

Sentencias

A cargo de: **ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ.**

Colaboran: **PEDRO ARENAS NAON, SILVIA ALGABAROS, YOLANDA BUSTOS MORENO, MARÍA DOLORES CANO HURTADO, ROCÍO DIÉGUEZ OLIVA, ANTONIO GÁLVEZ CRIADO, MARÍA JOSÉ GARCÍA ALGUACIL, GABRIEL GARCÍA CANTERO, IGNACIO GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, ALFONSO GONZÁLEZ GOZALO, JULIÁN LÓPEZ RICHART, CRISTINA LÓPEZ SÁNCHEZ, MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA, PALOMA SABORIDO SÁNCHEZ, JOSÉ MANUEL TORRES PEREA**

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 del derecho.—La doctrina jurisprudencial, para la aplicación de la figura del abuso del derecho, menciona tres requisitos generales: «1. Uso de un derecho objetivo y estrictamente legal; 2. Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y 3. Inmoralidad o antisocialidad de ese daño y manifestada de forma subjetiva (intención de perjudicar) o bajo forma objetiva (anormalidad en el ejercicio del derecho)».

Si centramos esta doctrina en el ámbito de los contratos arrendaticios, reflejada en el artículo 9 de la antigua LAU (Decreto 4104/1964, 24 diciembre), nos encontramos con la aplicación restrictiva, en la medida en que se posibilita en el artículo 114.7 al arrendador la facultad de resolución por modificación que alteren la configuración del local, sin su consentimiento.

Para la aplicabilidad del abuso de derecho, será necesario no sólo la intención de dañar, sino incluso ejercer el derecho «de un modo anormal y contrario a la convivencia». La inexistencia de consentimiento expreso o tácito (aclarando que conocimiento no quiere decir consentimiento) de las modificaciones realizadas y el elevado coste de las mismas, reflejan una situación propicia para la «aplicación» del artículo 114.7 LAU y la ausencia de abuso de derecho. (STS de 5 de marzo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandados, como propietarios de un local, arriendan el mismo al actor recurrente, que realiza una serie de obras incontinentes, que modifican la configuración del inmueble arrendado. Amparándose en el artículo 114.7 LAU de 1964, los demandados solicitan la resolución del contrato que el Juzgado 1.ª Instancia desestima, fundamentándose en la aplicación de la buena fe y abuso del derecho

(arts. 7 CC y 9 LAU), ante la existencia de un consentimiento tácito por parte de los arrendadores, y ausencia de modificaciones relevantes. En apelación se rechazan todas estas argumentaciones y se revoca la Sentencia. Los arrendatarios recurren en casación, alegando la doctrina del abuso del derecho de los demandados mediante la utilización de la acción resolutoria como medio para elevar la renta, y la existencia de obras anteriores consentidas, que son negadas por los demandados. El TS, sin embargo, vuelve a confirmar la resolución de la Audiencia Provincial.

NOTA.—Para la existencia del abuso del derecho es necesaria una intención dañosa, y ésta no existe cuando hay una finalidad seria y legítima, cuando objetivamente no hay un exceso en el ejercicio del derecho (SSTS de 14 de febrero de 1986 y de 5 de abril de 1986). El TS insiste en su carácter excepcional, cuyo alcance habrá de ser restrictivo. Esto quizá sea el motivo determinante de que, en materia arrendaticia, y en concreto, en resolución de contrato arrendaticio, se aplique minoritariamente. Así, De Ángel Yagüez (*Comentarios del Ministerio de Justicia*, 1991, Madrid) afirma que no actúa abusivamente quien utiliza respondiendo al mismo criterio finalista que inspira la norma legal (SSTS de 8 de julio de 1987, 22 de junio de 1981, 14 de marzo de 1984). «La resolución del contrato será consecuencia necesaria de la colisión de intereses entre arrendatarios y arrendados» (STS de 6 de abril de 1987). (P. S. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Colisión derecho al honor-derecho a la libertad de información.—El límite del derecho de libre información está en los derechos fundamentales que no puede dañar aquél, especialmente en el honor, imagen e intimidad, tal y como señala el artículo 20.4 CE. Mantiene el TS que la libertad de expresión e información jamás podrá justificar un ataque al honor de una persona. Ha de procurarse que estos derechos se desenvuelvan dentro de los cauces jurídicos que exige un Estado de Derecho, y en este sentido es claro que la difamación no puede entrar en el marco del derecho fundamental. En los casos de colisión de derechos ha sido doctrina reiterada de nuestro TS la que defiende la preferencia del derecho al honor sobre los otros derechos (SSTS de 4 de noviembre de 1986, 5 de mayo de 1988, 27 de octubre de 1989, 18 de abril y 30 de abril de 1990). Cede la libertad de expresión y el derecho a la información ante el derecho al honor. El TC, sin embargo, dejó patente desde el principio el valor eminente de la libertad de información por su carácter de libertad-condición para el ejercicio de otros derechos y por su trascendencia como presupuesto indispensable del pluralismo político y del sistema democrático. Pueden distinguirse claramente tres etapas en la Jurisprudencia del TC. En una primera fase, se puede hablar de un *régimen de exclusión*: si se vulnera el honor u otro derecho fundamental, la libertad de expresión e información no entran en juego (STC de 22 de septiembre de 1983). La segunda fase atiende a la *necesidad de ponderación*: ante un posible conflicto entre derechos de rango fundamental (v. gr., honor-libertad de información), se impone una necesaria y casuística ponderación (STC de 17 de julio de 1986). Y finalmente, la fase de *régimen de concurrencia normativa* (SSTC de 12 de diciembre de 1986; 8 de junio de 1988) considera el TC a la libertad de informa-

ción como una libertad preferente, pero en un contenido mínimo, núcleo esencial, frente al que se rinden los demás derechos. Se determinará con precisión cuál es ese núcleo esencial y hasta donde llegará la libertad de información y expresión frente a los derechos de los demás. Por tanto, no cabe mantener que un derecho fundamental sea preferente o prevalezca sobre los demás, pues no lo dice la Constitución en el texto categórico del artículo 20.4, estableciendo sólo un límite que, deberá ponderarse en el sentido de delimitar muy precisa y correctamente tales derechos, de forma que el ejercicio de los mismos no suponga una lesión al derecho de los demás.

Prevalencia del derecho de comunicación periodística por la noticia y cargo público del demandante.—Para que prevalezcan las libertades de expresión e información sobre el derecho al honor es necesario que la información tenga relevancia pública, bien por el carácter público de la persona, bien por el hecho en sí que afecte al interés general. Sólo así, el valor y la función preponderante de estas libertades realmente contribuirá a garantizar una opinión pública libre. Mantiene el TC en S de 8 junio 1988 que «...*el honor se debilita proporcionalmente como límite externo de las libertades de expresión o información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas...*». No puede decirse que el honor de la persona pública sea distinto, pero queda debilitado frente a la crítica, informaciones y expresiones, en aras del interés general. La concepción de persona pública viene expresada en el texto del artículo 8 LOP-HIPI, que la define de la siguiente forma: «aquella persona que ejerce un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública». El contenido de la información que se vierta sobre personas, ya sean públicas o privadas, ha de estar fundado en hechos «notificables» y de relevancia pública. Se requerirá, por tanto, para legitimar intromisiones en el ámbito del honor, que no sólo la información sino su contenido, se desenvuelvan en el marco del interés general del asunto al que se refiere. A este respecto en la sentencia 172/1990 de 5 de noviembre, el TC ha sido tajante, «al considerar que la información aún siendo veraz, si carece de relevancia pública, no prevalece frente al derecho al honor, y que la materia abordada en la información ha de ser de interés general». (STS de marzo de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Don Luis R. P. interpone demanda contra *Información y Revistas, SA*, declarando que las manifestaciones y hechos publicados en la *Revista Cambio 16* son constitutivos de la intromisión prevista en el artículo 7.7 de la LO de Protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, con base en una serie de afirmaciones entre las que destacamos las siguientes: «... *el cese fulminante del Director del Aeropuerto de Ibiza, Luis R. P., parece encubrir un caso de abuso de funciones y utilización de fondos públicos en beneficio personal*» y «*Bajo la sombra de la lacónica nota oficial, se ocultaban, sin embargo, un caso de abuso de funciones y de utilización de fondos públicos en negocios privados*». En Primera Instancia se estimó totalmente la demanda. Recurrída la sentencia en apelación por *Información y Revistas, SA*, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia, salvo en el punto segundo de su parte dispositiva, elevando la cuantía de la indemnización. El TS declaró haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—La libertad de expresión y el correlativo derecho-deber de información veraz es mucho más amplio cuando se refiere a *res publica*:

el ciudadano tiene el derecho a ser informado de los hechos que directa o indirectamente le afectan. No puede decirse que una persona tiene una vida pública y una vida privada, pero sí que una persona tiene una proyección pública en la que influye su vida privada. Ha sido esta sentencia muestra de la doctrina reiterada que el TS ha seguido al mantener que el honor de una persona pública en un caso relacionado con asuntos de relevancia pública, que denoten ampliamente el «interés general» exigido, quedará debilitado en aras de la defensa de la libertad de información. Los derechos reconocidos en el artículo 20 CE incluyen también, más allá de la exposición objetiva de los hechos, la libertad de crítica de actuaciones profesionales que desbordan la esfera privada, incluida la posibilidad de hacer juicios de valor sobre las mismas. Sería un límite constitucionalmente inaceptable para la libertad de comunicación el impedir formular razonablemente conjeturas, que en cuanto tales conjeturas no pueden ser valoradas, como se ha dicho, desde la exigencia constitucional de la veracidad, sino como ejercicio de la libertad de opinión a partir de unos datos fácticos veraces (STC de 12 de noviembre de 1990). No puede olvidarse, sin embargo, que la libertad de información, piedra angular en una sociedad abierta y plural, exponente del Estado democrático y de derecho, ha de llevar aparejada una buena dosis de responsabilidad. (M. J. G. A.)

3. Derecho al honor y derecho a la información. Interpretación.—El conflicto entre el derecho al honor y la libertad de información, exige criterios resolutivos que, hoy en día, nuestro legislador no ha llegado a proporcionar. Una aproximación al estudio del problema parte de una reinterpretación del derecho al honor a la luz de nuestra Constitución. Concepto que debe ser releído de acuerdo con nuestra doctrina constitucional. Podemos considerarlo como un derecho cambiante y dependiente de los valores e ideas sociales vigentes, pero siempre referido a la dignidad y prestigio de las personas. Por su parte, la libertad de expresión ha de ser considerada como el derecho a comunicar noticias verazmente.

Criterios jurisprudenciales.—Al no estar previstas por nuestras leyes normas para regular situaciones de colisión entre ambos derechos constitucionales, debemos remitirnos a los criterios asumidos por la doctrina jurisprudencial. Dicha doctrina ha experimentado una continua evolución. Podemos distinguir tres etapas, una primera fase tras la publicación de la Constitución, en la que se consideró que debía prevalecer el derecho al honor. Una segunda fase, en la que se optó por considerar que lo correcto era ponderar ambos derechos, y decidirse a favor de uno u otros dependiendo de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Por último, una tercera fase en la que se circunscribe esta sentencia, en la que se considera prioritario el derecho a la información sobre el derecho al honor, siempre que se parta de una información veraz (requisito de veracidad al que cierta doctrina une el de interés público de la noticia).

Primacía del derecho a la información.—Esta solución puede ser considerada como una exigencia del estado democrático en aplicación del principio señalado por Rodríguez Mourullo *in dubio pro libertate*. Posición, esta última, no compartida por toda la doctrina, por el peligro intrínseco de marginación del derecho al honor. (STS de 26 de marzo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El Ayuntamiento de San Sebastián instruyó expediente disciplinario contra el arquitecto municipal don L. M. Dicho expediente concluyó con sanción de suspensión de dos meses de empleo y suel-

do. Posteriormente la Magistratura de Trabajo revocó dicha sanción y dispuso el reintegro de los emolumentos no percibidos por don L. M. en aquel periodo. El periódico *Deia*, realizó un seguimiento informativo de este suceso. Publicó varias noticias aparecidas en el sucesivo orden cronológico de su acaecimiento. En concreto en dicho diario se publicó un artículo firmado por el periodista don F. S. L. que refería como hecho motivador de la sanción el uso de «su poder» por algunos empleados dentro del Ayuntamiento. A su vez, el periodista don A. S. de C. publicó al respecto y en el referido diario que se habían detectado graves irregularidades en la concesión de licencias municipales. Posteriormente quedó acreditado que dichos motivos en cuestión fueron referidos por el concejal del citado Ayuntamiento don J. O. Ante estos hechos, don L. M. promovió juicio incidental contra los periodistas referidos y los responsables del diario *Deia* por lo que él consideró una intromisión ilegítima en su derecho al honor.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de casación, la Audiencia lo desestimó. Interpuesto recurso de casación, el TS no concedió casación.

NOTA.—La S que comentamos formalmente dice situarse entre los pronunciamientos encuadrables dentro de la fase que opta por el criterio de la ponderación. Sin embargo, nosotros entendemos que realmente se alinea entre las sentencias reconocibles como propias de la «fase de prevalencia de derecho a la libertad de información sobre el derecho al honor». Y ello, dado que adopta criterios objetivos de resolución conflictual. Criterios que consagran el derecho a informar a partir de la constatación de la veracidad de la información, criterios que son asumidos por esta S al fundar su decisión en la afirmación de que los hechos publicados por el diario *Deia* no podían ser calificados de inveraces. Por último, señalar que esta S no entra a estudiar si la noticia ofrecida podía ser considerada o no de interés público, omisión que parece indicar que la única consideración observada para decidir si merecía tutela el derecho a la información en este supuesto era la constatación de la veracidad de la noticia. (J. M. T. P.)

4. Derecho a la propia imagen. Ausencia de consentimiento para la publicación. Intromisión ilegítima.—Por derecho a la propia imagen hay que entender la facultad exclusiva del interesado de difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción (STS de 9 de mayo de 1988). El TS, en atención a los criterios fijados por la LO 1/1982 de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, para apreciar la existencia de intromisión ilegítima (art. 7.8), estima que *«hay atentado a la imagen si ésta se utiliza, sin consentimiento de la persona y para fines publicitarios, a pesar de la total ausencia en la divulgación de la misma, de circunstancias que pudieran resultar ofensoras, y aún cuando la fotografía que sirva de base al reclamo publicitario y para la que posó la fotografiada, muestra una imagen agraciada, honestamente presentada, atractiva e ingenua»* (STS de 22 de junio de 1988). El consentimiento que justificará esta actuación, se traduce en una autorización o declaración, por la que el titular del derecho a la imagen permite —consiente— la obtención, reproducción o publicación de la propia. Este consentimiento delimitará el ejercicio del derecho a la propia imagen. En este caso, aun mediando consentimiento para ser fotografiada, no cabe extender el mismo a la publicación.

Para la publicación será preciso contar con el consentimiento expreso y concreto, no implícito, y sobre todo, cuando resulta que la imagen no aparece como accesorio de una información, sino como portada de un libro. Son por tanto necesarios dos consentimientos, uno el que ha de darse para ser fotografiada y otro para autorizar la publicación de esa fotografía (*vid.* STS de 3 de noviembre de 1988). Las fotografías son obra de quien las encargó, y la divulgación de la imagen de la persona retratada no podrá ser utilizada para los fines previstos en el artículo 7.6 de la LO 1/1982. Fuera de esos fines, podría el autor, fotógrafo, utilizarlas para otros, pero, existiendo un derecho a la imagen de quien encargó la obra, está claro que esa utilización queda supeditada a la LO 1/1982 y, consecuentemente, a la autorización expresa de la persona fotografiada. Es por ello que la Sala, aplicando correctamente los artículos 1.1, 2.2, y 7.6 de la mencionada LO, aprecia un supuesto de intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de la modelo fotografiada.

Colisión derecho a la imagen-derecho a la producción y creación artística.—Aun estando perfectamente reconocido el derecho a la producción y creación artística no sólo en la Constitución [art. 20. 1 b)], sino también en la LPI, no hay que olvidar el límite que se le impone en el artículo 20.4 CE. De este modo, en caso de colisión de derechos, cederán estos últimos, porque tal y como pone de manifiesto la Sala primera del TS, «el llamado derecho de libertad de origen innato, como el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin su consentimiento, supone que su violación puede desencadenar el mecanismo reparador de los daños ocasionados, al reputar el artículo 7.6 intromisión ilegítima en el ámbito de protección, la utilización de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga sin su consentimiento». Únicamente se legitimaría dicha captación, reproducción o publicación, a fines de mera información, y si existe un imperativo de «interés público». El tema más importante de la S es, por tanto, la coexistencia y contraposición entre el derecho a la imagen y los derechos de propiedad intelectual sobre una fotografía. La Sala en este caso concreto opta por no considerar «obra» las fotografías de encargo de la modelo. No obstante, aun en el caso de estimarse que estas fotografías no alcanzan a llenar el objeto del Derecho de autor contenido en el artículo 1 LPI y en el artículo 10.1.b) de la misma, quizá por faltar «esa actividad espiritual que conlleva toda creación artística original», no existe sin embargo ningún obstáculo para incluirlas en el tenor literal del artículo 128 LPI, como «meras fotografías». Bastará para ello una «mínima novedad creativa» para encuadrarla en concepto de «obra», y no será necesario llegar a las «creaciones intelectuales propias del autor» que exige la Directiva 93/1998. La solución por la que opta en este caso el TS consiste en reconocer primacía al contenido del artículo 20.4 sobre el contenido del artículo 20.1 CE, tal y como pone de relieve en el FD 2.º, al declarar que «está en la realidad social que nadie contrataría los servicios de un fotógrafo si ello implicase que el mismo pudiese utilizar la imagen pactada en su propio beneficio y utilizarla sin consentimiento para la publicidad». Aplicando analógicamente el artículo 51 LPI consideramos que son éstas, fotografías de encargo, cuya utilización tanto si se trata de obras como si se trata de meras fotografías, debería quedar reservada fundamentalmente a quien realizó el encargo. (STS de 29 de marzo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Cristina B, modelo profesional, solicitó los servicios del fotógrafo don José A. M., para la realización de un archivo

fotográfico. El reportaje y sus copias fueron pagadas y retiradas del estudio por la modelo. Posteriormente, el fotógrafo vendió los derechos de reproducción de una fotografía de la citada modelo a *Ediciones Columna*, para cubrir la portada de un libro; libro que tuvo una tirada de 1.500 ejemplares y una distribución en 815 librerías. Doña Cristina, que no había prestado consentimiento para la publicación, presentó demanda, en ejercicio de acción civil de protección del derecho a la imagen, contra el fotógrafo, editor y diseñador, siendo este último absuelto por la Instancia, y condenados solidariamente los otros dos. Los codemandados recurrieron en apelación, confirmando la Audiencia la sentencia de Instancia. Interpuesto recurso de casación por don José A. M., la Sala primera del TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—La Sala, en esta sentencia, no atribuye el valor de «obra» a la fotografía. No debiera existir ningún inconveniente en aceptar tal apreciación, por considerarse que en ellas no falta «la actividad creativa del fotógrafo». Resulta un tanto incoherente la actuación de esta Sala, que en SS pronunciadas en el mismo año, y con escasos meses de diferencia entre una y otra, adopta criterios distintos (STS de 30 de enero de 1996). En este supuesto la «falta de apreciación» partió del hecho de que la iniciativa correspondió a la modelo: fue ella quien contrató al fotógrafo y no al revés. Postura ésta no muy acertada, pues podrá discutirse la oportunidad o no de tutelar las «meras fotografías» en la LPI, pero no parece muy oportuno, que se haga caso omiso al dato normativo. En definitiva, imagen y propiedad intelectual son derechos diferentes, de forma que ni el autor ostenta facultades sobre la imagen, ni el retratado sobre la propiedad intelectual. Ambos derechos conviven, limitándose recíprocamente sin eliminarse. Pero esto se olvidó, y por ello, a veces se llegan a soluciones como ésta, en la que el Tribunal cree encontrarse ante un dilema que sólo podrá resolverlo haciendo caso omiso a la propiedad intelectual. (*M. J. G. A.*)

5. Derecho al honor y libertad de información. Colisión entre ambos.—La jurisprudencia viene entendiendo, de acuerdo con las directrices sentadas por el TC, que en caso de colisión entre el derecho al honor y la libertad de información, ambos de rango constitucional [arts. 18.1 y 20.1, letra *d*], respectivamente, de la CE], se hace necesario proceder a la ponderación del valor de cada uno de los derechos en juego según las circunstancias de cada caso concreto, sin poder fijar apriorísticamente los límites entre ambos, llegando de esta forma a establecer si la intromisión en el derecho al honor está o no justificada por el ejercicio del derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión».

En este sentido, hay que otorgar una posición prevalente a la libertad de información, dada su doble vertiente de derecho fundamental y garantía de una opinión pública libre, esencial para un Estado democrático en cuanto expresa el pluralismo político, «siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son del interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen». (STS de 5 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de ciertas informaciones aparecidas en varios periódicos en los que se denunciaban públicamente supuestas irregularidades en la selección de personal funcionario para cubrir plazas vacantes en una Corporación Pública y se aportaba una lista de las personas presuntamente beneficiadas, los actores, que habían resultado seleccionados y aparecían en dichas listas, formularon demanda de juicio incidental sobre protección civil del derecho al honor contra el Comité Provincial de un partido político y contra un Diputado Provincial del mismo, autores de aquella denuncia.

Contestada la demanda, el Juez de Primera Instancia de Cádiz la estimó declarando la existencia de intromisión ilegítima en el honor de los actores y condenando al pago de una cantidad determinada como indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Sevilla estimó parcialmente este recurso en el sentido de reducir la cuantía de la indemnización, confirmando la existencia de intromisión ilegítima. Interpuestos sendos recursos de casación por los demandados, el TS declaró no haber lugar a los mismos.

NOTA.—En la presente sentencia se reitera la doctrina sentada en numerosa jurisprudencia anterior sobre la forma en que han de resolverse los casos de colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (*vid.* SSTs de 28 de abril y 4 de octubre de 1993, 28 de marzo y 20 de diciembre de 1994, y 25 de marzo y 15 de julio de 1995), en el sentido de dar prevalencia a la libertad de información siempre que se trate de hechos de relevancia pública que tengan interés general y sean veraces.

De acuerdo con los hechos antes relatados, se trataba de las declaraciones efectuadas por un Diputado Provincial de un partido político que habían sido recogidas y reproducidas por varios periódicos. En estos casos, de acuerdo con la llamada doctrina del «reportaje neutral», tiene sentado el TC que la exigencia de veracidad en la reproducción de la información que es suministrada por una determinada fuente no se extiende a la veracidad del contenido de la información, sino sólo a la acreditación del hecho de que determinada persona ha realizado determinadas manifestaciones y a su perfecta adecuación con la noticia publicada (*vid.* STC 232/1993). Posteriormente, la STC 41/1994 ha matizado esta doctrina en el sentido de que, aun cuando se trate de la reproducción de la información suministrada por una determinada fuente, es exigible al informador profesional la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de los datos recogidos, lo que parece ser concordante con la opinión del TS en la sentencia que anotamos cuando afirma que «la información fue inveraz, extremo que bien pudo haber sido comprobado, sin ninguna dificultad, por el profesional responsable del reportaje», aun cuando, en este caso, los periodistas no fueron parte en el proceso por cuanto no se les demandó.

Asimismo, la atribución gratuita a personas identificadas por sus nombres y apellidos en su calidad de funcionarios públicos de hechos que inexcusablemente les hacen desmerecer en la consideración ajena supone una intromisión ilegítima en su derecho al honor, que no puede entenderse como una crítica a la acción política y no puede quedar justificada por el hecho de que la información pudiera afectar también a

dirigentes políticos o a partidos políticos por cuanto «tales funcionarios no ostentaban carácter alguno de persona pública en función de cargo desempeñado en la vida política». (A. G. C.)

6. Derecho al honor y derecho a la información. Primacía del derecho a la libertad de información.—Debemos analizar la colisión entre el derecho a la información y el derecho al honor, de acuerdo con las actuales posiciones de nuestra doctrina jurisprudencial. Doctrina que, superando etapas anteriores defiende hoy la primacía del derecho a la información veraz sobre el derecho al honor, considerando que dicha primacía no es sino consecuencia lógica de un logro del estado democrático.

Límites al derecho a la libertad de información.—Por tanto, la cuestión planteada se centra en el estudio de si la libertad de información es un derecho absoluto, especialmente cuando colisiona con otro derecho fundamental. La doctrina ha indicado que realmente no se trata de un derecho absoluto, puesto que está limitado por dos requisitos: la veracidad y el interés público. De estos dos requisitos, es el segundo el que presenta mayores dificultades interpretativas, dado que en ocasiones es difícil determinar qué hechos tienen relevancia pública. Quizá pudiera servirnos como pauta el hecho de que cierta postura doctrinal (aunque no unánime) entienda que en los casos de supuestos dudosos, el derecho de libertad informativa tiene auténtica fuerza atractiva, por lo que la libertad de información debe prevalecer incluso en los terrenos fronterizos entre lo público y lo privado. De hecho, se ha llegado a defender que el único límite de la libertad de información es la veracidad (lo cual a su vez implica la ausencia de injurias en la información veraz). En realidad, quienes mantienen esta última línea la defienden por considerar que el derecho a la libertad de información no es sino una modalidad del derecho a la libertad de expresión, y por tanto que ambos derechos tienen una misma extensión, salvo la nota de veracidad exigida en el supuesto del derecho a la libertad de información. (STS de 10 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El diario *El País*, en su sección *País Domingo*, publicó un artículo titulado *El santuario Español del Terror Negro*, firmado por don D. J. G.

En dicho artículo se informó sobre la denegación de extradición hecha por las autoridades españolas a instancia de Italia de don E. P., dirigente de la Organización ultraderechista italiana *Ordine Nuovo*. Dicha publicación señalaba literalmente que el motivo de dicha solicitud era «... su presunta implicación en el asesinato del Juez O». En el texto del artículo se citaba a don E. P. en otras dos ocasiones, dándose la circunstancia que no se aclaraba si finalmente fue condenado o no por tales hechos.

Lo cierto es que don E. P. fue procesado en rebeldía resultando absuelto del asesinato de dicho juez. No obstante en la sentencia se reconocía su pertenencia al grupo ultraderechista referido. Don E. P. entendió que el contenido del artículo publicado en *El País Domingo* atentaba su derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen. En su consecuencia promovió demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, quien la desestimó. Interpuesto recurso de apelación fue igualmente desestimado por la Audiencia. Interpuesto recurso de casación, el TS falló entendiendo no haber lugar al mismo.

NOTA.—La S estudiada parte del hecho de que el reportaje publicado tiene auténtica importancia política y social y del hecho de que por estar plenamente documentado es veraz. Por tanto, entiende que dicha información cumple los dos requisitos para merecer protección constitucional. Una vez considerado que en este supuesto planteado el derecho a la información merece tutela, automáticamente se aplica por el TS el criterio hoy vigente en nuestra doctrina jurisprudencial. Esto es, la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho al honor. Añadir, que el requisito de la veracidad no se ve solapado por el hecho de que en el reportaje se tratara un tema de forma incompleta (no se informa que el actor fue finalmente absuelto del delito que se le imputaba), ello no implica que se faltara a la debida veracidad, más aún cuando la referencia a su implicación viene calificada con la palabra «presunta». (J. M. T. P.)

7. Derecho al honor y libertad de expresión.—Es usual en la doctrina jurisprudencial la aparición de contraposiciones entre el derecho al honor y la libertad de expresión e información, resolviéndose mediante un juicio valorativo de las circunstancias concretas de cada caso.

Se habrá de partir de la distinción entre mera comunicación, basado en el principio de veracidad, y la libertad de expresión como manifestación del pensamiento. En este último supuesto es donde debemos centrarnos, ya que los límites impuestos al mismo son de difícil concreción («salvo el respeto a los demás y la búsqueda de la pacífica convivencia»).

Es necesario advertir, además, que la existencia de cargo o función pública inclina la balanza hacia la libertad de expresión, en la medida en que la relevancia social crea una situación propicia para la aparición de críticas o censuras hacia su labor. (STS de 14 de junio de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—En un reportaje publicado en un periódico local, sobre un robledal situado en una finca (propiedad de un particular), y que el Ayuntamiento supuestamente pretende talar, aparece la manifestación de un concejal de la oposición contra la acción del particular, calificándola de crimen ecológico que atenta contra los vecinos de la localidad, asegurando que intentará que la propiedad figure como zona protegida y de uso público. Ello da origen a la publicación en el mismo periódico de una carta del aludido particular, en la que, tras identificarse y aclarar que solicitó el permiso de cierre y no de corta, arremete contra el citado concejal de manera constante y directa por sus declaraciones.

El concejal presenta demanda ante el Juzgado de Primera Instancia contra el periódico, su director y el particular, solicitando la indemnización de ocho millones y la publicación de la S. El Juzgado estima parcialmente la demanda, indemnizando en dos millones. Se recurre la sentencia y la Audiencia provincial estima parcialmente el recurso, reduciendo a un millón la indemnización. Se interpone por los recurrentes recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

NOTA.—El conflicto de intereses resultante del derecho al honor (intereses privados) frente a la libertad de expresión (públicos) deriva del carácter impreciso del primero. La cuestión radica en saber cuándo ha de primar uno u otro. Y para resolver la cuestión es fundamental conocer si nos hallamos ante una persona privada o pública. Así, si se

produce una colisión entre el derecho al honor de una persona con cargo público y la libertad de expresión, es doctrina mayoritaria del TS la protección del derecho recogido en el artículo 20 CE. Como límite de este predominio, sin embargo, se establecen los insultos o apelativos injuriosos hacia la persona, sea pública o privada, innecesarios para la información o la formación de la opinión (STC 105/1990). (P .S. S.)

8. Derecho al honor y libertad de información. Veracidad.—Las fronteras que separan tales derechos fundamentales se caracterizan por ser en gran medida mutables, dependiendo del análisis concreto de cada caso. La doctrina jurisprudencial otorga una mayor relevancia al artículo 20 CE en la medida en que su valoración llega a trascender a la realizada en los restantes derechos fundamentales (STC de 17 de mayo de 1986). Aun así, a la información o la comunicación de unos determinados hechos relativos a personas que ejercen función pública, le será exigible el requisito de la veracidad, siempre y cuando nos estemos refiriendo a asuntos de relevancia pública. En este sentido, tal requisito se nos presenta como una exigencia constitucional, basada en que «el informador tiene un especial deber de contrastar las fuentes de información en orden a comprobar la veracidad de los hechos» (SSTC 6/1988 y 105/1990).

La existencia de intromisión ilegítima en el honor de una persona con relevancia pública exige el examen detallado en momento anterior de los hechos que lo motivaron (posible registro y sustracción), con cierto interés público, pero a su vez, de la veracidad de tales hechos, o de las necesarias averiguaciones para concluir en tales afirmaciones. (STS de 24 de junio de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—La edición de un libro atribuye una serie de hechos al actor-recurrente, que los considera como intromisión ilegítima en su derecho al honor, y que consisten en las afirmaciones vertidas por el autor sobre la asistencia del perjudicado en reuniones de carácter político, ante la proximidad de las elecciones generales de 1977; pero básicamente en la publicación de una carta, de emisario anónimo, recibida por la esposa del autor, en la que se achacaba al actor tanto el envío de comunicación injuriando al autor del libro, como el supuesto registro y sustracción de documentos comprometedores de su propio despacho.

Se ejercita demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, solicitando la declaración judicial de intromisión ilegítima en el honor, así como la publicación de la S, supresión en nuevas ediciones de los párrafos alusivos a su persona, y una indemnización equivalente al precio de un ejemplar del libro. Se estima la demanda, que se recurre ante la Audiencia Provincial. En dicha S, se estima por el contrario el recurso de apelación, y posteriormente se plantea recurso de casación ante el TS.

NOTA.—Continúa esta S la línea argumentativa encaminada por el TC. Existe una prevalencia de la libertad de información recogida en el artículo 20, frente al derecho al honor, «en razón de su doble carácter de libertad individual y garantía institucional de opinión pública» dentro de un Estado democrático (STC 240/1992). Ello, sin embargo, exige como requisito unánime la veracidad en la información prestada sobre hecho de relevancia pública. Mas una veracidad condicionada no por la existencia real y específica de las circunstancias relatadas en la comunicación, sino en el deber de diligencia impuesto sobre la comprobación razonable de la veracidad que encamine al Juzgador a la

protección de la libertad de información sobre el derecho al honor; aún incluso si dicha información detentara errores circunstanciales, pero sin afectar éstos a la esencia de lo comunicado (STC 171/1990).

Por otro lado, este deber de diligencia da lugar a la privación de protección del informador que comunique simples rumores o insinuaciones no contratadas; la remisión a fuentes indeterminadas no aseguran el deber de comprobación, ya que al transmitir a la opinión pública la información, se hace responsable de su veracidad o no (STC 219/1992).

Mas el cumplimiento de este deber no se refiere a la exigencia de veracidad plena, por la que, ausente ésta, se privaría de protección, sino que únicamente nos referimos al deber de comprobación de datos objetivos, ya que «las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que al imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio» (STC 6/1988). (P. S. S.)

9. Derecho al honor y libertad de información. La veracidad de la información transmitida.—En los casos de colisión o conflicto entre el derecho al honor y la libertad de información, la jurisprudencia, coincidiendo con la doctrina sentada por el TC, «tiene perfectamente delimitado el ámbito de aplicación de los artículos 18.1 y 20.1.º d) CE, al proclamar la prevalencia del derecho a la información, sobre el derecho al honor, la intimidad personal o la propia imagen, cuando la información verse sobre hechos de carácter general, que tengan transcendencia pública e interés periodístico, afecten a la sociedad, estén revestidas de la necesaria veracidad, y no hayan empleado expresiones insultantes, insidiosas o difamatorias».

En concreto, se entiende que la veracidad de la información transmitida no es sinónimo de verdad objetiva o asepsia de la misma, no exigiéndose una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información para que ésta obtenga la protección constitucional. Asimismo habrá de entenderse por información veraz aquella que, aun siendo controvertible su total exactitud o incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado, haya sido obtenida de acuerdo con un razonable cuidado y una diligencia media profesionales, en orden a comprobar la veracidad de los hechos que se publican mediante las oportunas averiguaciones debidamente contrastadas con datos objetivos. (STS de 26 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La información aparecida en un periódico relacionando a una persona con el negocio de venta de armas a un país extranjero dio lugar a la presentación de una demanda incidental sobre protección del derecho al honor contra dicho periódico y su Director.

El Juez de Primera Instancia de Burgos, estimando las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo necesario y falta de competencia territorial, entró en el fondo del asunto y desestimó la demanda por entender que no había existido intromisión ilegítima. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Burgos desestimó el recurso y confirmó la sentencia de Primera Instancia. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—En la S que nos ocupa, la veracidad de los hechos que aparecen publicados en un periódico (la venta de armas a un país extranjero por parte de empresas vinculadas al demandante) se califica como una cuestión de hecho cuya apreciación corresponde en exclusiva al Tribunal *a quo* (tanto en Primera Instancia como en Apelación quedo sentada la veracidad de los hechos publicados) y no es susceptible, por tanto, de impugnación casacional.

No obstante ello, y a mayor abundamiento, el TS deja establecido que, aunque la afirmación anterior debe tener como excepción el caso en el que la Sala de Apelación hubiere llevado a cabo una interpretación valorativa de los hechos ilógica, absurda o contraria a la sana lógica, en este caso concreto la veracidad de los hechos queda sentada teniendo en cuenta que la noticia publicada era una reproducción resumida de un artículo más extenso publicado en una revista distinta, respecto al que no se había pedido ninguna aclaración o rectificación ni había dado lugar a reclamación alguna, y además, los hechos que se narraban habían sido probados, en lo sustancial, durante el proceso.

Respecto a la actividad de contraste de la información que se exige al informador se sienta el siguiente criterio: al profesional de la información sólo se le puede exigir la comprobación de las circunstancias básicas y los hechos que lógicamente hacen presuponer la información que publica, pues «si existen detalles desconocidos que desvirtúan la clara apariencia de un hecho, la averiguación y constatación de esas circunstancias de difícil o imposible conocimiento, no se le puede exigir al informador». En el mismo sentido pueden verse las SSTs de 6 de marzo de 1995, que se refiere a la veracidad respecto «a la esencia y sustancialidad de los datos publicados», y la de 30 de diciembre de 1995, en la que se establece que la labor de contraste debe referirse al «núcleo esencial» de la información. (A. G. C.)

10. Derecho al honor y libertad de información.—Es doctrina consolidada de la Sala que en el ámbito estricto de la intromisión ilegítima al honor, éste se encuentra integrado por dos aspectos en íntima conexión: el de la inmanencia, representado por la estimación que cada persona hace de sí misma, y el de la trascendencia, formado por el reconocimiento que los demás hacen de la dignidad. Cualquier lesión del derecho al honor se desenvuelve tanto en el marco interno de la propia esfera personal y familiar, como en el externo del ambiente social y profesional en el que cada persona se mueve. Por ello, en la valoración que lleva a cabo el tribunal han de tenerse en cuenta los usos sociales del momento, ya que las circunstancias políticas, sociales o de interés general influyen de manera determinante en la calificación que de las frases o publicaciones que se puedan hacer, puesto que cambios en la misma pueden desvirtuar la ilicitud civil de ciertas informaciones. Además la función valorativa de la información ha de realizarse sobre el conjunto de la misma, y en dicho juicio el texto publicado y difundido ha de interpretarse en su conjunto y totalidad «para valorar de este modo la significación verdaderamente difamatoria». La individualización de expresiones puede llevarnos a atribuirle un sentido distinto al que puede tener dentro de la totalidad de la publicación.

Cuando se produce una colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión, ésta prevalecerá siempre que la información transmitida sea veraz, y esté referida a asuntos que son de interés general, por las materias a las que se

refiere, y/o por las personas relacionadas con ella. De esta manera la libertad de expresión alcanza su máxima eficacia justificadora frente al derecho al honor, por su contribución a la formación de la opinión pública.

Los sujetos que desempeñan funciones públicas tienen el ámbito de protección de su derecho al honor más limitado que en los particulares por el hecho de desempeñar responsabilidades públicas.

Veracidad y hecho noticiable.—La veracidad de la información no lleva consigo la exigencia de verdad objetiva ya que «un artículo periodístico no es una mera descripción de hechos reales sino una reconstrucción o interpretación de los hechos, bien directamente percibidos, o bien adquiridos por otras fuentes». Siempre dentro del límite de lo tolerable en el ejercicio de la libertad de información, se puede adoptar una actitud crítica e incluso verter expresiones que tengan carácter hiriente, pero siempre que no lleguen a ser desmerecedoras o difamatorias en la consideración ajena de un sujeto. Dicha veracidad ha de acreditarse, ya sea «por documentos, testimonios o indicios».

Por lo que respecta a la información, puesto que el carácter «noticiable» viene dado por el interés general que tenga el hecho, aquellas informaciones que aun siendo veraces no estén en íntima conexión con el hecho noticiable, quedarán excluidas de la libertad de información, y por tanto merecerán el calificativo de atentatorias. De ahí la relevancia que para la noticia tiene la doble actividad funcional y privada de uno de los sujetos, y por contra, la intrascendencia de errores circunstanciales que puedan aparecer en la misma.

No resulta atentatorio el hecho de relatar una actividad que se desenvuelve en ámbitos públicos, tal como la participación asidua a concentraciones y manifestaciones convocadas por una asociación, ni la pertenencia o militancia en un partido político.

Medidas cautelares, reparadoras y preventivas.—El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos permite al órgano jurisdiccional la adopción de todas aquellas medidas necesarias comprendidas en los núms. 2 y 3 del artículo 9 de la LO 1/1982, de 5 de mayo. La adopción de las mismas es potestativa por parte del órgano jurisdiccional. (STS de 5 de julio de 1996; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Como consecuencia de las noticias publicadas en el Diario E, en relación con la explotación irregular de una empresa de tragaperras por cargos de un partido político, se inició un procedimiento por los sujetos a los que en dicho reportaje se les relacionaba con ciertas actividades fraudulentas de la empresa, bien por ser titulares, bien por haber procedido a la adquisición, o por encontrarse vinculado a la misma por un contrato laboral y desempeñar en su seno tareas puramente administrativas. Solicitada la declaración del carácter atentatorio contra el honor de la información publicada así como la condena al pago de la correspondiente indemnización por los responsables de la misma, el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Recurrido el fallo en apelación, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso y declaró el carácter atentatorio del reportaje en relación a tres de los cinco recurrentes. Formulado recurso de casación por ambas partes, el TS desestimó el recurso interpuesto por los demandantes, casando parcialmente la sentencia de apelación.

NOTA.—La doctrina mantenida por el TS en los supuestos de colisión de derecho al honor y libertad de información, en la misma línea que la del TC, se apoya en la veracidad y el carácter noticable del hecho para desvirtuar la ilicitud de la intromisión en el honor de un sujeto. La libertad de información del artículo 20.1 d) CE presenta un aspecto bifronte: de libertad individual, y de garantía institucional de una opinión pública, libre y plural, propia de un Estado democrático. En el supuesto enjuiciado la veracidad se analiza no tanto desde la conducta diligente que ha de observar un profesional de los medios de comunicación, sino desde la necesidad de prueba de la adecuación de la información publicada a la realidad de los hechos.

El TS pone de relieve cómo no toda información ajena al hecho noticable, aunque pueda resultar hiriente o desafortunada, merece la consideración de intromisión ilegítima cuando estamos aún dentro de lo tolerable en el ejercicio de la libertad de expresión. (R. D. O.)

11. Derecho al honor y derecho de información. Colisión entre ellos y prevalencia del honor: falta de constatación de la veracidad de las imputaciones.—El derecho a la información no es absoluto, está sometido a límites, como el respeto al derecho de los demás (SSTC 172/1990, de 5 de noviembre; 197/1991, de 17 de octubre). La utilización de expresiones innecesarias y atentatorias al honor provocan la pérdida del interés general de la información en la formación de la opinión pública y por tanto desaparece la causa que justifica su prevalencia sobre el resto de los derechos, y en concreto, en este caso, sobre el honor. La libertad de expresión y consecuentemente de información tendrá su límite inmediato en la ausencia de expresiones injuriosas o vejatorias, sin relación con las ideas y opiniones que se expresan. De no respetarse dicho límite, habrá de prevalecer el derecho al honor. De igual modo, prevalecerá el derecho al honor sobre el derecho a la información, cuando se difundan hechos como no veraces. La veracidad se manifiesta, a estos efectos, como exigencia de un deber de diligencia en la comprobación de la certeza de la información, no en términos absolutos, sino atendiendo a «un mínimo de diligencia en la búsqueda de la verdad»; o lo que es igual, no actuar con manifiesto desprecio hacia la verdad. Prevalece, en este caso, el derecho al honor, a pesar de que el asunto sea de «interés general», entendiendo por tal para este supuesto el relativo a una determinada comunidad. Estamos ante un ejercicio abusivo de las facultades concedidas por el artículo 20.1 CE, concretándose el mismo en la innecesariedad e inoportunidad de determinadas expresiones, y en la falta de veracidad de los hechos comunicados. Es éste un caso en el que la información que se ha transmitido ha quedado desvirtuada por las opiniones y juicios de valor de todo punto innecesarios que han hecho perder ese «interés general» que se preconiza de toda noticia. En este sentido la STC 105/1990, de 6 de junio, declara que «... no cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor de información o de formación de la opinión que se realiza, supone un daño injustificado a la dignidad de la persona o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería además incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el artículo 10 del Texto Fundamental. Lo que ha llevado al Tribunal a fallar en contra del amparo del derecho a la libertad de expresión» (SSTC 42/1995, de 13 de febrero; 76/1995, de 22 de mayo; 78/1995, de 22 de mayo).

Honor y fama entendida como reputación o prestigio profesional. Intromisión ilegítima.—El prestigio profesional es la opinión que las demás personas tienen de la excelencia de un sujeto en su profesión o arte, y no tiene protección específica. Se integra en el patrimonio espiritual de los seres humanos. Todos tienen derecho a alcanzarlo, con una actuación correcta, y consecuentemente a defenderlo frente a intromisiones ilegítimas, que tienden a desvirtuarlo o destruirlo. La Jurisprudencia más reciente ha defendido la integración de esta reputación profesional en el concepto de honor (SSTS de 20 de diciembre de 1993, 24 de mayo de 1994, 12 de mayo de 1995), pues son dos los aspectos integrantes del mismo: el de la inmanencia o mismicidad, representado por la estimación que cada persona hace de sí misma (criterio subjetivo), y el de la trascendencia o exterioridad (criterio objetivo), integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad. Es este último el criterio en el que quedará incluida la fama como «honor profesional» o «reputación profesional», y habrá de suponer en el orden práctico la extensión de la normativa protectora del honor a los posibles ataques a la reputación profesional (SSTS de 11 de febrero de 1992 y 4 de febrero de 1993). Existe otra teoría que defiende la distinción entre honor y prestigio profesional. Así, mientras el honor quedaría protegido por la LO 1/82 de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; el prestigio profesional quedaría protegido por la vía del artículo 1902 CC, siempre y cuando se demostrase la existencia de un daño moral digno de ser indemnizado. El TC, en sentencia de 14 de diciembre de 1992, se ha mostrado partidario de incluir la reputación profesional dentro del concepto de honor. (STS de 31 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Mauricio H. P. y don Mariano J. S. interpusieron demanda sobre protección al honor (prestigio profesional) contra la *Asociación Campesina Abulense (ACA)* y don Juan Ignacio de A. S., la cual fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia. Recurriendo la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial de Ávila la revocó, confirmando la absolución de don Juan Ignacio de A. S. y declarando la intromisión ilegítima en el derecho al honor de los actores y apelantes por parte de la Asociación citada, condenándole a publicar a su costa los fundamentos y el fallo de la sentencia en el *Diario de Ávila*, y a abonar 250.000 pesetas a cada uno, sin expresa imposición de costas en las Instancias. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la *Asociación Campesina Abulense* y por don Juan Ignacio de A. S.

NOTA.—Vuelven nuevamente a confundirse los derechos que se reconocen en el art. 20.1 a) y d) CE. Se han transgredido, una vez más, los límites de la libertad de expresión e información, con la formulación de imputaciones carentes de la más mínima justificación, en aras de una mal entendida «formación de la opinión pública». No pueden, por tanto, merecer protección constitucional aquellas conductas que, siempre enarbolando la bandera de la libertad de información, traspasan los límites de la mera crítica, a través de la utilización de expresiones inequívocamente vejatorias e innecesarias. (M. J. G. A.)

12. Derecho al honor. Responsabilidad extracontractual por hechos ajenos.—En un supuesto de responsabilidad civil extracontractual por hechos ajenos a que alude el párrafo 4.º del artículo 1903 CC, en este caso, de una Corporación municipal por la difusión de una nota informativa elaborada por miembros

de su Policía Municipal, que atentaba al honor del demandado, se declara aplicable dicho precepto aun cuando se desconocía quién de los agentes había realizado la conducta culposa o dolosa (la remisión de la nota a los medios informativos en los cuales fue publicada) puesto que ello no modifica la responsabilidad directa de la Corporación. No se trata, por tanto, de un supuesto de responsabilidad del miembro indeterminado de un grupo (*vid.* SSTS de 8 de febrero de 1983 y 13 de septiembre de 1985) porque no se demandó a ninguno de los miembros del grupo (los agentes de la Policía Municipal). (STS de 15 de marzo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Miembros de la Policía Municipal elaboraron una nota informativa dirigida a una Corporación Municipal sobre un vecino, en la que se decía: «el citado entre la vecindad tiene fama de bebedor, juerguista y poco trabajador, por cuyo motivo tiene problemas familiares»; nota que fue divulgada por diversos medios informativos, desconociéndose quién de dichos agentes la había remitido a los mismos. Por este motivo, el actor formuló demanda Jurisdiccional del derecho al honor, a la intimidación personal y familiar y a la propia imagen contra la Corporación Municipal y contra el Sr. Alcalde Presidente de la misma.

El Juez de Primera Instancia de Santander desestimó la demanda y absolvió a ambos demandados. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Burgos estimó de oficio que no se había dado intervención en la causa al Ministerio Fiscal, siendo la misma preceptiva, declaró la nulidad de lo actuado dejando sin efecto la anterior sentencia y ordenó que se repusieran las actuaciones al momento de dar audiencia al Ministerio Fiscal en Primera Instancia. Recaída nueva sentencia en esta Primera Instancia se estimó la demanda y se condenó a la Corporación Municipal al pago de una determinada cantidad en concepto de indemnización, absolviendo al otro demandado. Apelada también esta sentencia, la Audiencia Provincial la modificó en el único sentido de aumentar el *quantum* indemnizatorio. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo. (A. G. C.)

13. Levantamiento del velo.—La teoría del levantamiento del velo, de origen jurisprudencial norteamericano (*lifting the veil*), está plenamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia españolas. Mediante la misma, se procede a penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar una simulación en la constitución de una sociedad con la que se puedan perjudicar intereses públicos o privados, o bien que se utilice como camino de fraude en daño de terceras personas, ya sean físicas o jurídicas (art. 6.4 CC), o contra el interés de los socios por un ejercicio antisocial de su derecho, es decir, un mal uso de su personalidad jurídica (art. 7.2 CC).

La utilización de esta técnica ha de ser cuidadosa y en casos extremos, cuando no haya más remedio y «no puedan esgrimirse otras armas sustantivas y procesales», ya que la personalidad jurídica es una teoría que ha logrado «grandes y eficaces éxitos para la expansión financiera y económica». Es un mecanismo de carácter subsidiario con el que «se busca reponer, en sus justos límites, una situación patrimonial alterada y menoscabada por una operación fraudulenta» y evitar

la frustración de los derechos de terceras personas, ya sean físicas o jurídicas, como el caso que nos ocupa.

Diferencia entre la teoría del «levantamiento del velo» y la teoría de «rasgar el velo».—Si bien ambas tienen en común su origen, pues proceden de la jurisprudencia anglosajona, distinta es la consecuencia a la que se llega cuando se aplica una u otra. Mientras que la teoría del *levantamiento del velo* o *lifting the veil* lo que pretende es corregir abusos que se produzcan amparándose en la personalidad jurídica de sociedades, la aplicación de la teoría de *rasgar el velo* o *piercing the veil* aniquila la sociedad, haciendo desaparecer su personalidad jurídica. Suprimida dicha personalidad jurídica, nos encontramos ante una única sociedad y un único patrimonio sobre los que hacer efectivas las deudas y obligaciones que hubiesen contraído ambas sociedades. Por ello, declarada la interdependencia patrimonial y personal entre la sociedad recurrente y la firma «M. C., S. A.», y la situación de montaje, cuya finalidad era defraudar a terceros, se procede a penetrar en el *substratum* de dichas sociedades, mediante el *levantamiento del velo*, y manteniendo la personalidad jurídica de ambas sociedades, no admitir una tercería de dominio por realizarse en fraude de ley y con la finalidad de frustrar legítimos intereses de terceros.

Contrato de compraventa y tercería de dominio.—Teniendo declarada la interdependencia patrimonial y personal de ambas sociedades, procede aplicar con respecto al contrato de compraventa celebrado entre la sociedad ejecutada y la tercerista la «teoría anulatoria de los actos preconizada en la tesis del levantamiento del velo», al quedar demostrado que dicho contrato constituyó una operación societaria inadmisibles «desde el punto de vista de la buena fe jurídica». (STS de 17 de octubre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil G. C., S. A., promovió tercería de dominio sobre los bienes embargados en un juicio ejecutivo, en concreto material informático y mobiliario de oficina instado por la entidad mercantil P.S. J., S.A. contra la entidad M. C., S. A. La sociedad tercerista alegaba su titularidad dominical sobre dichos bienes en virtud de un contrato de compraventa de dichos bienes celebrado con la sociedad ejecutada.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de tercería. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial revocó la sentencia de Primera Instancia, declarando no haber lugar a la tercería de dominio. El TS desestima el recurso y confirma la sentencia recurrida.

NOTA.—El TS mantiene como doctrina reiterada de la Sala Primera la teoría del levantamiento del velo como medio corrector de los abusos a los que lleva la personalidad jurídica de las sociedades y entidades mercantiles. En el supuesto que nos ocupa, declarada la interconexión patrimonial y personal entre las sociedades tercerista y ejecutada, el TS aplica la teoría del levantamiento del velo no para hacer desaparecer la personalidad jurídica de una de las sociedades y declarar la existencia de confusión de patrimonios, y por tanto, la comunicabilidad de responsabilidad patrimonial entre las mismas, sino para declarar como inadmisibles un contrato de compraventa entre ambas que hubiese permitido a la sociedad demandante mantener su posición de tercerista.

Respetadas las personalidades jurídicas de ambas sociedades, el contrato de compraventa del material objeto del embargo es un contrato celebrado entre dos sociedades para eludir la responsabilidad patrimo-

nial universal del artículo 1911 CC, y con abuso de la personalidad jurídica. Si bien el TS procede a aplicar lo que el mismo denomina como «teoría anulatoria», varias son las posibilidades que el ordenamiento nos ofrece para dejar sin efecto dicho contrato de compraventa. Podemos entender que el contrato adolecería de causa ilícita y que por tanto, en virtud del artículo 1275 CC, sería nulo. Por otra parte, si el contrato hubiera sido realizado en fraude de acreedores el medio para la ineficacia del mismo, y si concurren todos los requisitos necesarios, sería la rescisión de dicho contrato al amparo del artículo 1290.3 CC. (R. D. O.)

14. Derecho de asociación.—Debemos encuadrar la cuestión objeto de estudio dentro de la problemática general del derecho fundamental a la libertad de asociación. El punto de partida es el hecho de que dicho derecho fundamental puede ser violado no sólo por los poderes públicos sino también por personas privadas, tanto físicas como jurídicas. La segunda cuestión sería la determinación de que el control sobre la causa y el medio de expulsión de un asociado queda dentro del ámbito de la intervención judicial. Consecuencia lógica de dicho control es la consideración de que si la tramitación de la expulsión se realizara con manifiesta indefensión del asociado expulsado, procedería la anulación de la misma por inculcarse un derecho fundamental. Se trata ésta de una doctrina desarrollada por nuestro TC en SS 218/1988, de 22 de noviembre, y 96/1994, de 21 de marzo, entre otras, en las que se ha entendido lícita la intervención judicial en el control de las expulsiones de asociados por las asociaciones, doctrina que resulta aplicable al supuesto de expulsión de un miembro de un partido político.

Esta exposición nos lleva finalmente al problema subyacente. Esto es, que cuando la impugnación de la expulsión se realice mediante el cauce de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, no cabe considerar que el derecho lesionado sea el de continuar en el grupo, sino que sólo será impugnable la expulsión cuando se haya inculcado otro derecho fundamental ya sea por la causa de la expulsión (referimos la posibilidad de que dicha causa atentase al derecho a la libertad de expresión) o ya sea por la forma de la expulsión (referimos la posibilidad de que por faltar las mínimas formalidades procesales se haya producido una verdadera indefensión), exigencia de violación de otro derecho fundamental que fue la *ratio decidendi* de la STS de 7 de octubre de 1993. En concreto en el supuesto objeto de estudio, la resolución de expulsión no estaba motivada. Es obligado entender que se produce dicha indefensión cuando una resolución no se realiza de forma motivada, pues de acuerdo con la doctrina de la STS de 25 de febrero de 1989, no debe confundirse la discrecionalidad con la arbitrariedad, dado que la arbitrariedad se encuentra vetada no sólo por la jurisdicción ordinaria sino por la propia Constitución. Por tanto es aquí aplicable la obligación de los jueces y tribunales de motivar las sentencias que dicten, dado que la resolución razonada de las cuestiones enjuiciadas es necesaria para el control de los procesos deductivos empleados al resolver. Dicha exigencia de obtener una resolución fundada en derecho es un verdadero derecho fundamental de la persona que forma parte de la tutela judicial efectiva prevista por nuestro texto constitucional. (STS de 13 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La agrupación local de Torremolinos del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) abrió expediente disciplinario a don F. P. T. y a don A. G. C. Decisión que les fue comunicada para que realizaran cuantas alegaciones estimaran pertinentes. Hechas las alegacio-

nes y sin avenencia, el Comité Ejecutivo Federal resolvió la expulsión de don F. P. T. y don A. G. C. del partido, resolución confirmada por el Comité Federal de Conflictos de dicho partido. Don F. P. T. y don A. G. C. entablaron demanda ante el Juez de primera instancia de Málaga solicitando la anulación del acuerdo de expulsión realizado por el PSOE. Dicha demanda fue estimada por la sentencia dictada en primera instancia. Recurrída en apelación resultó revocada por la Audiencia Provincial de Málaga. Interpuesto recurso de casación, el TS entendió no haber lugar al recurso.

NOTA.—El TS, al denegar el recurso de casación, en realidad no hace sino asumir el razonamiento esgrimido en el FJ 4.º de la sentencia recurrida, esto es, el hecho de que las decisiones adoptadas de expulsión no establecieran ni tan siquiera una sucinta relación de hechos, ni tampoco motivación razonada, limitándose a la mención de los preceptos aplicables. Ello, según el parecer de la Audiencia, privaba a los apelantes de su derecho a impugnar. Más aún, la sentencia recurrida llegó a afirmar que en realidad lo acordado no reunía los requisitos mínimos para denominarse «resolución», pues carecía de «motivación». Por tanto el TS entiende que en este supuesto sí se ha producido indefensión puesto que no es posible que las asociaciones sean juez y parte suplantando el derecho a la tutela judicial efectiva. (*J. M. T. P.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

15. Reconocimiento de deuda. Necesidad de existencia de causa.—Es doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS de 28 de marzo de 1983, 20 de noviembre de 1992 y 11 de marzo de 1993) la que afirma que para que el reconocimiento de deuda sea válido debe tener una causa, pues en caso de inexistencia o de ilicitud de causa no producirá efecto alguno.

La causa. Elemento esencial de todo negocio jurídico.—Tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS de 3 de febrero de 1973 y 30 de diciembre de 1978) señalan que en todo negocio jurídico debe existir una causa. El artículo 1275 CC afirma que cuando la causa sea inexistente o ilícita, el negocio será ineficaz. Asimismo afirman que el artículo 1277 CC es un precepto de carácter probatorio y procesal que establece la inversión de la carga de la prueba, sin que ello niegue el carácter causal de nuestro sistema.

Existencia de causa. Apreciación por los Tribunales.—Es competencia de los Tribunales de instancia, al ser una cuestión de naturaleza fáctica, apreciar la existencia o inexistencia de causa en los contratos (STS de 4 de febrero de 1995). Dicha apreciación sólo puede impugnarse en casación alegando error de derecho en la valoración de la prueba. (STS de 22 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia del fallecimiento de don H. S. V. se disuelve y liquida la sociedad irregular formada por los hermanos don L. S. V. y el fallecido don H. S. V. La heredera de este último, su hija doña I. S. M., reconoce en un documento que su padre, don H. S. V., tenía una deuda contraída con don L. S. V.

Don L. S. V. interpone demanda contra doña I. S. M., entre otros, suplicando se condene a la demandada, en virtud del reconocimiento de deuda realizado por ésta, al pago de cierta cantidad de dinero, así

como que se reconozca el pleno dominio del demandante sobre la mitad indivisa de determinadas fincas adjudicadas a la demandada por su condición de heredera de don H. S. V.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima y confirma la sentencia de primera instancia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

16. Resolución del contrato. Frustración del fin del contrato.—Cuando uno de los contratantes de la obligación que le incumbe frustrare el fin del contrato para la otra parte, que ha cumplido lo que a ella le corresponde, se da un supuesto que permite la resolución de las obligaciones recíprocas. El fin del contrato era en este caso la construcción de unas viviendas. Tal fin estaba establecido explícitamente. Además se pactó expresamente la resolución del contrato para el caso de no obtener la autorización que permitiese la construcción.

Novación del contrato.—La novación sea modificativa, sea extintiva, nunca se presume ni puede inferirse de meras conjeturas, debiendo constar de un modo inequívoco la voluntad de novar. Así, a pesar de pagar el precio sin haberse cumplido la condición (el otorgamiento de una autorización administrativa), no se puede deducir de ello la novación. Probablemente influyó en la decisión del tribunal que existieran en este supuesto indicios de que el demandante pensaba que la condición estaba cumplida. (**STS de 28 de marzo de 1996**; ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes adquirieron una parcela con la finalidad de construir en ella dos viviendas unifamiliares, obligándose la entidad vendedora a obtener del Ayuntamiento la autorización necesaria para dicha construcción. A pesar de supeditarse el pago del precio y el otorgamiento de escritura a la obtención la citada autorización, los demandantes pagan antes de la obtención de la autorización, que es finalmente denegada por el Ayuntamiento. Se pretende la resolución del contrato de compraventa. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia desestimó el recurso de apelación. El TS estima el recurso de casación. (*P. A. N.*)

17. Acción para exigir el cumplimiento del derecho de opción. Plazo de prescripción. Cómputo del plazo.—La acción que protege el derecho de opción de compra está sometida a un plazo de prescripción, que comenzará a contarse, conforme al artículo 1969 CC, desde el día en que se pudo ejercitar dicha acción, es decir, desde el momento en que el optante tiene conocimiento de que su derecho de opción ha sido violado por el concedente, al incumplir éste sus obligaciones.

Duración del derecho de opción de compra.—Es perfectamente válido, en virtud del artículo 1255 CC, que las partes acuerden que el derecho de opción de compra tenga una duración igual a la de un contrato de arrendamiento, incluyendo sus prórrogas. El artículo 14 LH no es aplicable para determinar el momento de caducidad del derecho de opción, pues dicho precepto se refiere exclusivamente a los requisitos que debe reunir el contrato de opción para poder tener acceso al Registro de la Propiedad (STS de 14 de marzo de 1991).

Modificación de las prestaciones pactadas como consecuencia de la alteración de la base del negocio. Requisitos.—Según la jurisprudencia (SSTS de 4 de febrero y 15 de marzo de 1994), para que proceda modificar por los Tribunales las prestaciones que se han pactado en un contrato deben concurrir los

siguientes requisitos: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las que existían en el momento de celebrar dicho contrato; b) desequilibrio entre las prestaciones de las partes contratantes; c) que el desequilibrio entre las prestaciones se haya producido por circunstancias imprevisibles en el momento de celebrar el contrato. (STS de 29 de mayo de 1996; ha lugar en parte.)

HECHOS.—En virtud de un contrato de arrendamiento con opción de compra, el optante ejercitó, en tiempo y forma, su derecho de opción de compra sobre un inmueble. Ante la negativa del concedente de la opción a otorgar escritura pública de compraventa del bien inmueble, el optante interpuso demanda solicitando, entre otros pronunciamientos, que se declarase la obligación del concedente de otorgar la mencionada escritura pública.

El demandado formuló reconvencción, suplicando se declarara la caducidad o nulidad de la opción y, en su defecto, que se corrijan las prestaciones para evitar el desequilibrio existente entre las prestaciones.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la reconvencción. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, confirmando la sentencia dictada en primera instancia. Interpuesto recurso de casación, el TS casa la sentencia de la Audiencia Provincial, estima la demanda y desestima la reconvencción. (M. J. P. G.)

18. Opción de compra. Acto de naturaleza dispositiva.—Según reiterada jurisprudencia de este Tribunal (SSTS de 9 de octubre de 1987, 24 de octubre de 1990 y 23 de diciembre de 1991), la opción de compra constituye un acto de naturaleza dispositiva, pues por el simple hecho de conceder un derecho de opción de compra sobre un bien, el concedente de dicho derecho queda obligado a la consumación de la compraventa, sin perjuicio de que hasta que el optante no ejercita su derecho de opción no se transmite la propiedad del bien sobre el que recae la opción.

Opción de compra. Caracteres.—Existe una consolidada doctrina jurisprudencial (SSTS de 23 de marzo de 1945, 10 de julio de 1946, 22 de junio y 17 de noviembre de 1966, 12 de julio de 1979 y 8 de marzo de 1991, entre otras) que señala que la opción de compra es una figura *sui generis*, diferente del *pactum de contrahendo*, con sustantividad propia, por medio de la cual el optante obtiene, en exclusiva, la facultad de prestar su consentimiento en el plazo convenido a la oferta de venta, que es vinculante para el concedente al no poderla retirar durante dicho plazo. Asimismo se afirma que cuando el optante ejercita la opción dentro del plazo señalado y llega a conocimiento del concedente, se perfecciona de forma automática el contrato de compraventa, sin que el concedente pueda realizar ningún acto que frustre su eficacia. El contrato de opción de compra obliga al concedente a no vender a nadie la cosa prometida durante el plazo que se ha señalado y a realizar la venta a favor del optante, si éste ejercita su derecho de opción (STS de 14 de mayo de 1991).

Arrendamiento de larga duración. Acto de disposición.—Con apoyo en el artículo 1548 CC y la jurisprudencia que interpreta dicho precepto (SSTS de 9 de junio de 1913, 18 de diciembre de 1973 y 12 de noviembre de 1987, entre otras), se afirma que cuando un arrendamiento tiene una duración superior a los seis años excede del ámbito de la mera administración, convirtiéndose en un acto de disposición. (STS de 7 de marzo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante interpuso demanda contra su marido y otros sujetos, suplicando la nulidad de un contrato de arrendamiento con opción de compra sobre un bien ganancial, cuya duración era de veinticinco años, otorgado por su marido sin su consentimiento.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, confirmando la sentencia dictada en primera instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

19. Compraventa.—La prohibición del artículo 1459.2.º CC, aunque debe interpretarse de forma restrictiva, por aplicación del principio de derecho *odiosa sunt reistrigenda*, incluye no sólo los casos de autocontratación, sino, además, a aquellos otros que ofrezcan riesgos de abuso por implicar una colisión de intereses.

Autocontratación.—El fraude no puede presumirse, sino que debe acreditarse.

Mandato.—El mandatario no tiene que recabar para cada actuación la conformidad de su mandante, sino que sólo tiene que asegurarse que el precio resulte adecuado.

Indefensión.—Rechazar por dudosos motivos procesales un documento indubitado trascendente para el enjuiciamiento de los hechos, constituye un clara violación del artículo 24 CE. (**STS de 23 de julio de 1996**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. E. A. actuó en escritura pública de compraventa de unas fincas en concepto de vendedor, como mandatario y apoderado de don J. F. L. Como vendedor actúa don L. C. F. S.—F, coapoderado de A. E. A., e hijo de don J. F. L., en nombre y representación de la mercantil *Agropecuaria de Caya, S. A.*, de la cual don L. C. F. S.—F es titular de la práctica totalidad de las acciones.

La venta se realizó a instancia de don L. C. F. S.—F, ya que es él quien ordena el otorgamiento de la escritura al otro mandatario y quien fija las condiciones esenciales de la compraventa, pues don J. F. L., gravemente enfermo, había indicado en reiteradas ocasiones a don A. E. A. que debía obedecer las órdenes de su hijo.

Una vez fallecido don J. F. L., otro de sus hijos interpone demanda en juicio declarativo de mayor cuantía, solicitando que se declare la nulidad de la compraventa y que se anulen las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad.

Estimada la demanda en Primera Instancia, la Audiencia Provincial de Madrid desestima el recurso de apelación, confirmando la sentencia recurrida. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*I. G. F.-D.*)

20. Venta con reserva de dominio. Finalidad.—Las ventas con reservas de dominio son instrumentos jurídicos para garantizar el pago de lo que se vende, pues en caso de incumplimiento del comprador se produce la resolución expresa del contrato.

Venta con reserva de dominio. Ejercicio de tercería de dominio.—El TS declara (SSTS de 17 de julio de 1993 y 23 de febrero de 1995) que en la venta con reserva de dominio, el comprador podrá ejercitar la tercería de dominio aunque no haya abonado la totalidad del precio en el momento de producirse el embargo del bien por una deuda del vendedor. (**STS de 3 de julio de 1996**; no ha lugar.)

HECHOS.—Con posterioridad a la celebración de un contrato de compraventa con pacto de reserva de dominio se decreta el embargo de los bienes por deudas de los vendedores. La compradora de los bienes interpone demanda ejercitando una tercería de dominio contra el ejecutante y los ejecutados (vendedores) por el embargo, solicitando se declare que la demandante es la titular de los bienes y que se ordene el levantamiento del embargo trabado sobre dichos bienes.

El ejecutante del embargo formuló reconvención, suplicando se declarase la nulidad de los contratos de compraventa con reserva de dominio.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y la reconvencción. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia y estima la demanda. El TS desestima el recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

21. Resolución de contrato de compraventa de inmueble. Artículos 1124 y 1504 CC.—Para ejercitar la acción resolutoria de una compraventa de inmueble es preciso reunir los requisitos de los artículos 1124 y 1504 CC, ambos complementarios. Además el artículo 1504 CC exige para la resolución que el vendedor requiera al comprador mediante acto jurídico complejo integrado por una declaración unilateral de voluntad consistente en que el ejercicio de la resolución se condiciona al cumplimiento del pago. Es válido el requerimiento en el que se condiciona la resolución al pago de las cantidades adeudadas en un plazo que discrecionalmente concede al vendedor al comprador. (**STS de 21 de junio de 1996**; no ha lugar.)

HECHOS.—Se plantea demanda solicitando la resolución de una compraventa de un bien inmueble. Ante la falta de pago, hubo distintos requerimientos, anunciando de manera subsidiaria el ejercicio de una acción resolutoria. El Juzgado de Primera Instancia dictó la resolución, siendo ésta confirmada por la Audiencia. (*P. A. N.*)

22. Donación *mortis causa*.—La donación *mortis causa* requiere forma testamentaria y voluntad del donante de conservar la propiedad de la cosa hasta su muerte. Por ello, la donación hecha mediante escritura pública y aceptada por el donatario, sin que conste la voluntad del donante de conservar la propiedad de los bienes hasta su fallecimiento, no se considera donación *mortis causa* aunque el donante mantenga su posesión con el consentimiento del donatario.

Revocación de la donación *mortis causa*.—Debe hacerse en testamento y de forma suficientemente expresiva de la voluntad de revocar, no pudiendo aplicarse analógicamente el artículo 869.2 CC referente a la ineficacia de un legado cuando el testador enajena la cosa legada.

Cualidad de tercero hipotecario.—Requiere la validez del acto adquisitivo del tercero, condición que no se cumple cuando, como en este caso, tal contrato es declarado inexistente e ineficaz.

Aplicabilidad del artículo 1473 CC referido a la doble venta.—Dicho precepto se aplica cuando se celebra una segunda venta antes de la consumación de la primera —porque en otro caso será un supuesto de venta de cosa ajena—, no operando cuando la transmisión ha sido por título distinto a la compraventa.

Excepción de litisconsorcio pasivo necesario.—Dada la finalidad esencial del instituto del litisconsorcio pasivo necesario de impedir que quien no ha sido parte en el proceso quede afectado por la sentencia, no procede estimar tal excep-

ción cuando no se demanda a un tercero hipotecario, protegido por la fe pública registral, el cual no puede ser afectado por la sentencia. (STS de 25 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Mediante escritura pública don R. M. C. donó en 1985 a su hija adoptiva, doña C. M. M., un piso y una plaza de aparcamiento, los cuales fueron aceptados por ésta en la misma escritura, sin que los inscribiera en el Registro de la Propiedad. El donante continuó viviendo en el piso. En 1988 don R. M. C. vendió, a través de escritura pública, la nuda propiedad de los mismos bienes, reservándose el usufructo vitalicio, a su sobrino, que los inscribió en el Registro de la Propiedad a su nombre y al de su esposa. Días más tarde, otorgó testamento abierto en el que instituía heredera a su hija adoptiva sólo en cuanto a lo que por legítima le correspondiera, declarando que nada tendría que percibir del caudal relicto, pues computando y colacionando lo recibido en vida del causante quedarían satisfechos sus derechos; e instituía heredero en cuanto al tercio de libre disposición a su sobrino. Fallecido don R. M. C., su hija requirió notarialmente al matrimonio mencionado para que se abstuviera de llevar a cabo acto alguno de disposición, enajenación o gravamen respecto de los bienes citados hasta que se resolviera el litigio, pese a lo cual, los cónyuges vendieron el piso y la plaza de garaje a un tercero que los inscribió a su nombre en el Registro de la Propiedad.

Doña C. M. M. interpuso demanda contra el matrimonio y la herencia yacente. El Juzgado de Primera Instancia no entró a conocer sobre el fondo del asunto al estimar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario opuesta por un demandado. La Audiencia estimó el recurso de apelación de la demandante, declarando ineficaz la compraventa de 1988, nulas las inscripciones registrales derivadas de ésta y válida la donación, condenando al matrimonio a reintegrar a la demandante el valor de los bienes, cantidad que debería ser imputada a su legítima. (A. G. G.)

23. Responsabilidad decenal del promotor. Tanto de manera individualizada, como compartida con otros sujetos responsables, conforma doctrina jurisprudencial consolidada.—Aunque no se le mencione en el artículo 1591 CC, el promotor tiene una intervención decisiva en el proceso constructor, el cual controla en muchos aspectos, y su responsabilidad puede equipararse a la del contratista de la obra en caso de concurrencia de varias causas sin posibilidad de discernir las correspondientes responsabilidades de cada uno. El lucro económico que obtiene el promotor refuerza sus responsabilidades por ejecuciones deficientes.

No procede el litisconsorcio pasivo necesario, aun cuando los obligados a responder lo sean de manera solidaria, sin perjuicio de la relación interna de los deudores solidarios para reclamarse el prepago de la parte de la deuda que pudieran corresponderles, si acreditan que no tuvieron responsabilidad alguna en el defecto constructivo. La responsabilidad así entendida se establece como de solidaridad impropia, y lo es en beneficio de los perjudicados, sin ser definitiva, sino un mero instrumento apto para evitar que los implicados eludan sus obligaciones de acuerdo con el artículo 1591 CC.

Concepto de ruina. Saneamiento por vicios ocultos: no procede.—Entran dentro del concepto de ruina potencial las deficiencias en las cubiertas de las terrazas, causantes de humedades, por reputarse defectos graves al impedirse el

normal disfrute de la edificación, y representar un riesgo potencial de llegar a hacerla inútil. No juega en este caso la responsabilidad por vicios ocultos del contrato de compraventa, sujeta al plazo de caducidad de seis meses del artículo 1490 CC, sino la del artículo 1591 CC, cuyo plazo de garantía de diez años asegura una adecuada protección de los consumidores y usuarios. El plazo de prescripción de dicha acción son los quince años que señala el artículo 1964 CC. (STS de 21 de marzo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La Comunidad de propietarios del edificio Lilian, de Santa Cruz de Tenerife, demanda al promotor y al contratista de las obras de construcción del edificio, reclamando la reparación de graves daños causados por la existencia de humedades debidas a defectos en la impermeabilización de las cubiertas de las terrazas.

Estimada la demanda en el Juzgado de Primera Instancia, los demandados plantearon apelación ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, la cual confirma la sentencia recurrida. El promotor interpone recurso de casación ante el TS, el cual declara no haber lugar al recurso. (I. G. F.-D.)

24. Artículo 1591 CC. Responsabilidad del promotor por ruina del edificio.—Es jurisprudencia consolidada el incardinar la figura del promotor dentro del concepto de contratista del artículo 1591 CC, atribuyéndole la responsabilidad propia de éste, especialmente cuando el promotor, por su cuenta y beneficio, encarga a un tercero la realización de una obra con vistas a destinar el producto de la misma al tráfico con terceros.

Prescripción de la acción.—El plazo de diez años del artículo 1591 CC es un plazo de garantía, en el sentido de que el contratista y el arquitecto responden de los defectos que aparezcan en ese término. La acción para reclamar tal responsabilidad prescribe a los quince años (art. 1964 CC) desde la aparición del defecto. (STS de 3 de mayo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Una comunidad de propietarios interpuso demanda contra el promotor, el arquitecto y el constructor del edificio sobre reclamación e indemnización de daños por defectos de la construcción. El edificio, desde el primer año, había venido sufriendo disfunciones, tales como grietas, fisuras y humedades, en sus elementos esenciales.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda condenando al promotor y al constructor a realizar conjunta y solidariamente las reparaciones a ellos atinentes conforme al artículo 1591 CC, y al arquitecto a hacerse cargo de las suyas, así como al abono de las reparaciones ya efectuadas por la comunidad. La Audiencia revocó en parte la sentencia de la instancia, condenando al arquitecto al pago de las obras que en aquélla se le atribuían, y al promotor y al constructor a realizar conjunta y solidariamente las suyas, sin que las sumas de unas y otras pudieran sobrepasar el límite de ocho millones de pesetas más la actualización correspondiente. El promotor recurre en casación. (A. G. G.)

25. Artículo 1591 CC. Inaplicable a buques.—El precepto se refiere a edificios—que se caracterizan por estar apoyados en el suelo—, con los que poca relación tienen los barcos. Por ello, no puede aplicarse la presunción *iuris tantum* de culpa del constructor que el artículo contiene al hundimiento de un buque,

debiendo en consecuencia los demandantes probar los defectos de la construcción del mismo. (STS de 27 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Una entidad mercantil y su aseguradora demandan a la empresa con la que aquélla había contratado la realización de unas obras sobre el buque asegurado, al considerar que el posterior hundimiento de la nave se había debido a deficiencias en las mismas.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda en sentencia posteriormente revocada por la Audiencia en grado de apelación, resolución contra la que la compañía aseguradora interpone recurso de casación. (A. G. G.)

26. Arrendamientos urbanos. Régimen jurídico. Prórroga forzosa.—La jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 12 de mayo de 1989, 4 de febrero y 18 de marzo de 1992, 14 de junio de 1994) afirma que, con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de Política Económica, existen dos clases de arrendamientos urbanos: a) los arrendamientos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma, que están sujetos a prórroga forzosa; b) los arrendamientos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto-ley de 1985, no sujetos a prórroga forzosa, salvo que las partes pacten, en virtud del artículo 1255 CC, el sometimiento al régimen de prórroga forzosa. (STS de 22 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Declarado resuelto un contrato de arrendamiento urbano, las mismas partes suscriben un nuevo contrato de arrendamiento respecto al mismo local, variando las condiciones de renta y el plazo de duración. El arrendatario interpone demanda contra el arrendador, suplicando la nulidad del nuevo contrato de arrendamiento, la declaración de que la relación arrendaticia entre las partes está sometida al régimen de prórroga forzosa, así como el derecho a percibir del arrendador una indemnización por daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación, confirmando la sentencia de primera instancia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Debe tenerse en cuenta que la LAU de 1994 establece en sus Disposiciones Transitorias el régimen jurídico aplicable a los arrendamientos urbanos celebrados antes de la entrada en vigor de la mencionada Ley. (M. J. P. G.)

27. Arrendamiento rústico. Condición del arrendatario de profesional de la agricultura.—El artículo 93.2 LAR sólo reconoce legitimación activa para ejercer el derecho de retracto a los arrendatarios que sean profesionales de la agricultura. El TS, en reiterada jurisprudencia, afirma que la declaración de si en el arrendatario concurre o no la condición de profesional de la agricultura es una cuestión de hecho que sólo podrá ser impugnada en casación alegando error en la valoración de la prueba.

Arrendamiento rústico excluido del ámbito de aplicación de la LAR.—En virtud del artículo 7.1.3.^a LAR, el arrendamiento de una finca rústica que tenga, por cualquier circunstancia ajena al destino agrario, un valor de venta superior al doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o zona de su misma calidad y cultivo, no estará regido por la LAR de 1980. Dicho precepto, según la

jurisprudencia (SSTS de 3 de junio de 1988, 7 de abril de 1993) implica que se debe establecer una comparación entre el valor de la finca del litigio y las fincas de los alrededores. (STS de 31 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de la donación realizada por la propietaria de las fincas rústicas arrendadas, el arrendatario de las mismas ejercita su derecho de retracto sobre las fincas arrendadas e interpone demanda, suplicando se reconozca su derecho de adquisición preferente y se otorgue escritura de subrogación por los demandados, o, en su defecto, por el Juzgado.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima parcialmente, revoca la sentencia de primera instancia y declara que el demandante tiene derecho a subrogarse en las fincas que tiene arrendadas. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

28. Arrendamiento rústico. Sucesión de la posición de arrendatario.—Cuando existan varias personas para la sucesión del arrendamiento y no se le comunique la elección al arrendador, podrá éste, previo requerimiento a las personas con derecho a continuar el arrendamiento, en virtud de los artículos 79 y siguientes de la LAR de 1980, elegir a la persona que prefiera para suceder al arrendatario.

Arrendamiento rústico. Extensión.—Los aprovechamientos forestales, salvo pacto expreso, no se considerarán incluidos en el arrendamiento de una finca para su aprovechamiento agrícola o ganadero (art. 3.2 LAR). Sin embargo, se señala que el arrendamiento comprende todas las tierras que fueron cedidas por el arrendador y que constituyen el objeto del arrendamiento y por lo tanto si el arrendatario ejercita su derecho de acceder a la propiedad de la finca rústica arrendada, adquirirá el pleno dominio de la misma.

Arrendamiento rústico. Derecho de acceso a la propiedad del arrendatario.—El ejercicio por el arrendatario del derecho de acceso a la propiedad de la finca rústica arrendada, en los denominados arrendamientos históricos, es una adquisición forzosa similar a la expropiación fundada en el interés social autorizada expresamente en el artículo 33.3 CE (STS de 18 de enero de 1991). Asimismo, es reiterada la jurisprudencia (SSTS de 30 de marzo de 1987, 29 de abril de 1992 y 2 de febrero de 1993) según la cual para la fijación del precio de acceso a la propiedad de la finca arrendada hay que aplicar el artículo 39 LEF, sin perjuicio de que el órgano judicial utilice otros criterios que ayuden a fijar el valor real de la finca. (STS de 21 de marzo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El arrendatario de una finca rústica interpone demanda contra el arrendador, suplicando se declare su derecho de acceder a la propiedad de la finca arrendada abonando el precio en que se valore la finca.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia de primera instancia, aumentando el precio de la finca, confirmando el resto de los pronunciamientos de la mencionada sentencia. El TS desestima el recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

29. Arrendamiento rústico. Derecho de retracto. Legislación aplicable.—El derecho de retracto nacido antes de la entrada en vigor de la LAR de 1980 se rige, en cuanto a sus presupuestos y contenido, por el Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 1959. Por el contrario, el ejercicio y, en concreto, el plazo de caducidad del derecho de retracto nacido antes de la promulgación de la LAR de 1980, cuando se ejercite con posterioridad a la entrada en vigor de la mencionada Ley, se regirá por la LAR de 1980. (STS de 16 de mayo de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—El arrendador de una finca rústica la enajena en enero de 1975, no teniendo conocimiento de la enajenación los hoy demandantes hasta junio de 1987. La parte actora interpone demanda, suplicando se declarase el derecho de éstos a retraer la finca rústica objeto del litigio.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirma la sentencia de primera instancia. El TS casa la sentencia de la Audiencia Provincial y desestima la demanda. (M. J. P. G.)

30. Sociedad civil irregular. Beneficios entre disolución y liquidación.—Producida la causa de disolución, si se impide a un socio o su heredero la liquidación, éste, al verse obligado a continuar en sociedad, tiene derecho a su parte en los beneficios que se produzcan hasta la liquidación. Con esta solución se impide el enriquecimiento injusto, pues se han estado usando los elementos que componen la sociedad durante el tiempo que transcurre desde la disolución hasta liquidarla. En el supuesto de la sentencia esto fue debido a las negativas y obstáculos de los otros socios. La liquidación sólo tendría efectos retroactivos al momento de fallecimiento del socio determinante de la disolución cuando las operaciones divisorias se produzcan rápidamente, logrando un resultado positivo. (STS de 25 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Entre el marido de la actora y los demandados se dieron diversas relaciones contractuales calificadas de sociedad civil irregular, en cuyo patrimonio se encuentran dos locales, diversas existencias... La muerte del marido de la actora origina la disolución de la sociedad, pidiéndose por la actora la división de sus componentes así como de los beneficios que se dieron entre el fallecimiento y la liquidación. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Tal decisión es recurrida ante la Audiencia que estima el recurso. El TS confirma la sentencia de la Audiencia. (P. A. N.)

31. Sociedad civil irregular. Forma.—El contrato de sociedad civil es un contrato consensual, con eficacia interna aun cuando se dé aportación de inmuebles. El requisito de escritura pública tiene la misma función que en general dan a la forma los artículos 1278 y 1279 CC.

Sociedad civil irregular. Aplicabilidad de la normativa de comunidad de bienes.—El artículo 1669 CC remite a las disposiciones relativas a la comunidad de bienes para el supuesto de sociedades civiles irregulares. A pesar que sectores doctrinales excluyen de la remisión los preceptos atinentes a la extinción de la comunidad, el TS entiende que tal remisión no excluye ningún grupo de normas de la comunidad de bienes.

Sociedad civil irregular. Disolución.—Aun aplicando la normativa de la comunidad de bienes, la división de un patrimonio social de plural composición no se rige por el artículo 400 CC (que está pensado para cuando lo que está en comunidad es un único objeto), sino por el artículo 406 CC, que ordena la aplicación de las normas de la división de herencia. En consecuencia se habrán de formar lotes, y no proceder a una arbitraria cadena de divisiones a voluntad de cualquiera de los partícipes en la comunidad. (STS de 12 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia se plantea una acción de división de una finca. Se prueba que no se está ante una simple copropiedad sobre tal objeto, sino que ésta forma parte de una sociedad civil irregular constituida sin escritura pública y sin inventario de inmuebles. El Juzgado estima la demanda. Recurrida la sentencia, la Audiencia Provincial estima el recurso. El TS confirma la sentencia de la Audiencia. (P. A. N.)

32. Transacción extrajudicial. Régimen jurídico.—Es doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS de 4 de abril y 15 de julio de 1991; 6 de noviembre de 1993) que la perfección y cumplimiento de una transacción extrajudicial, calificada por el artículo 1809 CC como contrato, se rige por las disposiciones generales de los contratos contenidas en el CC.

Perfección de los contratos. Medios de aceptación.—La perfección de los contratos se produce cuando existe concierto de voluntades. El TS reconoce validez a los modernos medios de comunicación, tales como el telex (STS de 31 de mayo de 1993), el telégrafo (art. 51 CCO) o el fax, para realizar la aceptación de un contrato. (STS de 30 de julio de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Ante el incumplimiento de un contrato de transacción extrajudicial formalizado por medio de fax, una de las partes contratantes interpone demanda, suplicando, entre otros pronunciamientos, que se declare la validez y plena eficacia jurídica de la mencionada transacción. De los tres demandados, dos de ellos se allanan a la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia y desestima la demanda. El TS casa la sentencia de la Audiencia Provincial y confirma la dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (M. J. P. G.)

33. Culpa extracontractual: doctrina general.—La culpa extracontractual sancionada en el artículo 1902 CC no consiste en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar o elemental experiencia, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, como recoge la S de 4 de junio de 1991, en la que, con cita de numerosas resoluciones de esta Sala, se sitúa la diligencia exigible en la que correspondería al buen padre de familia, puntualizado en el inciso final del artículo 1104 CC; esto es, que la persona a quien se atribuye la autoría de los daños está obligada a justificar, para ser exonerada, que en el ejercicio de su actividad obró con toda la prudencia y diligencia precisas para evitarlos.

Culpa en accidente ferroviario: doctrina general.—Según dijo la S de 24 de diciembre de 1992, ante un supuesto de muerte de una persona en accidente ferroviario, «atendiendo exclusivamente al factor o elemento subjetivo o psicológico de

la culpabilidad del agente que ... condiciona todo reproche culpabilístico y teniendo en cuenta, por otro lado, que para que la conducta del agente pueda ser calificada de diligente y exenta, por tanto, de toda connotación de antijuricidad, no basta con que se haya adaptado a las exigencias que reglamentariamente le vengán impuestas, sino que ha de atemperarse a las medidas de prudencia y precaución que le vengán impuestas por las circunstancias de personas, tiempo y lugar, concurrentes en cada caso concreto para evitar la producción del resultado dañoso.

Accidente en paso de peatones no vigilado: deber de reducir la velocidad.—En el presente caso no puede afirmarse que el acceso de personas a la vía férrea para su cruce por el lugar en que se produjo el atropello fuese imprevisible para los conductores de las unidades que por aquélla circulasen, pues no obstante el vallado existente a lo largo de la vía en aquella zona, existía en el mismo una puerta de acceso a través de un torno giratorio que, si bien señalizado con rótulos admonitorios, permitía el cruce de personas por aquel punto concreto y en cualquier momento, lo que no puede ignorar el conductor de la máquina causante del atropello; de ahí que el hecho de circular por aquel tramo de vía a una velocidad aproximada de 75 kilómetros por hora, habida cuenta que desde la salida de la curva hasta el punto señalado para cruce de la vía por los peatones había un tramo recto de unos 80 metros, deba calificarse como negligente ante aquella no imprevisible posibilidad de acceso de personas a la vía que obligaba a reducir la velocidad, no siendo suficiente el uso de señales acústicas.

Concurrencia de culpas: moderación de la cuantía de la indemnización.—La actuación del conductor del tren actuó como concausa en el accidente producido, con la conducta también negligente de la víctima, concurriendo ambas a la producción del evento dañoso, debiendo valorarse la influencia de la conducta imputable a la víctima en la producción del resultado en un 60 por 100, frente a la del conductor, que se valora en un 40 por 100. (STS de 14 de junio de 1996; ha lugar.)

NOTA.—¿Cuándo van a desaparecer los pasos de peatones sobre las vías férreas, no vigilados? Hasta época relativamente reciente eran sumamente infrecuentes las condenas a la RENFE por accidentes ferroviarios, a excepción de los debidos a las imprudencias palmarias de los conductores o a las graves deficiencias producidas en la prestación de los servicios de aquélla. La primera ley de accidentes de circulación en España se limita exclusivamente a los producidos en las carreteras. Las «vías de hierro» eran casi un coto cerrado, reservado a la circulación de los trenes; quien invadía el terreno dedicado a éstos lo hacía bajo su exclusiva responsabilidad. Hasta hace todavía no muchos años (Pantaleón, *Comentarios Ministerio de Justicia*, II, p. 1996, cita como ejemplos de objetivación de responsabilidad en materia de accidentes ferroviarios las SS de 11 de enero de 1979, de 20 de junio y 3 de diciembre de 1983, de 19 de febrero de 1987, de 9 de julio, 8 de octubre y 26 de noviembre de 1988 y de 20 de febrero de 1989) empezaron a plantearse con éxito reclamaciones judiciales por accidentes contra las empresas ferroviarias, con la consiguiente condena civil subsidiaria de aquéllas. Pero, en general y de modo poco comprensible, resultaba que principios vigentes en otros sectores económicos, habitualmente aplicados por los Tribunales, se desconocían o eran difícilmente aplicables en materia de accidentes ferroviarios. La S aquí extractada muestra todavía exquisito cuidado en no «acudir a la tenden-

cia que, a través de diversos medios (inversión de la carga de la prueba, responsabilidad por el riesgo creado, etc.) viene siendo cada vez más proclive a la objetivación de la responsabilidad contractual» (2.º FD).

En mi opinión radica aquí un grave problema social, de dimensión nacional, debido al gran número de pasos de peatones sobre vías férreas todavía existentes en la geografía española: pasos carentes de permanente vigilancia o de un sistema eficaz de cierre y apertura. Me parece tercermundista que esta S imponga al conductor del tren el deber de reducir la velocidad, por debajo de los 75 kilómetros hora, al acercarse a uno de estos pasos no vigilados. Parece darse por supuesto que el conductor circula habitualmente por esta vía y, en consecuencia, que conoce perfectamente sus incidencias y, en concreto, el paso en cuestión; pero, ¿y si se trata de un conductor novato?, ¿o si en el momento del accidente le había sustituido su ayudante? Se tiene la impresión de que el TS se encuentra ante el dilema de no otorgar ninguna indemnización (con mengua de la justicia y de la equidad), o de saltarse los principios tradicionales; se opta por una fórmula media que deja insatisfechos a todos. La solución la tiene el legislador, que debe sustituir ya a la, a todas luces, obsoleta Ley de Policía de Ferrocarriles del siglo XIX, y el Ministerio competente, que debe obligar a las empresas ferroviarias a la inmediata eliminación de estos pasos. (G. G. C.)

34. Colisión de vehículos de motor: no procede aplicar la inversión de la carga de la prueba.—Es doctrina pacífica y constante, derivada de la jurisprudencia de esta Sala, la que establece que la inversión de la carga de la prueba no opera en los casos de accidentes de circulación por colisión de vehículos, al encontrarse los conductores en la misma situación y anularse las consecuencias de tal inversión probatoria; así se destaca en S de 28 de mayo de 1990, que tiene sus precedentes en SS de 19 de febrero y 10 de marzo de 1987, y 10 de octubre de 1988, cuando dice que hay imposibilidad de determinar a cuál de los conductores cabe atribuir la culpabilidad del accidente, como causa eficiente del mismo.

Cuestión nueva.—La parte recurrente aparece incura en una situación de alegación de cuestión nueva, lo que debe ser proscrito a tenor de la doctrina jurisprudencial que establece que no es procedente el planteamiento de esta clase de cuestiones nuevas en casación, ya que lo contrario origina a una flagrante indefensión de la parte contraria, a quien por este medio se privaría de su derecho de alegar y formular la prueba que estime oportuno y pertinente, e iría contra el derecho constitucional a obtener una tutela judicial efectiva. (STS de 17 de junio de 1996; no ha lugar.). (G. G. C.)

35. Culpa extracontractual: lesiones por caída de tabloncillos sobre cliente en establecimiento mercantil: negligencia del empleado.—El propietario del establecimiento no atendió a la víctima en el lugar de despacho al público, sino que ésta fue invitada y dirigida al sótano en compañía del hijo del titular que actuaba a su servicio, lugar en que se almacenaban tabloncillos de madera de grandes dimensiones, amontonados en sentido longitudinal; en la operación de elección por el cliente del material que le interesaba, al remover y manipular las maderas, se produjo su desplome, alcanzando al actor, que sufrió por ello graves lesiones. La S recurrida sienta que la caída y desplazamiento de la masa de tablas se produjo, bien porque no estaban correctamente apiladas y equilibradas, o se removieron en forma indebida; en uno y otro caso se reputa la concurrencia de conducta imprudencial genérica o impericia profesional del comerciante y de su dependien-

te, a quien correspondían en forma exclusiva las operaciones de manipulación de la mercancía para mostrársela al cliente, y no a éste, que no tenía por qué conocer las operaciones técnicas de almacenaje y desestiba de unas mercancías que, en principio, se presentaban peligrosas y de difícil manejo, dado su volumen, especial configuración y situación en el almacén. Estas conclusiones de la Sala son correctas ya que se parte de un acto inicial que supone un actuar descuidado, aunque en dimensión leve, pero que no alejaba la posibilidad de generar un peligro, sin haber tomado las precauciones necesarias y elementales en su manejo, incluyendo la de alejar a la víctima del lugar durante el desarrollo de los trabajos de selección de la mercancía, denegándole cualquier intervención en la misma, sin dejar de lado que el suceso ocurre en el interior de un establecimiento, cuya dirección, control y vigilancia era de la competencia exclusiva de su titular; por todo ello concurren todos los requisitos que determinan la culpa extracontractual.

Inexistencia de culpa de la víctima.—La norma de prudencia que se impone como lógica y rige en la práctica mercantil es que las mercancías, sobre todo las que ofrecen algún peligro, sean manejadas por los expertos, con los que debe contar el establecimiento, y no permitir que los clientes se atribuyan e invadan funciones que no les corresponden, y menos facilitarlas y contribuir a su efectiva realización; la moderación equitativa de la cuantía indemnizatoria exige que la víctima haya observado un comportamiento culposo, claro y bien precisado, lo que no ocurre en este caso.

Responsabilidad del empresario.—Establecida la actuación culposa inmediata del empleado, alcanza al empresario por aplicación del artículo 1903 CC, dada la relación jerárquica o de dependencia con su principal, al margen de la relación familiar que mediaba entre los mismos; se trata de una responsabilidad directa con base en la culpa *in operando* del subordinado, que cuenta con abundante jurisprudencia que la admite y declara, suficientemente reiterada y conocida. (STS de 29 de febrero de 1996; no ha lugar.)

NOTA.—Destaca en esta S el minucioso análisis de la conducta de la víctima en relación con los hechos originadores del daño cuya indemnización se reclama (Pte. Villagómez Rodil). Se acepta la inicial apreciación de la S recurrida que parte de una *hipotética manipulación compartida* (entre vendedor y comprador), pero rechaza la existencia de imprudencia en este último, al no haber actuado por su exclusiva cuenta o desobedeciendo las órdenes recibidas de aquél para seleccionar las maderas; da por posible, incluso, una *autorización para remover las tablas (por parte del vendedor)*, sin acreditar medidas de seguridad y previsión, detectando una *mayor comodidad con previsión del riesgo*, al permitir que una mercancía tan voluminosa y de fácil desplome fuera manipulada por quien sólo pretendía adquirirla, antes incluso de la puesta a disposición de la mercancía. Fino análisis de los hechos que probablemente ocurrieron en el marco de relaciones de amistad, incluso de confianza, entre vendedor y comprador; S que, en último término, es de aprobar. Pero *¿quid* si el accidente ocurre cuando se ha producido ya el traspaso de riesgos de la compraventa, mediante su puesta a disposición del comprador, aunque la mercancía no haya salido todavía del establecimiento? (G. G. C.)

36. Responsabilidad civil médica: omisión de ecocardiograma en menor coceada: negligencia médica.—La negligencia médica resulta, en este caso, de la no práctica de un ecocardiograma a la paciente, lo que no permite alcanzar un diagnóstico pronto de la enfermedad que afectaba al menor, y si bien

llegó a tener lugar, lo fue tardíamente cuando el empeoramiento en la salud había avanzado; de esta manera resulta la negligencia médica, iniciada y mantenida, así como la retrasada aplicación de un medio científico apto y disponible para procurar por todos los medios la salud de la enferma.

Relación de causalidad.—Aunque no puede establecerse exactamente que la omisión del ecocardiograma desencadenara el fallecimiento de la menor, sí resulta probada la omisión de un instrumento de constatación de la enfermedad tan eficaz como el citado, en relación a los antecedentes que afectaban a la menor, al haberse producido un grave impacto en la región torácica por la cox de un animal; concurre así una conducta omisiva bien precisada y un resultado dañoso seguido, y la posibilidad de haberlo evitado, si se hubiera actuado con la diligencia médica normal en tales casos, por lo que la culpa o negligencia surge con dotación de suficiente causalidad, ya que no se realizaron las funciones que las técnicas de salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario.

Caso fortuito: implicación.—El caso fortuito hace referencia a un evento imprevisible, dentro de la normal previsión que las circunstancias exijan en cada supuesto, y si bien la muerte física de las personas no resulta de normal previsión, cuando sucede, como en el presente, que en el cuidado de la salud por expertos profesionales no se adoptan las medidas más elementales y corrientes para evitar, en lo posible, la pérdida de la vida, el caso fortuito no procede al concurrir un comportamiento culposo que precedió al fallecimiento de la menor, diagnosticada tardíamente, y con urgencia sometida a operación quirúrgica decisiva, en remedio de la ausencia de la precisa diligencia que hubiera evitado la intervención o, al menos y con la mayor seguridad, hubiera aportado en lo posible la procura de un resultado positivo y no el negativo que aconteció. (STS de 11 de marzo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Se recogen en el 1.º FD, en los siguientes términos: «La base fáctica parte de un hecho inicial y fue la cox que le propinó una mula a la menor el día 15 de septiembre de 1988, por lo que hubo de ser atendida por el médico de la localidad de su residencia, que apreció traumatismo directo en el hemitórax izquierdo, y dispuso su traslado al Hospital Infanta Cristina de Badajoz, donde fue atendida por los servicios de urgencia, que procedieron a su examen y diagnóstico. Dada el alta médica, regresó a su domicilio, donde padeció agravamiento, por lo que hubo de ser atendida por la doctora de APD que entendió se había producido grave recaída y cuadro médico denominado *chocada*, con parada cardíaca, por lo que de nuevo hubo de ser ingresada en el Hospital Maternal e Infantil de Badajoz, y no obstante poner dicha facultativa personalmente en conocimiento de los médicos que atendieron a la menor los hechos acaecidos el 15 de septiembre anterior, no practicaron ecocardiograma hasta el 9 de octubre, que resultó determinante para que fuera sometida a operación quirúrgica urgente, falleciendo al día siguiente».

NOTA.—Resulta palmaria la negligencia médica, pues los facultativos tardaron más de tres semanas desde que la menor sufriera la cox, hasta que practicaron el ecocardiograma, calificada de *medida elemental de precaución, concurrida la sintomatología concurrente, y suficientemente constatada y conocida*. Hay una evidente transgresión de la *lex artis ad hoc*. Sentencia plenamente de aprobar. (G. G. C.)

37. Responsabilidad civil del neurocirujano.—El neurocirujano limitó su tratamiento al traumatismo lumbar, y lo prestó correctamente, pero no se extendió su actuación a la existencia de una posible causa motivadora de la caída, ni indagó el origen de la pérdida de fuerza que la provocó, marginando —involuntariamente, claro está— este muy importante factor causal del accidente padecido por el enfermo, con omisión que cabe exigirle por su especialidad y conocimientos técnicos consiguientes, sin que le exculpe su requerimiento al especialista vascular al hacerse más patentes los síntomas de una trombosis o embolia, que desembocaron en la insalvable consecuencia de pérdida de la pierna derecha.

Imprudencia de la inversión de la carga de la prueba.—No es aplicable a las responsabilidades por actos médicos, puesto que ni la actuación médica en general crea riesgos, ni obliga a la obtención de resultados, porque ya está consolidada la doctrina según la cual el médico trata de buscar la salud, pero no la garantiza, y, por todo ello, a los actores les incumbe acreditar la concurrencia de todos los elementos que exige el artículo 1902 CC, obligación cumplida adecuadamente por el actor en el presente caso.

Error material: subsanable en casación.—Es indudable el error material sufrido por la sentencia recurrida, porque en el relato histórico y fundamentación jurídica siempre se habla de la pierna derecha como la amputada, y la izquierda como la salvada, mientras que la sentencia se refiere como amputado al miembro inferior izquierdo; tal error material, según el artículo 267, párrafo 2.º LOPJ, puede ser rectificado en cualquier momento, y, por tanto, en el presente recurso.

Incongruencia.—No existe tal incongruencia, aunque en la demanda no se pida cantidad concreta, pero sí se alega la existencia de daños y perjuicios; y en la sentencia se estiman acreditados y se recogen en sus fundamentos los conceptos que los componen, aunque en su cuantificación hayan diferido entre sí el JPI y la AP.

Responsabilidad del centro sanitario.—El accidentado ingresó en el Sanatorio, se le hospitalizó por decisión del médico de guardia, le trató el único neurocirujano del centro quien no le prestó toda la diligencia exigible, y la simple afirmación del carácter de colaborador de aquél respecto del Centro permite la aplicación del artículo 1903 CC y la condena de éste por los daños y contratos causados al actor en el ejercicio profesional de uno de los médicos de su cuadro clínico. (STS de 8 de abril de 1996; no ha lugar.)

NOTA.—¿Incumbe al neurocirujano la obligación de detectar una trombosis en el enfermo al que atiende por una caída lumbar? Los datos ofrecidos por la S extractada son demasiado someros y esquemáticos para apreciar el efectivo desarrollo de los hechos; se habla de un *requerimiento al especialista vascular* al hacerse más patentes los referidos síntomas, pero no se aclara en qué momento se produce tal requerimiento, si al atender la caída lumbar, o si se realizó más tarde (por ejemplo, al volver a su consulta para observar la evolución de la caída, a menos que el enfermo quedara hospitalizado, cosa poco probable). Si los síntomas de la trombosis o embolia eran patentes al presentarse a consulta, parece clara la responsabilidad del neurocirujano; pero de ser ocultos y manifestarse ulteriormente de modo gradual, la responsabilidad del neurocirujano parece más dudosa; por otra parte, ¿no debe ser exculpado al haber notificado oficialmente al especialista vascular la existencia de los mencionados síntomas? Si se compara el supuesto de esta S con el referente a la de 16 de mayo de 1996, no se acierta a ver

cómo en el último supuesto resulta imprevisible la miocarditis del enfermo, no detectada en dos sucesivas intervenciones por los médicos, y sí, en cambio, la trombosis o embolia del supuesto resuelto por la S aquí anotada. (G. G. C.)

38. Responsabilidad civil médica: fallecimiento por miocarditis y neumonía detectados en autopsia: diagnóstico emitido según *lex artis*.—Tratándose de un enfermo al que, por los síntomas que presentaba (fiebre, malestar general, enrojecimiento de faringe y dolores musculares) y tras los oportunos reconocimientos, se le diagnostica un síndrome febril de probable origen gripal, prescribiéndosele el tratamiento que los médicos que le reconocieron estimaron adecuado, no hay responsabilidad de éstos ya que actuaron conforme a la *lex artis*.

Responsabilidad del Insalud: inexistencia.—El Insalud no incurrió en ningún defecto en la prestación de los servicios asistenciales al enfermo en cuestión, que en el desarrollo del motivo casacional no se dice, ni siquiera se insinúa, cuáles debieron ser los mismos, cuando aquél fue reconocido primero por el médico de guardia en el servicio de urgencias del Hospital Pío del Río Hortega, de Valladolid, y al día siguiente lo fue en su domicilio por otro médico del mismo servicio, quienes hicieron un diagnóstico conforme según la *lex artis*, sin que estimaran necesaria la práctica de ninguna otra prueba, ni su internamiento hospitalario, pues no podían prever, por los referidos síntomas que presentaba y las oportunas pruebas practicadas, que tuviera lo que luego se descubrió tras la práctica de la autopsia (miocarditis intersticial y neumonía lobulillar). (STS de 8 de abril de 1996; no ha lugar.). (G. G. C.)

39. Muerte por suicidio de enfermo mental: inexistencia de culpa profesional en facultativos del centro: falta de nexo causal.—La muerte del hijo de los actores se debió al hecho de estar internado en el Centro Sanitario, dependiente del Insalud, tras un transtorno mental, y que ingresado en la planta de agudos, rompiendo una ventana se arrojó al vacío, ocasionándose unas lesiones que posteriormente le causan la muerte; la S recurrida declara que no se incurrió en negligencia alguna en la debida atención del enfermo, habida cuenta su estado psiquiátrico y las circunstancias respecto al tratamiento, vigilancia o atenciones y medidas adecuadas de control dispensadas al mismo; por ello no existe nexo causal entre la conducta de vigilancia y atención del Centro Sanitario, y sus profesionales, con respecto a la actitud que motivó la conducta determinante de la muerte del fallecido. (STS de 16 de mayo de 1996; no ha lugar.)

NOTA.—Habida cuenta de la aplicación a este caso de la doctrina jurisprudencial sobre responsabilidad médica, estamos en un supuesto de falta de prueba de una conducta contraria a la *lex artis ad hoc*, aplicable tanto a los facultativos encargados de la asistencia como al personal de vigilancia. Al final del 2.º FD se reitera, quizá innecesariamente: «Sin que por último, por los elementos que incorpora el motivo, sea posible a la Sala que juzga apreciar si, en efecto, las medidas de atención o de prestación de los servicios correspondientes al estado del enfermo pudieran determinar la falta de diligencia adecuada para este cometido». Frase que revela, acaso, ciertas dudas o vacilaciones por parte de los juzgadores. En primera instancia se había estimado íntegramente la reclamación de doce millones de pesetas interpuesta por los padres como indemnización por la muerte de su hijo, debido a suicidio ocurrido en el centro; pero en apelación fue desestimada, rechazo que confirma el TS. (G. G. C.)

40. Responsabilidad civil del Insalud: funcionamiento defectuoso de servicios médicos: falta de reclamación administrativa previa.—Según la doctrina de la Sala Primera, el requisito previo de la reclamación administrativa para el ejercicio de acciones fundadas en derecho privado contra el Estado, ha de ser interpretado con criterios de flexibilidad y de adaptación a las pautas contenidas en el artículo 3.1 CC, pues se trata de un defecto subsanable a lo largo del proceso, y por lo tanto no existe en nuestro ordenamiento base alguna para que esta exigencia opere como condicionante absoluto del ejercicio de las acciones civiles, y debe ser obviado en aras de la efectividad de la tutela judicial que proclama el artículo 24 CE (SS de 24 de marzo y 29 de octubre de 1992, 15 de marzo de 1993 y 12 de mayo de 1994, entre otras); lo que se corrobora con la doctrina jurisprudencial que equipara al acto de conciliación tal reclamación previa, sobre todo cuando, a partir de la reforma procesal de 1984, se estableció el carácter facultativo de dicho acto procesal, adquiriendo un carácter totalmente voluntario.

Requisitos del artículo 1902 CC.—Concurriendo la existencia de un actuar culposo por parte del Insalud (la disminución en el 50 por 100 del servicio de neurocirugía en época estival, no conveniente), un resultado dañoso (muerte del esposo y padre de los actores) y el nexo causal (pues ingresado el enfermo en el servicio de otorrinolaringología, no se detectaron a tiempo los síntomas fatales cuya falta de tratamiento provocó el óbito), se dan todos los requisitos exigidos por pacífica y constante doctrina jurisprudencial para la indemnización de daños y perjuicios. (STS de 3 de septiembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Se recogen con todo detalle en el 2.º FD: «El no ingresar a un enfermo con un traumatismo craneo-encefálico grave en el servicio de neurocirugía como centro especializado, y hacerlo en el de otorrinolaringología, por mor de tener el primero reducido a la mitad de su capacidad al encontrarse el personal a su servicio de vacaciones, y, por lo tanto, privar al paciente de unos cuidados muy concretos que sólo puede prestar un personal sumamente especializado, y que lógicamente no se encontraba en el servicio mencionado, como de hecho sucedió, puesto que en el mismo no se pudieron observar o contrastar los síntomas y signos iniciales de agravación que condujeran al neurocirujano no a actuar en una fase todavía útil, y por eso llegando a un estado de daño neurológico irreversible».

NOTA.—Plenamente de aprobar la S extractada (Pte. Sierra Gil de la Cuesta) que incide en el problema real de la asistencia hospitalaria en el periodo vacacional, especialmente estival. Si el Insalud, como recuerda la S, «actúa como un empresario normal», es decir, «como entidad privada que debía procurar la curación de un enfermo cuando ingresa en alguno de sus centros hospitalarios», deberá planificar adecuadamente sus servicios, buscando eventualmente facultativos sustitutos a los profesionales que disfrutaban de su derecho a vacaciones; y ello, singularmente, en el servicio de neurocirugía por el constatado incremento de accidentes de circulación, observa la S. Por otra parte se reitera la doctrina sobre la falta de reclamación previa en vía administrativa. (STS de 3 de septiembre de 1996; no ha lugar.) (G. G. C.)

41. Responsabilidad civil del médico: doctrina general.—Reiteradamente ha dicho esta Sala que la obligación del profesional sanitario no lo es de resultados, sino de medios, pues no contrae deber de curación del enfermo, como si

fuera algo a su alcance, sino sólo el de procurar, sin omisiones, fisuras, ni justificaciones sin causa, aplicar todos los medios que el avance de la medicina pone a su alcance para la mejora de la salud; merece pleno rechazo la argumentación que sostiene la aplicación al caso de la culpa objetiva, pues ataca frontalmente la doctrina reiterada de esta Sala que, en materia de responsabilidad y culpa del personal médico y asimilado, así como de los centros y clínicas hospitalarias, descarta toda responsabilidad más o menos objetiva, no operando tampoco la inversión de la carga de la prueba, siendo concluyente la jurisprudencia en declarar que no se da responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer relación de causalidad culposa.

Falta de prueba de los requisitos del artículo 1902 CC.—De los tres requisitos exigidos por el artículo 1902 CC sólo resulta acreditado el daño; la doctrina reiterada es que la apreciación probatoria del Tribunal de Apelación basada en hechos y dictámenes técnicos, obrantes en el proceso, necesariamente ha de mantenerse en casación y conduce a la decisión judicial de no haberse probado la conducta culposa que se atribuye al médico, no existiendo tampoco datos fácticos probados para establecer relación de causalidad con los resultados negativos surgidos y que afectan a la salud del recurrente; la apreciación de concurrencia de nexo causal está sometida a la crítica casacional, pero ello exige acreditar falta de lógica y racionalidad imputable al Tribunal de instancia, lo que no ocurre en este caso. (STS de 23 de septiembre de 1996; no ha lugar.). (G. G. C.)

42. Responsabilidad civil médica: secuelas subsiguientes a intervención quirúrgica: falta de prueba de infracción de la *lex artis*.—De los hechos que se declaran probados no se desprende en modo alguno, ni siquiera de forma indirecta o indiciaria, que las secuelas que quedaron a la demandante hayan sido debidas a la utilización de una técnica defectuosa, en algún sentido, en la práctica de las intervenciones quirúrgicas a que la misma fue sometida; conclusión imposible de obtener del nulo material probatorio aportado al proceso, en el que no se ha practicado prueba pericial alguna, ni ninguna otra, de la que sea posible obtener la conclusión probatoria evidenciadora de la negligencia profesional de los facultativos que practicaron las intervenciones quirúrgicas, sin que tampoco aparezca probado que los facultativos que operaron a la actora le garantizaron formal y expresamente el satisfactorio resultado de la intervención. (STS de 15 de octubre de 1996; ha lugar.)

NOTA.—Una paciente intervenida en el Insalud reclama doce millones de pesetas por las secuelas subsiguientes a la intervención por una ciática discal, consistentes en una incapacidad casi absoluta. Desestimada la demanda en primera instancia, en apelación es acogida en su integridad. El TS estima el recurso del Insalud, recordando primeramente los principios jurisprudenciales hoy vigentes en materia de responsabilidad médica, y declarando categóricamente la falta de prueba de la supuesta responsabilidad médica, calificando la *muy simplista e insustancial argumentación jurídica utilizada por la sentencia recurrida*, que se apoya exclusivamente en la doctrina de única S, la de 16 de abril de 1991, que sirve de base a la *extraña argumentación jurídica* del Tribunal *a quo*. Los hechos de la S últimamente citada se referían a una intervención médica de corrección estética, no necesaria, en la que el facultativo había asegurado a la paciente el favorable resultado, por lo cual su doctrina carece de aplicación. El TS se muestra extraordinaria-

mente celoso de que los Tribunales inferiores no se aparten de la doctrina jurisprudencial consolidada, lo que es de agradecer, pues ello favorece la seguridad jurídica en tema de tanta trascendencia social. (G. G. C.)

43. Responsabilidad por productos defectuosos: muerte por asfixia entre barrotes de la cuna: responsabilidad del fabricante y del vendedor: artículos 25 de la Ley de 1984 y 1902 CC.—Aunque es cierto que el ámbito de la Ley de 1984 es preferentemente administrativo, es innegable que contiene normas sustantivas civiles, comprendiendo en su texto supuestos de culpa contractual y extracontractual, si bien regulados con los matices derivados de la propia ley, por lo cual los artículos 25 a 31 deben quedar condicionados por la concurrencia de un factor culposo o negligente en la conducta de las personas presuntamente responsables, unido, además, al nexo causal.

Concurrencia de culpas: negligencia de los padres.—El artículo 25 de la Ley de 1984 exige como requisitos necesarios: la condición de consumidor o usuario en la persona que reclame una indemnización, la demostración de daños y perjuicios por la utilización de productos o servicios y la ausencia de culpa exclusiva suya o de quienes deben responder; en el presente caso no cabe negar el evidente daño moral que sufrió el matrimonio actor por el fallecimiento de su hija, ni que éste se produjo por «la defectuosa fabricación del somier» de la cuna en que se encontraba la niña; asimismo, concurre un elemento culposo o negligente en la conducta de los recurrentes, ya que si el defecto consistió en «no guardar entre sus barrotes la distancia adecuada para que en manera alguna hubiera posibilidad de que el bebé pudiera introducir entre ellos su cabeza», es notorio que tal defecto tuvo y debió haber sido percibido por el fabricante y por el vendedor, así como prever la posibilidad, más o menos remota, de una situación de riesgo o peligro, perceptibilidad y previsibilidad a ambos imputable, aunque fuera en grado inferior la correspondiente a la casa vendedora, lo que se produjo en el reparto de responsabilidad entre el 80 y el 20 por 100 en las relaciones internas entre fabricante y vendedor; concurre, por último, la cualidad de usuarios en el matrimonio perjudicado, quedando excluida la culpa exclusiva de éste pues únicamente se apreció una «cierta negligencia por parte de los familiares», que llevó a moderar la indemnización a conceder.

Prescripción de la acción. Plazo de ejercicio. Inaplicabilidad del artículo 1490 CC. Cuestión nueva.—En el recurso se viene a plantear el tema de la prescripción de la acción, no aludido en la instancia, lo que constituye cuestión nueva que debe rechazarse, aunque, además, tampoco prosperaría por las siguientes razones: a) Se confunden los posibles plazos de garantía de un producto y del ejercicio de la acción hecha valer dentro del término de garantía, con el plazo a computar para ejercitar una acción indemnizatoria derivada de daños corporales por la defectuosa fabricación de un producto; b) Tampoco admite comparación con los plazos de prescripción del dominio y de los derechos reales; c) Ni cabe aplicar el artículo 1490 CC relativo al saneamiento por defectos ocultos de la cosa vendida. Como acertadamente observa la Sala *a quo*, la falta de fijación legal de plazo para el ejercicio de las acciones de resarcimiento hace aplicable el general de quince años del artículo 1964 CC; si bien, aunque se entendiera aplicable el de un año, la acción fue ejercitada oportunamente, pues fallecida la niña el 2 de noviembre de 1989, la demanda se presentó el 2 de noviembre de 1990. La acción ejercitada fue la indemnizatoria por daños corporales a causa de una defectuosa fabricación del producto, y ello no admite parangón con las efectuadas al amparo del plazo de garantía.

Inaplicabilidad del artículo 27 de la Ley 1984.—El artículo 27.1 LGDCU se refiere a productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro, siendo inaplicable a los daños derivados de la fabricación y venta de una cuna.

Inversión de la carga de la prueba.—El artículo 1214 CC no contiene norma valorativa de prueba y sólo puede invocarse en casación cuando el Juez altere indebidamente el *onus probandi*, pero ello no ocurre si se realiza una apreciación de la aportada por cada parte y se valora, en su conjunto, su resultado, estableciendo que el accidente se originó «por la defectuosa fabricación del somier de la referida cuna que, al no guardar entre sus barrotes la distancia adecuada para que en manera alguna hubiera posibilidad de que el bebé pudiera introducir entre ellos su cabeza, como sucedió en el caso de autos, pone de manifiesto su defectuosa fabricación».

Responsabilidad de la empresa por la culpa de sus trabajadores: artículo 1903 CC.—Evidenciando el conjunto de las pruebas practicadas la defectuosa fabricación del somier de la cuna, ello determina la responsabilidad de la empresa, en función de una elemental relación de dependencia laboral, pues el defecto de fabricación habría de ser imputable a los trabajadores, incluyéndose el supuesto en el artículo 1903 CC.

Interpretación del artículo 25 de Ley 1984: no es de responsabilidad objetiva.—Una interpretación racional y lógica del artículo 25 de la Ley de 1984, especialmente si se lleva a cabo en concordancia con los artículos siguientes, no autoriza a entender de modo incondicional que la ley establezca un inflexible sistema de responsabilidad objetiva, pues introduce como factor correctivo el de la culpa exclusiva del consumidor o usuario, lo que ya presupone que en cada caso concreto debe realizarse una estimación comparativa entre las posibles conductas o actividades que concurren en la producción y la utilización de los bienes; además, el artículo 26, en relación con la responsabilidad de los productores y suministradores, introduce como dato a tener en cuenta «los demás cuidados y diligencias que exigen la naturaleza del producto, servicio o actividad», que necesariamente comporta el análisis de un reproche culpabilístico; y el artículo 27.2 alude a una «participación en la causación de los daños» en punto al derecho de repetición de los otros responsables, que comporta, asimismo, analizar el grado del reproche culpable. Por consiguiente, apreciar la concurrencia de culpas, no supuso un actuar infringiendo la reiterada LGDCU. (STS de 27 de junio de 1996; no ha lugar.)

NOTA.—Se trata de una S que ha merecido cierta atención doctrinal (Rubio, *La mano que mece la cuna*, Aranzadi Civil, octubre 1996; Rodrigo Bercovitz, *Comentario* a la S en CCJC, septiembre-diciembre 1996, núm. 42, pp. 1197 ss). Conviene subrayar que la cuna había sido adquirida con cierta antelación a los hechos, ya que sirvió para otra hija del mismo matrimonio, sin que se produjera, con ocasión de su uso, ninguna anormalidad. Frente a la fundamentación de esta S se sostiene por Rodrigo Bercovitz el carácter objetivo de la responsabilidad recogida en los artículos 27 y 28 LGDCU, defendida por la doctrina y asumido por TS de 23 de junio de 1993; especialmente se contempla en el artículo 28,1 la responsabilidad objetiva por los productos dirigidos a los niños, de plena aplicabilidad al caso (*loc. cit.* p. 1208). En cuanto al plazo de ejercicio de la acción, la S permanece en cierta indefinición; por una parte se dice que en el presente caso la acción se ejerció dentro del año, pero que rige el general de quince años, afirmación

esta última que puede tomarse por *obiter*; en general puede verse María Ángeles Parra Lucán, *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, 1990, pp. 456 ss.; después de promulgada la Ley de 1994, su artículo 13 establece un plazo de diez años de extinción de responsabilidad, y el artículo 12, el plazo prescriptivo de tres años (María Ángeles Parra Lucán, *Notas, etc.*, cit., marginal 748 ss.); en cuanto al caso resuelto, no sujeto a la nueva ley, R. Bercovitz, *op. cit.*, pp. 1209 ss., aprueba el plazo de quince años en cuanto al suministrador, pero para el producto sólo cabría el anual. No deja de tener razón Rubio, *loc. cit.*, p. 9 cuando denuncia las grandes dudas y vacilaciones a la hora de establecer los principios rectores del Derecho de daños, sólo en parte —añado por mi cuenta— disipadas por la Ley de 1994. (G. G. C.)

44. Responsabilidad por productos defectuosos. LGDCU y Ley de 7 de julio de 1994. Daños a menor por explosión de botella. Responsabilidad alternativa y no conjunta.—Los artículos 26 y 27.1.a), de la Ley de 1984 y la de responsabilidad civil por productos defectuosos de 7 de julio de 1994 establecen la regla general de la responsabilidad del fabricante, importador, vendedor o suministrador de los productos a los consumidores o usuarios, y una interpretación lógica de tal plurirresponsabilidad supone que el dañado o perjudicado puede elegir entre ejercitar la acción de reclamación contra los referidos fabricante importador, vendedor y suministrador, pero no puede demandar conjunta y simultáneamente a dichos responsables *ope legis*, salvo que haya podido aportarse un principio de prueba que demuestre la concurrencia concreta de todos los presuntos demandados en la realización del evento dañoso; todo ello sin perjuicio del derecho a repetir del responsable que paga según el artículo 27.2 LGDCU; en el presente caso, habiendo conseguido el actor la condena del fabricante, pretende lograr la del suministrador, lo que no es posible al no probar la concurrencia del suministrador en la producción del daño, dado que la explosión de la botella se produce por ser defectuosa.

Prueba.—La S de 23 de junio de 1993, aplicable a un caso similar de accidente por estallido de una botella, establece que ni a la víctima le corresponde la prueba de que el fabricante no ha cumplido con las precauciones y medidas apropiadas en su proceso productivo, ni éste puede liberarse de su responsabilidad probándolo efectivamente, ni, por último, a la víctima le corresponde probar que ha obrado con toda corrección en el uso del producto, sin que incumba al fabricante la prueba de que tal uso fue incorrecto, para liberarse de su obligación de responder.

Moderación de la indemnización.—El artículo 29 de la Ley de 1984, que es un precepto común al sistema de responsabilidad que establece dicha ley, dispone que el usuario tiene derecho a una compensación, sobre la cuantía de la indemnización, por los daños extracontractuales durante el tiempo que transcurra desde la declaración judicial de responsabilidad hasta su efectivo pago; pero este precepto debe completarse con el artículo 921 LEC en su apartado 4.º, que faculta al Tribunal que revoca parcialmente la resolución indemnizatoria del Juzgado fijar, a su prudente arbitrio, el interés que devengará la suma fijada como indemnización; en el presente caso la sentencia proclama que tal indemnización debe ser reducida a sus justos límites, tanto en cuanto al importe de la indemnización como a los intereses devengados, lo que supone el cumplimiento de aquella regla (STS de 4 de octubre de 1996; no ha lugar.)

NOTA.—La demanda se interpone en reclamación de los daños causados a un menor por explosión de una botella; en primera instancia se estima íntegramente la demanda y se condena solidariamente al fabricante y al vendedor; en apelación se absuelve a este último y la indemnización se reduce a la mitad. Los hechos son anteriores a 1990 y, por tanto, no caen bajo la aplicación de la Ley de 1994. No obstante en el 1.º FD, a modo de introducción, se dice que la LGDCU de 1984 ha sido complementada por la de 1994, de responsabilidad civil por productos defectuosos, basada en la Directiva 85/374/CEE, que establece un sistema de responsabilidad civil especial y cerrado, mientras aquélla se basaba en un régimen general de responsabilidad cuasi-objetiva, con imposición de la inversión de la carga de la prueba. Observa a este respecto María Ángeles Parra Lucán, *Notas a la Ley 22/1994, de 5 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, AC, 1995-4, marginal 727, que, en principio, la nueva ley se limita a incorporar a nuestro Ordenamiento la Directiva comunitaria, apartándose de ella en aquellas cuestiones en que la misma deja libertad a los Estados, por lo que no pretende derogar los artículos 25 a 29 de la Ley de 1984, ni tampoco modificar su redacción; la ley se presenta como una ley especial que sólo da nueva redacción al artículo 30 LGDCU relativo al seguro obligatorio de responsabilidad, pero no deroga ni modifica los artículos correspondientes al régimen de responsabilidad por productos previsto en el capítulo VIII de aquélla. Ello explicaría la expresa cita jurisprudencial en la sentencia de una ley posterior —por ello, inaplicable— a los hechos base de la demanda. Estos últimos resultan ser sustancialmente idénticos a los previstos por la STS de 23 de junio de 1993, también comentada por la autora en otro trabajo (*La responsabilidad civil por productos defectuosos al amparo de las reglas generales de responsabilidad. Estudio jurisprudencial*, Aranzadi, Civil, 1995-1, pp. 46 ss. Sobre la Ley de 1994 *vid.* asimismo Silvia Díaz Alabart y María Carmen Gómez-Laplaza, *Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, AC, 1995-2, marginal 519). Llama también la atención en el 1.º FD la tajante prohibición de que el perjudicado demande conjuntamente al fabricante y al suministrador «salvo que haya podido aportar un principio de prueba que demuestre la concurrencia concreta de todos los presuntos demandados en la realización del evento dañoso», que no se reconoce en el supuesto; lo contrario del caso del bebé asfixiado entre los barrotes de la cuna (STS de 25 de junio de 1996), defecto que «debió haber sido percibido por el fabricante y el vendedor, así como prever la posibilidad, más o menos remota, de una situación de riesgo o peligro, perceptibilidad y previsibilidad a ambos imputable, aunque fuera en grado inferior la correspondiente a la casa vendedora», como dice el 3.º FD; diferencia de trato acaso no del todo justificada. (*G. G. C.*)

45. Responsabilidad civil derivada de delito. Extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento de los imputados.—La demanda se interpone contra el organismo FEVE (Ferrocarriles de Vía estrecha) por la muerte del esposo de la actora por consecuencia de la colisión frontal de dos trenes pertenecientes a la demandada, ocurrida el 28 de febrero de 1977, sien-

do procesados por tales hechos el encargado del control de tráfico centralizado y el jefe de movimiento y tracción, archivándose la causa criminal por muerte de los posibles responsables penales; se ejercita la acción *ex delicto*, y no la derivada de culpa extracontractual, pues se instruyó el sumario de urgencia 13/77 del JPI, núm. 2 de San Feliú de Llobregat, aunque se dictó auto de sobreseimiento provisional y archivo de la causa, entendiéndose viva dicha acción civil, cuyo plazo prescriptivo es de quince años. Pero ejercitada la acción de responsabilidad *ex delicto*, ninguna otra puede ser considerada por el Tribunal en razón a la congruencia, debiendo aquí entenderse que debe desestimarse la acción por no existir sentencia penal condenatoria, presu-puesto indeclinable para el nacimiento de aquélla.

Doctrina general.—Cuando los hechos dan lugar a actuaciones penales, éstas paralizan la posibilidad de actuar en vía civil, o el proceso que haya comenzado, al imponerlo así el artículo 114 LECr hasta que recaiga sentencia firme, obligando tal precepto a la jurisprudencia a extender la apertura de la vía civil a los supuestos de sobreseimiento libre e, incluso, a los de sobreseimiento provisional o al archivo de diligencias: pero en tal supuesto la acción civil que se ejercite ha de ser la del artículo 1902 CC que prescribe al año conforme al artículo 1968, mas no la *ex delicto*, que requiere la existencia de condena penal que así lo declare, condena que existe en los supuestos de indulto o de muerte del reo, pero no cuando se produce el sobreseimiento o el archivo sin previa condena, ya que antes de la condena pervive la presunción de inocencia. (STS de 20 de septiembre de 1996; no ha lugar.)

NOTA.—En el comentario a S de 14 de junio de 1996, hice referencia a las catástrofes ferroviarias de cierta magnitud, como fue, sin duda, el choque frontal de dos trenes catalanes de vía estrecha a que se refiere esta S dando origen a la apertura de proceso penal; sorprende, no obstante, el considerable retraso con que se resuelve en vía civil casi a los veinte años de producirse los hechos. ¿Habrá fallecido mientras tanto la actora? Además, desde la perspectiva de la perjudicada, el fallo es negativo para su pretensión por causa de la embrollada regulación de la responsabilidad civil *ex delicto* que el nuevo CP tampoco ha acertado a desentrañar. En síntesis, la S extractada viene a decir que se ha extinguido la acción civil *ex delicto*, y que de haberse ejercido la acción del 1902 CC, también hubiera prescrito; impecable razonamiento con arreglo al derecho aplicable. Bajo el CP derogado observaba La Cruz (*Elementos*, II-1.º, 1985, 2.ª, ed. p. 493) que lo singular de estos supuestos es que, al cambiar la normativa aplicable, su acaecimiento modifica *ex post* y por causas meramente fortuitas el alcance de la responsabilidad. En parecido sentido opina (Pantaleón, *Comentarios Ministerio de Justicia*, II, p. 1974, poco justa conclusión la de que, por un hecho no imputable al perjudicado, el plazo de prescripción de su pretensión se acortaría catorce años. No faltó alguna S de la Sala Primera, como la de 4 de julio de 1970, que entendió que, extinguida la responsabilidad penal por el fallecimiento del procesado, la acción civil subsistente, aunque deba ejercitarse en vía civil, lo será al amparo del artículo 1092 CC y no de los artículos 1902 y 1903 CC. En el momento actual, aun subsistiendo poderosas razones de equidad para mantener la mencionada postura (necesidad de proteger a las víctimas, ajenas a los cambios de normativa), la doctrina y la jurisprudencia pos-

terior la rechaza, incluso con apoyo constitucional, pues debe mantenerse, para el aparente responsable, la presunción de inocencia penal y su consecuencia civil (cfr. Carmen López Beltrán de Heredia, *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, Valencia, 1997, p. 65). En esta línea se inscribe la S anotada. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

46. Título nobiliario. Distribución de títulos.—El artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820 y el artículo único de la Ley de 17 de junio de 1855 permiten a los «poseedores actuales» que disfrutasen dos o más Grandezas de España o títulos de Castilla, y tuviesen más de un hijo, distribuir entre éstos las expresadas dignidades nobiliarias. La interpretación de estas normas no puede ser rigorista respecto a su efectividad temporal. Así no cabe «limitar su aplicación a los “actuales poseedores” de mercedes nobiliarias en aquel entonces». Esta interpretación se encuentra avalada por el artículo 13 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912 y por la doctrina contenida en la STS de 15 de febrero de 1921.

La posesión civilísima.—De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia (SS de 9 de junio de 1964, 8 de octubre de 1990), la posesión en el título se transmite por ministerio de la Ley y sin necesidad de aprehensión o tenencia corpórea que debe distinguirse del requisito formal de la rehabilitación o autorización para el uso público y efectivo del título. A estos efectos, siguiendo la doctrina clásica de la posesión «civilísima», el último poseedor legal del título se determina conforme a la Ley 1.^a, título 24 del libro XI de la *Novísima Recopilación* que dispuso «la posesión civil y natural de los bienes del mayorazgo, muerto su tenedor, se transfiere al siguiente en grado que deba suceder». Téngase en cuenta asimismo la Ley XLV de Toro.

La prescripción.—El artículo 1960.1 CC no encuentra obstáculo en su aplicación a los títulos nobiliarios, pese a la situación especial que se produjo en la época de la Segunda República. En efecto, como establece la S de 6 de marzo de 1991, no cabe duda que la República derogó la legislación anterior sobre títulos nobiliarios, pero tampoco puede dudarse «que la vitalidad del propio derecho los mantuvo en uso siguiendo disfrutándose en las relaciones normales, fuera del ámbito meramente oficial, incluso por la actuación de la Diputación de la Grandeza, a la que se dio valor en el periodo que media entre el 14 de abril de 1931 y el año 1948, de forma que la legislación de ese último año revitalizó, volvió a dar fuerza a algo que no estaba muerto». Durante la Segunda República «se produjo un mero paréntesis durante el cual se privó de protección jurídica —volviendo a dársela después— a lo que se mantuvo como hecho». (STS de 13 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 25 de marzo de 1887 el rey don Alfonso XII concedió a N. H. y P. el título de Conde de Doña Marina. El 21 de marzo de 1890, tras fallecer el primer Conde, su único hijo, sin obtener a su favor carta de sucesión, distribuye a su hija J. H. y S. el título objeto de este procedimiento, ya que su hijo primogénito y su hija segunda usaban otros títulos. Una vez aprobado el acto de distribución, y expedida Real Carta de Sucesión a favor de J. H. y S., al fallecimiento de ésta se expidió Carta de sucesión el 18 de febrero de 1955 en favor de su hijo primogénito. El 26 de abril de 1957, dada la muerte del ante-

rior, se expidió nueva Carta de Sucesión en favor de su hijo primogénito. Tras la muerte de éste su hijo primogénito solicitó la expedición de la correspondiente Real Carta de Sucesión, siendo demandado para llevar, usar y poseer el título nobiliario de Conde de Doña Marina. Desestimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, e interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial desestimó el recurso. Formulado recurso de casación, el TS consideró que no ha lugar al recurso.

NOTA.—Se observa en el FD 4.º de la S que nos ocupa un tratamiento ambiguo de la posesión civilísima en los títulos nobiliarios. En un primer momento, al utilizar la doctrina de la S de 9 de junio de 1964 y expresiones como «era único hijo y heredero del primer conde y por tanto el único poseedor civilísimo», parece que la Sala asume que la posesión civilísima solo opera a favor del heredero, el óptimo poseedor. Posteriormente, en el mismo FD, se determina que en la posesión civilísima hay que precisar quién es el último poseedor legal: el siguiente en grado del tenedor del título. Queda así patente la complejidad de esta institución en el ámbito nobiliario, que no puede olvidarse que el mejor derecho genealógico no puede resolverse partiendo únicamente del último poseedor. Necesariamente el fundador del título y el último poseedor son elementos complementarios que han de ser valorados en la posesión civilísima.

Por otro lado, conviene resaltar que en la S anotada se utilizan indistintamente los términos: cesión y distribución de títulos nobiliarios. Sin embargo, se trata de figuras diferentes, como queda patente con la mera lectura de los artículos 12 y 13 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912. A grandes rasgos cabe señalar que la distribución de títulos nobiliarios requiere de mayores requisitos para su efectividad que la cesión. (S. A. R.)

47. Acción reivindicatoria.—Con arreglo a la doctrina jurisprudencial (SS de 9 de junio de 1982, 4 de junio y 23 de diciembre de 1983 y 9 de febrero de 1984), para la estimación de la acción reivindicatoria se requiere título de dominio, identificación de la finca y posesión de la misma por el demandado, pero es que, además y es lo que justifica la formulación autónoma del motivo, la jurisprudencia (SS de 31 de octubre de 1983, 26 de enero y 18 de mayo de 1985) exige como requisito indispensable para la acción dicha «la inequívoca identificación de la finca de tal modo que no se susciten dudas racionales sobre cual sea», añadiéndose (SS de 9 de junio de 1982, 22 de diciembre de 1983 y 25 de febrero de 1984) que tal requisito tiene un doble aspecto: por una parte, el de fijarse con claridad y precisión la situación, cabida y linderos de la finca; por otra, que se acredite que el terreno reclamado es aquel al que el primer aspecto de la identificación se refiere. (STS de 22 de marzo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don P. L. formula demanda solicitando la declaración de dominio de una finca y rectificación registral correspondiente contra las entidades *Vertrage, SA, Plalafusa, SL, y Financiera Internacional, SA*. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima en parte el recurso declarando el dominio del actor sobre la citada finca. Se formula recurso de casación siendo desestimado el mismo. (Y. B. M.)

48. Derecho real de propiedad. Acción reivindicatoria y acción declarativa de dominio. Deslinde.—No puede accederse a lo solicitado cuando la base fáctica sentada por la Audiencia ha quedado inconcusa (...). Quiere decirse que el confusionismo y falta de descripción real de las fincas, con su topografía y linderos, se agravaría con la declaración pretendida, máxime cuando en realidad, al afirmar que la finca de los demandados invade parte de la propiedad de los actores, se ejercita una acción reivindicatoria, que requiere como primer requisito, al igual que la declarativa de dominio, la plena identificación de las fincas, cuestión de hecho a determinar por los Tribunales de instancia, que niegan incluso la colindancia, de manera que tampoco procede la acción de deslinde.

Legitimación registral.—El principio de legitimación registral cubre los datos jurídicos, mas no las circunstancias de mero hecho, como extensión, linderos, etc., y la presunción contenida en el artículo 38 LH «se presumirá» tiene el mero carácter de *iuris tantum*, destrúible por prueba en contrario. (STS de 27 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—En primera instancia los actores ejercitaron una acción declarativa de dominio respecto de una finca que consideraban colindante y segregada de la suya, y la demanda fue estimada por el Tribunal. La sentencia, una vez que la Audiencia constata que los datos identificativos de la extensión y límites de la finca no eran exactos, así como que se trataba de dos fincas diferentes con distintos linderos, es revocada en apelación, puesto que no había datos suficientes ni para ejercitar la acción declarativa —y por tanto tampoco la reivindicatoria— ni la de deslinde. Uno de los demandantes de la instancia interpone recurso de casación, que también es desestimado. (C. L. S.)

49. Zona marítimo-terrestre. Posibilidad de la subsistencia de enclaves privados tras el artículo 132.2 CE. Requisitos.—La jurisprudencia más antigua viene a reconocer y decretar el dominio a cargo de particulares de los referidos enclaves, en los supuestos demostrados de desafectación y su alienabilidad hubiera sido autorizada o su adquisición tuviera lugar con anterioridad a la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880, complementada por la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928, la Ley de 26 de abril de 1969 sobre Costas y su Reglamento de 23 de mayo de 1980, al establecer que la zona marítimo-terrestre es de dominio público, sin perjuicio de los derechos legalmente adquiridos por los particulares. La Constitución no ha venido a derogar expresamente la legislación anterior que se deja citada, en cuanto que a su amparo se podía acceder al dominio de los enclaves en zonas marítimo-terrestres. La cuestión se plantea en forma precisa y decidida sobre la aplicación directa del precepto constitucional 132.2, que no contiene reconocimiento expreso de los derechos legítimamente adquiridos. Sin embargo, dicho efecto derogatorio de la legislación contradictoria a la normativa constitucional no puede tener trascendencia confiscatoria, por prohibirlo su artículo 33.3, respecto a aquellas situaciones patrimoniales que tienen origen en contratos legales, y se han consolidado con el transcurso del tiempo, presentándose acomodadas a la normativa que regulaba las mismas antes de la vigencia de la Constitución, la que precisamente no es proclive a desatender en forma expresa los intereses legítimos de terceros, en los casos de retroactividad y en el presente sobre el controvertido dominio costero. La doctrina del TS sobre la cuestión ha venido proclamando que la presunción-blindada constitucional en pro del dominio público nacional, requiere, para ser destruida, una rigurosa demostración de contrario, con lo que no se desconocen ni se niegan los enclaves privados. Pero la inscripción registral por

la vía del artículo 205 LH no resulta suficiente, ante el precepto constitucional 132.2, para amparar por sí sola, ante la ausencia de titularidad proveniente de enajenación por el Estado, las pretensiones de los actores. Las inscripciones registrales vigentes dan fe de la validez del título pero no de la realidad física del bien a que se refiere, por lo que no actúan con eficacia suficiente frente a la notoriedad del carácter público de las zonas marítimo-terrestres y, por ello, no pueden fundar la afirmación de una efectiva titularidad dominical.

Acción declarativa de dominio sobre enclaves privados. Competencia de la jurisdicción civil.—Si bien el otorgamiento de concesiones constituye atribución estatal (art. 64 de la vigente Ley de Costas), el pleito actual no tuvo por objeto tal cuestión, sino la bien decidida de la titularidad dominical de los enclaves que reclaman los demandantes, lo que es cuestión a resolver por la jurisdicción civil.

Incongruencia de la sentencia.—Para apreciar situación de incongruencia ha de atenderse a la concordancia y consiguiente correlatividad entre el suplico de la demanda y fallo de la sentencia que resuelve el pleito y por ello con atención a las pretensiones deducidas por los litigantes, y acciones ejercitadas, sin que proceda alterar la causa de pedir ni sustituir las cuestiones discutidas por otras distintas y, a su vez, cuando sucede, como es el caso de autos, que se concede más de lo pedido *—ultra petita—* ya que a los juzgadores no les corresponde salvar las deficiencias de las peticiones que deben incluirse en los suplicos de los escritos que configuran el litigio.

Litisconsorcio pasivo necesario.—Ha de tenerse en cuenta que la institución del litisconsorcio pasivo necesario no es de aplicación a controversias sobre el ejercicio de acciones reales dimanantes del dominio de las cosas y resolutorias de derechos privados y ser los terceros simplemente afectados de modo indirecto. Es doctrina jurisprudencial reiterada la que establece que no son litisconsortes necesarios aquellos que pueden verse relacionados por la sentencia que se pronuncia de modo reflejo. (STS de 10 de junio de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Don Alejandro, don Pedro y doña Ana C. B. formularon demanda en juicio declarativo ordinario contra la Administración del Estado sobre declaración de dominio sobre tres fincas enclavadas en la zona marítimo-terrestre. Dos de ellas habían sido adquiridas al Estado por correspondientes escrituras públicas que facilitaron su acceso al Registro, no así la tercera, que accedió al él por la vía del artículo 205 LH. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación, reconociendo la titularidad de los apelantes sobre las fincas en los términos que constan en el Registro, sin perjuicio de la transformación en concesión y demás efectos prevenidos en la Ley de Costas de 1988. El TS acoge parcialmente el recurso de casación interpuesto por la Administración demandada y el Ayuntamiento afectado —en cuanto interviniente procesal adherido— y rechaza el recurso formalizado por los demandantes. (J. L. R.)

50. Construcciones en terreno ajeno de mala fe.—Cuando la mala fe concurre en el constructor y en el dueño del terreno se aplica la disposición que el Código dedica a la construcción con buena fe de ambos y en consecuencia el dueño del terreno debe optar según el artículo 361 CC. (STS de 4 de octubre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—El Ayuntamiento de Aldeanueva de la Sierra vendió unos inmuebles municipales a don M. A. M. y don J. F. S. G. Ambos fueron condenados en vía penal por delito de falsedad en documento público y fraude, reservando a las partes las acciones civiles sobre la adquisición en el solar correspondiente a don M. A. M. Posteriormente, se ejercita demanda en la vía civil que fue desestimada en parte por el Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia revocó la sentencia en parte. De los antecedentes fácticos consta que ambas partes, Ayuntamiento y constructor, actuaron de mala fe. El TS dio lugar a la casación de la sentencia, al considerar que la solución dada por la Audiencia no es la correcta, pues priva al Ayuntamiento del derecho a adquirir la edificación previa indemnización establecida en los artículos 453 y 454 CC y le impone la solución de que venda el terreno al constructor. (*Y. B. M.*)

51. Adesión invertida. Requisitos.—Una larga serie de SS de esta Sala, desde la de 31 de mayo de 1949 hasta las más modernas de 11 de marzo de 1985, 24 de enero de 1986, 23 de julio de 1991, 3 de abril y 11 de junio de 1992, han precisado los requisitos que deben concurrir para que se dé la figura de la adquisición invertida o construcción extralimitada y ha señalado como tales: *a)* que quien la pretenda sea titular de lo edificado; *b)* que el edificio se haya construido en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte es propiedad ajena; *c)* que las dos partes del suelo formen un todo indivisible; *d)* que el edificio unido al suelo del edificante tenga una importancia y valor superior a los del suelo invadido; *e)* que el edificante haya procedido de buena fe.

Construcción extralimitada. Regla *accessorium sequitur principale*.—El supuesto de adquisición invertida o construcción extralimitada en el que la regla *superficies solo cedit* es sustituida por la de *accessorium sequitur principale* sólo juega en los casos de adquisición inmobiliaria por edificación, no en las de plantación o siembra, ya que en éstos no se da la indivisibilidad que se produce en la edificación entre lo construido y el suelo sobre el cual se construye, y dada la sinonimia existente entre los vocablos construir, fabricar, edificar y hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, significado que no es atribuible al término plantación; y en este sentido es de ver cómo todas las resoluciones de esta Sala recaídas sobre esta materia están contemplando supuestos de edificación extralimitada; es claro que aquella razón de indivisibilidad entre el suelo propio, el ajeno invadido y lo construido sobre ellos, no se da en el caso de la plantación, ya que la separación de ambos terrenos, el propio y el ajeno invadido, no implica en modo alguno la destrucción de la plantación que no puede considerarse a estos efectos como una unidad indivisible... La construcción extralimitada supone una invasión en pequeña extensión de fondo ajeno por lo que no puede incluirse una ocupación de la total extensión de la finca reivindicada. (**STS 6 de marzo de 1996**; no ha lugar.)

HECHOS.—La compañía mercantil *Hispano-Noruega, SA*, formuló demanda contra don Eliseo P. L., don Eliseo P. D., don Alberto P. D. y contra todos los que pudieran tener algún derecho en la herencia de doña María de los Ángeles D. M., por la que reivindicaba la propiedad de un trozo de terreno colindante con la finca de su propiedad, así como de todo cuanto en él está plantado, la parte de cerca metálica y demás obras que en dicho trozo de terreno están. Solicitando también que se declare la nulidad o ineficacia del título que los demandados alegaren para justificar su posesión y reclamando una indemnización

por los daños y perjuicios causados, por considerar que la ocupación de esos terrenos era una conducta ilícita. En instancia se estimó la demanda. Interpuesto el recurso de apelación por la representación procesal de los demandados, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso revocando la sentencia únicamente en cuanto a las costas. Formalizándose por ellos posteriormente recurso de casación por infracción de la jurisprudencia sobre la institución de la *acesión invertida*, el TS declaró no haber lugar al recurso. (M. D. C. H.)

52. Propiedad horizontal con partes privativas y comunes. Naturaleza de los espacios no titulados como privativos.—Habida cuenta de la corrección del análisis obrante en la sentencia traída a casación sobre la naturaleza jurídica de las superficies cuestionadas, en cuanto considera probado que, al constituirse el edificio en régimen de comunidad horizontal única, con partes privativas y comunes, y figurar en ella el local comercial donde se ubican las plazas de garaje anexas a cada una de las viviendas, con el coeficiente de 2,18 por 100, en base a la premisa de que todo lo que no aparece titulado como privativo se debe considerar común, declara los espacios vendidos de esa índole por no aparecer determinados con la calificación contraria.

Acción de nulidad de la venta de porciones de bajos del edificio común. Capacidad del presidente de la Comunidad de propietarios para litigar en interés de la comunidad sin necesidad de acuerdo de la Junta.—Según el tenor del artículo 12 LPH, el presidente, en la representación orgánica correspondiente a lo dispuesto en dicho precepto, está facultado para litigar contra el aludido comprador al fin de impugnar la escritura de compraventa de 20 de febrero de 1989, con apoderamiento suficiente para defender en juicio y fuera de él los intereses de la comunidad, tal como tiene sentado esta Sala. El citado directivo no actúa como procurador, no ostenta una delegación *ut lite pendente* en sentido técnico, que exija una suerte de mandato representativo *ad hoc*, sino que interviene como un órgano del ente comunitario, que sustituye la voluntad social con la suya propia, sin perjuicio de la relación interna entre ambos y, por consiguiente, de la necesidad de responder de su gestión ante la Junta, por lo que no necesita la autorización de ésta para intervenir ante los Tribunales cuando ejercite una pretensión en beneficio de la comunidad, salvo en los supuestos expresamente excluidos en la ley.

Litisconsorcio pasivo necesario.—La doctrina del litisconsorcio pasivo necesario, por la cual se hace preciso traer al proceso a todas aquellas personas interesadas en la relación jurídica controvertida, a quienes puede perjudicar la resolución que se dicte, halla su fundamento, como es sabido y reiterado, tanto en la necesidad de evitar los fallos contradictorios, como en la de cumplir con el principio de audiencia bilateral y la posibilidad de condena a alguna persona sin haberla oído, con violación incluso de norma constitucional (art. 24 CE). (STS de 20 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Los promotores de un edificio en régimen de propiedad horizontal venden a un tercero las plazas de garaje vacantes no atribuidas a ninguno de los propietarios a título privativo. El presidente de la comunidad de propietarios ejercita la acción de nulidad del contrato de compraventa, demandando tanto a los promotores como al comprador, pese a que la Junta de propietarios no adoptó acuerdo para ejercitar acciones judiciales frente a este último. El Juzgado de Primera Instancia apreció las excepciones de falta de legitimación activa y

pasiva. La Audiencia Provincial de Valladolid, en grado de apelación, revocó la sentencia. El TS desestima el recurso de casación. (*J. L. R.*)

53. Comunidad de propietarios. Representación del Presidente en juicio.—Según resolvió la STS de 16 de julio de 1990, por ley (art. 12 LPH), a la comunidad de propietarios en régimen horizontal la representa en juicio y fuera de él su presidente; por ley, pues, es éste quien debe otorgar los poderes a procuradores y los poderes serán válidos aunque la persona del presidente cambie con posterioridad. Como también serán válidas las actuaciones procesales aunque durante el proceso cambie el presidente, sin que ello provoque crisis procesal subjetiva. En cualquier caso, quien ha de representar a la comunidad en cada momento ha de ser quien ostente la cualidad de presidente.

Acreditación del cargo de Presidente.—El acreditamiento de dicho cargo se produce con la certificación de la Junta sin que sea precisa otra demostración, ya que, en otro caso, la carga de la prueba correspondería al que, pese a tal certificación, negara que en el mismo concurren los requisitos legales para su nombramiento.

Recurso de casación. Causas de desestimación.—El primer motivo del recurso denuncia la infracción de los artículos 5, 7.2, 11, 16 LPH; 349, 397, 1098, 1102, 1902 y 1903 CC, abigarrado conjunto de citas legales que denota la falta de técnica casacional con que el recurso se plantea por afectar, prácticamente, a todo el fondo del litigio, con referencias puntuales a cada uno de los pedimentos y críticas en la que se mezclan elementos fácticos con otros jurídicos que hacen inviable su consideración como tal motivo casacional, razón que ya fue advertida por el Ministerio Fiscal, cuando en su dictamen preliminar recabó la inadmisión de este primer motivo, en atención al propósito del recurrente de convertir este recurso extraordinario en una tercera instancia, lo que no procede. Según reiterada jurisprudencia de esta Sala las causas de inadmisión, apreciadas en este momento se transforman en causas de desestimación. (**STS 9 de diciembre de 1996**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Fernando Miguel R. T. M. promovió juicio de menor cuantía contra la Comunidad de Propietarios del Edificio *Parque de América* y su Presidente en demanda de convocatoria de junta para la elección de los órganos, recuperación de elementos comunes, ejecución de obras en el garaje, regularización de cuotas y resarcimiento de perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia de Huelva no estimó la demanda por apreciación de falta de legitimación activa. La Audiencia Provincial revocó la sentencia y condenó a la Comunidad demandada a la convocatoria de Junta de Propietarios para la elección de Secretario y Administrador. El actor interpuso recurso de casación, pero el TS declaró no haber lugar al recurso. (*M. D. C. H.*)

54. Propiedad intelectual. El concepto de comunicación pública en el artículo 20 LPI.—Lo que tiene en cuenta el artículo 20 LPI para que se dé comunicación pública son aquellos actos en los que una pluralidad de personas pueden tener acceso a la obra creativa y en lugar accesible al público, por lo que no se precisa una concurrencia simultánea, sino que puede ser sucesiva —tratándose de habitaciones—, siempre que quepa la comparecencia plural y alegue situación de utilización exclusivamente privada. En este sentido, no procede hacer distinción entre las dependencias destinadas en el hotel a vestíbulo y las que sirven de dormitorios, pues la Ley no lo contempla y sin dejar de lado la nota de la privatividad de las habitaciones, en cuanto son ocupadas en un determinado momento por

persona concreta, ello no impide ni aminora el concepto de hogar exclusivo, desde el momento en que cabe el acceso, más o menos dilatado a lo largo del tiempo, de otras personas que utilizan y disfrutan las instalaciones reproductoras de sonido conforme a un servicio más de los prestados y que se integra en la propia estructura de explotación comercial del establecimiento. A estos efectos el artículo 20.1, párrafo segundo, LPI comprende todos los ámbitos no estrictamente domésticos que estén conectados o integrados en una red de difusión de cualquier tipo, para considerar pública la comunicación.

Valor probatorio de la fotocopia de un documento privado.—La fotocopia de un documento, no reconocido de contrario y tampoco convenientemente advertida su autenticidad, carece de todo valor y eficacia procesal (SS de 17 de mayo de 1991 y 17 de febrero de 1992). No es suficiente el argumento de encontrarse el original en otro pleito, ya que bien pudo la parte desplegar actividad probatoria eficaz para su incorporación mediante el correspondiente testimonio y no conculcar el artículo 620 de la Ley Procesal Civil.

Recurso de casación por infracción de normas del ordenamiento jurídico.—La jurisprudencia de esta Sala viene declarando que cuando no se hace cita de normas concretas o sentencias que se consideren infringidas, el motivo ha de ser rechazado, aunque se hubiera admitido, dada su acreditada incorrección casacional y con mayor razón si se lleva a cabo una crítica a la función valorativa de la prueba a cargo de la Sala sentenciadora, para aportar la propia e interesada. Tratándose de una norma de rango reglamentario debe citarse relacionada con el precepto legal sustantivo. (STS de 11 de marzo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sociedad General de Autores de España planteó demanda contra el Hotel Blanco Don Juan de Lloret de Mar por haber utilizado el repertorio de la actora en sus locales y dependencias sin contar con la preceptiva autorización. La parte demandada planteó reconvencción, alegando, primero, que las cantidades reclamadas por la SGAE no se corresponden a las tarifas aplicables según la categoría de sus locales y, segundo, que uno de éstos había sido arrendado a un tercero y en consecuencia a él le corresponde el abono de los derechos de autor. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La sentencia es recurrida en apelación por ambas partes, estimando la Audiencia Provincial parcialmente el recurso de apelación formulado por la SGAE y rechazando el formulado por la representación del Hotel Blanco Don Juan, SA. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por este último. (J. L. R.)

55. Legitimación activa.—Discutida en el fondo del motivo la legitimación activa de las demandantes al no ser entidades de gestión legalmente autorizadas, ha de tenerse en cuenta que sólo es exigida la actuación necesaria a través de una entidad de gestión de las reguladas en los artículos 132 y siguientes de la Ley de 1987 en los supuestos del artículo 25.7 y del artículo 3.2 de la Ley 43/94, de 30 de diciembre, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la Propiedad Intelectual (arts. 25.7 y 90.7 del texto refundido, si bien este precepto se refiere a los autores mencionados en el número 1, es decir, a los que se considera como tales en el art. 87, quedando excluidos, en consecuencia, los productores, aparte de no ser aplicable el precepto por evidentes razones de orden temporal); por ello, en los supuestos en que no es exigida con carácter necesario la intervención de las entidades de

gestión, pueden los titulares de los derechos infringidos dirigirse directamente contra quienes explotan sin la pertinente autorización esos derechos.

Concepto de sentencia incongruente.—Reiterada jurisprudencia tiene declarado que la congruencia requiere armonía entre los suplicos de los escritos de demanda y contestación y la parte dispositiva de la sentencia; que es incongruente la sentencia que concede algo distinto de lo pedido, más de lo pedido, o deja sin resolver alguna petición. También ha entendido en ocasiones que es incongruente por contradicción interna una sentencia que dispone algo radicalmente contrario a lo razonado en los fundamentos, o también por último, la sentencia en la que se hace uso del principio *iura novit curia* y se aplican preceptos no alegados por las partes pero de naturaleza tal que alteran la causa de pedir provocando indefensión (S de 4 de mayo de 1993).

Derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas.—El hecho de que las jurisprudencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo calificasen en su momento la actividad de los llamados vídeos comunitarios como una actividad privada, que no es televisión y que por ello no quedan incluidas en el ámbito del Estatuto de Radiodifusión y Televisión ni en el de la Ley 46 de 26 de diciembre de 1983, no implica que, desde el punto de vista civilístico, la actividad llevada a cabo por la recurrente haya de calificarse como una actividad privada similar a la del individuo que adquiere una copia de una grabación audiovisual para ser vista en su domicilio, sino que por el contrario se trata de una actividad de servicios con ánimo de lucro, abierta su utilización a un número indeterminado de personas dentro del ámbito geográfico a que alcanza la cobertura de sus medios y que se lleva a cabo mediante la explotación de obras cinematográficas de titularidad ajena ... Si bien es cierto que la Ley 17/1966, de 31 de mayo, sobre derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas, no hacía referencia, dado el estado de la técnica en aquel momento, a «las demás obras audiovisuales», como hace la legislación vigente, ello no implica que los derechos reconocidos en el artículo 1 de aquella Ley a los productores o a sus cesionarios o causahabientes queden sin protección por el hecho de haber aparecido con posterioridad nuevos soportes que posibilitan nuevas formas de explotación de las obras cinematográficas, ya que, según el artículo 3.1 CC, las leyes se interpretarán según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. (STS de 5 de junio de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—La *Federación Antipiratería (FAP)* presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Elche, por violación de derechos de Propiedad Intelectual, contra la entidad mercantil *Elche Comunicaciones, SA. (Tele-Elx)*; a estos autos se acumularon los de igual clase iniciados ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Elche en virtud de demanda dirigida contra dicha sociedad anónima y formulada por *Paramount Pictures Industries, INC, Universal City Studios, INC* y *Walt Disney Production* ... El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Elche dictó sentencia en la que apreciaba la falta de legitimación activa de la *FAP* y sin entrar en el fondo del asunto absolvía en la instancia a la demandada. De otro lado, estimó en parte la demanda presentada por los demás demandantes y condenó a la sociedad anónima a cesar en la actividad de comunicación pública no autorizada de las obras audiovisuales propiedad de las demandantes, así como se le prohibía la reanudación de

la actividad defraudatoria. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por *Tele-Elx* y estimó el interpuesto por las entidades demandantes, condenando a aquélla al pago de una indemnización por daños y perjuicios. La mercantil *Elche Comunicaciones* interpuso recurso de casación y el TS declaró haber lugar al mismo confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Elche. (*M. D. C. H.*)

56. Principio de legitimación registral. Acción contradictoria del dominio.—La S de 30 de septiembre de 1991, citada por la de 20 de diciembre de 1993, establece que la más reciente y consolidada doctrina de esta Sala (contenida, entre otras, en las SS de 5 de mayo, 6 de julio y 24 de noviembre de 1987, así como en la de 3 de junio de 1989) matizando las consecuencias en la esfera del proceso del principio de legitimación registral, tiene declarado que, superando una interposición rigorista del precepto contenido en el párrafo 2.º del artículo 38 LH, que exigía el ejercicio previo, o al menos, coetáneo con la acción contradictoria del dominio inscrito, de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral, se pasa a la más actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado una acción contradictoria del dominio que figura inscrito en nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esta petición y no puede ser causa de que se deniegue la petición respecto a la titularidad dominical.

Por ello, en el caso de que no se haya solicitado expresa y nominalmente la cancelación o nulidad de la inscripción contradictoria del dominio, la legitimación pasiva corresponde, única y exclusivamente, a quienes se atribuyen los actos posesorios perturbadores del dominio reivindicado y no parece lógico que, siendo así, la petición expresa de cancelación o nulidad de la inscripción contradictoria haya de producir un plus en esa legitimación pasiva teniendo que demandar a quienes, sin ser poseedores o detentadores de la finca reivindicada, tuvieron intervención en la creación del título en cuya virtud se practicó aquella inscripción, pues en nada les va a afectar la resolución que se dicte, sobre todo, cuando como en el presente caso no surgen de la inscripción contradictoria derechos a favor de esos terceros no demandados. (**STS de 28 de febrero de 1996; no ha lugar.**)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia se solicita la entrega de una finca, con todos sus accesorios, a la vez que la nulidad de la inscripción de la finca citada en el Registro de la Propiedad, quien estimó la demanda. La Audiencia Provincial confirma dicha resolución. El TS declara no haber lugar al recurso. (*Y. B. M.*)

57. Acción de nulidad de las cancelaciones de los contratos de arrendamiento sobre finca hipotecada. Procedimiento del artículo 131 LH.—Partiendo de un arrendamiento válidamente constituido, y de la compatibilidad del derecho real dominical con el derecho personal arrendaticio sobre una misma cosa, no puede declararse extinguido el segundo, cuando la finca se ha transmitido mediante adjudicación hipotecaria, por las siguientes razones: a) porque la atribución dominical que del inmueble hipotecado se hace al adjudicatario, mediante la subasta establecida en el artículo 131 LH, afecta únicamente, según dicha norma, a las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipote-

ca que se ha realizado; pero de ahí no se deriva que haya de afectar también a derechos personales, que no han tenido acceso al Registro de la Propiedad, como es el derecho de arrendamiento litigioso; *b*) porque de seguirse criterio distinto, se daría lugar a una causa de extinción del arrendamiento, no enumerada en la relación imperativa y taxativa de esas causas que hace el artículo 114 LAU, y *c*) porque tratándose de arrendamientos con derecho a la prórroga forzosa (anteriores al Real Decreto Ley de 30 de abril de 1985), se quebrantaría el contenido del artículo 57 de la misma Ley, que impone obligatoriamente dicha prórroga para el arrendador). Esta doctrina quiebra: *a*) cuando se ha declarado la inexistencia por simulación de la relación arrendaticia (S 17 de noviembre de 1989); *b*) cuando se pruebe que ha mediado fraude, dolo o confabulación entre el arrendador y el arrendatario, y *c*) cuando con el arrendamiento se haya causado un grave perjuicio económico al acreedor hipotecario, disminuyendo el valor de garantía o de subasta de la finca hipotecada, para lo cual puede servir como pauta, salvo prueba en contrario, las disposiciones del artículo 219.2.º RH.

El abuso del derecho.—Los elementos que jurisprudencialmente configuran la teoría del abuso del derecho coinciden con la pretensión de la parte actora: *a*) uso de un derecho objetivo y externamente legal; *b*) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y *c*) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva o en forma objetiva. (STS de 9 de mayo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes-arrendatarios solicitan la nulidad de las adjudicaciones producidas en subasta pública de las viviendas que ocupaban, así como el mantenimiento de la situación arrendaticia. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación revocando la sentencia y declara la subsistencia de los derechos de arrendamiento que ostentaban los actores. El demandado recurre en casación, siendo desestimado el recurso. (*Y. B. M.*)

58. Tercería de dominio. La interpretación de los contratos que conllevan una transmisión de propiedad.—Es doctrina harto reiterada de esta Sala la de que la interpretación de los contratos está reservada a los órganos de instancia, no siendo casable más que cuando se demuestre que es ilógica, arbitraria o vulneradora de normas legales. La efectuada por la sentencia recurrida no adolece de ninguno de estos defectos, pues la estipulación controvertida tuvo un objeto, si no determinado, sí determinable, lo que permite el artículo 1273 CC siempre que la determinación no requiera que los contratantes hayan de ponerse nuevamente de acuerdo sino que baste la aplicación de los criterios que establecieron.

La relevancia del factor temporal en la inscripción de un título.—Ciertamente que en el momento de anotarse el embargo la titularidad que se debate no estaba inscrita en el Registro de la Propiedad a favor de los terceristas, pero es doctrina de esta Sala la de que la anotación de embargo no puede oponerse al que con anterioridad ha adquirido el objeto de la traba, aunque no haya inscrito su derecho, ya que la traba no puede recaer sobre bienes que no estén en el patrimonio del deudor, ni el acreedor embargante goza de la protección del artículo 34 LH (SS de 14 de diciembre de 1968, 12 de junio de 1970, 31 de enero de 1978, 19 de noviembre de 1992 y 10 de mayo de 1994, entre otras). (STS de 14 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora pretende, mediante una tercería de dominio, que le sea reconocida la propiedad de unos aparcamientos que fueron incluidos en un procedimiento ejecutivo, como pertenecientes a un titular equivocado. En primera instancia se estima la demandada y se procede al levantamiento del embargo y a la cancelación de la anotación preventiva. Posteriormente la parte ejecutante y codemandada en la instancia alega en apelación que el contrato de compraventa realizado carecía de algunos elementos esenciales y que se había otorgado una segunda escritura pública donde se detallaban algunos aspectos; no prospera el recurso porque, aunque los aparcamientos fueron embargados antes de la segunda inscripción, la segunda escritura no supuso nuevas contraprestaciones. En casación la pretensión es desestimada por el TS. (C. L. S.)

59. Tercería de dominio. Los inconvenientes derivados de su aplicación en el caso de constitución de hipoteca.—La Sala anticipa la inidoneidad de la vía de la tercería de dominio para impugnar una hipoteca sobre el inmueble controvertido. Los procesos de tercería (S de 4 de julio de 1989), al estar superpuestos a un precedente juicio ejecutivo que es el principal, no tienden, en puridad técnica, a un pronunciamiento autónomo o por completo desgajado de lo hasta entonces acontecido en aquel proceso, sino que, al contrario, aspiran a la consecución de una decisión judicial que conectada con el trámite principal, de tal forma le afecta que convulsione lo hasta entonces en él resuelto; si la tercería es de dominio, la decisión supondrá el mantenimiento o alzamiento de la medida cautelar del embargo decretado de la cosa en el juicio ejecutivo.

El requisito ineludible de la inscripción del título para ejercitar la tercería de dominio.—Entendemos que siendo la exigencia de aportar un título inscrito junto con la demanda de tercería de dominio un requisito inexcusable de admisibilidad de la demanda, para lograr la suspensión del procedimiento sumario, y no ser éste el caso, al haber aportado un documento privado, el procedimiento de tercería deberá reputarse como nulo. (STS de 10 de octubre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante solicita, por medio de una tercería de dominio, ser declarada propietaria del inmueble que, a su juicio, ha sido erróneamente hipotecado. Entre los demandados, la parte ejecutante alega que la venta realizada por los ejecutados a la ahora demandante se realizó con carácter fraudulento, y los deudores ejecutados se reafirman en que la venta efectuada fue lícita. Se estima la demanda en primera instancia, pero, tras el recurso de apelación interpuesto por el ejecutante demandado, la Audiencia Provincial lo estima parcialmente, basándose en la no concurrencia de un requisito tan importante como lo es la inscripción del título de la venta, para poder interponer la tercería de dominio. La parte actora interpone recurso de casación, que es desestimado por el TS. (C. L. S.)

60. Anotación preventiva de embargo. Efectos.—Es reiterada la jurisprudencia de este Tribunal (SSTS de 14 de junio de 1988, 7 de abril de 1989 y 12 de febrero de 1992) según la cual la anotación preventiva de embargo no otorga preferencia respecto de acreedores con créditos de fecha anterior a la fecha en que se practicó la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, sino que tan sólo otorga preferencia, en relación con los bienes anotados, y frente a los acreedores

que tengan contra el mismo deudor otro crédito de fecha posterior a dicha anotación preventiva. Asimismo se señala que la anotación preventiva de embargo no crea ni declara ningún derecho y tampoco implica un cambio en la naturaleza de las obligaciones. (STS de 6 de junio de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia del procedimiento ejecutivo instado por don M. A. D., titular de un crédito contra *Estructuras y Forjados Domo, SAL*, se dictó sentencia de remate de dicho crédito el 19 de septiembre de 1984, realizándose la anotación preventiva de embargo el 21 de noviembre de 1984. Por su parte, *Hormigones Córdoba, SA*, titular de un crédito contra la antes mencionada, *Estructuras y Forjados Domo, SAL*, promovió el correspondiente procedimiento ejecutivo, practicándose la anotación preventiva de embargo el 20 de noviembre de 1984 y recayendo sentencia de remate el 20 de mayo de 1988.

Don M. A. D. interpuso tercera de mejor derecho contra *Estructuras y Forjados Domo, SAL*, y *Hormigones Córdoba, SA*, suplicando que se declarase su preferente derecho a cobrar el crédito que ostenta contra *Estructuras y Forjados Domo, SAL*, sobre el que ostenta *Hormigones Córdoba, SA*, contra el mismo deudor.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la tercera de mejor derecho. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia dictada en primera instancia. El TS declaró haber lugar al recurso de casación, estimando la demanda de tercera de mejor derecho. (M. J. P. G.)

DERECHO DE FAMILIA

61. Liquidación de Sociedad de gananciales. Atribución de la condición de ganancialidad a los bienes. Artículo 1355 CC.—El artículo 1355 CC en su actual versión, al permitir que los cónyuges atribuyan la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga, significa una profunda innovación, algo *ex novo* en la disciplina de la sociedad de gananciales, que no puede aplicarse retroactivamente a virtud de lo prevenido en el artículo 2.3 CC, pues la legalidad anterior a 1981 excluía que la voluntad de los cónyuges pudiera ser suficiente para cambiar las reglas de subrogación establecidas en el Código y eludir la prohibición de donaciones, compraventas y, en general, la contratación entre ellos.

Presunción de ganancialidad activa.—La presunción de ganancialidad *-iuris tantum-* contenida en el artículo 1407 CC en su redacción anterior, coincidente con el 1361 actual, motivó una rigurosa interpretación jurisprudencial acerca de la manera cumplida y satisfactoria para poder apreciar así el carácter privativo de la adquisición. La declaración de que «adquieren ambos» o de que «se compra para la sociedad conyugal» es confesión extrajudicial y, conforme al artículo 1329 CC, integra un hecho sometido a la apreciación de los Tribunales en unión del resto de las pruebas (SS de 28 de octubre de 1965, 10 de noviembre de 1986 y 8 de febrero de 1993). (STS de 8 de marzo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña J. R. L. y don A. B. contrajeron matrimonio rigiendo el régimen de sociedad de gananciales. Posteriormente, otorgaron capitulaciones matrimoniales adoptando el régimen de separa-

ción de bienes, pero sin proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales. Más tarde, doña J. R. L. solicita la separación conyugal, concediéndose por sentencia sin que en ejecución de la misma se consiguiese acuerdo sobre la formación de inventario para liquidar la anterior sociedad de gananciales. Por ello, doña J. R. L. formula demanda de juicio declarativo de menor cuantía solicitando la liquidación de la sociedad de gananciales, formulando reconvencción don A. B. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda declarando haber lugar a la liquidación de la misma, a la vez que acoge parcialmente la reconvencción declarando privativos determinados bienes de don A. B. El mismo apela la sentencia y la Audiencia Provincial confirma la sentencia del Juzgado corrigiendo sólo un mero error material. Don A. B. recurre en casación declarando el TS no haber lugar al recurso de casación. (Y. B. M.)

62. Impugnación de filiación matrimonial. Presunción legal de paternidad.—El precepto invocado por el demandante —el artículo 141 CC— es aplicable a la impugnación del reconocimiento (...) así como a reconocimientos que determinen conforme a la Ley una filiación matrimonial, pero no a los supuestos de presunción legal de paternidad. El artículo 138 CC distingue dos supuestos impugnatorios de la paternidad, uno, el derivado del reconocimiento realizado con vicios en el consentimiento, y otro, el derivado de otras causas, lo que implica la remisión a los supuestos prevenidos en los artículos 117, 118, 119 y 120.1.º, a cuya acción de impugnación del reconocimiento se refiere el artículo 141. Ahora bien, esta acción difiere de la, asimismo, impugnatoria regulada en el artículo 136, la cual se encuentra íntimamente vinculada a la presunción legal establecida en el artículo 116 —se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges siendo éste el supuesto que concurre en autos puesto que la paternidad en el caso que se debate no es consecuencia de una situación de reconocimiento, sino de la presunción legal acabada de indicar, razón por la que no resulta aplicable el artículo 141.

Pruebas biológicas. La relevancia procesal y efectos de su no realización.—Por lo que concierne a las pruebas biológicas en los juicios de filiación, es cierta la constancia en autos de que la demandada se negó a la práctica de tales pruebas, pero ello no permite extraer las consecuencias pretendidas por el recurrente, ni dichas consecuencias encuentran soporte incondicional en la doctrina jurisprudencial declarada por la Sala, dado que el sentido prácticamente unánime de la misma se pronuncia por la imposibilidad de suponer una *facta confessio* en los supuestos de negativa en punto a su realización pues sólo representa un indicio valioso que, conjuntamente con otros elementos probatorios, permite llegar a la existencia de la paternidad, particular que no concurre aquí, en el caso de que se trata, ya que no median de manera concluyente otras pruebas que pudieran avalar las pretensiones del recurrente. (STS de 20 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor, tras someterse a unas pruebas médicas que le diagnostican una esterilidad congénita, solicita que se reconozca su no paternidad, con los efectos que ello supondría, respecto de los cuatro hijos habidos durante su matrimonio. En la instancia se desestima la demanda por haber caducado el plazo de realización de la acción de impugnación. La Audiencia Provincial confirma la sentencia del Tribunal de Primera instancia, y el TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante. (C. L. S.)

63. Legitimación del progenitor para reclamar la filiación no matrimonial cuando falta la respectiva posesión de estado.—Frente a una interpretación literal del artículo 133 CC, la interpretación sistemática, tomando especialmente en consideración el artículo 134 CC, extiende al progenitor, aun en casos en que no haya «posesión de estado», el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial. Frente a aquella versión literalista, puede hasta compartirse la versión más flexible de que la regla general del artículo 134 CC, al no especificar, posibilita que (...) si se está legitimado para impugnar, en todo caso, la filiación contradictoria, también esta impugnación condicionará la habilitación para que se pueda ejercitar la acción de reclamación.

Negativa a someterse a las pruebas biológicas.—La relación entre indicios probatorios existentes sobre la paternidad y la negativa a someterse o permitir las pruebas sanguíneas demostrativas de la paternidad con un índice de fiabilidad extremadamente alto, exige siempre una ponderación jurídica para evitar que se convierta en ilusorio el principio de investigación de la paternidad reconocido con rango de norma constitucional (art. 39 CE), en atención a que, al no poderse practicar la referida prueba, por medios coactivos para no lesionar otros derechos fundamentales, la conducta procesal de las partes y su colaboración con la justicia se transforma en un valioso dato externo que permite conjeturar con grandes posibilidades de acierto la realidad subyacente. Como expresa la STS de 28 de noviembre de 1995, «por muy explicables desde un punto de vista subjetivo, que sean las motivaciones que llevan a los demandados a negar todo tipo de colaboración, el Derecho no puede amparar estas conductas. En efecto, la actitud de los mismos comporta un ejercicio antisocial del derecho de defensa, que no es un derecho ilimitado que justifique cualquier conducta, sino que su ejercicio ha de estar contenido dentro de unos límites normales, cuyo alcance depende, también, de la naturaleza del proceso en que tal derecho se ejercite. No es igual la valoración que debe hacerse de la obstaculización de la prueba en un asunto de interés exclusivamente privado, que incluso puede estar legitimada por el signo de la carga de la prueba que recae sobre el actor, que la que corresponde realizar en asuntos donde el interés público está presente, como ocurre en los procesos de filiación. (STS de 24 de junio de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. P. G. R. formula demanda de reclamación de paternidad no matrimonial contra doña I. P. P., madre soltera de un menor nacido el 30 de mayo de 1990. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Albacete desestima íntegramente la demanda. Durante la sustanciación del recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Albacete, la madre se negó a someterse a las pruebas biológicas alegando, primero, una presunta enfermedad de su hijo, y, tras el señalamiento de una nueva fecha, motivos éticos y religiosos sin dar ninguna otra explicación. No obstante la Audiencia confirma la sentencia, basándose de nuevo en la carencia de legitimación activa del actor por falta de acreditamiento de la posesión de estado. El TS declara haber lugar al recurso de casación. (J. L. R.)

DERECHO DE SUCESIONES

64. Título nobiliario. Sucesión en favor de parientes colaterales.—Es doctrina jurisprudencial que a falta de línea descendente, en una sucesión de parientes colaterales no es de aplicación el principio de representación, sino el principio de

propinquidad. La propinquidad «impone conformar la colateralidad con dos líneas, la primera que asciende y alcanza el tronco común y la segunda que desde aquél descende hasta el primer titular de la merced honorífica de que se trate».

Aplicación del principio de propinquidad.—Este principio que aparece enunciado en la Partida Segunda, ley II del título XV («Pero si todos falleciesen deben heredar el Reino el más propincuo pariente que oviесе»), debe ser entendido en el sentido de que el cómputo de transversales medido por la propinquidad se debe llevar a cabo respecto del último poseedor, es decir, el rehabilitante.

Principio de igualdad de sexos en la sucesión nobiliaria.—El TS en numerosas SS (SS de 22 de marzo de 1991, 24 de enero y 18 de abril de 1955) «se ha pronunciado sobre la naturaleza discriminatoria —sancionada como principio general en las Partidas— y sobrevenidamente inconstitucional, de la preferencia del varón sobre la mujer, al declarar que sólo es aplicable a las sucesiones producidas a partir de la promulgación de la Constitución, lo que significa que la abrogación sobrevenida no opera con retroactividad de grado, máximo para alterar, a la luz de las normas hoy vigentes, problemas sucesorios acaecidos y agotados en el tiempo pasado;... si bien dicha operatividad negativa en el tiempo ha de referirse a los supuestos de transmisiones sucesorias anteriores». (STS de 7 de mayo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El Rey don Fernando VII otorgó en 1775 el título nobiliario Marqués de Campo Ameno a favor de A. G. A., así como para sus herederos y sucesores. Fallecido el primer Marqués sin descendencia, quedó el título vacante hasta que en 1950 S. F. O. —el segundo Marqués— lo rehabilitó. De este poseedor, que falleció sin descendientes, pasó el título en 1966 a una sobrina del segundo Marqués, A. M. F. F., la cual fue demandada por J. G. L. I., que solicitó, entre otros pedimentos, que se declarase su mejor derecho a llevar el título nobiliario citado. Alegaba el actor como fundamento de su pretensión que al tiempo de la rehabilitación del título por el segundo Marqués vivía su padre, que siendo del mismo grado que éste era de mayor edad.

Desestimada la demanda e interpuesto recurso de apelación por el actor, la Audiencia Provincial acogió parcialmente el mismo absolviendo, no obstante, a la demandada. Formulado recurso de casación, no prosperó.

NOTA.—La S que nos ocupa aborda dos cuestiones dignas de mención: el principio de propinquidad y el de igualdad en la sucesión nobiliaria.

Para tratar del principio de propinquidad, es necesario partir del Decreto de 4 de junio de 1948 en cuyo artículo 5 se establece: «El orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el Título de concesión y, en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia». La polémica se suscita al abordar cuál es el orden tradicional.

La S que anotamos parte de la premisa de que el orden tradicionalmente establecido es el de la Corona. Así se desprende del antecedente de la institución: la ley II del título XV de la Partida Segunda, y es precisamente este antecedente el que permite aplicar al derecho nobiliario el principio de propinquidad. Se acoge así una doctrina jurisprudencial bastante generalizada (SS de 13 de octubre de 1993, 16 de noviembre de 1994...), aunque no unánime. En efecto, existen resoluciones contra-

rias al principio de propinquidad (S de 20 de junio de 1987) y además un sector doctrinal defiende la inaplicación del mismo pues su utilización desnaturaliza la sucesión nobiliaria. Argumentan estos autores que la Partida Segunda es únicamente aplicable a la Corona, siendo el antecedente de la sucesión nobiliaria la ley XL de Toro que consagra la vinculación a la estirpe del fundador. Además, añaden que la aplicación de este principio es contrario a la propia sucesión nobiliaria, pues el ser pariente más próximo del último poseedor es una circunstancia totalmente ajena al Derecho nobiliario, supone anteponer el grado a la línea, y olvidar que este derecho se sucede al fundador y no al último poseedor. Ver Taboada Roca, Manuel: "Una lamentable desviación jurisprudencial en materia nobiliaria (Comentarios a una Sentencia)", *RDP*, julio-agosto 1995; y Vallterra Fernández, Luis, en *Derecho nobiliario español*, Granada, 1995, pp. 275 a 324.

Abordando el segundo tema de interés, es decir, el principio de igualdad, hemos de considerar que los criterios que determinaron la sucesión de los títulos nobiliarios fueron en nuestro Derecho Histórico: la primogenitura, la representación y la masculinidad. De los requisitos reseñados, la representación y la primogenitura «sí tienen justificación objetiva y razonable» (STS de 28 de abril de 1989), sin embargo, el criterio basado en la preferencia del hombre sobre la mujer ha sido excluido por la jurisprudencia. Como se establece en la sentencia anotada, reiteradamente el TS en SS como las de 28 de abril de 1989, 21 de diciembre de 1989, 22 de marzo de 1991, 24 de enero y 18 de abril de 1995, ha considerado el criterio de la preferencia del hombre sobre la mujer derogado por inconstitucionalidad sobrevenida al ser contrario a la Constitución. Esta Jurisprudencia, a juicio de algunos autores, encuentra un grave obstáculo de forma. El problema se centra en que la sucesión en el título nobiliario se abre a la muerte del fundador, el resto de los poseedores del título son meros precaristas (una única vez se abre la sucesión, si bien se produce una delación múltiple). Por ello la aplicación de la regla 12.ª de las disposiciones transitorias del CC impone que la sucesión en los títulos nobiliarios deba regularse por la ley existente cuando se abrió la sucesión, lo que haría inaplicable la normativa constitucional al supuesto anotado. Frente a esta posición cabe citar argumentos como los de la STS de 28 de abril de 1989, que en su FD 3.ª establece: «Injusto y discriminatorio (desigualdad irrazonable) resultaría mantener hoy en día la aplicación a una parte de nuestro Ordenamiento por los Tribunales de Justicia de un principio selectivo que en modo alguno obedece a la necesidad de su empleo para determinar el orden sucesorio, y, que en definitiva, representaría la forzada subsistencia de un privilegio reservado a los varones de un determinado sector social». Ver Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos, Antonio, *La preferencia del varón en la sucesión nobiliaria después de la constitución*, Madrid, 1992. (S. A. R.)

DERECHO MERCANTIL

65. Contrato de franquicia: atipicidad: definición.—El contrato de franquicia surgido del tipo contractual del derecho norteamericano denominado *franchising* como manifestación de una situación contractual que no tiene su reflejo

en el derecho positivo, debe estimarse dentro de los contratos atípicos; desde un punto de vista doctrinal ha sido definido como aquel que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas (franquiciador) otorga a la otra (franquiciado) el derecho a utilizar, bajo determinadas condiciones de control y por un tiempo y zona delimitados, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciado, contra entrega por éste de una contraprestación económica; estos contratos son peculiares y característicos de las nuevas formas comerciales para eludir la presión monopolística de las grandes multinacionales, cuya tendencia al control de los mercados solamente puede ser frenada mediante conciertos y uniones comerciales de los pequeños comerciantes y empresas, agrupados en centrales de compras, que lleguen a realizar campañas comerciales homogéneas y continuas.

Régimen jurídico.—Su plasmación jurisprudencial surge de la S del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 28 de enero de 1986 (caso *Prenupcial*), según la cual, los datos que definen su naturaleza jurídica, y su diferencia con los contratos de suministro o de distribución de mercancías, son los siguientes: a) que el franquiciador debe transmitir su *Know-how*, o asistencia o metodología del trabajo, aplicando sus métodos comerciales, y b) que dicho franquiciador queda obligado a diseñar, dirigir y sufragar las campañas publicitarias realizadas para difundir el rótulo y la marca del franquiciador; como contrato atípico mercantil, en nuestro derecho se registrará, en primer lugar, por la voluntad de las partes plasmada en cláusulas y requisitos concretos, formulados en relaciones de buena fe y mutua confianza, debiendo las mismas producir todos sus efectos, y para el caso de que hubiera lagunas para interpretar su contenido, será preciso recurrir a figuras de contratos típicos afines, siendo acertado que la sentencia recurrida haya acudido a las reglas de la compraventa mercantil contenidas en los artículos 325, 332, 336 y 342 CCO como regulación subsidiaria.

Estipulaciones contractuales.—Del contrato suscrito entre las partes, resulta que el franquiciado, ahora recurrente, estaba obligado al pago puntual de las mercancías recibidas y facturadas a su nombre, y para el caso de incumplimiento, se facultaba a la parte franquiciadora a la resolución del contrato con derecho a reclamar el valor de lo servido; cláusulas aplicadas correctamente por la S recurrida.

Cuestión nueva: franquiciado que es también fiador.—La cualidad que ostenta el recurrente según el contrato, como garante personal y solidario de la firma franquiciada, es cuestión nueva excluida del recurso. (STS de 27 de septiembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Se trata de un claro incumplimiento de un contrato de franquicia concertado entre dos sociedades anónimas, si bien la demanda se dirige además nominalmente contra los integrantes de la sociedad franquiciada, uno de los cuales invoca en casación —no se ve bien con qué finalidad— su carácter de fiadora solidaria. La demanda se estima en ambas instancias, siendo rechazado el recurso interpuesto precisamente por esta última. Lo destacable de la S es su finalidad *pedagógica* explicando el concepto y el contenido de esta nueva modalidad contractual (Pte.: Sierra Gil de la Cuesta), arrancando del famoso caso *Pronupcia*. Quizá quepa observar que al tiempo de dictarse el fallo ya había entrado en vigor la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, cuyo artículo 60 contiene una regulación del régimen de la franquicia, no demasiado completa, pero que impide

calificar en adelante de atípico a este contrato; aunque esta normativa, por razón del tiempo, no resultaba aplicable al caso. (G. G. C.)

66. Contrato de seguro. Intereses moratorios del artículo 20 LCS.—Existiendo controversia relativa a si debe responder o no el asegurador, o sobre la cantidad exacta a abonar en concepto de indemnización con base en aquélla, que haya de resolverse judicialmente, no puede apreciarse la concurrencia de los elementos de resprobabilidad —causa injustificada e imputabilidad al asegurador— determinantes del recargo.

Habiendo puesto la Compañía de Seguros a disposición del asegurado en todo momento la cantidad en que su perito había valorado el vehículo siniestrado, queda demostrado que la discrepancia entre ambas partes en torno a la interpretación de una cláusula de la póliza esencial para la determinación de la cuantía a pagar no puede suponer una «conducta reprobable determinante de los intereses de recargo del artículo 20, e incluso de los del 38 de la Ley», ya que la oposición al pago del resto está justificada. (STS de 4 de julio de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Don Salvador G. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia contra *Nacional Hispánica Aseguradora, SA*, reclamando, con base en el siniestro total que había padecido su automóvil, asegurado a todo riesgo en la citada compañía, una suma de dinero correspondiente al valor íntegro del vehículo, así como el recargo del veinte por ciento por no haber abonado tal cantidad en los tres meses siguientes al siniestro dispuestos en el artículo 20 LCS.

El Juez estimó parcialmente la demanda condenando a la entidad aseguradora al pago exclusivamente del valor íntegro del vehículo, descontando la cantidad ya percibida por el demandante en que la compañía había valorado el siniestro, pero no de los intereses moratorios, ya que el retraso estaba justificado, al haberse debido a una discrepancia en la interpretación de la cláusula de la póliza referida al criterio para determinar el valor del vehículo en el momento del accidente.

Apelada la sentencia de la instancia por ambas partes, la Audiencia desestimó el recurso de la demandada y estimó el del demandante, condenando a la aseguradora también al abono de ese veinte por ciento adicional del artículo 20 de la Ley.

La compañía de seguros recurrió en casación. El TS declaró haber lugar al recurso, revocando la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmando la del Juzgado de Primera Instancia. (A. G. G.)

67. Artículo 41 CCO conforme a la redacción otorgada por la Ley de 21 de julio de 1973.—Los párrafos *b)* y *d)* del antiguo artículo 41 CCO no son aplicables al supuesto del titular de una cuenta corriente, que constituye un depósito irregular tipificado en el artículo 310 CCO, primero porque su tenor literal se refiere a cualquier comerciante y segundo porque no se reconoce al mero cuenta-correntista el derecho de conocimiento del contenido del balance que sí tiene quien acredita un interés legítimo. Sólo tiene derecho al conocimiento de los datos contables de la evolución de su cuenta. (STS de 2 de julio de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Una entidad titular de diversas cuentas corrientes interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia contra el banco en que las tenía domiciliadas, solicitando, como continuación de un expediente de jurisdicción voluntaria, la declaración de la obligación del

demandado de exhibir ante el Censor Jurado de Cuentas asignado en su día la parte del balance que refleje el movimiento de las cuentas de que era titular.

Contra la sentencia desestimatoria de la instancia, el demandante interpuso recurso de apelación que fue estimado por la Audiencia Provincial, declarando la obligación del banco demandado de exhibir tal parte del balance, con base en los párrafos *b)* y *d)* del antiguo artículo 41 CCO. La entidad demandada recurrió en casación. (A. G. G.)

68. Transporte marítimo: la compleja legalidad española en la materia no da una norma concreta sobre la responsabilidad del transportista marítimo (armador, naviero, portador o fletante).—Las reglas de los artículos 619, 620, 676, 809-1 y 821 CCO, desde luego establecen una responsabilidad del capitán, pero nunca una responsabilidad directa o por lo menos exclusiva, hasta el punto que para su exigencia se pueda excluir la figura del naviero, portador o armador.

En el caso de deterioro o pérdida de la mercancía por deficiencias en los aparatos de refrigeración del buque se excluye la necesidad de un litisconsorcio pasivo necesario en cuanto a la figura del capitán, puesto que basta y es preciso dirigir la acción contra el armador, aun en el caso en el que el capitán hubiese actuado negligentemente al tener en malas condiciones los sistemas de congelación del buque.

En el caso de faltas comerciales, o sea, las que afectan directamente al cuidado manejo y conservación del cargamento (art. 8-3 de la ley de Transportes Marítimos), la responsabilidad directa es del naviero o portador.

Es necesario dirigir la acción de reclamación contra el naviero, solo o también contra el capitán, pero nunca únicamente contra éste, ya que, al borde del siglo XXI, su responsabilidad se restringe al área de su actividad, y nunca, por lo menos en solitario, al área de la actividad empresarial del armador. (STS de 6 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Las sociedades *Pesqueras Echebaster, S. A.*, e *Impesca fishing limited* interponen demanda en juicio declarativo de menor cuantía contra don Nikolaus M. B. como capitán del buque congelador *Il Santo*, reclamando la cantidad de 66.326.173 pesetas con motivo del deterioro del pescado transportado en dicho buque.

El Juzgado de Primera Instancia de Villagarcía de Arousa desestima la demanda, absolviendo al demandado. La Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de La Coruña desestima el recurso de apelación, confirmando en su integridad la sentencia apelada. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo. (I. G. F.-D.)

69. Consignación de buques. El consignatario de buques tiene la cualidad de comisionista y el plazo de la acción para reclamar sus derechos es de quince años (arts. 50 CCO y 1964 CC).—El comitente debe abonar todos los gastos y reembolsos que efectuó el comisionista (arts. 1711 y 1728 CC y 278 CCO). La prescripción de los derechos del comisionista está sujeta al plazo general de quince años del artículo 1964 CC por ser el contrato de comisión mercantil un contrato de contenido complejo, que puede requerir del consignatario o comisionista prestaciones diversas, y es irrelevante a estos efectos que se ejecuten personalmente o por medio de subcontratas con terceros. No es de aplicación el plazo de un año del artículo 952 CCO, ya que este artículo no está contemplando

la intermediación compleja y típica del contrato de comisión mercantil, sino también el premio de la comisión.

En el contrato de comisión mercantil entre el armador y consignatario, aparte del premio de la comisión (art. 277 CCO), el comitente está asimismo obligado a satisfacer al contado al comisionista, mediante cuenta justificada, el importe de todos sus gastos y desembolsos, con el interés legal (art. 278 CCO). El consignatario para el cobro de dicha cantidad ejercita su propio derecho, en cuanto nacido del contrato de comisión, y al tratarse de una acción personal, juega el plazo quinquenal del artículo 1964 CC.

Prescripción.—Interpretación restrictiva por no estar fundada en principios de justicia intrínseca. (STS de 8 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora *Vasco Gallega de Consignaciones, S. A.*, interpone demanda en juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad y solicitud de embargo preventivo del buque *Ghazaquet* contra la *Compagnie National Algerieene de Navegation*, propietaria de dicho buque, como consecuencia del impago por parte de la demandada de gastos que realizó el consignatario tales como derechos de puerto, honorarios de los prácticos, remolques, amarres, desamarras, y otros.

El juzgado núm. 17 de Valencia falla absolviendo a la demandada por estimar la prescripción que ésta alegó.

La Audiencia Provincial de Valencia estima el recurso de apelación interpuesto por *Vasco Gallega de Consignaciones, S. A.*, y revoca parcialmente la sentencia de primera instancia, condenando a la compañía naviera al pago de 24.741.555 pesetas, más los intereses de esa cantidad computados desde la sentencia hasta su completo pago.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la *Compagnie National Algerieene de Navegation*, confirmando la sentencia de la Audiencia. (I. G. F.-D.)

70. Sociedad anónima. Capacidad.—Se aplica la LSA de 17 de julio de 1951, y no la actual de 22 de diciembre de 1989, ni la Primera Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea. En virtud del artículo 76 de aquélla y de los artículos 1725 y 1727 CC, la extensión de facultades a un Consejero para firmar avales a actividades carentes de relación con las propias del objeto social necesita una mención explícita en el acuerdo social adoptado y en la escritura concesionaria de las facultades. En el caso de las entidades de seguro hay que tener en cuenta el artículo 3 apartado c) de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación de los Seguros Privados que exige autorización administrativa para el otorgamiento de avales distintos de los propios de la actividad aseguradora. (STS de 27 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Una sociedad anónima reclama una cantidad a una anónima de seguros por unas letras avaladas por un Consejero delegado de esta última y que no fueron pagadas. El objeto de la sociedad de seguros era la realización de seguros y reaseguros de toda clase. El Consejero firmante estaba facultado para avalar letras. Sin embargo, la cláusula del aval no encubría ninguna relación de seguro. Se plantea si el avalista de la letra, y en su nombre y por ella la persona física fir-

mante, podía válidamente concertar un aval bancario. El Juzgado de Primera instancia desestima la demanda. El recurso de apelación se desestima así como el de casación. (P. A. N.)

DERECHO PROCESAL

71. Cuestión de competencia por inhibitoria. La cláusula de sumisión expresa inserta en contrato de adhesión: carácter abusivo.—Conforme a la S de 12 de julio de 1996, y tomando como base la directiva de la CEE núm. 93/13, de 5 de abril de 1993, que define y sanciona de ineficacia las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores, la cláusula de sumisión expresa que figura en el contrato básico de adhesión es ciertamente abusiva, pues origina un desequilibrio para los usuarios de los servicios de mantenimiento de los ascensores, distribuidos por toda España, obligándoles a defenderse y litigar en Madrid, con la consiguiente dificultad en cuanto a su representación procesal, proposición y práctica de prueba, desplazamientos, etc.; y un correlativo beneficio para la entidad ahora demandante que, no obstante tener negocios en numerosas poblaciones, cómodamente centraliza sus reclamaciones jurídicas en la capital de España, donde, con un evidente ahorro económico, tiene garantizada su Asesoría Jurídica. (STS de 14 de septiembre de 1996.)

HECHOS.—La empresa de aparatos ascensores *Zardoya, Otis, S. A.*, formuló demanda contra la Comunidad de Propietarios de la calle Platero Pedro de Bares, núm. 28, portal 5, de Córdoba, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Madrid por figurar en el contrato, que a ambas unía, una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de esta capital. El Procurador de los Tribunales de la citada Comunidad de Propietarios presentó escrito promoviendo cuestión de competencia por inhibitoria. El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Córdoba acuerda requerir de inhibición al de Madrid. Pero el Juez de Primera Instancia núm. 18 de Madrid no accede a la inhibición requerida. Al insistir ambos juzgados en su respectiva competencia, se remitieron los autos al TS, que declaró competente para conocer del juicio entablado por *Zardoya, Otis, S. A.*, al Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Córdoba. (J. L. R.)

72. Reclamación de cantidad. Jurisdicción competente para exigir el pago.—Establecido por el artículo 130.2 de la Ley del Suelo de 1975 que «las cantidades adeudadas por la Junta de Compensación, serán exigibles por la vía de apremio, mediante petición de la Junta a la Administración actuante», lo que se reitera en el artículo 182.2 del Reglamento de Gestión Urbanística, ello ha de considerarse como un privilegio concedido por el legislador a las Juntas de Compensación, lo que no implica el que las mismas, renunciando acudir a ese procedimiento de apremio administrativo, no puedan acudir a la jurisdicción del orden civil para hacer efectivas las obligaciones dinerarias asumidas frente a la Junta por sus miembros, por lo que no puede afirmarse que se haya producido un exceso en el ejercicio de la jurisdicción al conocer los órganos jurisdiccionales del orden civil de la demanda formulada por la Junta de Compensación actora en reclamación de las cantidades adeudadas por los miembros de la misma demandados ahora y recurrentes. (STS de 24 de junio 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora —la Junta de Compensación— interpone una demanda solicitando el pago de una cantidad a los demandados como cuota por la pertenencia de unas fincas a la Junta mencionada. Los demandados alegan la excepción de incompetencia de jurisdicción, siendo ésta desestimada. El único demandado personado en la instancia interpone recurso de apelación, viniendo la Audiencia Provincial a confirmar la sentencia anterior. En casación el TS vuelve a desestimar la excepción que en las sucesivas instancias era alegada por el recurrente e indica que, como queda probado que los demandados eran los propietarios de esas fincas y que las mismas formaban parte de la Junta, es válida la cantidad que los demandados debían a la parte actora, por lo que no hay lugar al recurso de casación interpuesto. (C. L. S.)

73. Error judicial. Alcance y significado.—La Sala reproduce el criterio sustentado en la S de 15 de diciembre de 1994, que a su vez reproduce el de la S de 20 de octubre de 1990, que decía: «... a) el denominado error judicial (sobre cuya tutela goza del marco supranormativo del art. 121-1 CE), proviene de una actuación decisión de los órganos de justicia que a la hora de cumplir su mandato jurisdiccional *dictio iuris* o *decir derecho* incurren en un desvío de tal naturaleza o en una equivocación tan crasa y elemental, y hasta perceptible socialmente por el efecto de injusticia, que producen ... una afectación o menoscabo o perjuicio a la parte que tiene que padecer tal pronunciamiento tortuoso o *erróneo* ... El error judicial ha de dimanar de una resolución injusta o equivocada, con yerro indudable e incontestable, de un modo objetivo y no tan sólo a ojos de quienes fueron parte o se sienten perjudicados, requiriendo el error propio que se haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos de aquéllos que hubieran sido objeto del debate y sobre los cuales el juzgador haya tenido un conocimiento equivocado por causas extraprocerales y no cuando se trata de apreciar pretendidos errores *in iudicio* o *in iudicando* ... ya que de otra forma, como declaró la S de 13 de abril de 1988, se establecería una nueva instancia y una evidente fisura a la seguridad jurídica, o como dice la S de 4 de febrero de 1988, el error judicial no puede basarse en establecer motivaciones subjetivas, sobre la interpretación de las leyes que el Tribunal aplicó con criterio racional y lógico dentro de las normas de la hermenéutica jurídica».

Independencia funcional de los Tribunales.—Esa caracterización nunca puede marginar la misma soberanía —más bien independencia— de corte funcional que los órganos de la justicia ostentan por atribución constitucional, la cual, si bien les conmina a la inexcusabilidad decisoria, también les provee de poderes propios que, ubicados dentro de la llamada metodología judicial, les permita cumplir con su función de *decir el derecho aplicable* no sólo en cuanto que, tras el aislamiento del caso litigioso, en sus coordenadas fácticas relevantes, habrán de elegir la norma aplicable, sino, en especial, que después de esa selección, habrán de ajustar la misma al caso debatido, en una labor de auténtica interpretación aplicatoria, interpretación, pues, como búsqueda del sentido más acorde de la norma con el litigio, que no sólo habrá de efectuarse con absoluta independencia que es tanto como no injerencia de factor alguno de presión, sino que, cómo no, pueda, en su caso, derivar en una conclusión o tesis que no coincida con la que provenga de cualquier otro sector de juridicidad o mucho menos de la que se sustenta por la parte interesada; opinar de otro modo sería tanto como afirmar que cualquier diferencia interpretativa entre la tesis judicial y la de la parte interesada provocaría un desvío atacable por la vía del error judicial, cercenándose

con ello una de las savias más fructíferas y garantes de aquella independencia funcional, como es la omnímoda libertad, salvo el respeto a la Ley, de los Tribunales al resolver los litigios con criterios de especial entendimiento de las sanciones así establecidas. (STS de 3 de septiembre de 1996.)

HECHOS.—Doña Carmen G. B. B., entregó su reloj de oro marca *Omega* al titular de la Agencia Oficial de esa marca en Madrid. Cuando fue a recogerlo se le comunicó que habían sido objeto de un robo a mano armada y que entre las piezas que se habían llevado se encontraba el referido reloj. Se presentó una demanda de reclamación de cantidad, pero en instancia se desestimó. Posteriormente se formuló recurso de revisión ante el Alto Tribunal, suplicando sentencia por la que se declarara el error judicial, pero el TS declaró su inexistencia. (M. D. C. H.)