepción y, en el mismo escrito, contestar a la demanda en el fondo para el caso de que aquélla no fuese estimada (SSTS de 1 de junio de 1999, 14 de junio de 2001, 18 de marzo de 2002 y 26 de julio de 2003). Alegada por el demandado la excepción de sumisión a arbitraje con carácter previo, negando la competencia del órgano jurisdiccional para conocer del asunto, ha de estimarse el motivo de

acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada. **(STS de 11 de mayo de 2004; ha lugar.)**

HECHOS.—Don F. G. B. demandó al don J. S. C. por vicios constructivos derivados de la ejecución de una obra que el segundo realizó para el primero, solicitando la reparación de los defectos por sí o a su costa más la indemnización de daños y perjuicios. El demandado contestó a la demanda alegando la excepción de arbitraje, pero además reconvinó solicitando el pago de determinadas cantidades, a lo que se opuso el demandante reconvenido alegando la misma excepción de arbitraje. El Juzgado de Primera Instancia desestimó tanto la demanda como la reconvenición por entender que debía apreciarse la excepción dilatoria de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje. La Audiencia Provincial de San Sebastián estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el actor y, con revocación de la sentencia de instancia, estimó parcialmente la demanda inicial, condenando al demandado a ejecutar las obras de reparación. Asimismo estimó la excepción de sumisión a arbitraje respecto de la reconvenición formulada por el demandado, absolviendo al actor de lo solicitado. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación del demandado.

NOTA.—El artículo 11 de la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, ha sustituido la antigua redacción de la ya derogada Ley de Arbitraje, de 5 de diciembre de 1988, por otra más acorde con la interpretación sostenida por la doctrina jurisprudencial descrita. De manera que, pese al cambio legislativo, sigue siendo plenamente aplicable dicha doctrina bajo la eficacia de la nueva Ley. (L. A. G. D.)