

## Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Margarita CASTILLA BAREA, Ana María COLÁS ESCANDÓN, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Miriam DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Laura ZUMAQUERO GIL.**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

### DERECHO CIVIL

#### PARTE GENERAL

**1. Interpretación de las normas jurídicas. La equidad.**—Si bien la equidad es un criterio general en el que deberá ponderarse la aplicación de las normas, este elemento de interpretación y dulcificación del Derecho por la Ética no puede fundar por sí sólo una resolución judicial (SSTS de 5 y 14 de mayo y 6 de julio de 1993). La equidad a la que se refiere el artículo 3.2 CC sólo puede fundamentar una resolución judicial cuando la propia Ley se remita expresamente a ella (STS de 29 de diciembre de 1998). Únicamente en este último supuesto cabe su alegación como motivo de casación

(SSTS de 12 de junio de 1990, 22 de enero de 1991, 8 de octubre de 1992 y 5 de mayo y 14 de mayo de 1993).

**Interpretación de las normas jurídicas. La realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas.**—La realidad social es un elemento en la interpretación de la norma que significa el conocimiento y la valoración de las relaciones de hecho a que debe aplicarse dicha norma. Como tal elemento de interpretación, no puede tergiversar la Ley, cambiar su sentido o darle una aplicación arbitraria (STS de 18 de diciembre de 1997). El elemento sociológico en la interpretación de las normas no justifica el arbitrio judicial ni una interpretación laxa de las mismas, y, desde luego, excluye que se eluda la aplicación de la norma vigente al caso concreto. Por otro lado, la aplicación de un criterio sociológico en la interpretación de las leyes exige prudencia y sólo puede ser utilizado cuando la Ley expresamente lo permita (SSTS de 8 de marzo de 1982, 3 de noviembre de 1987 y 7 de febrero de 1992).

**Significado del artículo 3.1.CC.**—Este precepto del Código civil no es una Ley directamente aplicable al caso concreto, sino una guía para interpretar las leyes sustanciales que hayan de aplicarse. Su violación no permite su cita directa a efectos de casación (SSTS de 9 de mayo de 1983 y 22 de junio de 1984). **(STS de 24 de febrero de 2004; no ha lugar.)**

**HECHOS.**—Con motivo de un contrato de compraventa de unas chimeneas, la vendedora presenta una demanda contra la compradora sobre reclamación de cantidad. La compradora contesta a la demanda oponiéndose a ella y formula una demanda reconvenzional basada en el saneamiento por vicios ocultos.

En primera instancia se estima íntegramente la demanda y se desestima la reconvencción porque se entiende que el plazo de ejercicio de las acciones por saneamiento ha caducado, no existe inhabilidad del objeto ni entrega de *aliud pro alio*. En apelación se desestima el recurso y se confirma íntegramente la sentencia dictada en primera instancia. La demandada reconviniente presenta recurso de casación alegando infracción del artículo 3 CC, apartados 1 y 2. *(L. S. M. P.)*

**2. Responsabilidad civil extracontractual. Prescripción de la acción: cómputo del plazo cuando existió un procedimiento penal previo.**—Para que prescriba la acción civil debe haber transcurrido el plazo de un año desde la notificación de la sentencia penal dictada por los hechos origen del procedimiento civil. **(STS de 18 de noviembre de 2003; no ha lugar.)**

**HECHOS.**—Un niño de ocho años de edad, recibió una descarga eléctrica de un transformador ubicado en una caseta (propiedad de una compañía hidroeléctrica) que estaba en estado de aparente abandono, con la puerta abierta, y tierra y hierba junto a ella. Debido a este accidente el niño resultó con lesiones que tardaron cuatrocientos sesenta y cinco días en curar y quedó con las siguientes secuelas: amputación del brazo izquierdo a 10 centímetros del codo y cicatrices que determinaron la invalidez permanente para todo tipo de trabajo. Hubo un procedimiento penal previo en el que se absolvió a los imputados. La sentencia penal fue notificada a los padres del menor el 21 de enero de 1994 y el padre presentó demanda civil el 3

de enero de 1995 (y no el 30 de diciembre como aduce el vigilante demandado) contra el responsable de la estación transformadora y, subsidiariamente, contra la compañía hidroeléctrica. En la misma solicitaba una indemnización de 17.676.000 pesetas.

El Juzgado desestimó la demanda al apreciar la excepción de prescripción de la acción. La Audiencia la revocó y condenó a los demandados a lo solicitado por la actora. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por el vigilante responsable de la estación transformadora. (I. D.L.)

## DERECHO DE LA PERSONA

**3. Interpretación a la doble vía procesal de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen que posibilita el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 1/1982.**—La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido al particular ofendido la posibilidad de optar por la protección de su derecho a través de la jurisdicción civil o de la penal (STS de 4 de noviembre de 1986, 23 de marzo de 1987, 22 de octubre de 1987, 11 de octubre y 6 de diciembre de 1988, 11 de abril de 1989, 13 de julio de 1992 y 14 de marzo de 1996). El ofendido puede utilizar cualquiera de las vías para la defensa de los derechos protegidos por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, pero no simultánea o sucesivamente todas las vías. El ejercicio de la acción penal lleva consigo el efecto de la extinción de la civil, ya que al tratarse de un derecho de opción no tendría sentido que pudiera instarse posteriormente aquella acción no escogida. A su vez, la concesión de una petición de esta clase por la vía civil, después de agotada la otra vía, equivaldría a mantener indefinidamente la posibilidad reclamatoria. Ello sería contrario al espíritu de la Ley Orgánica 1/1982. En todo caso siempre permanece abierta la posibilidad de ejercitar la reclamación penal más la indemnización. Al ser posible la conjunción, no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (FJ 1.º, STS de 18 de febrero de 2004). (STS de 18 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. B. B., doña C. A.V., doña M.<sup>a</sup> del C. G. O. y doña L. B. T. interpusieron demanda contra *USO* y contra don M. R. P., en la que solicitaban la condena solidaria al pago de 1.000.000 de pesetas a cada una por el daño moral que les había causado en su honor y prestigio profesional las declaraciones del demandado en los diarios *Baleares* y *Diario 16*, en las que formulaba acusaciones injuriosas a su labor como árbitros designados por la Administración en las elecciones sindicales de 1995. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Se interpone recurso de apelación. La Audiencia confirma la sentencia dictada por el Juzgado. Los demandados interponen recurso de casación, recurso que es desestimado.

NOTA.—En la sentencia que anotamos se plantea el problema de las posibles vías procesales de defensa del derecho al honor. Las actoras siguieron dos vías sucesivas para la consecución de la indemnización por intromisión ilegítima en su honor profesional, no sien-

do ello autorizado por la jurisprudencia. Para el Tribunal Supremo dicha conducta de las actoras «raya el fraude procesal», ya que ejercitaron su acción por la vía penal, teniendo la civil como una más que les aseguraba en sus reclamaciones. Utilizaron dos vías sin optar por ninguna, manteniendo la civil paralizada por si la vía penal, en la que ejercitaron la acción civil, no les era propicia. (*L. Z. G.*)

**4. Derecho al honor y libertad de información. Colisión de derechos fundamentales. Prevalencia de la libertad de información.**—A la hora de ponderar la colisión entre el derecho al honor y la libertad de información, sólo cabrá «privilegiar» al actuante del derecho informativo frente al titular del honor lesionado cuando la intromisión haya sido inevitable en la medida en que de no producirse habría sido imposible brindar al público cualquier otro tratamiento periodístico de la noticia que hubiese permitido a dicho público acceder a la información más exacta posible.

**Libertad de información. Límites. Necesidad de interpretar la información publicada en su contexto.**—La doctrina constitucional es coincidente con la que viene manteniendo esta Sala en torno a la colisión entre los derechos fundamentales al honor y libertad informativa, destacando la imposibilidad de fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras de uno y otro, por lo que se exige, en cada caso concreto, que el texto publicado y difundido ha de ser interpretado en su conjunto y totalidad, sin que sea lícito aislar expresiones que, en su significación individual, pudieran merecer el sentido distinto al que tienen dentro de la total publicación, y de ahí que no pueda hacerse abstracción, en absoluto, del elemento intencional de la noticia.

**Libertad de información. Elemento intencional de la noticia publicada e interés general del asunto tratado.**—Las noticias y datos publicados se caracterizan por estar desprovisto de cualquier propósito menospreciador respecto a las personas a que pudieran afectar, y tampoco cabe negar al reportaje publicado un contenido de indudable interés general para la comunidad.

**Libertad de información. Requisito de veracidad de la información. Se cumple cuando queda acreditada la realidad de los datos fácticos comunicados.**—La veracidad de lo informado no debe entenderse de manera absoluta, sino en función de una comprobación en sus líneas esenciales, conseguida desde un punto de vista de profesionalidad periodística. Requisito que queda cumplido desde el momento que se acredita la existencia de una investigación real llevada a cabo por el Juzgado Central de Instrucción, dentro de un sumario que se encontraba en tramitación, en cuanto que la implicación del despacho de abogados, como receptor de cantidades de dinero procedentes de operaciones de narcotráfico, se desprendía de la declaración de uno de los implicados en ese sumario, lo que determinó que el referido Juzgado interesase de las autoridades judiciales competentes el registro e incautación de documentación que pudiera encontrarse en el mencionado despacho relacionada con los hechos investigados y que afectaban a distintas personas inculpadas en el sumario dicho. (**STS de 18 de febrero de 2004**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—En el suplemento del diario *E. M. del S. XXI* apareció un reportaje titulado «Quién es quién en el narcotráfico español», en el que, entre otras cosas, se señalaba a determinado despacho profesional de abogados, situado en Gibraltar, y a los

componentes del mismo, como relacionados con las operaciones de blanqueo de dinero, señalando que serían investigados en un sumario judicial abierto en un Juzgado Central de Instrucción. Los titulares del bufete demandaron la protección civil del derecho al honor, formulando acción contra P. J. R. y U. E., S. A., director y editora respectivamente de la publicación. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda y condenó a los demandados por intromisión ilegítima en el honor de los demandantes. La Audiencia Provincial de Madrid revocó la sentencia y desestimó la demanda planteada. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por los actores. (L. A. G. D.)

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

**Libertad de información. Reportaje neutral: concepto.**—El concepto de «reportaje neutral» es también aplicable a aquellos casos en que el medio de comunicación no se limita a transcribir lo dicho por otro espontáneamente, sino que busca al tercero, le formula una serie de preguntas a las que éste contesta y esas declaraciones se publican en un reportaje más amplio. Pues lo relevante no es si el medio de comunicación ha obrado como un simple canal de difusión de lo que otros han dicho, o si es el propio medio de comunicación quien pergueña una entrevista que luego publicará, incluso cuando medió pago en metálico por ello, sino la neutralidad del medio de comunicación en la transcripción de lo declarado por ese tercero. Por tanto, estaremos ante un «reportaje neutral» si el medio de comunicación se ha limitado a cumplir su función transmisora de lo dicho por otro, aunque él haya provocado esa información, siempre que no la manipule mediante su artero fraccionamiento en el seno de un reportaje de mayor extensión, interfiriendo en su discurrir con manifestaciones propias, componiéndolo con textos o imágenes cuyo propósito sea, precisamente, quebrar la neutralidad del medio de comunicación respecto de lo transcrito.

**Libertad de información. Requisito de veracidad del reportaje neutral.**—En el «reportaje neutral» la veracidad transcrita no es de lo transcrito, sino de la transcripción misma, esto es, la diligencia debida que debe probar el medio consiste, justamente, en la demostración de su neutralidad respecto de lo transcrito. El medio de comunicación debe acreditar la conexión material de las declaraciones del tercero con el objeto del reportaje en el que esas declaraciones se integran, así como la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de lo transcrito, para evitar que el reportaje neutro sirva indebidamente a la divulgación de simples rumores o insidias. Si el medio de comunicación cumple con ese deber de diligencia, prueba de su neutralidad, el res-

ponsable de cuanto se diga en las declaraciones reproducidas será su autor material, esto es, quien las hace, pero no quien las reproduce.

**Libertad de información. Ausencia de responsabilidad del medio cuando se limita a informar sobre las manifestaciones de un tercero, sin aditivos ni modificaciones, aunque no se transcriba íntegramente su intervención.**—El periódico se limitó a informar sobre las manifestaciones que hizo el presidente de un partido o grupo político excluido de un proceso electoral, con la intención de que fueran conocidas, que se hicieran públicas, lo que evidencia la condición de hechos noticiables por su directa relación con la materia de interés general, las elecciones para cargos públicos y por la condición de las personas concernidas. El hecho de que el reportaje no representase la integridad de las manifestaciones, sino que fuese un resumen de aquéllas, y la inclusión en el mismo de la fotografía del actor —que, sin duda, debió ser omitida—, no pueden considerarse una «instrumentalización» de la noticia, pues ello implicaría la traslación al medio periodístico de lo que constituía estricta responsabilidad del autor material de los hechos. (STS de 22 de diciembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Por don A. S. C., Junta Electoral Provincial de Murcia, se formuló demanda mediante procedimiento de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, contra *La O. de M., S. A.*, por considerar que el reportaje publicado en el periódico del que la demandada era titular constituía una intromisión ilegítima en su honor. En dicho reportaje el presidente de un partido político cuya candidatura había sido excluida de las elecciones por la Junta Electoral, al ser entrevistado acusaba al actor, entre otras cosas, de ser un embustero e ignorante. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Murcia desestimó el recurso de apelación planteado por la editorial condenada. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (*L. A. G. D.*)

**6. La noticia es veraz cuando se publica lo manifestado por el tercero sin agregar comentarios que puedan ser injuriosos y desviacionistas de la neutralidad de la información.**—Como dice la S de 20 de febrero de 1997, «la noticia era veraz y por lo que ahora importa es irrelevante la veracidad misma de lo manifestado por el informante (SSTC de 12 de julio de 1993, 132/1993, 40/1992 y 30 de enero de 1995), con lo que la responsabilidad del medio sólo puede surgir si no es cierto que el tercero ha manifestado lo publicado y por tanto se le imputa falsamente y también si se tergiversa gravemente, al desatender la literalidad de lo dicho como verdad objetiva, para agregar comentarios que puedan ser injuriosos y desviacionistas de la neutralidad de la información y de lo que debe representar su divulgación aséptica». (STS de 6 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La hermana y legítima heredera de un recluso fallecido a causa de un infarto demandó a la editora de un periódico que había dado la noticia del fallecimiento, agregando que se trataba de un interno alcohólico, por intromisión en el derecho al honor y a la intimidad del difunto. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la

demanda por falta de legitimación activa. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación y entrando en el fondo del asunto desestimó la demanda al considerar que el reportaje periodístico había sido neutral y veraz. (*L. F. R. S.*)

**7. Derecho al honor. Protección constitucional. Diferenciación entre libertad de expresión y libertad de información.**—El ejercicio de la libertad de expresión viene delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas, sin relación con las ideas que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas. Por el contrario, cuando se persigue no dar opiniones, sino suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz; requisito de veracidad que no puede obviamente exigirse de juicios o evaluaciones personales y subjetivas.

**Libertad de información. Veracidad de la información suministrada.**—«Información veraz» en el sentido del artículo 20.1 CE significa información comprobada según cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias (STC de 6 de junio de 1990). El requisito de la veracidad condiciona el ejercicio de la libertad de información, imponiendo al comunicador un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales, que no se cumple con la simple afirmación de que lo comunicado es cierto o con alusiones indeterminadas a fuentes anónimas o genéricas, y sin que ello suponga que el informador venga obligado a revelar sus fuentes de conocimiento (STC de 19 de abril de 1993).

**Libertad de información. Cumplimiento del requisito de veracidad cuando se demuestra la realidad de lo afirmado en el reportaje.**—Se cumplen los presupuestos de veracidad exigidos, ya que el deber de diligencia exigido se acató desde el momento en que se ha demostrado que el individuo citado, así como las personas parentalmente vinculadas a socios de la entidad pública, han sido acusados de delito contra la salud pública y contrabando en causa seguida ante el Juzgado Central de Instrucción. (**STS de 11 de diciembre de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—En el diario *E. M. de G.* se publicó un reportaje relativo al blanqueo de dinero procedente del tráfico de drogas, aludiendo abiertamente a empresas radicadas en la Ría de Aurosa y que, según se afirmaba en la publicación, estaban siendo investigadas por la Fiscalía Antidroga. En la relación de empresas sospechosas de blanqueo de dinero se incluía a J. S. V. y al *Camping P.*, cuya titular, la mercantil *L., S. L.*, interpuso demanda civil de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, por considerar que había sido lesionado el honor de la persona jurídica demandante. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de La Coruña desestimó asimismo el recurso de apelación interpuesto por la actora. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por esta última. (*L. A. G. D.*)

**8. Libertad de expresión y libertad de información.**—El Tribunal Constitucional ha diferenciado la amplitud de ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 20 CE, según se trate de libertad de expresión (en el sentido de emisión de juicios y opiniones) y libertad de información (en cuanto a la manifestación de hechos). La libertad de expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor, comprendiendo la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, y viene delimitada por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas, sin relación con las ideas que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas. Esta importancia no supone que nos hallemos ante un derecho ilimitado. Hay que decir que la libertad de crítica no cubre el insulto y la descalificación. Cuando se persigue no dar opiniones sino suministrar información sobre los hechos que se pretenden ciertos, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz; requisito de veracidad que no puede exigirse de juicios o evaluaciones personales y subjetivas. Las condiciones constitucionalmente exigibles son distintas para la libertad de expresión y de información, pues mientras en el caso de la libertad de expresión lo esencial es que no se empleen expresiones injuriosas y vejatorias, cuando se trata de la libertad de información resulta además necesario el canon de la veracidad de la noticia y su relevancia para la formación de la opinión pública (SSTC de 17 de julio de 1986, 15 de febrero y 6 de junio de 1990, 22 de mayo de 1995, 17 de enero de 2000, 26 de febrero de 2001, 28 de enero y 6 de mayo de 2002 y 15 de septiembre de 2003, entre otras).

**Colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión, y el derecho al honor.**—El Tribunal Supremo se limita a resolver conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la propia Sala existente en la materia. En ese sentido dispone que «... cuando surge la colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión, de un lado, y el derecho fundamental al honor, de otro, la jurisprudencia de esta Sala, así como la del Tribunal Constitucional, se ha decantado por el seguimiento de las siguientes directrices: *a*) que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos; *b*) que la tarea de ponderación o proporcionalidad ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad, del artículo 18 CE ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información» (FJ 2.º, STS de 11 de febrero de 2004).

**Preeminencia del derecho fundamental a expresar opiniones y a informar.**—Para que exista dicha preeminencia es necesario que concurren las siguientes situaciones: *a*) interés general y relevancia pública de la información divulgada; *b*) las personalidades públicas que hayan optado libremente por tal condición deberán soportar un cierto riesgo; *c*) la información ha de ser veraz, y así lo será la información comprobada y contrastada (FJ 2.º, STS de 11 de febrero de 2004). (STS de 11 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. T. C. formula demanda solicitando se declare que las expresiones vertidas por el demandado, don G. A. N., en un programa de televisión constituyen intromisión ilegítima en su derecho fundamental al honor. El Juzgado de Primera Instancia

estima la demanda considerando que la divulgación de los hechos y expresiones realizados por el demandado constituyen una intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor del actor. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación al entender que no existe intromisión ilegítima. Se interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, recurso que es desestimado. El Tribunal Supremo considera que lo manifestado por la parte recurrida simplemente es una crítica a una resolución judicial, y que el valor jurídico de esa crítica no se desvirtúa porque la misma alcance al juez que dictó la resolución. No se utilizó por parte del demandado ninguna expresión ofensiva que lesione el honor o la dignidad profesional de la parte actora. (*L. Z. G.*)

**9. Derecho al honor. Protección constitucional. La libertad de expresión no alcanza a las expresiones insultantes, vejatorias o injuriosas.**—Ponderados los límites de la libertad de información y de la libertad de expresión, han de actuar otras exigencias igualmente importantes, entre ellas, la no utilización de palabras o frases insultantes, vejatorias o descalificadoras de la persona a la que se refieran, innecesarias para el fin perseguido con la información y la opinión. Se puede discrepar, censurar y criticar con toda la fuerza que se estime necesaria, pero no insultar (STC de 21 de noviembre de 1995). La utilización de expresiones insultantes, insinuaciones insidiosas dictadas no con ánimo en la función informativa, sino vejatorio o de enemistad pura y simple, quedan a extramuros de la protección constitucional porque se trata de expresiones que carecen de relación alguna con la información que se comunica (SSTC de 6 de julio de 1990, 21 de diciembre de 1992 y 11 de noviembre de 1995).

**Libertad de expresión. No constituyen intromisión ilegítima en el honor de los aludidos cuando la naturaleza de las expresiones vertidas, la proyección pública de los demandantes, el contexto en que se realizan y el interés general en la información, hacen admisible, pese a su mal gusto, las expresiones proferidas.**—La naturaleza objetiva de las concretas expresiones, cada una de ellas, en su significado literal, no se estiman ofensivas, por más que sí sean zafias, groseras y desprovistas del más mínimo atisbo de elegancia, que denotan un indudable mal gusto que dicen más en disfavor de su autor que en demérito de la persona a que se refieren (STS de 6 de junio de 2003). Igualmente, la proyección pública de los demandantes hace que deban optar por un cierto riesgo en la lesión de sus derechos de la personalidad (STS de 19 de marzo de 1990). Asimismo, el contexto del artículo en cuestión denota un enfrentamiento entre dos periódicos, con ideas distintas, que se atacan entre sí, y es reiterada la jurisprudencia que destaca la trascendencia del contexto en cada caso concreto (STS de 12 de junio de 2002). Por último, el interés general que plantea este supuesto es indiscutible y aceptado por las partes, pues se trata de una información vertida con ánimo crítico, *animus criticandi* o *narrandi* y de sensibilización de la opinión pública. (STS de 6 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—F. J. M. M. y G. G. A., propietario y director del diario *L. P.*, interpusieron demanda de protección del derecho al honor contra J. L. T. M. e *I. C.*, *S. A.*, director y editora respectivamente del periódico *C. 7*, por estimar que en un editorial publicado en dicho

rotativo se había producido una intromisión ilegítima lesiva para el honor de los demandantes. Dicha lesión estaría ocasionada por expresiones y frases relativas a ambos actores por las cuales se denigraban sus personas y actividades. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Las Palmas desestimó, igualmente, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por los actores. (*L. A. G. D.*)

**10. Derecho a la libertad de expresión.**—La libertad de expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor. Este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo y la tolerancia (SSTC de 17 de enero de 2000, 20 de febrero y 5 de octubre de 2001, 28 de enero de 2002 y 15 de septiembre de 2003).

**Colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor.**—En orden a la solución de estos conflictos la jurisprudencia ha seguido los siguientes principios: *a)* la libertad de expresión, como el derecho al honor, poseen rango constitucional, pero a ninguno de dichos derechos puede concederse carácter absoluto, siendo necesario en cada supuesto establecer los límites de cada derecho; *b)* será necesario ponderar las circunstancias concurrentes y en el caso de persona de proyección pública tener en cuenta la disminución de su derecho al honor; *c)* la libertad de expresión no puede ser invocada para legitimar un pretendido derecho al insulto, lo que sería incompatible con la dignidad de la persona; *d)* necesidad de que la información transmitida sea veraz o al menos contrastada a través de datos objetivos, y que la misma verse sobre derechos de interés general, para que pueda concederse prevalencia sobre el derecho a la protección del honor (FJ 4.º, STS de 13 de febrero de 2004).

**Ponderación de intereses.**—Cualquier crítica de la actividad profesional no puede ser considerada automáticamente como un atentado a la honorabilidad personal, sino que hay que ponderar la libertad ejercitada, el interés general de la información y la condición pública o privada del ofendido (SSTC de 30 de marzo de 1992 y 22 de mayo de 1995).

**El ejercicio del derecho de crítica no permite el empleo de expresiones injuriosas o innecesarias.**—Emitir apelativos injuriosos, innecesarios para la labor informativa o para expresar una opinión, suponen un daño injustificado a la dignidad de la persona o al prestigio de las instituciones. No es lo mismo efectuar una evaluación personal desfavorable, lo cual entra dentro de la libertad de expresión, que emitir expresiones, afirmaciones o calificaciones vejatorias, desvinculadas de la información y proferidas gratuitamente sin justificación alguna, en cuyo caso nos hallamos ante la descalificación o el insulto (SSTC de 6 de junio de 1990, 8 de junio de 1992, 14 de octubre de 1998, 15 de julio, 2 de octubre de 1999, 11 de octubre de 1999, 5 de mayo de 2000 y 6 de mayo de 2002). (**STS de 13 de febrero de 2004**; ha lugar en parte.)

**HECHOS.**—Don J. M. M. interpone demanda solicitando se declare la existencia de una conducta difamatoria por parte de

don M. S. A. que atenta contra el derecho al honor del actor, y se le condene al pago de 3.000.000 de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia estima en parte el recurso de apelación y condena a don M. S. A. al pago de la suma de 500.000 pesetas más intereses legales, y a la publicación a su costa de la resolución. Don M. S. A. interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo lo estima en parte.

NOTA.—En el presente caso, el problema se centra en determinar si las manifestaciones vertidas por don Miguel suponen un atentado al derecho al honor del demandante. El artículo denunciado dice que «la acción del representante de INVIFAS ha llegado a tal punto que la indignación de los inquilinos es patente ante la lamentable conducta del responsable, que trata de inventarse el pago de nuevos cánones por el uso de las instalaciones inexistentes, y cuando se le pide una explicación acostumbra a contestar “yo soy un mandado, pregúntenselo a los de Madrid”. Según la Audiencia Provincial la lectura de las expresiones realizadas por don Miguel apuntan al cobro de sumas indebidas y fijadas de forma unilateral por él, o porque no corresponden a la remuneración de ningún servicio, o porque no existe cobertura legal que ampare su cobro. Estas afirmaciones, publicadas en una revista, pueden llevar al lector a dudar de la persona contra la que se dirige. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que únicamente se está ejercitando el derecho a la libertad de expresión al tratarse de una manifestación de la crítica por la gestión profesional del actor como representante de INVIFAS, que en ningún caso «rebasa los límites tolerables del derecho de expresión». Hay que advertir que el derecho fundamental al honor esta limitado por los derechos fundamentales a opinar e informar libremente. Según las circunstancias del caso, la reputación ajena puede tener que soportar restricciones cuando lo requiera la relevancia pública de aquello sobre lo que se informa o se opina, aunque ya sabemos que la apelación al contexto de la crítica no puede servir para dilucidar las consecuencias vejatorias que puedan tener para un tercero (SSTC de 12 de noviembre de 1990 y 5 de mayo de 2000, entre otras). (L. Z. G.)

**11. Derecho al honor y presunción de inocencia. Derecho a informar. «Juicio paralelo» con relación a la presunta comisión de un delito.**—El derecho a la intimidad, como el Tribunal Constitucional ha tenido ya ocasión de advertir, en cuanto derivación de la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE, implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana» (entre otras, SSTC de 1 de diciembre de 1988, 17 de octubre de 1991, 11 de abril y 9 de mayo de 1994 y 16 de diciembre de 1996). No estamos en presencia de un derecho absoluto sino que puede ceder «... ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho» (SSTC de 28 de febrero y 9 de mayo de 1994 y 10 de abril de 2000). En este sentido, la intimidad personal y familiar cede

ante derechos de valor constitucional tales como el derecho a informar y a recibir información, artículo 20 CE, pero siempre que dicha información cumpla con los requisitos jurisprudencialmente establecidos de veracidad y de relevancia pública de su contenido, dado el interés general en el asunto, como puede ser la comisión de un delito de agresión sexual. Sin embargo, dicho derecho a la información ha de respetar la presunción de inocencia del artículo 24 CE, como sucede con la utilización de expresiones tales como «presunto violador», pero que se ve claramente lesionada al referirse al sujeto como el «agresor sexual de una vecina», de modo que la información deja de ser objetiva, neutral y veraz, sino que va más allá, al resultar tendenciosa por contener juicios de valor sobre la culpabilidad, «... predisponiendo a la opinión pública contra la persona que se señala, la que indudablemente resulta así desprestigiada y vejada...» (FD 1.º).

**Intromisión en el derecho a la imagen. Lugar de captación: lugar de trabajo del presunto violador.**—Una de las causas de exoneración de responsabilidad por intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de un sujeto, es que se trate de una autoridad o personaje que ejerzan un cargo público o profesión de notoriedad. Dicho carácter no se puede predicar con respecto a un sujeto con carácter previo a los hechos que le convirtieron en noticia, esto es, al ser «paseado» públicamente como presunto autor de un delito de agresión sexual. Estamos en un momento anterior, por lo que dicha persona aún no era noticia, no corresponde a la imagen gráfica de un suceso noticiable por lo que dicha persona «conservaba intacta su privacidad» (FD 2.º). Si bien como ha señalado el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desempeña su actividad no se integran, en principio, en la esfera privada de la persona (al respecto, SSTC de 12 de noviembre de 1987, 22 de abril de 1993, 8 de noviembre de 1999 y 28 de enero de 1998), no es menos cierto que también que ciertas actuaciones en dicho ámbito pueden resultar lesivas del derecho a la intimidad o la imagen de un sujeto, no sólo por parte del empresario (entre otras, SSTC de 2 de diciembre de 1988, 17 de octubre de 1991 y 10 de abril de 2000), sino por terceros, en tanto que la información o imagen obtenida en dicho ámbito exceda lo que sea la relación estrictamente profesional con el empresario. La captación de la imagen tuvo lugar en una obra en construcción, que no puede considerarse como un lugar abierto al público porque dichos recintos edificativos, aunque se encuentran en lugares abiertos, el acceso a los mismos sí se encuentra restringido. (STS de 9 de febrero de 1994; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 7 de junio de 1995 el diario *El Mundo-País Vasco* publicó en la primera página una fotografía de don F. S. G. seguido de un grupo de mujeres portando una pancarta y con el siguiente titular «Un piquete de mujeres prende y exhibe a un presunto violador», informando a continuación del nombre y apellidos del mismo. En el interior del diario, en el artículo de desarrollo, se amplía la información con las declaraciones de una mujer supuesta víctima de una agresión sexual, bajo el titular «Un piquete de mujeres detiene al agresor sexual de una vecina». En dicho reportaje además se atribuye por dos veces a F. la expresión «Cuando estoy borracho y caliente, lo hago». Don F. fue absuelto del delito de agresión sexual por la Audiencia Provincial de San Sebastián por Sentencia de 30 de enero de 1997. Don F. demandó al director del

diario y a la empresa directora del mismo solicitando que se les condenara a indemnizar los daños y perjuicios morales ocasionados por dicha publicación. Estimada la sentencia en primera instancia y desestimado el recurso de apelación interpuesto frente a la misma, la parte demandante interpuso recurso de casación por infracción indebida de los artículos 7.3 y 8 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, con relación al artículo 20.1.d) CE. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación.

NOTA.—En la sentencia que anotamos es destacable el tratamiento que recibe por parte del Tribunal Supremo la captación de la imagen en el lugar de trabajo del presunto agresor, y considerar que no es, en ningún caso, un lugar abierto al público y que por tanto dentro de dicho recinto el sujeto mantiene su anonimato, su privacidad, frente a intromisiones procedentes del exterior, de terceros. El Tribunal Constitucional ha insistido reiteradamente en la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, ya que ésta no implica, en modo alguno, la privación de tales derechos para quienes prestan servicio en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo (SSTC de 19 de julio de 1985, 21 de enero de 1988, 17 de julio de 1989, 5 de julio de 1990, 11 de abril de 1994, 12 de junio y 25 de noviembre de 1996 y 6 de mayo de 1997). Pero ello no es óbice para excluir ciertas intromisiones en la intimidad y la imagen de los trabajadores en sus lugares de trabajo por parte del empresario cuando respondan a razones justificables, como captación de imágenes o grabaciones por razones de seguridad, perspectiva desde la que sí cabe entrar a valorar específicas limitaciones a los derechos fundamentales de los trabajadores en el propio desarrollo de la relación laboral (SSTC 99/1994 de 10 de enero de 1995). (R. D. O.)

**12. Derecho a la imagen. Publicación de información escrita que no se corresponde con la información gráfica que lo acompaña. Error sobre la identidad de un presunto asesino.**—La imagen de una persona es la representación gráfica de la figura humana, visible y reconocible [entre otras, SSTC de 11 de abril de 1987 (RJ 1987/2703); 29 de marzo de 1988 (RJ 1988/2480); 9 de febrero de 1989 (RJ 1989/822); 13 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7873); 19 de septiembre de 1992 (RJ 1992/7424); 19 de octubre de 1992 (RJ 1992/8079); 27 de marzo de 1999 (RJ 1999/2370), y 24 de abril de 2000 (RJ 2000/2673)]. El contenido del derecho a la imagen se materializa en el derecho de cada individuo a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin su consentimiento, de modo que toda captación, reproducción o publicación por cualquier medio, bien en momentos de la vida privada como fuera de ellos, supone un ataque al mismo, a no ser que nos encontremos en algunos de los supuestos enumerados en el artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

**Veracidad de la información. Falta de comprobación de la información gráfica. Rectificación de errores.**—Dentro del marco normativo del artículo 20 CE, y en el ámbito de la libertad de información, la protección constitucional frente a otros derechos fundamentales tales como honor

o intimidad, en función del caso, alcanza únicamente a la información veraz, ay sea gráfica o escrita. La diligencia de un periodista y su medio de comunicación en la indagación de la veracidad de lo informado significa que la información ha de ser comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, para, de este modo, poder encontrarse el informador bajo la protección del artículo 20.1.d) CE (SSTC de 21 de enero de 1988, 6 de junio de 1990, 21 de diciembre de 1992 y 25 de febrero de 2002, entre otras), puesto que la noticia divulgada, escrita o gráfica, puede suponer un descrédito en la consideración de una persona. Para poder apreciar la diligencia empleada por el informador deben tenerse en cuenta diversos criterios. En primer lugar, el nivel de diligencia se acentúa en aquellos supuestos en los que la noticia que se divulga puede suponer un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere (SSTC de 21 de diciembre de 1992, 31 de mayo de 1993, 26 de febrero de 1996, 25 de octubre de 1999, 31 de enero de 2000 y 25 de febrero de 2002). De igual modo, en el ejercicio del derecho a informar ha de respetarse la presunción de inocencia (SSTC de 3 de diciembre de 1992, 26 de febrero de 1996 y 31 de enero de 2000). En cualquier caso ha de valorarse la trascendencia de la información publicada, puesto que a la vez que la misma exige un mayor contraste, también es mayor su utilidad social. Y finalmente se ha de tener en cuenta cuál sea el objeto de la información, la fuente que proporciona la noticia, la posibilidad de contrastarla o el carácter del hecho noticioso (SSTC de 16 de febrero de 1996 o 31 de enero de 2000). La falta de comprobación de la identidad del sujeto que aparecía en la imagen y su publicación como ilustración de un artículo relativo a ciertos actos delictivos, en concreto, cuatro asesinatos, tiene indudablemente carácter de intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la imagen del demandante.

**Falta de legitimación *ad causam* del periodista que firma el artículo.**—La intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la imagen no puede imputarse al periodista autor de la información escrita, la cual firma, pero no, por el contrario, de la información gráfica, responsabilidad que por tanto hay que imputar al director del periódico, como responsable de todo lo publicado, y solidariamente a la entidad que lo edita. (STS de 11 de diciembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—En el diario *El País*, en el núm. X, de 4 de febrero de 1994, edición de Galicia, se publicó un artículo con referencia a los cuatro asesinatos que habían tenido lugar en Nigrán (Vigo) de los que se imputaba presuntamente a dos policías, M. L. y J. V. En la página 21 a la que se hacía referencia en la portada, se publicó una fotografía de J. M., también policía, pero identificado a su pie como M. L. La foto insertada en el artículo dimanaba de una revista policial, si bien en la foto originaria aparecía un grupo de personas sin identificación alguna de sus nombres a pie de foto. El artículo aparecía firmado por J. D. Al día siguiente el propio periódico publicó la fe de errores con la correcta identificación de la persona cuya imagen aparecía en la fotografía, así como su falta de participación en los hechos. Dicha corrección tuvo lugar junto a la sección de cartas al Director, en el margen inferior derecho. S. J. M. promovió demanda incidental de protección al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen contra el periodista que firmó el reportaje, la empresa editorial del diario *El País* así como al director del

mismo, solicitando que se declarara la existencia de una intromisión ilegítima en el honor, intimidad personal y familiar y propia imagen del demandante, solicitando que se condenara a los demandados solidariamente a la indemnización del daño causado. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto frente a la misma. Los demandados interpusieron recurso de casación con alegación de infracción de diversos preceptos de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El Tribunal Supremo estima el recurso y revoca la sentencia de la Audiencia Provincial, manteniendo la condena con respecto al director del diario así como a la empresa editora del mismo, pero absolviendo al periodista que firmó el mencionado artículo periodístico.

NOTA.—El error en cuanto a la fotografía que se utilizó para ilustrar el reportaje periodístico constituye una negligencia o irresponsabilidad por parte del medio que la publicó. La rectificación posterior por el propio medio y no a instancia del interesado que fue publicada, considera el Tribunal Supremo que no es suficiente para reparar el error informativo ya que se llevó a cabo sin la relevancia que tuvo el artículo (en el margen inferior derecho de la sección Cartas al Director).

El Tribunal Supremo mantiene los pronunciamientos de condena por intromisión ilegítima, estimando únicamente el recurso de casación en cuanto a la condena del redactor, ya que considera que él es sólo responsable del artículo escrito y no de la inserción de la fotografía, ya que no participó en la ilustración del reportaje. (R. D. O.)

**13. Intromisión en el derecho al honor y a la propia imagen. Carácter autónomo de cada uno de ellos.**—Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen reconocidos en el artículo 18.1 CE, a pesar de su estrecha vinculación como derechos de la personalidad derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral, son autónomos, de modo que ninguno de ellos tiene con respecto a los demás el carácter genérico que pueda comprender a los otros dos. La especificidad de cada uno de estos derechos impide «... considerar subsumido en alguno de ellos las vulneraciones de los otros derechos...» (FD 4.º, STC de 28 de enero de 2003, RTC 2003/14). La lesión del derecho a la imagen no impide que igualmente se puedan apreciar las eventuales lesiones del derecho a la intimidad o al honor que a través de dicha imagen se puedan causar, ya que el desvalor de la acción es mayor cuando los hechos puedan considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando a través de la imagen puede vulnerarse también el derecho al honor o a la intimidad o ambos derechos conjuntamente (entre otras, SSTC 81/2001 de 26 marzo; 83/2002, de 22 de abril, y 28 de enero de 2003).

**Derecho a la imagen. Distinción entre consentimiento para la captación, reproducción y publicación de la imagen. Alcance del asentimiento.**—Una de las causas excluyentes de responsabilidad a los efectos del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección jurisdiccional del derecho al honor, a la intimidad familiar y personal y a

la propia imagen, es el consentimiento de aquella persona cuya imagen es captada, consentimiento que ha de alcanzar no sólo a la captación de la imagen sino a la reproducción y publicación de la misma en un determinado medio de comunicación social. Sin embargo no necesariamente dicho consentimiento o asentimiento inicial excluye la calificación como intromisión ilegítima, ya que el mismo ha de alcanzar no sólo a dicha captación, sino también a la reproducción de la misma y su publicación en determinados medios, ya que tanto el texto escrito como la fotografía forman un todo [SSTS de 3 de noviembre de 1988 (RJ 1988/8408), 16 de junio de 1990 (RJ 1990/4762), 18 de julio de 1998 (RJ 1998/6278) y 24 de abril de 2000 (RJ 2000/2673)].

**Derecho al honor y vinculación con el mundo de las drogas sintéticas y del consumo de alcohol.**—La utilización de la imagen del demandante, teniendo en cuenta el conjunto del reportaje literario, y la trascripción de expresiones que no fueron realizadas por él, conducía a imputarle una relación directa y de protagonismo con el mundo marginal de las drogas sintéticas, el alcohol y la llamada ruta del bacalao. La vinculación directa con ese ambiente constituye una intromisión ilegítima en el honor del demandado en tanto que conlleva un descrédito y desmerecimiento en la opinión ajena, lesionando su dignidad. El desprestigio y desdoro que se causa se proyecta además en una doble dirección: externa o social, en cuanto que constituye una difamación injustificada y completamente ausente de veracidad y certeza; e interna o individual, por el carácter descalificatorio del artículo. (STS de 24 de diciembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. R. autorizó la realización de su fotografía para ilustrar una campaña publicitaria sobre los locales de moda en Pozuelo de Alarcón. Sin embargo, posteriormente dicha fotografía apareció publicada en el suplemento del diario *El Mundo* de 14 de noviembre de 1993, en un reportaje sobre la juventud, drogas sintéticas, alcohol y velocidad en la conducción de vehículos de motor, en el que el personaje central era un joven llamado J. Además al pie de fotografía se incluyó un texto que decía «la verdad es que nos ponemos todos los fines de semana. Bebemos bastante. Solemos coger un puntazo guay». Don J. demandó al director del diario *El Mundo*, entre otros, así como a la empresa editorial, solicitando que se declarase que el mencionado artículo constituía una intromisión ilegítima en su honor e imagen, así como la condena solidaria de todos ellos a una indemnización de 5.000.000 de pesetas. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando a los demandados al pago de la cantidad de 2.500.000 pesetas. Recurrida la sentencia ante la Audiencia Provincial por la parte demandada, igualmente estimó parcialmente el recurso en lo relativo al importe de la indemnización, que fue fijada en 1.250.000 pesetas. La parte demandada formuló recurso de casación, por indebida aplicación de los artículos 2.2 y 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, con relación al artículo 20.1.d) CE. El Tribunal Supremo desestimó el recurso.

NOTA.—En el caso que anotamos el Tribunal Supremo vuelve a reiterar su doctrina acerca del alcance del asentimiento o consentimiento con relación a la captación de la imagen de un sujeto. Y delimita al respecto lo que es el consentimiento en cuanto a la captación, a la reproducción y, finalmente, en cuanto al medio y el

conjunto literario o informativo del reportaje en el que se utilice dicha imagen. Se entiende por el Tribunal Supremo que se produce, de una parte, la lesión del derecho a la imagen del demandante, puesto que si bien asintió la captación, no, por el contrario, su difusión al hilo de un reportaje acerca del mundo de las drogas sintéticas y el alcohol, así como al derecho al honor, por su vinculación a ese denominado ambiente de la ruta del bacalao. (R. D. O.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**14. Negocio fiduciario: prueba de la existencia de los contratos.**—La Sala Primera del Tribunal Supremo afirma que la existencia o inexistencia de un contrato, la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo, así como de vicios en el consentimiento, y su cumplimiento, es una cuestión de mero hecho y, como tal, su constatación es facultad privativa de los Tribunales de instancia, a través de la valoración de la prueba practicada.

**Negocio fiduciario: concepto.**—Indica el Tribunal Supremo que el negocio fiduciario consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista.

**Negocio fiduciario: diferencias con el negocio simulado.**—Recuerda el Tribunal Supremo la jurisprudencia relativa a las diferencias entre el negocio simulado y la *fiducia cum amico*, señalando que el negocio simulado es un negocio ficticio, mientras que el fiduciario es real, es querido con todas sus consecuencias jurídicas; el negocio simulado es simple, mientras que el fiduciario es complejo; el negocio simulado es nulo, mientras que el fiduciario es válido; el negocio simulado carece de causa, mientras que el fiduciario tiene una causa *fiducia*. (STS de 30 de marzo de 2004; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Los matrimonios formados por don F. M. R. y doña M. C. L. A., de una parte, y don E. E. C. y doña M. P. M. Y., firmaron un documento en virtud del cual se reconocía que la propiedad de diversas naves industriales y de un campo de regadío pertenecían al 50 por 100 a ambas sociedades conyugales, y ello a pesar de que en el Registro de la Propiedad la titularidad aparecía inscrita sólo a favor del segundo de los matrimonios mencionados. Precisamente este matrimonio, tiempo después de la firma del documento, otorga capitulaciones matrimoniales asignando la titularidad de los inmuebles antes mencionados sólo a la mujer.

Don F. M. R. y doña M. C. L. A. reclaman que se reconozca su derecho al 50 por 100 de las fincas adquiridas, la condición del marido de accionista de la empresa EURITECSA y la cualidad de arrendadores en el arriendo a la sociedad GER, S. A. de las naves industriales, con el correlativo derecho a percibir el 50 por 100 de las rentas devengadas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza revocó en parte la sentencia del Juzgado. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los dos recursos de casación interpuestos.

NOTA.—Es reiterada la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo que afirma que en el denominado negocio fiduciario, el fiduciario sólo ostenta una titularidad formal, de tal modo que carece de poder de disposición sobre la cosa objeto del mismo, aunque opere respecto de tercero el principio de apariencia jurídica, que, obviamente, no ampara a quien conoce o puede conocer la realidad jurídica, y menos, claro está, a quien actúa en connivencia fraudulenta, aparte de que dicho negocio es nulo si envuelve un fraude (STS de 2 de diciembre de 1996). Así, como titularidad meramente formal, no puede oponerse al fiduciante por no haberse producido una verdadera transmisión del dominio (SSTS de 30 de abril de 1992 y 5 de julio de 1993), de tal modo que, aunque eficaz frente a esos terceros de buena fe y por título oneroso, entre las partes obliga a reconocer la titularidad real que conserva el fiduciante, pues entre ellos no puede prevalecer la apariencia creada por el negocio directo (STS de 26 de julio de 2004). (*A. M. C. E.*)

**15. Reglas sobre la interpretación de los contratos: requisitos para su impugnación en casación.**—No cabe invocar de forma conjunta los artículos 1281 a 1289 CC; por el contrario, es preciso concretar el precepto que se dice infringido, expresando en qué consiste el error de interpretación y cuál es la interpretación correcta.

**Criterios de valoración para la determinación judicial de la cuantía de los honorarios.**—Para la determinación judicial de los honorarios la jurisprudencia recurre al valor de la costumbre o uso frecuente en el lugar, a la importancia de las pautas orientadoras (naturaleza del asunto, valor económico, amplitud y complejidad de la labor desarrollada, etc.) y a las normas colegiales que proporcionan criterios indicativos sobre el coste de los servicios. En los supuestos de impugnación por excesivos se reconoce, además, al juzgador una facultad moderadora en armonía con un criterio de equidad a fin de fijar la compensación dineraria que se estime justa (SSTS de 12 de julio de 1984, 3 y 24 de febrero y 24 de septiembre de 1986 y 16 de septiembre de 1999). (**STS de 20 de noviembre de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores reclaman a la entidad mercantil demandada 13.679.834 pesetas en concepto de honorarios por su defensa, en las dos instancias, de un procedimiento de impugnación de acuerdos sociales. Los actores son asesores jurídicos de dicha entidad y argumentan que conforme a la legislación aplicable, las funciones de letrado asesor del consejo de administración no comprenden la defensa de la sociedad en procedimientos judiciales entablados por o contra la misma. La sentencia de primera instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial no admite la reclamación de los apelantes al entender que los honorarios reclamados fueron cubiertos con el pago, por la entidad demandada, de una minuta complementaria de 1.500.000 pesetas y, además, por las minutas satisfechas por los que fueron condenados en costas en

aquellos procedimientos de impugnación de acuerdos sociales. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso planteado por los actores. (C. O. M.)

**16. Cláusula *rebus sic stantibus*. Presupuestos para su aplicación.–**

El Tribunal Supremo reitera las conclusiones que estableció la famosa STS de 17 de mayo de 1957 en relación con la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*: a) que dicha cláusula no está legalmente reconocida; b) que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales; c) que es una cláusula peligrosa, y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; d) que su admisión requiere como premisas fundamentales: la alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumbe el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles. En cuanto a sus efectos, hasta el presente, le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato, otorgándole los modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones. Esta doctrina se mantiene en posteriores sentencias (SSTS de 23 de abril de 1991, 29 de mayo de 1996, 10 de febrero de 1997, 15 de noviembre de 2000, 27 de mayo de 2002 y 21 de marzo de 2003).

**Contrato de compraventa de un solar para construir en él y acaciamiento de circunstancias radicalmente imprevisibles.**—No cabe considerar como «radicalmente imprevisible», para una empresa dedicada a la construcción, la variación de los planes urbanísticos que tiene lugar una vez celebrado el contrato y antes de comenzar a construir; sobre todo si se tiene en cuenta que la legislación autonómica en aplicación de la cual se revisa el plan de ordenación urbana es anterior a la celebración del contrato de compraventa en cuestión. Además, hay que subrayar que, en este tipo de contratos de tracto único, la cláusula *rebus sic stantibus* es de aplicación más excepcional que en los de tracto sucesivo (SSTS de 10 de febrero de 1997 y 15 de noviembre de 2000).

**El riesgo en la compraventa y el otorgamiento de escritura pública de venta.**—Conforme a la STS de 16 de noviembre de 1979, el artículo 1452 CC —que regula el problema del riesgo en la compraventa y recoge el principio romano de *res perit emptore*—, es aplicable «para el supuesto de que, estando perfeccionado el contrato de compraventa, la cosa vendida no haya sido entregada y se pierda, destruya o deteriore». De ahí deduce el Tribunal Supremo que no resulta aplicable este precepto cuando se ha celebrado el contrato en escritura pública y, conforme al artículo 1462 CC, su otorgamiento equivale a la entrega del inmueble objeto de compraventa. (STS de 22 de abril de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. M. B., como vendedor, y *Habitat Montseny, S. L.*, como compradora, celebran un contrato de compraventa que tiene por objeto dos piezas de tierra colindantes entre sí que pasan a constituir finca nueva independiente. El precio de venta que consta en la escritura es de 19.500.000 pesetas. Se pacta que

6.500.000 pesetas del precio se abonarán con una plaza de aparcamiento y una vivienda que escogerá el vendedor de la construcción que va a realizar la compradora.

Ante la falta de cumplimiento de la compradora, el vendedor presenta una demanda en la que solicita el cumplimiento del contrato en la forma pactada y, subsidiariamente, el pago de la cantidad de 6.500.000 pesetas, con los intereses legales. La compradora se opone a la demanda y, alegando que se ha producido una modificación sustancial de las circunstancias habidas con posterioridad a la firma del contrato (en especial la reducción de la edificabilidad y destino de la finca), solicita que el vendedor soporte una reducción del precio de la venta de 6.500.000 pesetas (y que, por tanto, se deje sin efecto la prestación de la entrega de una vivienda y una plaza de aparcamiento).

En primera instancia y en apelación se desestima la demanda y se estima la reconvenición presentada por la parte compradora. El vendedor presenta recurso de casación y el Tribunal Supremo estima el motivo basado en la incorrecta aplicación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, pero no procede a la casación y anulación de la sentencia recurrida al considerar válido otro de los fundamentos empleados para declarar la desestimación de la demanda, como es la existencia de un documento en el que se declara totalmente saldada la deuda que existía entre las partes. (L. S. M. P.)

**17. Validez de la cláusula que permite desistir unilateralmente de un contrato de duración indefinida.**—La STS de 22 de septiembre de 1999 declara que el artículo 1256 CC no impide que se pueda pactar el desistimiento de la relación convenida y ello precisamente no significa ni representa entregar su validez y cumplimiento a uno de los contratantes, sino autorizar para que pueda poner fin a una situación jurídica determinada y expresamente convenida.

**Naturaleza temporal de la relación obligatoria, lo que significa que es contrario al orden público la duración a perpetuidad.**—Resulta procedente indicar la declaración contenida en la STS de 26 de octubre de 1998: «el contrato litigioso de 1 de agosto de 1989 no fue celebrado por plazo o tiempo indeterminado o indefinido, sino que se estipuló prácticamente la duración del mismo “a perpetuidad”, la cual es opuesta a la naturaleza temporal de toda relación obligatoria, integrando una limitación de la libertad del deudor, contraria al orden público (art. 1583 CC), teniendo declarado la antes citada sentencia de esta Sala de 16 de diciembre de 1985 que la perpetuidad es, salvo casos excepcionales, entre los que no se encuentra el contemplado, opuesta a la naturaleza misma de la relación obligatoria, al constituir una limitación a la libertad que debe presidir la contratación, que merece ser calificado como atentatoria al orden jurídico». (STS de 13 de abril de 2004, no ha lugar.)

**HECHOS.**—Los litigantes celebraron en 1992 un contrato por el que la primera sociedad autorizaba a la segunda para la reparación de las marcas que ella representa. En dicho contrato se contenía una cláusula que se refería a la duración indefinida del contrato, «siendo requisito para su rescisión el preaviso con sesenta días de antela-

ción para cualquiera de las partes de forma fehaciente». A finales de 1993 la primera sociedad comunicó a la segunda su voluntad de terminar el contrato, fijando la fecha de rescisión para más de dos meses después. La segunda sociedad no hizo caso de esa comunicación y continuó reparando los aparatos representados por la primera, lo que obligó a ésta a demandar a aquélla, solicitando la declaración judicial de resolución del contrato con otros pronunciamientos accesorios. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial acogió el recurso de apelación y declaró resuelto el contrato y condenó a la demandada a algunos de los pronunciamientos solicitados en la demanda. El Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación, dando por acreditada la voluntad rescisoria por parte de la demandante y considerando que el contrato atípico de colaboración que unía a las partes por tiempo indefinido permite la introducción de cláusulas que regulan el desistimiento unilateral de uno de los contratantes sin necesidad de alegar y probar una justa causa. (*L. F. R. S.*)

**18. Contrato de ejecución de obra. Cláusula penal moratoria. Inoperatividad de la facultad moderadora establecida en el artículo 1154 CC.**—«La facultad moderadora que otorga el artículo 1154 CC sólo opera cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, y aquí estamos ante un contrato de ejecución de obra en el que el contratista incumplió el deber asumido de entregarla en el plazo previsto en el contrato, lo que resulta perfectamente demostrado, y en estas relaciones jurídicas no cabe la posibilidad legal de aplicar la facultad moderadora, y aquí se trata más bien de cláusula estricta y exclusivamente penal moratoria al estructurarse sobre el mismo retraso, lo que la hace inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular, representando efectivo incumplimiento total». «Dado el supuesto litigioso, resulta aplicación indebida tener en cuenta el artículo 1154 CC, y recobra toda su eficacia e integridad la cláusula del contrato que prevé la pena pecuniaria como indemnización por retraso sin moderación alguna» (FJ 2.º, STS 29 de marzo de 2004).

**Concurrencia de culpas. Moderación del artículo 1103 CC.**—«Teniendo en cuenta que el contratista responde él solo en los casos de retraso cuando el mismo se hubiera producido por causas a él únicamente imputables, lo que aquí no aconteció, como queda dicho, por lo que nos encontramos ante un supuesto de culpas concurrentes, con el consiguiente efecto compensatorio, que cabe moderar conforme al artículo 1103 CC...» (FJ 3.º, STS 20 de marzo de 2004). (**STS de 29 de marzo de 2004**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Don M. C. M. interpone demanda solicitando se declare la rescisión del contrato suscrito entre el actor y la demandada en fecha de 15 de septiembre de 1990, por incumplimiento de esta última, y además, se le condene al pago de la cantidad de 6.636.469 pesetas correspondientes al beneficio industrial del 16 por 100 calculado sobre la cantidad total no percibida, y al pago del interés legal desde la interposición de la demanda. Doña M.ª T. S. P. contesta a la demanda y al mismo tiempo plantea demanda reconvenzional en la que solicita se declare resuelto el contrato de ejecu-

ción de obra y se condene a la parte actora al pago de 8.492.801 pesetas más los trabajos realizados por el aparejador en su informe de fecha 30 de febrero de 1992. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando la resolución del contrato de ejecución de obra y condenando a la demandada a abonar la suma de 4.819.763 pesetas más intereses legales. La Audiencia desestima el recurso interpuesto por la demandada, y estima en parte el recurso formulado por adhesión por parte del actor, condenando al apelante a satisfacer al apelado-adherido 7.365.763 pesetas. La parte demandada formula recurso de casación.

NOTA.—La sentencia que nos ocupa aborda como cuestión principal la posible moderación de la denominada «cláusula penal moratoria». El artículo 1154 CC habla de la necesidad de cumplimiento parcial o irregular de la prestación para que pueda existir moderación de la cláusula. Las situaciones a las que alude con estos términos son la mora, el cumplimiento parcial y el defectuoso. La cuestión que aquí se plantea es si cabe la moderación de la pena según el artículo 1154 CC en supuestos de retraso en el cumplimiento. Hay que decir que «la mora supone un incumplimiento denominado tradicionalmente “impropio” o “relativo”, distinto al cumplimiento parcial o irregular a que literalmente parece referirse el artículo 1154 CC». (Véase, Más Badía, *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Valencia, 1995, p. 118). Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido calificando este supuesto como incumplimiento irregular a efectos de la aplicación del artículo 1154 CC, y reiteradamente los Jueces y Tribunales han moderado penas moratorias basándose en que existía un incumplimiento irregular [SSTS de 29 de enero de 1992 (RJ 1992, 276), 2 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8364), entre otras]. Posteriormente, la línea jurisprudencial ha cambiado y el Tribunal Supremo ha dejado de moderar estos supuestos de cláusula penal moratoria al entender que «a la cláusula penal moratoria, no estipulada para el supuesto de incumplimiento de la obligación, sino sólo para el caso de retraso en el cumplimiento de la misma, no cabe la posibilidad legal de aplicarle la facultad moderadora del artículo 1154 CC, ya que ésta se halla instituida solamente para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular de la obligación. El retraso es totalmente inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular, únicos para los que se halla instituida la facultad moderadora del artículo 1154 CC, ya que durante el tiempo de duración de la mora el incumplimiento fue total» [SSTS de 29 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8441), 10 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6191), 7 de febrero de 2002 (RJ 2002, 2887), 27 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1910), 30 de abril de 2002 (RJ 2002, 4041), entre otras]. El Tribunal Supremo manifiesta su negativa a moderar en base a que estamos ante supuestos de incumplimiento total. Aun así, el Tribunal Supremo utiliza otro argumento para moderar la pena por considerarla excesiva, y acude al artículo 1103 CC aplicable a los casos de incumplimiento total debido a mera negligencia. Por tanto, no se podría aplicar el artículo 1154 CC debido a la propia literalidad del precepto, sin embargo, las situaciones de falta de equidad se solucionan vía artículo 1103 CC. Parece en teoría que

podría utilizarse para moderar supuestos de penas abusivas cuando el incumplimiento de la obligación principal se hubiera debido a culpa. La utilización de este precepto para estos casos ha sido criticada por algún autor en base a que en este caso no se está llevando a cabo una auténtica moderación sino un reparto de responsabilidad [Véase, Díaz Alabart, «Comentario al artículo 1103 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), Tomo XV, vol. 1.º, 1989, pp. 573-574; «La facultad de moderación del artículo 1103 del Código Civil», *ADC*, 1988, p. 1171]. La línea seguida por el Tribunal Supremo hasta ahora era la de no aplicar el artículo 1103 CC a supuestos de incumplimiento total, por entender que la actitud del deudor en ese caso cae dentro de la idea de culpa grave, equiparable, por tanto, al dolo. (*L. Z. G.*)

**19. Contrato de obra. Resolución. Invocación del artículo 1124 CC. Aplicación en caso de retraso que acarrea incumplimiento.**—La actora alega infracción del artículo 1124 CC y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que desarrolla el precepto referido esgrimiendo que la demandada no se encuentra legitimada activamente para resolver un contrato al encontrarse en situación de incumplimiento. El Tribunal Supremo no admite el recurso ya que no hubo incumplimiento, aparte de que la demandada mantuvo la legalidad de los contratos. «Se llega a la conclusión de que el retraso por parte del contratista en el cumplimiento de los plazos establecidos no puede considerarse como justificado y así se deduce tanto del contenido del acta de fecha de 30 de marzo de 1993, como de los dictámenes periciales obrantes en autos debidamente ratificados, sin que de manera ya concreta las modificaciones y adiciones al proyecto inicial puedan ser valoradas como determinantes del retraso en la ejecución de las obras constitutivas en fin de un incumplimiento de lo pactado en el contrato. La propietaria de la obra opta inicialmente por el cumplimiento del contrato pese a ese retraso existente, y sólo después cuando es requerida por la contratista para la recepción de la obra, y ante lo inacabado de ésta, se inclina por la resolución, debiéndose considerar que tal resolución es válida desde el instante en que considerando la contratista finalizada la ejecución de las obras, no cabría ya posibilidad de su continuación al menos en los términos y condiciones pactadas en el contrato». Este fue el pronunciamiento de la Instancia que a tenor de la STS de 30 de octubre de 2003 «en casación ha de estarse respecto a quien dejó de cumplir el contrato a lo resuelto por la Sala de Instancia mientras no se impugne por la vía adecuada (SSTS de 22 de julio de 1995, 20 de julio de 1996, 9 de diciembre de 1997), ya que el problema del incumplimiento o cumplimiento del contrato es cuestión de hecho, impugnabile por el artículo 1692.4 LEC pudiendo resolverse la voluntad de incumplir por una prolongada inactividad o pasividad del deudor (STS de 10 de marzo de 1983), pero sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión «voluntad deliberadamente rebelde» que sería tanto como exigir dolo (STS de 18 de noviembre de 1983), bastando frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes, sin precisarse una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento acreditado por la Sala». En el mismo sentido SSTS de 18 de marzo de 1991, 22 de julio de 1995, 20 de julio de 1996, 9 de diciembre de 1997, 5 de abril y 30 de noviembre de 1999, 25 de octubre de 2000, 15 de marzo y 5

de abril y 20 de septiembre de 2001, 20 de marzo y 17 de mayo y 27 de julio de 2002, 18 de marzo y 2 de abril de 2003.

**Recepción provisional de la obra.**—Es reiterada doctrina del Tribunal Supremo que «el contrato es Ley entre las partes que deben cumplirlo con estricta sujeción a lo que en él está establecido, como para que el Juzgador, haya de aplicarlo según su tenor». En virtud de lo expuesto, las partes acordaron la cláusula 6.2.1 del contrato de 16 de abril de 1991 según la cual la recepción de la obra provisional, con o sin conformidad, implica la total terminación de las obras con arreglo a las prescripciones previstas, pudiendo solo presentar defectos que motivaran o bien una recepción provisional sin conformidad, con la fijación del plazo para su remedio, o bien pequeñas deficiencias o falta de pequeños remates, subsanables en un mes, que en ningún caso podía ser un obstáculo a la recepción provisional con conformidad. Correspondiendo a la dirección facultativa calificar el estado de la obra. La obra presentaba grandes defectos por lo que es de recibo la negativa de *Explotaciones Turísticas de Galicia, S.A.* a recibirla. **(STS de 10 de febrero de 2004; no ha lugar.)**

HECHOS.—La actora, A. C. S. *Actividades de Construcción y Servicios, S.A.* (compañía que absorbió la extinguida *Ginés Navarro Construcciones, S.A.*) solicita en su demanda que la resolución de dos contratos (uno de ellos datado el 12 de noviembre de 1990, contrato de ejecución de obra para la construcción de un edificio en La Coruña. El objeto del mismo fue el vaciado del solar previo a la edificación. El segundo, datado el 16 de abril de 1991, tenía por finalidad la construcción llave en mano de una edificación compuesta de dos cuerpos de edificio, destinado uno a Hotel y el otro a aparthotel. El precio cifrado en 2.410.000 pesetas se considera llave en mano, entregándose el edificio en perfectas condiciones y con todos sus permisos, proyectos complementarios, componentes e instalaciones exigibles, según normativa, y necesarios para un perfecto e inmediato funcionamiento del edificio destinado al fin previsto) se declare que fue injustificada por la parte demandada a causa del retraso producido en su ejecución. Solicita así mismo, devolución del aval que entregó a la demandada, indemnización por los daños y perjuicios producidos así como pago del precio pendiente. Reconviene la demandada y pide que esa resolución se mantenga por el retraso en la ejecución de la obra con pago de la pena fijada. El Juzgado de Primera Instancia estima en parte ambas acciones. Declara justificada la resolución del contrato llevada a cabo por *Explotaciones Turísticas de Galicia, S.A.* y condena a la demandada al pago a la actora de 936.805.300 pesetas más IVA. Así mismo, condena a la actora a la pérdida del aval prestado al suscribir el contrato y a que abone a la demandada ciertas cantidades en concepto de penalización, importe de trabajos pendientes de realizarse para la terminación de la obra en la fecha prevista, así como por daño emergente y lucro cesante. La Audiencia Provincial confirma en parte la apelación de la actora aumentando la suma pendiente de abonar a la demandada. Recurren en casación ambos litigantes. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a ninguno de los dos recursos. *(M. F. N. C.)*

**20. *Aliud pro alio.***—La aplicación de los artículos 1124 y 1101 CC se emplea en los casos de resolución contractual originada por la entrega de cosa inútil para servir a los fines contratados, diferenciado de la existencia de vicios en el objeto, cuyo plazo de caducidad es de seis meses. La entrega de cosa diversa conduce al pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto e insatisfacción del comprador (SSTS de 12 de mayo de 1990, 10 de mayo de 1995 y 30 de octubre de 1998.) La ineptitud del objeto para el fin a que iba destinado significa un incumplimiento de contrato y no vicio redhibitorio (SSTS de 6 de mayo de 1911, 19 de abril de 1928, 1 de julio de 1947, 23 de junio de 1965, 7 de enero de 1988, 14 de noviembre de 1994, 17 de mayo de 1995, 26 de febrero de 1996, 1 de diciembre de 1997 y 24 de julio y 10 de octubre de 2000).

**Prueba pericial.**—La prueba pericial ha de ser apreciada por el Juzgador según las reglas de la sana crítica. El Juzgador no se encuentra obligado a sujetarse al dictamen pericial. La impugnación en casación es posible cuando las conclusiones que el Juzgador alcance a través de la prueba sean contrarias a la racionalidad y las directrices de la lógica (SSTS de 13 de febrero de 1990 y 29 de enero de 1991). (**STS de 27 de febrero de 2004**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se presentó demanda por parte de una sociedad vendedora de unas determinadas máquinas para el tratamiento de madera, sobre reclamación de cantidad, contra la compañía compradora, que a su vez, reconvino y solicitó la resolución del contrato de compraventa de las mencionadas máquinas por incumplimiento del vendedor, porque las máquinas adolecían de graves defectos que las hacían inútiles para su finalidad. En primera instancia se estimó íntegramente la demanda de la sociedad vendedora, condenando a la compañía compradora al pago del importe reclamado, tras la práctica de una prueba pericial en la que el perito, tras su visita a las instalaciones de la sociedad vendedora, comprobó la presencia de veintidós máquinas, analizando una al azar. Apelada la sentencia, la Audiencia acogió parcialmente el recurso de la compañía compradora, declarando resuelto el contrato de compraventa entre ambas celebrado en cuanto a determinadas máquinas. Se recurrió por la sociedad vendedora ante el Tribunal Supremo, que desestimó el citado recurso de casación.

**NOTA.**—La decisión del Tribunal Supremo se enmarca en la mayoritaria y casi unánime línea jurisprudencial que distingue entre el incumplimiento obligacional y los vicios redhibitorios (SSTS de 24 de julio y 14 de diciembre de 2000 y 8 de febrero de 2003), Al no existir una norma general que resuelva la confusión, se refleja la doctrina del *aliud pro alio* en una doble vertiente: entrega de cosa distinta a la pactada e imposibilidad de incumplimiento por inhabilidad en el objeto, por no reunir para el uso a que tenía que ser destinado, o por insatisfacción del adquirente (STS de 23 de enero de 1998). (*P. S. S.*)

**21. La acción pauliana: carácter subsidiario.**—Tiene carácter subsidiario de conformidad con lo establecido en los artículos 1111, 1291.3.º y 1294 CC. Se trata de una subsidiariedad económica y jurídica.

La jurisprudencia, en numerosas resoluciones, ha examinado la doble faceta de carencia de bienes y de otro medio legal para obtener la reparación del perjuicio económico, configurándola en torno a la imposibilidad de obtener la satisfacción del crédito (STS de 28 de junio de 2002), es decir, imposibilidad, real y efectiva, de cobrar (SSTS de 5 de noviembre de 1995 y 19 de junio de 2001).

**Flexibilización jurisprudencial de la exigencia de la subsidiariedad.**—No es preciso una persecución real de todos y cada uno de los bienes con resultado infructuoso (SSTS de 17 de julio de 2000 y 17 de julio de 2002), ni obtener en un juicio previo la declaración de insolvencia (SSTS de 29 de marzo de 2001 y 2 de abril de 2002), como tampoco es preciso que el deudor se coloque en situación de insolvencia total, ya que basta que los bienes no sean suficientes para satisfacer a sus acreedores (SSTS de 31 de octubre de 1994, 20 de febrero y 19 de septiembre de 2001 y 27 de junio de 2002), por haberse disminuido las posibilidades económicas efectivas (STS de 9 de mayo de 2001) o producido una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso (SSTS de 31 de diciembre de 1998 y 23 de septiembre de 2002).

**La subsidiariedad: relación con la vía de apremio y con la suspensión de pagos.**—El requisito de la subsidiariedad no concurre (en la faceta de carencia de otro recurso legal) cuando no se agotó la vía de apremio (SSTS de 8 de marzo y 30 de junio de 2003), pero sí cuando el deudor es declarado en suspensión de pagos. Esto es, no hay obstáculo al ejercicio de la acción pauliana una vez iniciado el procedimiento concursal (STS de 8 de febrero de 1988); con esta apreciación no se vulnera el principio concursal *par condicio creditorum*, porque no se altera la igualdad respecto de la masa activa, ni se atribuye ningún privilegio o preferencia respecto de la misma, ya que en este caso los bienes donados sobre los que incide la acción están fuera del patrimonio del deudor, incluso los otros acreedores de la suspensión resultarían indirectamente beneficiados, al extinguirse, o reducirse, el crédito del acreedor resarcido mediante la acción pauliana.

**Legitimación activa: exclusión por el deudor y prueba de la insolvencia.**—Es el deudor el que ha de precisar y señalar otros bienes para excluir la legitimación de la acción revocatoria o pauliana (STS de 19 de septiembre de 2001), y no se puede gravar al acreedor con la prueba del hecho negativo de la insolvencia del deudor (SSTS de 11 de abril de 2001 y 12 de diciembre de 2002).

**Requisitos de la acción pauliana.**—*a)* Consta la existencia de un crédito a favor de la entidad actora contra los demandados (SSTS de 7 de abril de 2000 y 19 de septiembre de 2001, entre otras); *b)* Hay una efectiva transmisión de bienes por los deudores a terceros con posterioridad a la generación de la deuda (SSTS de 7 de abril de 2000 y 29 de marzo de 2001), (con independencia de que en determinados casos cabe ejercitar la rescisión aun siendo la enajenación anterior); *c)* Existe perjuicio del acreedor por la falta de solvencia de los deudores y carencia de otro recurso legal para hacer efectivo el crédito (imposibilidad de cobrar); y *d)* Finalmente, concurre el carácter fraudulento de la enajenación por cuanto se trata de una donación, la cual se presume fraudulenta de conformidad con lo establecido en los artículos 643, párrafo segundo, y 1297, párrafo primero, ambos del CC.

**Para que una donación se considere fraudulenta no es necesario demostrar concierto entre donante y donatario.**—Tanto más si se tienen en cuenta las circunstancias del caso (parentesco paterno-filial entre donantes y

donatarios, tratarse de los bienes donados de inmuebles, y el hecho de que el crédito deriva de una póliza de préstamo con garantía personal, respecto de la que es lógico presumir que su concesión contempló la existencia de tales bienes para confiar en poder hacerse efectivo a su vencimiento –STS de 20 de febrero de 2001). (STS de 30 de enero de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Los dos cónyuges de un matrimonio concertaron con una entidad bancaria una póliza de crédito con garantía personal por un límite de cuatro millones de pesetas y un vencimiento de once meses. Su saldo negativo dio lugar a que el Banco demandara a ambos cónyuges y a sus hijos, solicitando a los dos primeros el crédito adeudado y respecto a todos ellos la nulidad e inexistencia del contrato de donación, otorgado un día antes del vencimiento del crédito, por virtud del cual los padres transmitieron a los hijos dos fincas registrales. Alternativamente se solicitaba la rescisión de dicho contrato de donación por haberse realizado en fraude de acreedores. Se dio la circunstancia que el marido solicitó a los diez días de la donación la declaración de suspensión de pagos, la cual fue establecida tres años y medio después, fijándose en diecisiete millones de pesetas la cantidad que el pasivo excedía del activo.

El Juzgado y la Audiencia estimaron la acción de reclamación de cantidad, pero desestimaron la demanda en cuanto a las pretensiones de nulidad y de rescisión de la donación. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por el actor al declarar, además de lo establecido en ambas instancias, la rescisión de la donación por efectuarse en fraude de acreedores. (I. D. L.)

**22. Acción rescisoria. Requisitos.**—«La acción rescisoria es un remedio de carácter subsidiario, conforme al artículo 1294 CC, habiendo declarado reiteradamente la jurisprudencia –SSTS de 12 de marzo de 1984, 24 de noviembre de 1988 y 21 de mayo de 1992– que dicho cuerpo legal queda a favor de los acreedores para proteger y lograr la efectividad de sus créditos en bienes del deudor demandado. Exige, a modo de precedente fáctico-legal necesario, que se cumplan las previstas del artículo 1111 CC, es decir, que a los acreedores no les resulte por otro medio posible el reintegro de la deuda, lo que supone la realidad de la existencia del crédito y la celebración por el deudor con posterioridad de actos de disposición patrimonial que atenten directa y frontalmente a dicho crédito, al que de este modo se le vacía de todo contenido en cuanto a su real percepción, en un actuar defraudatorio concebido y ejecutado con el indudable propósito de causar perjuicios y daños constatados al acreedor, debiendo darse también la concurrencia de que los bienes perseguidos no hayan pasado a tercero de buena fe (SSTS de 17 de noviembre de 1987, 25 de enero de 1989, 27 de febrero, 27 de mayo y 26 de noviembre de 1992, 28 de noviembre de 1994, 25 de noviembre de 1996) (STS 13 de mayo de 2004)».

Tanto la determinación de la insolvencia como la presencia o ausencia de fraude son cuestiones de hecho y como tales apreciables por el Tribunal de Instancia de cuyo criterio no se puede desviar el Tribunal de casación, a menos que se impugnen aquellos hechos. En este sentido SSTS de 28 de junio de 1994, 27 de abril de 2000, 16 de julio de 1999, 14 de abril de 1998,

1 de diciembre de 1997, 24 de diciembre de 1996, 26 de noviembre de 1992 y 7 de febrero de 1991.

**La acción rescisoria no puede dirigirse contra quien no es deudor.**—«La acción revocatoria es un instrumento de reintegración del patrimonio del deudor que pretende dotar de plena eficacia al principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CC. No puede ser dirigida contra quien no es deudor, por mucho que antes haya efectuado actos más o menos inequívocos de vinculación de bienes propios al pago de deudas ajenas, con independencia de las acciones que los acreedores puedan tener, si es que la tienen, para el efectivo cumplimiento de ese compromiso, ni puede irse contra los adquirentes, a los que se les imputa el título de partícipes en acuerdo fraudulento, porque no siendo el transmitente deudor de quien ejercita la acción no puede haber fraude de sus derechos en la transmisión (STS de 22 de abril de 2004)».

**Consilium fraudis.**—El fraude es un presupuesto indispensable para que la enajenación llevada a cabo por el deudor pueda ser rescindida (arts. 1111.1, 1291.3 y 1297 CC). Constituye un requisito subjetivo, cuya subjetividad, sin embargo, ha sido notablemente atenuada por la doctrina y la jurisprudencia para hacer factible en la práctica la operatividad de la acción revocatoria. Frente a la concepción rigurosa que configuraba la exigencia como la intención o propósito de perjudicar al acreedor, y por el contrario de quienes mantienen un criterio objetivista neto en el sentido de que habrá de estarse al resultado producido con total abstracción del ánimo o intención del deudor, la doctrina predominante y la jurisprudencia siguen una orientación intermedia consistente en que basta el resultado producido y que éste fue conocido o debido conocer por el deudor (*scientia fraudis*) (SSTS de 25 de enero de 1995, 31 de diciembre de 1997, 31 de diciembre de 1998, 25 de enero de 2000, 20 de febrero y 11 de octubre de 2001, 15 de marzo y 17 de octubre de 2002).

Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial no es unánime. En este sentido la STS de 19 de octubre de 1999 y con ella las SSTS de 13 de febrero de 1992, 6 de abril de 1992 y 31 de diciembre de 1994 relativas a la apreciación del *consilium fraudis* del acreedor beneficiario, como requisito para la viabilidad de la acción rescisoria de los artículos 1111 y 1291.3 CC establecen: «Hay que entender que al exigir el juzgador de instancia para apreciar la concurrencia del *consilium fraudis* la existencia de una maquinación fraudulenta, por la que el deudor en concierto con el acreedor haya pretendido perjudicar a los demás acreedores, exigiéndose para dar lugar a la acción pauliana la existencia de una especie de confabulación, lo cual implica seguir un criterio tradicional, con desprecio de la moderna jurisprudencia para la que basta con el consentimiento y aquiescencia del perjuicio ocasionado a otros acreedores para que la misma tenga éxito».

Expedita la vía para la postulación de la rescisión contractual, la prosperabilidad de esta acción requiere a su vez que concurren pruebas de la existencia del fraude. En este sentido «al acreedor que ejercita la acción rescisoria de actos y contratos celebrados en fraude de acreedores no se le puede gravar con una prueba negativa (que el deudor carece de bienes) de modo que la conducta del demandado pueda ser pasiva, es decir, que puede abstenerse de la alegación fácil y accesible para él de hechos positivos que deslegitimaría al acreedor accionante, cual es que tienen bienes realizables que no se han perseguido. Sería tanto como obligarle a una prueba diabólica, por lo que a aquel acreedor le bastará con acreditar una persecución de bienes que cono-

ce o debió conocer según las circunstancias del caso (STS de 11 de abril de 1996)». En cualquier caso, «el *consilium fraudis* necesario entre el deudor y el tercero puede probarse mediante presunciones» (STS de 16 de junio de 1994). (STS de 12 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco Central Hispanoamericano* formuló demanda contra don J. L. y su esposa doña M.<sup>a</sup> L. B. ejercitando la acción rescisoria del artículo 1291.3.º CC en relación con los préstamos garantizados con hipoteca concedidos por la demandada a su marido en escrituras públicas de 12 de mayo y 30 de julio de 1993, así como la dación de la finca gravada por las hipotecas aludidas, realizada por don J. a favor de doña M.<sup>a</sup> L. en pago de su deuda, que se hizo constar en escritura pública de 10 de noviembre de 1993.

El Banco accionante alegó que el 22 de julio de dicho año había concertado una póliza de crédito por suma límite de 10.000.000 de pesetas a favor de *Villa Limonar, S.A.*, siendo don J. L. uno de los fiadores solidarios de la operación. Habiendo interpuesto demanda ejecutiva contra la acreditada y sus fiadores sólo pudieron embargarse bienes que se hallaban hipotecados en garantía de otros préstamos —se habían aportado certificaciones del Registro de la Propiedad en las que se reflejaba que cada una de las fincas en cuestión estaba gravada con una hipoteca a favor de *Citibank España, S.A.* y con dos hipotecas a favor de *Edifer, S.A.*— cuyo importe absorbía el valor en tasación de los bienes mencionados, por lo que la entidad bancaria no podía hacer efectivos los derechos que le correspondían como consecuencia de la póliza de crédito mencionada.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la referida pretensión con imposición de costas a la parte actora, siendo confirmada su resolución en fase de apelación por la Audiencia Provincial que condenó a la recurrente al pago de las costas de la alzada. El *Banco Central Hispanoamericano* interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Banco.

NOTA.—La falta de diligencia del acreedor, absteniéndose de solicitar la peritación de los bienes embargados y la subasta de los mismos, impide entender que por el acreedor se haya acreditado que la vía de apremio podría resultar estéril en orden a obtener una cumplida satisfacción de sus derechos y que carece de cualquier otro recurso legal para obtener el pago de lo que se le adeuda, datos que han de considerarse esenciales dado el carácter subsidiario de la acción que ejercita el Banco. (M. F. N. C.)

**23. Subcontrato. Objeto.**—El subcontrato es un contrato derivado y dependiente de otro anterior de su misma naturaleza. Para apreciar la existencia de un subcontrato es necesario que el subcontratista realice parte o toda la obra a cuya ejecución el contratista (subcontratante) ya se ha obligado con el comitente. No puede ser calificado de subcontrato el contrato en el que no se conviene la realización de parte de la obra sino la ejecución de determinadas labores auxiliares.

**Responsabilidad por daños y presunción de culpa.**—Cuando los daños no son originados por el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la prestación, sino en el curso de su realización, pueden aplicarse las normas de la responsabilidad extracontractual. Tratándose del desarrollo de un trabajo que comporta un riesgo cualificado, el creador de ese riesgo debe presumirse culpable, pues a él incumbe la seguridad y conservación de los útiles de su trabajo. Para destruir dicha presunción sólo se pueden alegar sucesos imprevistos racionalmente, ocurridos fuera del ámbito de su actividad. (STS de 27 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—*Construcciones San Martín, S. L.* (en adelante, *San Martín*) contrata con *Cañibano, Grúas Industriales Reunidas, S. A.* (en adelante, *Cañibano*) la realización del desmontaje de una grúa torre que la primera estaba utilizando en la construcción de un edificio. En el trabajo de desmontaje, *Cañibano* emplea una grúa que se fractura y hace que uno de los tramos de la grúa torre caiga al suelo y produzca daños tanto en la obra como en la propia grúa torre que se está desmontando.

En virtud de la póliza de «todo riesgo de construcción» que *San Martín* tenía concertada con *Plus Ultra*, la aseguradora abona a *San Martín* una indemnización de diez millones de pesetas. *Plus Ultra* se subroga en la posición de su asegurada y demanda a *Cañibano*, exigiéndole la suma satisfecha. La demanda también va dirigida contra *Lepanto, S. A.*, entidad que aseguraba la responsabilidad civil de *Cañibano*.

La sentencia dictada en primera instancia desestima la demanda por entender que *Cañibano* trabajaba para *San Martín* como subcontratista y que los daños causados entraban dentro de los riesgos asegurados por la demandante, con lo que ésta no dispone de la acción de subrogación. La Audiencia Provincial revoca la sentencia, declara que *Cañibano* no actuaba como subcontratista —no estaba asegurada— y que es posible el ejercicio de la acción subrogatoria por la demandante. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación presentado por *Cañibano* y su aseguradora, en el que mantienen, en contra de la sentencia recurrida, que *Cañibano* tenía la condición de subcontratista.

NOTA.—El magistrado Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz formula un voto particular en el que sostiene que la sentencia de instancia infringe el artículo 1281 CC en cuanto a la calificación del contrato, pues, en contra de lo que declara la sentencia, se trata de un subcontrato de obra y por tanto, la demandada está asegurada, por lo que procede desestimar la demanda presentada por *Plus Ultra* en reclamación de la indemnización abonada. (L. S. M. P.)

**24. Novación. Significado. Sustitución de un convenio por otro, comprendiendo obligaciones incompatibles.**—La novación supone siempre una renuncia de derechos y de ahí que no se presume nunca existente, sino que ha de constar en forma expresa o por incompatibilidad entre ambas obligaciones, tanto si es extintiva como modificativa. La novación significa la sustitución de un convenio por otro, constando con toda claridad la voluntad de llevar a cabo la extinción de la primitiva obligación, aunque según lo

dicho, puede deducirse también de la incompatibilidad de ambas obligaciones (STS de 8 de junio de 2002).

**Novación. Cumplimiento de sus requisitos. Es cuestión de hecho, cuya apreciación corresponde a la exclusiva facultad del tribunal de instancia.**—La facultad de establecer si se dan los requisitos de la novación, prescindiendo de la discusión doctrinal sobre si cabe la distinción entre la extintiva y la modificativa o sólo existe aquélla es facultad de la instancia, de manera que la incompatibilidad de que habla el artículo 1204 CC ha de ser apreciada por el Juzgador de instancia atendiendo a las circunstancias de cada caso.

**Contratos. Error de cuenta. Sólo da lugar a su corrección, nunca a la nulidad del contrato.**—Interesada en la demanda la nulidad del contrato de préstamo con garantía hipotecaria por haberse prestado el consentimiento de los prestatarios por error respecto a la cuantía de las deudas existentes frente al Banco prestamista, incumbía a los actores la prueba del pretendido error, error que por ser de cuenta sólo daría lugar a su corrección (art. 1266 CC), no a la nulidad del contrato. (STS de 29 de diciembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Los esposos O. P. F. y J. L. I. I., junto con la mercantil T., S. L. demandaron al Banco B. E. E., S. A., en reclamación de la entrega de determinada documentación relativa a saldos contables en las cuentas y depósitos que aquéllos tenían en dicho Banco, con solicitud, para el caso de que se comprobase el error padecido en la determinación de los saldos, de que en ejecución de sentencia se declarase la nulidad de determinados contratos y de la hipoteca formalizada en base a los documentos falsos, así como las consiguientes cancelaciones. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y ordenó entregar la documentación requerida, desestimando el resto de los pedimentos. La Audiencia Provincial de Oviedo confirmó la resolución de instancia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por los actores. (L. A. G. D.)

**25. Novación por cambio de la persona del deudor: requisitos.**—La Sala Primera del Tribunal Supremo afirma que para la sustitución de la persona del deudor en las relaciones contractuales, o asunción de deuda, tanto en la modalidad de convenio entre deudores, como de expromisión, es indispensable, en todo caso, no el mero conocimiento, sino el consentimiento expreso o tácito del acreedor, conforme al artículo 1205 CC. La novación nunca se presume, sino que la voluntad de novar debe constar siempre de modo inequívoco, bien por manifestarse con claridad de forma expresa, bien por inducirse de actos de significación concluyente, sin que de ningún modo sea suficiente el mero conocimiento de la sustitución. (STS de 18 de diciembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Iniciativa de Medios, S. A.* celebra un contrato de prestación de servicios con *Publinforme, Comunidad de Bienes*. Cuando aquélla reclama a ésta el pago de los servicios prestados, *Publinforme* se opone alegando que ha existido una novación en la obligación, por cambio de la persona del deudor, que ahora es *Publinforme, S. L.* Ante la falta de pago *Iniciativa de*

*Medios* demanda a don L. I. T., doña C. P. P., doña J. T. P. y *Publinforme C. D. B.*, por la cantidad de 12.762.818 pesetas, más los intereses legales.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y condena a los demandados, abonar a *Iniciativa de Medios* la cantidad reclamada. Recurrida la sentencia en apelación, por don L. I. T., doña C. P. P. y doña J. T. P., la Audiencia Provincial de San Sebastián estimó parcialmente la demanda, condenando a los apelantes a pagar solidariamente 5.784.617 pesetas, más los intereses legales. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Precisamente la necesidad de constatar la existencia del consentimiento del acreedor para otorgar validez a la novación de la persona del deudor, es uno de los aspectos en los que más ha incidido la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, señalando que dicho consentimiento puede haber sido otorgado de forma expresa o tácita (deduciéndolo, *v. g.*, del hecho de reclamar judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación al nuevo deudor—STS de 22 de marzo de 1991—) y que no puede estar sometido a ningún tipo de condición. (*A. M. C. E.*)

**26. Subrogación de préstamos hipotecarios. Derecho de la entidad acreedora originaria a enervar la subrogación: artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo.**—Afirma la Sala Primera del Tribunal Supremo que la entidad acreedora originaria tiene el derecho de enervar la subrogación, si en el plazo máximo de quince días naturales, a contar desde la entrega de la certificación del importe de la deuda a la entidad financiera que pretende subrogarse en el préstamo, formaliza con el deudor la novación modificativa del préstamo hipotecario.

**Subrogación de préstamos hipotecarios. Enervación de la subrogación por la entidad acreedora originaria: no depende de la voluntad del deudor.**—La Sala Primera del Tribunal Supremo señala que cuando la entidad acreedora originaria iguala la mejora del contrato de préstamo ofrecida por otra entidad financiera, conforme a lo establecido en el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, la subrogación no se puede producir. Dicho con otras palabras, en estos casos el deudor no puede optar entre la subrogación o la novación modificativa, sino que sólo puede optar entre aceptar la novación modificativa del préstamo o rechazarla.

**Subrogación de préstamos hipotecarios. Potestad del deudor. Finalidad.**—Afirma el Tribunal Supremo que la subrogación de los préstamos hipotecarios, conforme a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, no es un derecho del deudor, sino una potestad atribuida al deudor, cuya finalidad es permitir a los deudores de préstamos hipotecarios que puedan beneficiarse de la reducción de los tipos de interés que se haya producido con posterioridad a la fecha de formalización de su préstamo. (**STS de 25 de noviembre de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad financiera *Cajalón, S. A.* interpone una demanda contra el *Banco Central Hispanoamericano, S. A.*, don C. C. S. y doña M. P. U. B., en la que solicita, entre otras cosas, se dicte sentencia en la que se declare que la entidad demandante ejer-

citó en tiempo y forma su derecho a enervar la subrogación pretendida por la entidad demandada (*Banco Central Hispanoamericano, S. A.*) respecto de unos determinados préstamos formalizados en escritura pública de 1993, se declare la nulidad de las escrituras públicas de 1997 en las que se formalizó la subrogación de los citados préstamos, se cancelen los asientos registrales a que hayan dado lugar las escrituras públicas de 1997 y, en consecuencia, se declaren vigentes los préstamos otorgados por la entidad *Cajalón, S. A.* a favor de don C. C. S. y doña M. P. U. B. Con carácter subsidiario, para el caso de que no se estimen las pretensiones anteriores, la entidad demandante solicita se condene al demandado, *Banco Central Hispanoamericano, S. A.*, a pagar una determinada cantidad de dinero.

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

**27. Cesión de créditos.**—El demandado alega en casación la no identidad entre el acreedor primitivo u originario y el actual. Conocedor de la existencia de la institución de la cesión de créditos, alega el incumplimiento de los requisitos necesarios para que ésta opere con efectividad. «La jurisprudencia admite que pueda cada una de la partes contratantes hacerse sustituir por un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones sinalagmáticas, si éstas no han sido todavía cumplidas, con tal que la otra parte lo consienta (SSTS de 26 de junio de 1929, 2 de junio de 1927, 7 de junio de 1929, 4 de enero de 1930, 11 de abril de 1944, 2 de junio de 1947, 17 de mayo de 1954, 2 de enero de 1960, 5 de junio de 1961 y 28 de abril de 1966)». Entre éstas «la cesión de créditos, está regulada en el Código civil en los artículos 1526 a 1536, ambos inclusive, pero lo hace de forma incompleta, pues la jurisprudencia ha elaborado una doctrina al respecto partiendo del artículo 1526, dado que los otros (1527 a 1530) sólo regulan la liberalización del deudor cedido, no notificado de la cesión, y la inclusión en la transmisión de los derechos accesorios (art. 1528) así como las responsabilidades del vendedor o cedente (arts. 1529 y 1530), pues el resto de los preceptos afectan a cesiones especializadas (la de la herencia, art. 1531, la de la venta alzada o en globo de la totalidad de los créditos, arts. 1532 y 1533, y la de la venta de los créditos litigiosos, arts. 1535 y 1536 (STS de 20 de abril de 2004)». Consiste «la cesión de los derechos accesorios sustitución del acreedor por otro, con respecto al mismo crédito, derecho subjetivo que es transmisible (art. 1112 CC) cambia el sujeto activo o acreedor, desapareciendo el primitivo el cual queda como un tercero en la obligación y entra el nuevo en la relación jurídica. El negocio jurídico por el que se transmite el derecho de crédito, es un negocio de disposición bilateral cuyos sujetos son el antiguo acreedor —cedente— y el nuevo —cesionario— siendo necesario el consentimiento de ambos, pero no del deudor —cedido— al cual debe de notificársele la cesión como requisito de eficacia para obligarle con el nuevo acreedor, el cesionario (SSTS de 16 de octubre de 1982, 2 de octubre de 1984). La simple puesta en conocimiento sólo tiene la finalidad de impe-

dir que se produzca la liberación consentida por el artículo 1527 CC (STS de 13 de junio de 1997). Conocida la cesión, el deudor debe pagar al nuevo acreedor –cesionario–, no quedando cumplida la obligación si lo hace al antiguo –cedente– lo que destaca la STS 15 de julio de 2002.»

**Principio general del derecho *in iliquidis no fit mora*.**—Al respecto estipula la STS de 1 de diciembre de 1997 que el mencionado principio «es aplicable a supuestos muy variados en su tipología pero referentes, sustancialmente, a aquellos en que la cantidad realmente adeudada no es conocida hasta que se lleve a efecto la fijación de la misma a través de la correspondiente resolución judicial. Este principio ha sido atenuado, en su aparente automatismo, por la relativamente doctrina jurisprudencial de esta Sala al introducir importantes matizaciones en su aplicación, las que, en último término, se entroncan con la conclusión de que la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que lo tiene meramente declarativo, pues a través de la misma lo que se hace es declarar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al acreedor, y así, la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aun cuando fuese menor de la por él reclamada, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial». En esta línea jurisprudencial se encuentran las SSTs de 5 de abril de 1992, 18 de febrero, 21 de marzo y 24 de mayo de 1994.

«El interés de demora no trata de conservar el valor nominal consignado en la resolución judicial, sino indemnizar al acreedor impagado el lucro cesante, dándole lo que hubiera podido obtener en circunstancias normales de la cantidad líquida que se le adeuda.» En este sentido STC de 22 de junio de 1993, así como SSTs de 18 de febrero de 1998 y 9 de marzo de 1999. (STS de 12 de febrero de 2004; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Por la sociedad *Talleres Churrillo, S. L.* se formuló demanda de reclamación de cantidad a través de juicio de menor cuantía, contra don C. L. A. por la que interesaba se condenara a éste al pago de 8.438.686 pesetas con los intereses legales a contar desde la fecha de admisión de la demanda.

El demandado contestó a la pretensión formulada solicitando su absolución. En primera instancia se estimó parcialmente la demanda por lo que se condenó al demandado al abono a la actora de la suma de 3.583.068 pesetas, saldo deudor resultante de la compra de maquinaria agrícola realizada al actor, más los intereses legales a contar desde la admisión de la demanda.

Las dos partes formularon recurso de apelación contra la anterior sentencia. Por la Audiencia Provincial de Lugo se desestimaron ambos recursos con confirmación íntegra de la sentencia apelada.

El demandado formula recurso de casación contra la sentencia dictada en segunda instancia al que la sociedad actora se opone. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

**NOTA.**—La transmisión o traspaso de algunos de los sujetos iniciales de la relación jurídica negocial ha dado lugar a la aparición de varias figuras de cesiones obligacionales que es conveniente delimitar. La «cesión de créditos» es la que aparece como más antigua. Se hizo necesaria en el tráfico mercantil para facilitar la rapidez, a través del endoso, de efectos o contratos mercantiles, con

el carácter de abstractos o no causales después de los primeros contratantes. La «asunción de deuda» es de creación relativamente reciente.

Por otro lado, el traspaso de la titularidad contractual en los negocios –en los contratos civiles– antes de su consumación, puede obtenerse a través de dos figuras jurídicas afines. De un lado, por medio del llamado «contrato para persona que se designará» y «la cesión de contrato».

Esta última no se encuentra regulada en el Código civil pero ha sido reconocida, en sintonía con la doctrina científica, por una amplia jurisprudencia. Se fundamenta en la libertad de pactos del artículo 1255 en relación con el artículo 1091, ambos del CC. Implica la transmisión a un tercero de la relación contractual, en su totalidad unitaria, presuponiendo la existencia de obligaciones sinalagmáticas, que en su reciprocidad se mantienen íntegramente vivas para cada una de las partes, de aquí que tenga el carácter de un contrato trilateral. Necesariamente han de intervenir: el cedente, el cesionario y el cedido cuya presencia es inexcusable –a diferencia de la cesión de créditos– a fin de prestar su consentimiento a la cesión. Han de intervenir las tres voluntades para formar el consentimiento. La estructura consiste en la transmisión de una posición contractual, la subrogación por el cesionario en la posición contractual íntegra del cedente con todos sus derechos y obligaciones. No supone la sustitución de un contrato por otro posterior, sino la subrogación de una persona en el haz de obligaciones, derechos y demás efectos jurídicos de un contrato persistente, de tal manera que aquélla sustituye a quien actúa como cedente. (*M. F. N. C.*)

**28. Contrato de cesión de créditos. Legislación aplicable: letras perjudicadas; acuerdos de las partes.**–La Sala Primera del Tribunal Supremo entiende que en este supuesto no es aplicable el artículo 100 de la Ley Cambiaria, pues las letras de cambio objeto del litigio han resultado perjudicadas, y sólo sirven de mero documento justificativo de la deuda, y como prueba del cambio del acreedor. Señala el Tribunal que se debe acudir a los acuerdos de las partes (*INVESTA* y *JARDI*) que rigen los pagos y las relaciones entre ellas, consignándose en este punto que para las relaciones por ventas o relacionadas con ellas, se designa como territorio contractual a España, lugar en el que deben cumplirse las obligaciones, (y por eso las letras se expiden en castellano en lo posible, y se libran en moneda española) y a Barcelona, domicilio de la deudora, como lugar en el que efectuar las reclamaciones.

**Cesión de créditos: endoso de letras de cambio después de perjudicadas. Carácter abstracto o causal de la cesión.**–Entiende nuestro Alto Tribunal que la cesión de créditos posee un carácter abstracto, siempre que las letras objeto de la cesión no estén perjudicadas, por no haberse utilizado en su momento la «acción cambiaria» correspondiente, ya que en caso contrario, deberá probarse el negocio causal o subyacente, como se ha hecho en este caso, en el que el contrato causal de la cesión de las cambiarias es el contrato de cesión firmado entre *Investa* y *CS Trading*.

**Cesión de créditos: notificación al deudor, sin sujeción a formalidad.**–El Tribunal Supremo afirma que el contrato de cesión de créditos (regulado en los arts. 1526 a 1536 CC) debe notificarse al deudor

(arts. 1209 CC, 347 CCO y 23.1 LCCh), no exigiéndose ninguna formalidad para la práctica de dicha notificación. En este caso la notificación se produjo a través de una carta remitida por la empresa cedente desde Praga, a través de la Embajada de España en la República Checa. (STS de 20 de abril de 2004; no ha lugar.)

**HECHOS.**—*Investa, S. A.* (compañía checa) había concedido una exclusiva de venta de sus fabricados de maquinaria en Chequia para España y su representación en exclusiva, a la española *Jardi, S. A.*, la cual giró diversas letras para el pago de las mercancías remitidas. El 15 de mayo de 1995 *Investa* concertó un contrato de cesión de créditos con otra compañía checa, *CS Trading, S. A.*, y entre los créditos cedidos figuraban determinadas letras giradas por *Jardi*, y protestadas por falta de pago, por un total de 62.768.592 pesetas. Con base en esta cesión de créditos, *CS Trading* reclama judicialmente la cantidad anterior a *Jardi*, entendiéndose ésta que la reclamante carece de legitimación activa y promoviendo, con carácter subsidiario, una reconvencción en la que se solicita una compensación con las 29.854.901 pesetas pendientes por la venta de Goodwill al acreedor originario, *Investa*.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona estima parcialmente la demanda y totalmente la reconvencción subsidiaria, condenando a *Jardi* a pagar la cantidad de 32.913.690 pesetas a la demandante. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

**NOTA.**—No ha de confundirse la necesidad de notificación al deudor de la cesión del crédito con un requisito necesario para la validez de esta figura. La cesión del crédito sólo necesita para su validez del consentimiento del acreedor cedente y del cesionario, no del deudor (de hecho, puede realizarse incluso contra la voluntad del deudor). La notificación a este último no es más que un presupuesto para su eficacia: una vez que la cesión le ha sido notificada estará obligado a pagar al acreedor cesionario (pudiendo, eso sí, oponerle aquellas excepciones que tuviera contra el acreedor originario —STS de 29 de mayo de 1984—), y no reputándose pago legítimo el que haga al acreedor cedente —SSTS de 11 de enero de 1983 y 5 de noviembre de 1993—. (A. M. C. E.)

**29. Validez y eficacia de la venta de cosa ajena.**—La jurisprudencia y la doctrina científica concluyen en la admisión de la figura jurídica de la venta de cosa ajena. Para ello, se parte de la concepción de la compraventa como un contrato generador de obligaciones, que transmite la propiedad unido a la tradición. La limitación a la validez de esta venta reside en el supuesto en el que medie engaño por parte del vendedor, resuelto mediante anulabilidad por dolo (SSTS de 3 de junio y 31 de diciembre de 1984 y 25 de junio de 1993.)

**Relación entre la venta de cosa ajena y la figura del tercero hipotecario.**—La aplicación del artículo 34 LH otorga la consideración de tercero hipotecario en los casos en los que concurra buena fe, al haber confiado en la inscripción registral de dominio de los transmitentes. Si nos encontramos

ante un caso de venta de cosa ajena, se presenta una obligación que da «derecho a obtener la propiedad de la cosa si se produce la tradición, la que se le dio de forma instrumental, mediante la escritura pública de compraventa».

**Incongruencia procesal.**—No debe considerarse como incongruencia omisiva el simple error material, corregible por la vía de la aclaración del artículo 363 LEC. (STS de 20 de febrero de 2004; ha lugar y no ha lugar.)

HECHOS.—La finca objeto del litigio fue adquirida por escritura pública en 1973 por don E. S. A. en una tercera parte, y don F. J. R. G. en dos terceras partes, e inscrita de tal forma en el Registro de la Propiedad. No obstante, los referidos adquirentes en 1974 firmaron un documento privado en el que manifestaban que la finca pertenecía por partes iguales a cada uno, y en la tercera parte a doña T. R. G., por anticipar el pago del precio y demás gastos. Dos meses más tarde, don F. J. suscribe otro documento privado en el que hace constar que en la escritura de adquisición de la finca, en su participación figura como dueño de las dos terceras partes, pero que en rigor les pertenecía a partes iguales a él, a don E. y a don A. C., marido de doña T., obligándose él mismo a formalizar cuantos documentos fuesen necesarios para su constancia registral y su efecto frente a terceros.

En octubre de 1994, doña P. V. C., viuda de don F. J., y sustituta en su parte proindiviso en la propiedad de la finca, vende la finca, junto con don E. a una sociedad limitada, sin autorización de doña Teresa. Esta sociedad inscribe su adquisición en el Registro de la Propiedad. Doña T. y su marido don A. demandan en juicio declarativo a doña P. y don E., en ejercicio de acción declarativa de dominio, e interponen una nueva demanda contra los anteriores y la sociedad, solicitando la nulidad de la escritura pública de compraventa. Acumulándose ambas actuaciones, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que desestimó las demandas, entendiendo que la acción declarativa de dominio carecía de la acreditación suficiente del título justificativo, mientras que la transmisión de la finca era válida por ser el adquirente tercero de buena fe. La Audiencia Provincial da lugar en parte al recurso, estimando que es de propiedad de los recurrentes doña T. y don A. la finca litigiosa, declarando la nulidad de la escritura pública, pero reconociendo la condición de tercero hipotecario a la sociedad. Se presenta recurso de casación ante el Tribunal Supremo por parte de doña P. y don E., así como por parte de la sociedad. El Tribunal Supremo estimó el recurso planteado por parte de la sociedad, declarando no ha lugar al planteado por doña P. y don E.

NOTA.—Se reitera la doctrina del Tribunal Supremo en cuanto a la validez y eficacia de la venta de cosa ajena, en SS como las de 8 de marzo y 22 de junio de 2001, o la de 7 de febrero del mismo año, que afirma el reconocimiento pacífico por doctrina científica y jurisprudencia de la validez de la venta de cosa ajena, «en virtud de la naturaleza consensual u obligacional del contrato de compraventa». No obstante, se induce a error en cuanto a la relación existente entre esta figura y el tercero hipotecario. Tras la consideración de tercero hipotecario, la afirmación de que existe obligación de adquirir la propiedad si hay transmisión mediante escritura, sin que afecte a la

sociedad el pacto celebrado entre las partes, parece trasladar la cuestión a la eficacia frente a terceros de los documentos privados, que no se trata por no ser objeto del recurso. Parece que encuentra la solución más que en la aplicación del artículo 34 LH, en el sistema de adquisición de la propiedad de título y modo. (P. S. S.)

**30. Compraventa. Incumplimiento del contrato.**—Según el Tribunal Supremo, se está en presencia de la entrega de una cosa por otra o *aliud pro alio*, cuando existe pleno incumplimiento del contrato de compraventa por inhabilidad del objeto vendido para cumplir la finalidad para la que se vendió y, consiguientemente, se produce la insatisfacción del comprador, lo que permite acudir a la protección que dispensan los artículos 1101 y 1124 CC. Dicha inhabilidad ha de nacer de defectos de la cosa vendida que impidan obtener de ella la utilidad que motivó su adquisición (SSTS de 14 de octubre de 2000 y de 16 de noviembre de 2000). No existe tal inhabilidad cuando los vicios no tienen la entidad suficiente como para impedir el fin normal del contrato y pueden remediarse.

**Defectos subsanables en la cosa objeto de la compraventa. Rebaja del precio.**—Cuando los defectos de la cosa no la hacen impropia para el uso a que se destina y cabe su subsanación, no procede la resolución del contrato, aunque es posible rebajar una cantidad proporcional del precio en función de los defectos.

**Rebaja del precio y gastos de subsanación de los defectos.**—Para que en la determinación de la rebaja del precio de la compraventa se tengan en cuenta los gastos de subsanación de los defectos de la cosa vendida, es necesario que quien lo solicita acredite su importe. (STS de 22 de abril de 2004; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Las partes habían celebrado un contrato de compraventa de un inmueble e industria destinados a una explotación de hostelería. La compradora presenta una demanda contra la vendedora basándose en la existencia de defectos en la cosa objeto del contrato (los defectos consistían en que la instalación eléctrica del establecimiento resultaba inapropiada y debía ser sustituida, y en que el establecimiento carecía de licencia de apertura). En la demanda, se solicita la resolución del contrato de compraventa y la indemnización por los daños sufridos; subsidiariamente, se pide que se rebaje una cantidad proporcional del precio de venta de acuerdo con los vicios de la cosa objeto del contrato.

En primera instancia se estima parcialmente la demanda y se procede a la reducción del precio de la compraventa en la cantidad de nueve millones de pesetas en concepto de vicios de la cosa e indemnización de daños y perjuicios. En apelación, se revoca parcialmente la sentencia fijando en 3.800.000 pesetas la cantidad que se debe reducir. La compradora presenta un recurso de casación basado, principalmente, en la consideración de que los vicios de la cosa eran de entidad suficiente como para provocar la resolución del contrato por incumplimiento, y, subsidiariamente, en la necesidad de incrementar la reducción del precio de la compraventa. (L. S. M. P.)

**31. Compraventa. Aliud pro alio. La entrega de aliud pro alio constituye un incumplimiento resolutorio a los efectos del artículo 1124 CC.**—Constituye doctrina tradicional de esta Sala que en los casos de compraventa, la entrega de una cosa por otra (*aliud pro alio*) constituye incumplimiento a los efectos resolutorios, como señalaron, entre otras, las SS de 14 de diciembre de 1983 y 7 de enero de 1988, determinando por ello el acogimiento de la demanda a efectos del artículo 1124 CC, la entrega de cosa inservible y ello con independencia de que la venta sea civil o mercantil —SS de 29 de febrero de 1988, 24 de mayo y 30 de septiembre de 1989, 29 de abril y 10 de noviembre de 1994 y 1 de diciembre de 1997—. Aquí la falta de titularidad sobre los muebles transmitidos supone una circunstancia concurrente al momento de la celebración del contrato, pero conocida después por el comprador y ello lleva a la lógica conclusión de que el contrato se ha incumplido desde el principio.

**No cabe revisar en casación cuestiones nuevas no planteadas en la instancia, pues ello produciría indefensión a la otra parte y vulneraría los principios de audiencia bilateral y congruencia.**—El motivo parece porque supone el planteamiento de una cuestión nueva, no planteada en la instancia. No cabe en casación resolver cuestiones nuevas que no fueron planteadas en la instancia. Tal cuestión no se planteó en la fase alegatoria, o sea, en el escrito de contestación por la demandada, tampoco en la apelación y con ello se ha cerrado la posibilidad de su introducción en el proceso en vía casacional de un medio de defensa, que debió utilizarse en la instancia y en su momento, conforme a los principios de eventualidad y de preclusión y debe asegurarse el derecho de defensa a la otra parte, porque no resulta posible revisar o resolver en esta vía casacional una cuestión no enjuiciada, ya que son las cuestiones discutidas en la litis las que pueden resolverse en este recurso extraordinario. Ello acarrearía la más completa indefensión a la parte contraria y no sólo se vulneraría la legalidad ordinaria, sino también el propio derecho fundamental de la persona de no sufrir indefensión en ninguna clase de juicio, ni siquiera el más leve atisbo. Las cuestiones nuevas van además contra los principios de audiencia bilateral y de congruencia —SS, por todas, de 5 de junio y 20 de noviembre de 1990, 3 de abril, 28 de octubre y 23 de diciembre de 1992, 8 de marzo, 3 de abril y 26 de julio de 1993, 2 de diciembre de 1994, 28 de noviembre de 1995, 7 de junio de 1996, 1 y 31 de diciembre de 1999, 23 de mayo y 31 de julio de 2000, 8 y 30 de marzo y 31 de mayo de 2001—.

**Producida la resolución de los contratos, el efecto restitutorio de las prestaciones alcanza a ambas partes, para evitar el enriquecimiento injusto de cualquiera de ellas.**—El motivo último imputa a la sentencia *a quo* el vicio procesal de incongruencia, por contener la parte dispositiva de tal resolución pronunciamientos incompatibles entre sí, porque al declararse la resolución de los contratos se condenó únicamente a la parte demandada a restituir el precio cobrado y al abono de la indemnización y de los intereses legales de tal suma, pero no se condenó a la restitución de las fincas objeto del contrato.

El motivo tiene que ser acogido, porque como señaló la S de esta Sala de 30 de julio de 1994, la obligación restitutoria está encaminada a evitar enriquecimientos injustos o sin causa por uno de los contratantes, y a obligar necesariamente a la contraparte a la promoción de un nuevo litigio. No sólo de la aplicación de la normativa vigente en las diferentes acciones que determinan esta situación de devolución de las aportaciones a la actora vencedora

ha determinado la obligación devolutoria respecto de los bienes entregados a favor de la condenada en la sentencia ex artículos 1124 y 1303 CC, cuando no tienen lugar los supuestos de los artículos 1304 a 1306 del mismo texto legal. En definitiva, que al determinar la sentencia de primer grado la resolución del contrato y acordes la restitución del precio más intereses legales y daños y perjuicios, y no devolver a la demandada los inmuebles entregados se ha incumplido lo prescrito en la citada normativa y el motivo tiene que ser acogido.

El acogimiento del motivo no presenta otro alcance que su inclusión en el fallo de la sentencia de segundo grado y establecer tal obligación de la parte actora y con el alcance en la no imposición de las costas de este recurso. (STS de 30 de diciembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Tras los oportunos procesos, tanto la sentencia de instancia como la de apelación, estiman la demanda de resolución de unos contratos de compraventa de unos inmuebles que, por razones legales, no pudieron destinarse al fin pactado de estación de servicio. Interpuesto el recurso de casación, el Alto Tribunal declara haber lugar al mismo porque no se había condenado a la restitución de las prestaciones a ambas partes, sino sólo a una de ellas. La sentencia de casación se limita a extender el efecto restitutorio de la resolución contractual también al inmueble vendido. (M. C. B.)

**32. Compraventa. Inhabilidad del objeto vendido. Al amparo del artículo 1692.4.º LEC sólo cabe fundamentar un motivo de casación en la infracción de normas sustantivas y no procesales.**—Es doctrina reiterada de esta Sala la de que sólo cabe fundamentar un motivo de casación al amparo del artículo 1692.4.º LEC en la infracción de normas de derecho privado, con categoría de ley o asimiladas a ésta, sin que, por esta vía procesal, quepa alegar infracción de normas procesales que ha de hacerse valer por el cauce del artículo 1692.3.º de dicha Ley, cauce procesal aquí no seguido, lo que sería bastante para la desestimación de esta impugnación casacional.

**El adquirente del comprador que contrató con la promotora está legitimado para exigir a ésta el cumplimiento correcto del contrato, pues no es un tercero a efectos del artículo 1257 CC.**—Como dice la S de 30 de septiembre de 1997, en un amplio examen de la doctrina jurisprudencial sobre la cuestión, tal y como ha venido estableciendo la jurisprudencia pasan al segundo comprador las acciones que asisten a los directos adquirentes del inmueble contra la promotora. «No es tercero civil, a quien alcance la doctrina de la eficacia relativa del contrato del artículo 1257 CC, el causante a título singular por acto “inter vivos” (SS de 5 de octubre de 1975, 3 de octubre de 1979 y 20 de febrero de 1981) y, por tanto, el comprador de una vivienda que la adquiere de quien fue comprador de ella al promotor, está activamente legitimado para reclamar de éste lo debido según el contrato de compraventa, como es que se instale el ascensor de acceso a las plazas de garaje (S de 2 de noviembre de 1981)». Por todo ello, se desestima el motivo.

**La total inhabilidad del objeto vendido es pleno incumplimiento que permite acudir a la protección de los artículos 1101 y 1124 CC sin someterse, pues, al plazo semestral de prescripción impuesto por el artículo**

**lo 1490 CC para el saneamiento por vicios ocultos.**—Dice la S de 10 de mayo de 1995 que tiene declarado esta Sala (SS de 30 de noviembre de 1972, 20 de enero y 23 de marzo de 1983, 20 de febrero de 1984, 12 de febrero de 1988 y 12 de abril de 1993, entre otras) que se está en presencia de cosa diversa o *aliud pro alio* cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, que le permite acudir a la protección dispensada en los artículos 1101 y 1124 CC y, por consiguiente, sin que sea aplicable el plazo semestral que señala el artículo 1490 para el ejercicio de las acciones edilicias, porque dicho artículo 1484 del mismo Cuerpo legal resulta inaplicable en aquellos supuestos en que la demanda no se dirigía a obtener las reparaciones provenientes de los vicios ocultos; doctrina que se reitera entre otras, en S de 14 de octubre de 2000 que añade que «tal inhabilidad ha de nacer de defectos de la cosa vendida que impidan obtener de ella la utilidad que motivó su adquisición, sin que sea bastante para instar su resolución una insatisfacción puramente subjetiva del comprador (por todas, S de 2 de septiembre de 1998)».

En el caso enjuiciado no se está ante unos vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, sino ante una total inhabilidad de lo vendido (una dieciochoava parte indivisa de la planta sótano, constitutiva cada parte indivisa de una plaza de garaje, según la evidente intención de las partes y destino de esa planta sótano) ya que los espacios vendidos, en unión de los que siguen siendo propiedad de la promotora demandada, solo permiten, según resulta de las pruebas pericial y documental, el estacionamiento de once o doce vehículos automóviles de tipo medio en condiciones que se permitan las maniobras necesarias para estacionamiento y salida de los mismos.

Inaplicable al caso el plazo prescriptivo del artículo 1490 CC, es de tener en cuenta, como declara la S de 30 de noviembre de 1996, que «lo relativo a la computación de los plazos de prescripción es cuestión de hecho y, por tanto, determinable por la apreciación de las pruebas practicadas, lo que lleva consigo que su ataque en casación haya de llevarse a cabo por el cauce procesal pertinente que, vigente la Ley 10/1992, no es otro que el del ordinal cuarto del artículo 1692 LEC alegando error de derecho en la valoración de la prueba con cita de las normas reguladoras de la misma que se consideren infringidas», cauce procesal que aquí no se ha seguido. (STS de 28 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Los propietarios de una serie de plazas de garaje demandan a la promotora constructora del aparcamiento por inhabilidad de las mismas, al haberlo dividido en un número de plazas superior al que admitía. La sentencia de instancia acoge parcialmente la demanda, declarando que el garaje sólo puede albergar catorce de las dieciocho plazas en que se divide. Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial confirma parcialmente la de instancia, condenando a la promotora a transmitir a los demandantes las cuatro plazas restantes para adecuar las dimensiones de las plazas vendidas a su finalidad. (M. C. B.)

**33. Compraventa. Inhabilidad del objeto vendido. El juzgador no está obligado a usar la prueba de presunciones cuando basa su convicción en pruebas directas.**—Igual suerte desestimatoria ha de correr el motivo tercero, fundado en infracción del hoy derogado artículo 1253 CC, pues su

objetivo declarado de que se acuda a la prueba de presunciones para apreciar la buena o mala fe de cada parte contratante es incompatible con la reiteradísima doctrina de esta Sala según la cual el juzgador no está legalmente obligado a servirse de la prueba de presunciones cuando su convicción sobre los hechos probados se funde en pruebas directas, amén de que en realidad lo que se plantea en este motivo tampoco es una cuestión probatoria sino, otra vez, de juicio sobre cuál de las partes incumplió el contrato a partir de unos determinados hechos probados.

**La total inhabilidad del objeto vendido para el uso a que está destinado determina un incumplimiento contractual al constituir entrega de cosa distinta de la pactada. En virtud de la *exceptio non adimpleti contractus* es preciso comprobar si la resistencia del otro contratante a pagar el precio está o no justificada.**—Entre el ingente repertorio de sentencias de esta Sala sobre la cuestión que plantea este motivo cabe destacar la muy reciente de 10 de julio último (recurso núm. 3457/97), referida a la compraventa de un sistema informático que nunca llegó a funcionar debidamente, en cuanto aplica como doctrina consolidada la de que «se estará ante la falta de entrega o de entrega de cosa distinta y no en la entrega con vicios ocultos, cuando ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador en razón de la naturaleza, funcionalidad y destino de la cosa comprada (SS de 26 de octubre de 1987 y 29 de abril de 1994 y las por ella citadas)», todo ello tras aclarar que la jurisprudencia que en caso de incumplimiento mutuo considera cuestión de hecho la determinación de quién es el primer incumplidor ha sido matizada «en el sentido de que también puede constituir una *quaestio iuris* cuando la base para la determinación del incumplimiento esté, más que en los actos ejecutados, en su trascendencia jurídica». Por su parte la S de 31 de julio de 2002 (recurso núm. 430/97) recuerda que, según la jurisprudencia que cita, el cumplimiento gravemente defectuoso apareja incumplimiento, así como que «la inhabilidad ha de nacer de defectos de la cosa vendida que impidan obtener de ella la utilidad que motivó su adquisición», considerando como tal una importante diferencia de los rendimientos de la instalación respecto de los pactados. En cuanto a las consecuencias de la prestación defectuosa, la S de 3 de abril de 2002 (recurso núm. 3364/96) impone al vendedor la obligación de indemnizar al comprador por las cuantiosas obras realizadas por éste para subsanar vicios de la cosa entregada que sobrepasaban manifiestamente los vicios ocultos, y la de 16 de noviembre de 2000 (recurso núm. 3263/95), sobre compraventa de un generador de vapor que no respondía a las características técnicas recogidas en el presupuesto y resultó además totalmente inadecuado a la finalidad para la que había sido adquirido, declara procedente la resolución del contrato instada por el comprador alegando el incumplimiento del vendedor. Finalmente, sobre la *exceptio non adimpleti contractus* es doctrina de esta Sala que el incumplimiento parcial exige valorar pormenorizadamente su entidad y repercusión en la economía del contrato, para comprobar si la resistencia del otro contratante a pagar el precio está o no justificada (SSTS 14 de julio de 2003 y 17 de febrero de 2003 con cita de otras muchas).

Pues bien, de proyectar lo antedicho sobre el motivo examinado necesariamente ha de resultar su estimación porque, al margen de incurrir la motivación de la sentencia impugnada en contradicciones tan patentes como calificar de incumplimiento no grave del contrato por la compradora

una demora en el plazo pese a declarar también probado que el aplazamiento había sido aceptado por la vendedora, o considerar que la máquina estaba en funcionamiento a principios de febrero de 1995 cuando igualmente se declara probado que precisamente el día 3 de esos mismos mes y año la compradora había requerido los servicios del técnico proyectista de la máquina, el cual consideró la instalación inviable, esta Sala no puede compartir en absoluto el juicio del tribunal sentenciador al concluir que el incumplimiento más grave fue el de la compradora por no haber comunicado a la vendedora las numerosas anomalías y defectos de la instalación. Si el propio tribunal declara probado que las prestaciones de la máquina no son las adecuadas «al estado actual de la tecnología y a las exigencias del mercado del sector»; que existen numerosas variaciones respecto del pedido contratado; que la vendedora encargó en gran parte la fabricación de la máquina a otra empresa pero que por falta de liquidez la retiró sin terminar, a falta de unas 800 horas de trabajo; que por eso la compradora solicitó los servicios del técnico proyectista de esa otra empresa, el cual observó modificaciones en relación con el proyecto inicial «que había convertido la máquina en un proyecto inviable», y, en fin, que las reparaciones costeadas por la compradora hoy recurrente para poner en funcionamiento la instalación habían importado siete millones de pesetas, siendo preciso aún el desembolso de un millón quinientas mil pesetas más que no incluiría «el coste de modificación del foso de recogida de virutas, obra necesaria para el correcto funcionamiento y seguridad de los manipuladores», todo ello sobre un precio total pactado de veinticinco millones de pesetas de los que la compradora ya había pagado diez a la firma del contrato, difícil será comprender cómo puede calificarse a esta parte contratante de principal incumplidora, por no haber comunicado todas esas deficiencias a la vendedora para hacer efectiva la garantía pactada de un año, cuando por los hechos probados resulta más que demostrada la total incapacidad de la vendedora, tanto técnica como económica, para cumplir su prestación de un modo mínimamente compatible con las necesidades, expectativas y objetivos de producción de la compradora.

De ahí, en suma, que el incumplimiento del contrato haya de atribuirse necesariamente a la vendedora, demandante-reconvenida, y no a la compradora hoy recurrente. (STS de 10 de diciembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Celebrado un contrato de fabricación y venta de una máquina industrial, la sociedad vendedora demanda a la compradora por falta de pago del precio, ante lo que esta última reconviene solicitando que se declare el incumplimiento contractual de su contraparte, dados los graves defectos que la máquina presentaba y que su falta de pago del precio se considere efecto de la *exceptio non adimpleti contractus*. Probada la existencia de graves deficiencias en la máquina, la sentencia de instancia desestima la demanda y acoge íntegramente la reconvenición, fallo que revoca la sentencia de la sentencia de apelación por considerar que la compradora había propiciado con su incumplimiento el de la otra parte. Interpuesto recurso de casación contra esta última resolución, el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo, confirmando íntegramente la decisión del Juzgado. (M. C. B.)

**34. Contrato de *leasing*. Calificación como arrendamiento con opción de compra. Distinción de las figuras de compraventa a plazo con reserva de dominio y de préstamo de financiación a comprador.**—La jurisprudencia, desde la STS de 18 de noviembre de 1983, ha sido constante en calificar el contrato de *leasing* como un arrendamiento con opción de compra (SSTS de 28 de noviembre de 1997, 30 de julio de 1998 y 19 de julio de 1999). Se trata de un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes con reserva de dominio ya se entienda que el *leasing* constituye un negocio mixto en el que se funde la cesión de uso y la opción de compra con causa única, ora se trate de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reducidos a una unidad esencial. El parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, la conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el *leasing* opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, habrá de ser excluida esta normativa como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica perseguida por una y otra operación es distinta. Y contrato, igualmente, distinto del préstamo de financiación a comprador, por tratarse en este caso de un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario, estar limitado su importe por el precio aplazado de la compraventa y estar limitado, igualmente, el número máximo de plazos para satisfacerlo a lo que determine el Gobierno.

**Contrato de *leasing* y tercería de dominio. Propiedad del bien. Pertenecce a la sociedad financiera arrendadora hasta que el usuario ejercite la opción de compra mediante el pago del valor residual.**—El propietario del bien objeto de *leasing* es la sociedad financiera, arrendadora del mismo, por lo menos hasta que el usuario, arrendatario, haya pagado la renta y, ejercitando la opción de compra, el precio del valor residual, que generalmente es bajo —incluso ínfimo— porque se considera que el bien ha sido amortizado financieramente. Lo que no puede mantenerse con carácter general es que el bajo valor residual denote que se trata de una compraventa. No es así, y tan solo se acepta cuando se prueba cumplidamente que se ha dado un caso de simulación relativa, prueba que no deriva tan solo del escaso valor residual. (STS de 23 de enero de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *R. L. de E., S. A.* suscribió con doña R. S. H. contrato de arrendamiento financiero sobre un camión y un turismo, pactándose el abono de diversas mensualidades y el pago de una cuota residual de distintos importes para cada vehículo. La Tesorería General de la Seguridad Social siguió procedimiento de apremio contra doña R. S. H. y embargó los dos vehículos citados. *R. L. de E., S. A.*, después de reclamar en vía administrativa la devolución de ambos bienes, interpuso tercería de dominio reivindicando el pleno dominio de los vehículos afectados. El Juzgado de Primera Instancia no dio lugar a la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla, revocando la de instancia, estimó la tercería de dominio. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social. (*L. A. G. D.*)

**35. Leasing o arrendamiento financiero. Distinción con respecto a la compraventa a plazos de bienes muebles.**—La doctrina coincide a la hora de calificar el contrato de *leasing*, como un contrato atípico, mixto, en el que en un mismo negocio se unen la cesión de uso, a cambio de una contraprestación económica, y una opción de compra a favor del arrendatario al finalizar el plazo pactado. Para el ejercicio de dicha opción se fija el llamado valor residual, que se corresponde con el valor de la cosa ya desgastada por el uso. Conforme a la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, DA 7.<sup>a</sup>, apartado 1, tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas, siendo imprescindible que los bienes objeto de dicha cesión queden afectados por el usuario a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. La jurisprudencia del Tribunal Supremo lo caracteriza como un contrato de arrendamiento con opción de compra, la cual se añade al arrendamiento por un precio residual (SSTS de 10 de abril de 1981, 26 de junio de 1989, 28 de mayo de 1990, 29 de mayo y 15 de junio de 1999, 7 de marzo, 12 de mayo, 29 de mayo, 11 y 31 de octubre, 21 y 28 de diciembre de 2000).

**Delimitación con respecto a la compraventa de bienes muebles a plazo.**—El Tribunal Supremo entiende que el hecho de que el valor residual fijado a efectos del ejercicio de la opción de compra sea superior, inferior, e incluso coincidente con el importe de las cuotas mensuales, no es óbice para desvirtuar la naturaleza del contrato de *leasing*, ni para entender que el mismo es un negocio aparente que realmente esconde un contrato de compraventa a plazo de bienes muebles, conforme a la regulación de los mismos contenida en la Ley de 17 de julio de 1965 (SSTS de 15 de junio de 1999, 7 de marzo, 4 de junio, 29 de noviembre y 23 de diciembre de 2001). Así pues, en tanto que el arrendatario aún no ha ejercitado la opción por no haber transcurrido el plazo estipulado, y aunque proceda al pago de las correspondientes cuotas, al ser su naturaleza jurídica distinta a la del contrato de compraventa, «... el objeto arrendado es de plena propiedad de la parte arrendadora, por lo menos hasta que se ejercite el derecho de opción ...» (FD 1.º de la STS de 4 de abril de 2002). (STS de 21 de abril de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La empresa A. F. C., S. A., dedicada a operaciones de arrendamiento financiero interpuso tercería de dominio ante el Juzgado de Primera Instancia, solicitando que se reconociera su derecho de propiedad sobre cierta maquinaria que había sido objeto de embargo en el expediente de apremio seguido por la Tesorería General de la Seguridad Social, frente a la entidad D. B., S. A. Desestimada la demanda por el Juez de Primera Instancia, la parte demandante interpuso recurso de apelación que fue igualmente desestimado por la Audiencia Provincial. La representación legal de la entidad A. F. C., S. A. interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo por infracción, entre otros, del artículo 1255 CC con relación a la DA 7.<sup>a</sup> de la Ley 26/1988, de 26 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, así como infracción de la jurisprudencia relativa al caso.

NOTA.—En la sentencia que anotamos el Tribunal Supremo muestra su extrañeza ante el suplico del recurso en el que además de solicitar la desestimación de un presunto recurso de la Tesorería de la Seguridad Social, la parte recurrente solicitaba la confirmación de la sentencia recurrida en lugar de su revocación. El Tribunal entiende que se ha producido «...un error de impresión propio de un uso poco cuidadoso del ordenador».

Por lo que a cuestiones de fondo se refiere, el Tribunal Supremo vuela a reiterar su doctrina sobre la naturaleza jurídica del contrato de *leasing* o arrendamiento, delimitándola con respecto a la compraventa de bienes muebles. Rechaza la tesis mantenida por la sentencia recurrida que vino a sostener la existencia de una simulación relativa, de modo que el contrato de arrendamiento financiero venía realmente a encubrir un contrato de compraventa de bienes muebles a plazo, tomando como base para dicha afirmación el importe del valor residual, calificación mantenida por el Juez de Primera Instancia así como por la Audiencia Provincial que vino a dificultar el ejercicio de la tercería de dominio por parte de la sociedad arrendataria. (*R. D. O.*)

**36. Validez y revocación de la donación *mortis causa*.**—Esta clase de donación es un acto de gratuidad que no transfiere la propiedad al donatario sino hasta después del fallecimiento del donante, siendo posible su revocación hecha a través de testamento y de forma suficientemente expresiva de la voluntad de tal revocación (STS de 25 de julio de 1996). Resulta una obligación condicional suspensiva, en la que se adquieren los derechos dependiendo del acontecimiento de la muerte del donante. La revocación puede llevarse a cabo en cualquier instante, ya que producen un efecto *post mortem*. El requerimiento del donante, o la presentación de la demanda evidencian la intención de revocar la donación.

**Forma de la donación *mortis causa*.**—Esta clase de donación requiere forma testamentaria, con la sumisión a las reglas de los testamentos. Por ello, para su otorgamiento y la validez de la donación, es necesario guardar los requisitos formales exigidos en las normas testamentarias

**Valor o eficacia del documento público.**—Este valor no ha de entenderse como eficacia del contenido o declaraciones que se reflejen en el mismo por los otorgantes. Únicamente hacen prueba contra éstos y sus causahabientes. La vinculación del Juez con respecto a tales documentos se centra en su fecha y otorgamiento, pudiendo ser desvirtuado el resto de su contenido a apreciación de otras pruebas (SSTS de 30 de septiembre de 1995, 22 de enero de 2001, 30 de octubre de 1998, 11 de julio de 1996, 18 y 27 de marzo de 1991, 2 de abril de 1990 y 6 de julio de 1989). (**STS de 27 de febrero de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. F. A., director general de la sociedad *B. R.*, adquirió acciones de la citada compañía, y al no tener hijos, las puso a nombre de sus hermanos y sobrinos, pero con reserva de su propiedad, del ejercicio de toda clase de derechos inherentes a las mismas y del cobro de los dividendos. La sentencia de instancia acogió la demanda fundamentándose en la claridad de los términos de los contratos («al fallecimiento de don M., solo al fallecer mi

tío...»), considerando lo celebrado una donación *mortis causa*, nula por defecto de forma. Apelada la sentencia, se desestimó el recurso, del igual modo que el recurso de casación.

NOTA.—La presente sentencia continúa la línea jurisprudencial con respecto a la exigencia de forma en la donación *mortis causa*, contenida en la reciente STS de 28 de julio de 2003, o la de 25 de julio de 1996, aunque en ésta no sólo carecía la donación de la forma exigida en las disposiciones testamentarias, sino que se transmitía en el mismo acto de la escritura el pleno dominio del bien donado. De igual modo resuelve la STS de 13 de junio de 1994, que declara nula la donación *mortis causa*, por no cumplir la normativa testamentaria referente a la forma, siguiendo a la de 24 de febrero de 1986, que establece que, aunque tales donaciones tienen como finalidad la transmisión de la propiedad tras el fallecimiento del donante, sin que pueda alterar la esencia de este concepto la forma empleada, «había simplemente intención de realizar una donación *mortis causa* que no llegó a plasmar en realidad al no adoptarse la forma de las disposiciones testamentarias, pues es necesario guardar las formas y solemnidades del testamento.» (P. S. S.)

**37. Contrato de obra. La responsabilidad del arquitecto se extiende a todas las fases del proceso de edificación, desde la proyección del edificio, hasta la correcta ejecución del proyecto.**—El motivo fracasa por completo, y para ello es suficiente con reproducir una línea jurisprudencial sobre la responsabilidad del arquitecto superior en los términos de la S de 10 de mayo de 2003: «En relación con el quehacer debatido del profesional que comporta, por lo general, una clase de *locatio operarum*, cabe exponer al respecto la siguiente línea doctrinal; en cuando a ese *facere*, la sentencia, entre otras, de 1 de febrero de 2002, exponía: «sobre las obligaciones de los arquitectos en su conformación con el régimen anterior a la reforma de la Ley de edificación 38/1999, de 5 de noviembre, cabe expresar en línea de principio que, a tenor del Real Decreto de 17 de junio de 1977, se resalta que toda obra de arquitectura exige la intervención de arquitecto que realice el estudio y la redacción del Proyecto, elabore las especificaciones y documentos necesarios para la ejecución de las obras, lleve a cabo la dirección facultativa de éstas y efectúe la liquidación de los gastos hechos en las mismas.

Que sobre las fases de trabajo de los arquitectos, cabe señalar:

*a)* Estudio previo. Constituye la fase preliminar en la que se expresan las ideas que desarrollan el encargo de modo elemental y esquemático, mediante croquis o dibujos, a escala o sin ella. Incluye la recogida y sistematización de la información precisa, el planteamiento del programa técnico de necesidades y una estimación orientativa de coste económico, que permitan al cliente adoptar una decisión inicial.

*b)* Anteproyecto. Es la fase del trabajo en la que se exponen los aspectos fundamentales de las características generales de la obra: funcionales, formales, constructivas y económicas, al objeto de proporcionar una primera imagen global de la misma y establecer un avance del presupuesto.

*c)* Proyecto básico. Es la fase del trabajo en la que se definen de modo preciso las características generales de la obra, mediante la adopción y justificación de resoluciones concretas. Su contenido es suficiente para solicitar, una vez obtenido el preceptivo visado colegial, la licencia municipal u otras

autorizaciones administrativas, pero insuficiente para llevar a cabo la construcción.

d) Proyecto de ejecución. Es la fase del trabajo que desarrolla el proyecto básico, con la determinación completa de detalles, y especificaciones de todos los materiales, elementos, sistemas constructivos y equipos, y puede llevarse a cabo, en su totalidad, antes del comienzo de la obra, o parcialmente, antes y durante la ejecución de la misma. Su contenido reglamentario es suficiente para obtener el visado colegial necesario para iniciar las obras.

e) Dirección en obra. Constituye la fase más significativa en la que el arquitecto lleva a cabo la coordinación del equipo técnico-facultativo de la obra, la interpretación técnica, económica y estética del proyecto de ejecución, así como la adopción de las medidas necesarias para llevar a término el desarrollo del proyecto de ejecución, estableciendo las adaptaciones, detalles complementarios y modificaciones que puedan requerir con el fin de alcanzar la realización total de la obra, de acuerdo con lo que establece el Proyecto de ejecución correspondiente.

f) Liquidación y recepción de la obra. En esta fase se efectúa la determinación del estado económico final de la obra, mediante la aplicación de los precios que rijan en ella al estado real de mediciones, facilitadas por el técnico competente, de las partidas que la componen, y comprende también el recibo de la misma en nombre del cliente con arreglo a los documentos y especificaciones contenidos en el proyecto de ejecución, y en los demás documentos incorporados al mismo durante el desarrollo de la obra.

Asimismo, existe jurisprudencia atinente, sobre la responsabilidad del arquitecto en los casos de desvíos en la ejecución de su proyecto cuya dirección le compete.

STS de 22 de septiembre de 1994: "...En el caso enjuiciado la misión del arquitecto que no fue cumplida en sus justos términos, a través del hecho probado no sólo de la mala ejecución de la obra, sino además, de una defectuosa dirección en la misma y de su defectuosa vigilancia, conceptos y circunstancias que no son en modo alguno ajenos a las funciones del arquitecto como técnico superior, sino que vienen a formar parte esencial de su cometido profesional...".

STS de 27 de junio de 1994: "... según doctrina de esta Sala, la responsabilidad de los arquitectos se centra en la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra, lo que no cabe confundir con la diligencia de un hombre cuidadoso, razón por la cual el dueño de la obra no necesita probar la culpa del arquitecto, siendo suficiente demostrar el incumplimiento, construcción ésta que contiene una cierta objetivación de la responsabilidad de dichos profesionales".

STS de 25 de julio de 2000: "...en lo concerniente a la relativa responsabilidad del arquitecto superior, la amplitud de sus obligaciones, son del siguiente tenor:

1) Que la construcción se ejecute en cuanto a su forma con arreglo a las normas constructivas especificadas en el proyecto, o, si alguna quedara sin especificar, de lo que se decidiera en obra.

2) De que se ejecute con arreglo a las normas legales y técnicas que rijan la realización del proyecto.

3) De que la obra ejecute el proyecto aceptado y contratado, con el mantenimiento de sus formas, dimensiones, calidades y utilidad (S de 23 de diciembre de 1999); y como expresa la STS de 19 de noviembre de 1996, “corresponde al arquitecto, encargado de la obra por imperativo legal, la superior dirección de la misma y el deber de vigilar su ejecución de acuerdo con lo proyectado, debiendo hacer constar en el libro de órdenes las que hubiere impartido, tanto al constructor como a los demás técnicos intervinientes, que están obligados a su estricto cumplimiento. De suerte que no basta con hacer constar las irregularidades que aprecie, sino que debe comprobar su rectificación o subsanación antes de emitir la certificación final aprobatoria de la obra, único medio de garantizar que los dueños o posteriores adquirentes no resulten sorprendidos o defraudados en sus derechos contractuales”; la posición doctrinal reflejada en esta STS es mantenida, entre otras, en las de 9 de marzo de 1988, 7 de noviembre de 1989 y 10 de noviembre de 1994...».

**Salvo que su cometido se individualice en los términos estrictos del artículo 1591 CC, el arquitecto debe vigilar todos los aspectos de la ejecución de la obra, aunque para ello pueda servirse de su subordinado.**—Esta Sala, ante ello, sólo le resta añadir —sin perjuicio de observar cómo en el recurso se margina, en términos de dudosa estética procesal, algún adarme de interconexión profesional con los otros estamentos que intervienen en el proceso de construcción, dado el fundamento de la defensa propia y de la imputación ajena—, que el *facere* del recurrente no se agota en los términos que tan parcialmente se esgrimen, porque, correspondiéndole, en resumen, la dirección de la obra tras la redacción del Proyecto en sus diversas fases, es evidente que, salvo que se individualice su cometido en los términos estrictos del artículo 1591 CC, aquella tarea ha de proyectarse en que debe cerciorarse que su proyecto se ejecutará *ad hoc* con unos materiales adecuados y, sobre todo, que su deber de vigilancia superior, si bien con la apoyatura de su subordinado en el esquema facultativo, no por ello puede desentenderse o apartarse por completo de ese control en la marcha del *iter* constructivo.

Se desestima el recurso con los efectos derivados. (STS de 29 de diciembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Los propietarios de un edificio demandan por la vía del artículo 1591 CC a la promotora, a la constructora y al arquitecto superior responsables de su construcción por los graves defectos descubiertos en el mismo. La sentencia de primera instancia no entra en el fondo del asunto al estimar la presencia de la excepción dilatoria de defecto legal en el modo de proponer la demanda. Apelada esta resolución, la Audiencia estima parcialmente la demanda condenando a los demandados a reparar a su costa una serie de defectos que se detallan en su fallo. Los herederos del arquitecto superior, fallecido al tiempo del proceso, interponen el recurso de casación al que el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (M. C. B.)

**38. Responsabilidad por vicios constructivos del artículo 1591 CC. Responsabilidad de los aparejadores.**—Corresponde a los aparejadores advertir el posible incumplimiento de las normas tecnológicas de la edificación, vigilando que la realidad constructiva se ajuste a la *lex artis*; además,

incurrirán en responsabilidad si la ejecución de las actividades constructivas no es correcta, pues de la observancia de la misma son los primeros encargados, al ser ellos los profesionales que han de mantener los contactos más directos, asiduos e inmediatos con el proceso constructivo (SSTS de 3 de octubre de 1997 y de 27 de junio de 2002, entre otros).

**Responsabilidad de sociedad constituida por arquitectos por las deficiencias técnicas en que incurrió el miembro designado por la misma.**—Incorre en responsabilidad la sociedad por cuanto la facilitación de los servicios propios de un arquitecto constituye su objeto social y en el presente supuesto éstos no se han desarrollado de manera satisfactoria, impidiendo obtener el resultado constructivo pretendido, todo ello sin perjuicio de la trascendencia que en las relaciones entre la sociedad y sus socios pueda alcanzar la obligación de pago que la sentencia establece. (STS de 26 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El promotor-constructor y dueño de un solar demandó a la entidad de arquitectos que redactó el proyecto a realizar sobre dicho solar y a los dos aparejadores que habían intervenido en la dirección de la obra, en reclamación de 6.372.621 pts. por los daños ocasionados como consecuencia de la obra. Esto es, fue preciso suprimir dos plazas de garaje y un trastero que figuraban en el proyecto, ya que de mantenerse las mismas y el trastero, algunas plazas no podrían ser utilizadas y las rampas de salida de los sótanos necesitarían mayor holgura para la normal circulación de vehículos por ellas. La demanda fue estimada en ambas instancias y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por los demandados. (I. D. L.)

**39. Promotor inmobiliario: diferencias con el gestor de la comunidad de propietarios.**—La Sala Primera del Tribunal Supremo afirma que estamos en presencia de un promotor inmobiliario y no de un mero gestor, cuando se asume un férreo control sobre la obra, antes y durante su ejecución, habiendo además un ánimo de lucro.

**Responsabilidad del promotor inmobiliario: equiparación al contratista en orden a la responsabilidad establecida en el artículo 1591 CC.**—El Tribunal Supremo señala que al promotor inmobiliario le es de aplicación la responsabilidad decenal de los constructores, incluso aunque se presenten como meros gestores. Ahora bien, el promotor responderá de los defectos o vicios producidos por las actuaciones llevadas a cabo mientras estaba en su cargo, no cuando ya hayan cesado. Así, como la instalación del pavimento se efectuó cuando la promotora ya había cesado y la comunidad de propietarios había asumido todas las facultades de aquélla, dicha promotora no debe responder por los vicios surgidos posteriormente en el pavimento. (STS de 5 de febrero de 2004; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Una comunidad de propietarios demanda a la promotora, a la constructora, a los arquitectos y al aparejador de un edificio, por defectos de la construcción en el pavimento y en el suelo de dicho inmueble.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando a la promotora, la constructora y el aparejador a

reparar los vicios del pavimento, y absolviendo a los arquitectos demandados. Interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, éste es desestimado. La comunidad de propietarios y la promotora recurren en casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte actora-reconvenida, y haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la promotora demandada-reconviniente.

NOTA.—Ha de recordarse que aunque el artículo 1591 CC no menciona expresamente al promotor inmobiliario como sujeto responsable de los defectos en la construcción, fundamentalmente a partir de la STS de 11 de octubre de 1974, se incluyen, tanto al promotor-vendedor, como al promotor-constructor, dentro de la órbita de la responsabilidad decenal impuesta por dicho precepto, asimilándole al contratista.

Pero ha de tenerse en cuenta, además, en materia de responsabilidad del promotor inmobiliario la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, fundamentalmente su artículo 17.

Esta Ley equipara al gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios, u otras figuras análogas al promotor y configura a éste como una persona física o jurídica que asume la iniciativa de todo el proceso y a la que se obliga a garantizar los daños materiales que el edificio pueda sufrir. Prescribe que la responsabilidad civil de los diferentes agentes por daños materiales en el edificio se exigirá de forma personal e individualizada, tanto por actos propios, como por actos de otros agentes por los que, con arreglo a esta Ley, se deba responder. Dicha responsabilidad se exigirá solidariamente cuando no pueda ser atribuida en forma individualizada al responsable del daño o cuando exista concurrencia de culpa, sin que pueda precisarse la influencia de cada agente interviniente en el daño producido.

En cuanto a los plazos de responsabilidad se establecen en períodos de uno, tres y diez años, en función de los diversos daños que puedan aparecer en los edificios. El constructor, durante el primer año, ha de responder por los daños materiales derivados de una deficiente ejecución; todos los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, durante tres años, responderán por los daños materiales en el edificio causados por vicios o defectos que afecten a la habitabilidad y durante diez años, por los que resulten de vicios o defectos que afecten a la seguridad estructural del edificio.

Las acciones para exigir responsabilidades prescriben en el plazo de dos años, al igual que las de repetición contra los agentes presuntamente responsables.

Ahora bien, no puede olvidarse que, de acuerdo con lo establecido en la DT 1.<sup>a</sup> de la mencionada Ley, ésta no es de aplicación a los edificios ya construidos en el momento de su entrada en vigor, a los edificios en construcción en esa fecha, ni tampoco a los edificios que aún no habían comenzado a construirse, pero que ya habían solicitado la correspondiente licencia, siendo en estos supuestos de plena aplicación la responsabilidad prevista en el artículo 1591 CC. (A. M. C. E.)

**40. Responsabilidad ex artículo 1591 CC: improsperabilidad de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.**—La excepción de litisconsorcio pasivo necesario no procede ser apreciada en los supuestos de aplicación del artículo 1591 CC, al predominar el principio de responsabilidad solidaria (STS de 26 de febrero de 1996). En estos casos el perjudicado puede demandar bien a todos los que considere posibles coautores de los defectos constructivos o causantes de la ruina funcional, o sólo a aquel que aparezca como único o más definido responsable civil, evitando así que sean llamados al proceso aquellos contra los que no se dispone de justificación suficiente para atribuirles alguna clase de responsabilidad.

**Defectos en la construcción. Reclamación del comprador: relatividad de los contratos.**—En la venta de pisos, cuando existen defectos en la construcción, es aplicable el artículo 1257 CC, que establece la regla de la eficacia relativa de los contratos, y lleva a la consecuencia de que el comprador sólo puede reclamar frente al vendedor. La jurisprudencia, no obstante, ha recurrido a considerar transmitidas, por la compraventa, las acciones que el vendedor tuviera contra terceros.

**Adquisición de estructura edificada con el objeto de terminar la construcción del inmueble. Responsabilidad por defectos en la estructura: asunción por el adquirente-constructor de los riesgos que de dicha estructura pudieran derivarse.**—La responsabilidad del artículo 1591 CC se aplica a los que realizaron efectivamente la construcción del edificio, aun cuando hubieran adquirido el inmueble estando levantada la estructura, puesto que con la adquisición de la estructura y la posterior construcción se asumieron los riesgos que de la misma pudieran derivarse (STS de 24 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores reclaman una cantidad de dinero como coste de reparación de los vicios de construcción que afectan al piso que adquirieron. Los defectos de la construcción proceden de la estructura del edificio. Los demandados son los constructores, sin embargo, no fueron ellos los que construyeron dicha estructura. Cuando los demandados adquirieron el inmueble éste ya contaba con una estructura edificada, por lo que se limitaron a proseguir con la construcción hasta su finalización y posterior venta. Alegan, por tanto, los demandados, que no son responsables de los vicios. El Juez de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial confirma la sentencia. El Tribunal Supremo desestima el recurso. (C. O. M.)

**41. Subcontrato de obra.**—En la STS de 22 de diciembre de 1999, tiene declarado el Tribunal Supremo que «los subcontratistas no sólo son acreedores del precio ajustado, sino también del efectivamente debido por las obras realizadas, bien en el ámbito de la subcontrata o fuera de ella tratándose de mejoras autorizadas. Al no resultar excluidos los subcontratistas de la aplicación del artículo 1597 CC —STS de 29 de abril de 1991—, la acción de reclamación de deuda que les asiste opera en forma directa y pueden dirigirse tanto contra el dueño de la obra como contra el contratista o subcontratista anterior, y asimismo frente a todos ellos simultáneamente al estar afectados y obligados en la relación contractual instaurada, que de esta manera se pro-

yecta al comitente, y, en tal caso, la responsabilidad de éste y del contratista es solidaria».

La doctrina del Tribunal Supremo –SSTS de 15 de marzo de 1990, 11 de octubre, 12 de mayo de 1994, 2 de julio de 1997 y 28 de mayo de 1999– interpreta esta realidad social del mundo de la construcción y se muestra atenta para evitar abusos y manipulaciones a cargo de los propietarios que se valen de contratistas afines, coincidentes con sus intereses a fin de eludir responsabilidades que les pudieran corresponder por la obra encargada.

**Aplicación del artículo 1597 CC.**–«El artículo 1597 CC otorga al subcontratista acción contra el dueño de la obra. No se trata de una acción sustitutiva, sino directa, que exceptiona el principio de relatividad de los contratos proclamado en el artículo 1257 CC –SSTS de 29 de octubre de 1987, 15 de marzo de 1990, 29 de abril de 1991, 22 de diciembre de 1992, 12 de mayo de 1994 y 2 de julio de 1997– y opera dentro de la limitación cuantitativa que el precepto establece, sin necesidad de tener que reclamar previamente al contratista –STS de 16 de marzo de 1996–». (STS de 26 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.–Don M. G. P. demandó por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a las compañías *Bartibas Empresa Constructora, S. A.* y *Promociones J., S. A.* solicitando se dicte sentencia por la que se condene a los codemandados al pago de 18.686.248 pesetas, con el límite en el caso de *Promociones J., S. A.* de la cantidad que éste adeude a la otra codemandada. La cuestión litigiosa –referente al subcontrato de obra celebrado por el actor y *Bartibas Empresa Constructora, S. A.*, por el que se concertó la ejecución por parte de aquél de los trabajos de fontanería, calefacción, gas y saneamiento de P.V.D., con suministro de materiales, a realizar en las obras de construcción en la C/ Cabestany, de Huesca, de que dicha demandada era adjudicataria por cuenta de *Promociones J., S. A.*– queda en casación centrada sobre la procedencia o no de la acción ejercitada contra el promotor.

El Juzgado acogió la demanda solo respecto a *Bartibas Empresa Constructora, S. A.* y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia en cuanto al pronunciamiento absolutorio para *Promociones J., S. A.*, a quien condena.

*Promociones J., S. A.* interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (M. F. N. C.)

**42. Responsabilidad civil profesional: responsabilidad contractual del abogado: doctrina jurisprudencial.**–En el encargo al abogado por su cliente, se está en presencia, por lo general y al margen de otras prestaciones conexas, de un arrendamiento de servicios o *locatio operarum*, también denominado *contrato de servicios* en el proyecto de reforma del Código civil, en el que una persona con el título de abogado o procurador se obliga a prestar unos determinados servicios, esto es, el desempeño de la actividad profesional, solicitando la asistencia consistente en la defensa judicial o extrajudicial de los intereses confiados; el abogado comparte una obligación de medios, obligándose exclusivamente a desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde con su *lex artis*, sin que garantice o se comprometa al

éxito de la prestación; en cuanto a sus deberes no es posible hacer de antemano un elenco cerrado de los mismos, si bien *ad exemplum*, se enumeran así: informes de *pros y contras*, riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costos, gravedad de la situación, probabilidad de éxito o fracaso, lealtad y honestidad en el desempeño del encargo, respeto y observancia escrupulosa de las leyes procesales, y aplicación al problema de los indispensables conocimientos jurídicos; en sede de responsabilidad es de carácter subjetivo de corte contractual, en donde no opera la inversión de la carga de la prueba, si bien incumbe al cliente la carga de probar los presupuestos de la responsabilidad del abogado, el cual goza de la presunción de diligencia en su actuación profesional sin que deba responder de las actuaciones de cualquier profesional que coadyuve o coopere; la obligación de indemnizar resulta de la omisión de la diligencia debida en la prestación de sus servicios, sin que, por lo general, ese daño equivalga a la no obtención del resultado de la pretensión confiada a reclamación judicial.

**Valor de las normas corporativas.**—Las normas contenidas en los artículos 8, 9, 53 y 54 del Estatuto General de la Abogacía de 1982, aclaran y desarrollan las obligaciones de los abogados, sin que tales normas corporativas tengan valor casacional según SSTs de 6 febrero 1996 y 25 junio 1998.

**Reclamación por daños sufridos al ser arrastrados dos hijos por las aguas desbordadas del río Ter: negligencia profesional: acción prescrita: daño moral: pérdida de oportunidad.**—El daño moral por negligencia profesional del abogado o procurador no puede consistir en la cuantía reclamada en el proceso principal, sino en la apreciación que para los actores ha supuesto verse privados de la posibilidad de éxito en un juicio no entablado o en un recurso no promovido, y que se comprende en la llamada *pérdida de oportunidad*.

**Responsabilidad de los abogados que se suceden en la defensa: daño moral: responsabilidad mancomunada y no solidaria.**—Es negligente la actuación del abogado que llevó el asunto en vía penal, sin obtener éxito, al esperar a cuatro días antes de que prescribiera la acción civil para acompañar y asesorar a los familiares de la víctima del accidente para solicitar el nombramiento de abogado de oficio, pues una mínima diligencia no sólo hubiera efectuado esa gestión mucho antes, sino que, además, ante esa premura de tiempo se debió agilizar los trámites y contactos con su nuevo compañero. En cuanto al abogado designado de oficio responde porque dilató la presentación de la reclamación civil a que estuviera prescrita la acción, siendo desestimada la misma. La responsabilidad de ambos profesionales no es solidaria sino mancomunada, distribuyéndose la cuantía total del daño moral, fijada discrecionalmente en cinco millones de pesetas, en un quinto el primero y cuatro quintos el segundo. (STS de 12 de diciembre de 2003; ha lugar.)

NOTA.—La demanda de responsabilidad profesional había sido rechazada en ambas instancias, pero el Tribunal Supremo, en ponencia de Martínez-Valcárcel y Gómez, estima el recurso de casación con base en la doctrina extractada, que puede considerarse ya consolidada. Se solicitan casi 71 millones de pesetas otorgándose únicamente cinco. (G. G. C.)

**43. Aval a primer requerimiento. La calificación jurídica de un contrato corresponde al Juzgador de instancia y su resultado debe respo-**

**tarse en casación, salvo que sea ilógico, inverosímil o contrario a las reglas interpretativas de los artículos 1281 a 1289 CC.**—Según tiene declarado esta Sala, entre otras, en SS de 5 de febrero y 21 de octubre de 1997, la determinación de la concepción jurídica correspondiente a un contrato constituye un problema de interpretación del mismo en orden a su calificación, que está atribuido al Juzgador de instancia, y su resultado ha de ser respetado en casación si no es ilógico, inverosímil o contrario a las normas de hermenéutica contenidas en los artículos 1281 a 1289 CC, que son supuestos de exclusión no concurrentes en este caso.

**El recurrente en casación debe especificar los preceptos que estima vulnerados sin que baste una genérica alusión a los preceptos tal «y siguientes» o «y concordantes».**—Además, constituye una deficiencia de técnica casacional la cita como vulnerados de los preceptos «y siguientes» o «y concordantes», sin decir cuáles son en criterio del recurrente, pues ello contraviene la exigencia en el artículo 1707 LEC (por todas, STS de 11 de febrero de 1993).

**La invocación conjunta de preceptos incompatibles, aunque se haga de forma alternativa, constituye un defecto casacional.**—La invocación conjunta de preceptos incompatibles, aunque se haga de forma alternativa, constituye un defecto casacional reiteradamente sancionado por la doctrina de esta Sala para supuestos como el presente, y la pretensión, a través de la doctrina de la interpretación contractual, de que se efectúe una nueva valoración de la prueba, constituye un fraude casacional, porque la verificación de si ha habido un error en la misma requiere el planteamiento del motivo concreto con alegación de la norma legal que contenga la regla de la prueba que se estima infringida (por todas, STS de 17 de julio de 2001).

**Sólo se permite el recurso de casación por infracción del artículo 1214 CC cuando el órgano judicial modifique, altere o invierta la estructura de la mencionada regla.**—Esta Sala, en SS, entre otras, de 10 de noviembre de 1999, 17 de octubre y 12 de noviembre de 2002, 17 de febrero y 14 de julio de 2003, ha declarado que sólo se permite el recurso de casación por infracción del artículo 1214 CC cuando el órgano judicial modifique, altere o invierta la estructura de la mencionada regla.

En el supuesto del debate, en aras de la doctrina jurisprudencial relativa a que el artículo 1214 CC podrá y deberá ser aplicado cuando se trate de un hecho no acreditado y cuya falta de prueba haya de recaer en sus consecuencias sobre aquél que, sin embargo de estar obligado a probar, no lo hizo (entre otras, SSTS de 5 de junio de 1988, 19 de noviembre de 1998 y 12 de noviembre de 2002), no entraba en juego el precepto referido al existir datos demostrativos en las actuaciones sobre la deuda correspondiente a *TRYP, S. A.*, y que ha sido objeto del aval.

**El aval a primer requerimiento es una garantía personal atípica, distinta de los contratos de fianza y de seguro de caución, que no es accesoria y que impide al garante oponer al beneficiario excepciones no derivadas de la propia garantía, salvo cuando se trata de demostrar el pago efectuado por el obligado principal, pues esto propende a evitar un enriquecimiento injusto.**—La STS de 5 de julio de 2002 indica que la doctrina jurisprudencial ha sido reiterada respecto al aval a primer requerimiento; el concepto es expresado por las SSTS de 27 de octubre de 1992, 17 de febrero, 30 de marzo y 5 de julio de 2000: es una garantía personal, atípica, producto de la autonomía de la voluntad proclamada por el artículo 1255 CC, que es distinta del contrato de fianza y del contrato de seguro de caución, no es

accessoria y el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma. La STS de 31 de mayo de 2003 manifiesta que en la jurisprudencia se reconoce su función garantizadora y operatividad independiente del contrato garantizado desde el momento en que resulta suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante por medio de requerimiento practicado en forma legal para entender que el obligado garantizado no ha cumplido, si bien se autoriza al garante a probar, en caso de contienda judicial, que el deudor principal ha satisfecho la deuda afianzada para evitar situaciones de enriquecimiento injusto, con la consiguiente liberación del avalista, produciéndose inversión de la carga de la prueba, ya que no se puede exigir al beneficiario que demuestre el incumplimiento del obligado principal. (STS de 12 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Con base en un contrato de garantía suscrito entre las mismas, las sociedades mercantiles beneficiarias demandan al banco garante, reclamándoles el pago de la suma adeudada por el deudor garantizado. El Juzgado acogió parcialmente la demanda, condenando al banco a abonar una parte de lo reclamado. Ambas partes contendientes interpusieron sendos recursos de apelación, que fueron parcialmente acogidos por la Audiencia Provincial: en virtud del de las demandantes-apelantes, se calificó el contrato celebrado como de «aval a primer requerimiento»; en virtud del recurso del banco demandado, la cantidad a pagar se redujo. Recurrida la sentencia en casación también por ambas partes, el Tribunal Supremo declara no haber lugar a ninguno de los recursos. (M. C. B.)

**44. Responsabilidad civil derivada del delito. La falta de pronunciamiento del órgano penal sobre la responsabilidad civil dimanante del delito posibilita su conocimiento por los tribunales del orden civil, en tanto no haya existido renuncia expresa a la acción.**—Al contener la sentencia penal una taxativa declaración sobre que las pretensiones indemnizatorias formuladas por la acusación particular, no deben acogerse, sin perjuicio de las acciones civiles que en relación con los hechos pudieran corresponderles, queda abierta la posibilidad de ser planteada dicha pretensión ante los tribunales del orden civil. Pues sin que haya existido renuncia expresa al ejercicio de esas acciones, no es posible descalificar la decisión del otro orden, porque no cabe esa reserva de la acción civil cuando no se ejercitó la misma por los propios perjudicados o dañados. Porque ante el evidente pronunciamiento de los Tribunales penales de que esa acción/responsabilidad civil derivada no había sido objeto de pronunciamiento y porque no habían ejercitado esa facultad de reserva a instancia de parte, no debe impedírseles este ulterior ejercicio, lo que aquellos órganos le permiten cuando expresan tal posibilidad colmando de satisfacción los intereses dañados.

**Los hechos declarados probados en la sentencia penal sirven de soporte fáctico a la pretensión civil.**—No puede omitirse que hubo una expresa condena penal al autor de los hechos como autor de cuatro delitos de amenazas, que, obvio es, sirven de soporte fáctico a esta misma pretensión indemnizatoria por daños morales, lo que evidencia la pertinencia de esa reparación ante la realidad del ilícito correspondiente.

**Cosa juzgada. No concurre la excepción cuando en la vía penal no se juzgó la responsabilidad civil luego reclamada.**—Jamás el orden penal juzgó la responsabilidad civil, luego no es posible que, en el plano de la lógica enjuiciadora, se pueda decir que hubo cosa juzgada concierne a esa responsabilidad, exclusiva de este orden civil. (STS de 13 de abril de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—A resultas de la convivencia entre vecinos de un mismo inmueble, el demandado fue condenado en juicio penal por diversas faltas de amenazas e insultos, fallándose en la sentencia que no se accedían a las pretensiones reparatorias de los daños materiales y morales, formuladas por la acusación particular, sin perjuicio de las acciones civiles que en relación con los hechos pudieran corresponderles. Estos mismos actores dedujeron demanda civil con solicitud de indemnización de aquellos daños que no habían sido satisfechos en el proceso penal. El Juzgado de Primera Instancia acogió la pretensión y condenó al demandado al abono de los daños morales, una vez excluidos los materiales. La Audiencia Provincial de Valladolid admitió el recurso de apelación planteado por el condenado y estimó la excepción de cosa juzgada, por lo que revocó la sentencia de instancia y absolvió al demandado. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por los actores. (L. A. G. D.)

**45. Culpa extracontractual: responsabilidad civil del empresario por accidente de trabajo: muerte por electrocución: evolución de la doctrina jurisprudencial sobre la competencia civil.**—Los tres primeros motivos del recurso versan sobre la competencia del orden jurisdiccional civil y pueden examinarse conjuntamente. Esta cuestión fue analizada con detalle por STS de 8 de octubre de 2002 que reconoció el alto grado de desacuerdo entre las decisiones judiciales, incluso de máximo nivel, sobre cuál debe ser el orden jurisdiccional competente para conocer de la responsabilidad civil del empresario por los daños que sufra el trabajador con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta de aquél; en efecto, si bien la Sala Primera del Tribunal Supremo declaraba por regla general su propia competencia, la Sala Especial de Conflictos había dictado dos Autos en los que se pronunció a favor de la jurisdicción social, de modo que en el mismo sentido había resuelto la Sala Primera en SS de 24 de diciembre de 1997, 10 de febrero, 20 de marzo, 23 de julio y 24 de octubre de 1998. Con argumentos de distinto orden se ha vuelto a la línea original en SSTS de 10 abril y 30 de noviembre de 1999, 7 de julio de 2000, 22 de junio y 2 de julio de 2001, aunque con el importante matiz de que la acción ha de fundarse en los artículos 1902 y 1903 CC, ya que si se funda únicamente en el incumplimiento de las medidas de seguridad la competencia corresponderá a la jurisdicción social (SSTS de 11 de febrero, 26 de mayo y 12 de junio de 2000). Se reconoce paladinamente en el FD 2.º que queda por tanto de manifiesto que la trayectoria de esta Sala no ha sido rectilínea y, con ello, que la solución adoptada por el tribunal de apelación, no sólo entra de lleno dentro de lo razonable sino que incluso quedaría refrendada por las citadas SS de esta Sala desde finales de 1997 hasta mediado el año 1998. Pero después de esta *confesión* se afirma que los recursos planteados deben resolverse en coherencia con el

criterio adoptado después de dichas sentencias y mantenido hasta la actualidad, atribuyendo la competencia al orden jurisdiccional civil .

**Exigibilidad de culpa e inaplicabilidad del riesgo como criterio único de responsabilidad.**—En este juicio civil se trata de determinar, única y exclusivamente, si de la muerte del trabajador fue responsable su empresa o algún empleado de ésta y por tal razón deba la empresa pagar alguna cantidad orientada a la íntegra reparación del daño que la muerte del trabajador fallecido produjo a su mujer y a su hijo. No pocas sentencias de esta Sala tienden a objetivar la responsabilidad civil del empresario aproximándolo a una responsabilidad fundada sin más en el riesgo, como, con variedad de matices, las SSTS de 17 de octubre de 2001, 22 de abril, 17 de julio y 1 de octubre de 2003. Pero no es menos cierto que otro importante grupo de sentencias rechaza el riesgo como fuente única de responsabilidad civil por culpa extracontractual (SSTS de 28 de octubre de 1988, 21 de marzo de 1991, 11 de febrero de 1992, 8 de marzo de 1994, 8 de octubre y 18 de noviembre de 1988, y 8 y 16 de octubre y 6 de noviembre de 2001), línea jurisprudencial que se completa con la que exige una rigurosa prueba del nexo causal al enjuiciar la responsabilidad civil del empresario (así STS de 9 julio de 2003, que recopila la jurisprudencia al respecto). Aun cuando no sea totalmente descartable una inversión de la carga de la prueba en contra del empresario cuando sea éste quien tenga las fuentes de prueba; ni quepa prescindir del riesgo como factor de imputación en aquellos accidentes de trabajo que por sus causas coloquen al trabajador en una posición semejante a la de las personas ajenas a la empresa (por ej. una explosión), lo cierto y verdad es que, en el caso enjuiciado, no se aprecia culpa alguna, por mínima que sea, ni en la empresa demandada como empleadora del trabajador fallecido ni en ninguno de sus empleados, cerrándose así las posibilidades de aplicar los artículos 1902 y 1903 CC. **(STS de 31 de diciembre de 2003; ha lugar.)**

NOTA.—Sentencia no sólo notable por el minucioso estudio de los motivos del recurso interpuesto por la viuda del obrero accidentado, sino por el sorprendente resultado de que pese a estimar con destacable y meritorio esfuerzo los invocados para justificar la competencia civil, entra en el fondo y desestima, no obstante, la demanda, de modo que al cabo de ocho años la viuda e hijo del accidentado no van a recibir mayor suma que la ya percibida laboralmente (Pte.: Castán Marín). Recurso inútil para la recurrente, aunque representa una valiosa introspección del quehacer de la Sala Primera en algunas cuestiones de bastante actualidad y de gran interés doctrinal y práctico. Las reformas legislativas están conduciendo a lo que podría verse como cierto acoso de aquélla por parte de otras Salas del Tribunal Supremo, con riesgo de que recaiga jurisprudencia contradictoria en perjuicio del justiciable. Con gran honradez esta sentencia reconoce que la que se revoca es razonable y perfectamente defendible según una determinada línea jurisprudencial, aunque se sigue la contraria. Asimismo son de registrar los argumentos del FD 2.º para que se pase de una indeseable situación de acumulación no coordinada de indemnizaciones, sin base normativa suficiente, a un sistema coherente de complementariedad, cuyo destinatario propiamente es el legislador. Por último hay que subrayar el meticoloso análisis contenido en el FD 4.º sobre los hechos probados que permiten con gran verosimilitud atribuir exclusivamente a la culpa de la víctima la producción del hecho luctuoso. (G. G. C.)

**46. Responsabilidad extracontractual del artículo 1903 CC: accidente laboral. Solidaridad impropia o por salvaguarda del interés social.**—Esta solidaridad se produce para garantía y protección del perjudicado en los casos de responsabilidad extracontractual cuando en la concurrencia culposa de varios se aprecie análoga graduación y, mayormente, cuando no es posible su concreción en el ámbito respectivo (STS de 8 de mayo de 1986, entre otras). Solidaridad predicable, a su vez, de quienes sean estimados responsables por aplicación del artículo 1903 CC (SSTS de 7 de junio de 1988 y 4 de noviembre de 1991).

**La solidaridad impropia excluye el litisconsorcio pasivo necesario.**—Al no ser la parte demandada ajena a la producción del daño de cuya reparación se trata, la eventual existencia de otros responsables, ligados a los traídos al juicio y unidos entre sí y frente al acreedor por vínculos de solidaridad, excluye el litisconsorcio, al constituir en tales casos facultad del damnificado la de demandar a todos o sólo a alguno de los responsables (STS de 17 de marzo de 1983). Y es que la situación litisconsorcial no deviene forzosa en los supuestos de responsabilidad extracontractual, en razón a la solidaridad que se produce entre las personas que pudieron resultar obligados. **(STS de 2 de febrero de 2004; no ha lugar.)**

HECHOS.—Debido a la caída desde un andamio, mientras extendía hormigón, fallece un trabajador de la construcción contratado por el Ayuntamiento de Grazalema. Su madre demanda a la citada corporación por daños y perjuicios causados por la muerte de su hijo, en cuantía a determinar durante el procedimiento o en ejecución de sentencia. Se dieron las siguientes circunstancias: 1.<sup>a</sup>) El proyecto de obra y dirección técnica correspondía a la Diputación de Cádiz; 2.<sup>a</sup>) El Ayuntamiento demandado tenía concertada una póliza de seguro de responsabilidad civil con la entidad *Mapfre*, y 3.<sup>a</sup>) Quedó acreditado la omisión de las mínimas normas de seguridad en el trabajo (falta de casco y de cinturón de seguridad, andamio desprovisto de anclajes y barras laterales protectoras...).

El Juzgado estimó la demanda al condenar al Ayuntamiento al pago de doce millones de pesetas, más los intereses legales de tal cantidad desde que ocurrió el accidente. La Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada (*I. D. L.*)

**47. Culpa extracontractual: responsabilidad por riesgo del propietario-promotor del edificio colindante cuya demolición produjo daños en inmueble contiguo: la empresa de demolición actúa según planos elaborados por la promotora.**—La sociedad inmobiliaria que dedica su actividad a obtener beneficios interviniendo en la construcción, se dispone a demoler un edificio de su propiedad y vaciar el solar para las cimentaciones de otro nuevo, junto a una casa muy antigua; y esto que cualquiera lo estimaría como un peligro real, lo acomete la sociedad sin que se adopten las medidas que tan peligroso trabajo requiere, y ello a pesar de que la propietaria del viejo edificio colindante acude al Ayuntamiento, e interpone un interdicto de obra nueva para evitarlo. Procede estimar el recurso interpuesto contra la sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial por desconocer la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad por riesgo, con recuerdo del adagio *ubi*

*emolumentum ibi onus*, y la inversión de la carga de la prueba; doctrina contenida, entre otras, en STS de 27 de junio de 2001, al proclamar que la tesis del riesgo acreditada, preexistente y concurrente en línea cuasi-objetiva minoradora del culpabilismo subjetivo, presupone actuación voluntaria que obliga a extremar todas las precauciones y con mayor intensidad cuando puede estar en peligro la integridad física de las personas; precauciones entre las que cabe incluir las que suponen efectiva actividad material, como las de vigilancia, control y mantenimiento, a fin de evitar que se transforme en daño efectivo lo que consta como peligro potencial cierto.

**Solidaridad.**—Existiendo un vínculo de solidaridad entre la empresa realizadora de la demolición y la empresa promotora de nuevas viviendas y propietaria de la casa que se demolía, el perjudicado pudo elegir la persona del demandado, sin perjuicio de que en este caso el derribo se proyectó por cuenta de la promotora, la cual asumió también por su cuenta la dirección de las obras.

**Daños.**—De la prueba practicada se desprende con toda claridad la realidad de los daños y perjuicios denunciados por la actora en el inmueble de su propiedad, y, especialmente, en el establecimiento existente en el mismo para exposición y venta de artículos confeccionados de señora, dejando para ejecución de sentencia el cálculo del lucro cesante conforme a las bases que establece la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. (STS de 2 de abril de 2004; ha lugar.) (G. G. C.)

**48. Culpa extracontractual: responsabilidad por hecho ajeno: artículo 1903, párrafo 4.º, CC: doctrina general.**—La responsabilidad por hecho ajeno que tiene su fundamento en una presunción de culpa *in eligendo* o *vigilando*, o, incluso, en la creación de riesgo, requiere como requisito inexcusable en el supuesto del artículo 1903, párrafo 4.º, CC, que exista una relación jerárquica o de dependencia, más o menos intensa según las situaciones concretas, entre el ejecutor causante del daño y la empresa o entidad a quien se exige la responsabilidad; relación de dependencia que se da entre quien encarga la redacción de un proyecto de obra y la posterior dirección de ésta y el arquitecto que realiza su cometido, según las reglas de su arte como profesional independiente y sin relación de subordinación jerárquica alguna. Cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relación de subordinación entre ellas, como declara la STS de 4 de enero de 1982, falta toda razón esencial para aplicar el artículo 1903 CC, puesto que, por lo general, no puede decirse que quien encarga cierta obra a una empresa autónoma en su organización y medios y con la asunción de los riesgos inherentes al cometido que desempeña, deba responder por los daños ocasionados por los empleados de ésta, a menos que el comitente (según STS de 9 de julio de 1984) se hubiera reservado participación en los trabajos o parte de ellos, sometiéndolos a su vigilancia y dirección, lo que no es el caso. El dueño y promotor de la obra a realizar no es ninguna de las personas a que se refiere el artículo 1903 CC, a efectos responsabilizadores por causa de culpa extracontractual, y ello pese a que la jurisprudencia incluye al promotor en el supuesto del artículo 1591 CC. (STS de 22 de abril de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Hay conformidad en todas las instancias en estimar sustancialmente la demanda en reclamación de daños y perjuicios por lesiones, causadas al derrumbarse un muro preexistente, dirigida contra la empresa realizadora de las obras, mientras que se absuelve

a la empresa promotora con base en la reiterada doctrina jurisprudencial que ha interpretado el artículo 1903, párrafo 4.º, CC. (G. G. C.)

**49. Culpa extracontractual: muerte por electrocución por conectar con cables de alta tensión al descargar troncos de camión para serrería: acción dirigida contra empresa eléctrica: no hay relación de dependencia entre ambas empresas: ausencia de nexo causal: fuerza mayor.**—La tendencia jurisprudencial hacia una objetivación de la culpa extracontractual, mediante los mecanismos de la inversión de la carga de la prueba y de la teoría del riesgo, no excluye de manera total y absoluta el esencial elemento psicológico o culpabilístico, como inexcusable ingrediente integrador, atenuado pero no suprimido de la responsabilidad por culpa extracontractual, de tal modo que si de la prueba practicada en el proceso, con inversión o sin ella, aparece plenamente acreditado que, en la producción del evento dañoso no intervino absolutamente ninguna culpa por parte del demandado o demandados, sino que el mismo fue debido exclusivamente a un imprevisible acontecimiento de fuerza mayor, ha de excluirse la responsabilidad de aquéllos.

**Inaplicación del artículo 1903 CC: falta de relación de dependencia entre empresa eléctrica y serrería.**—La más reciente doctrina y la jurisprudencia viene proclamando que la responsabilidad impuesta por el artículo 1903 CC a los que deben responder por otras personas que de algún modo les están sometidas, no es subsidiaria sino directa, ya que, según STS de 16 de abril de 1973, se establece por incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos.

**Actuación correcta de la empresa eléctrica.**—La instalación de los cables de alta tensión se produjo en 1985, estando situados a 6,20 metros, distancia superior a la reglamentaria de los seis metros; las revisiones se habían realizado en la forma ordenada por el Reglamento de Verificaciones eléctricas y regularidad en el suministro. No puede invocarse la conocida doctrina de que si las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para evitar los daños no han ofrecido resultado positivo, ello revela que faltaba algo por prevenir, dado que la prueba acredita que no hay el más mínimo resquicio para imputar una acción negligente a la entidad demandada ya que la declaración de responsabilidad exige un mínimo reproche de culpabilidad en el demandado. (STS de 23 de enero de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—En ambas instancias y en casación hay coincidencia a la hora de rechazar la acción ejercitada por culpa extracontractual por parte de la viuda del chófer del camión muerto por electrocución al descargar troncos de madera en una serrería; ello induce una probable desacertada dirección de la acción entablada exclusivamente contra la empresa eléctrica instaladora de la línea de alta tensión causante inmediata de la electrocución. Parece que en el lugar de la descarga había apilados otros troncos de la misma empresa de serrería, que contribuyeron a que el camión al bascular alcanzara a los cables. Ante esta situación fáctica, lo prudente hubiera sido acumular alternativamente la acción contra ambas empresas implicadas. (G. G. C.)

**50. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: competencia civil: derecho transitorio.**—La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido reconociendo con reiteración, jurisdicción a los órganos judiciales del orden civil para el conocimiento de los litigios relativos a responsabilidad médica cuando han sido demandados conjuntamente los servicios estatales de la SS, INSALUD o las instituciones equivalentes de las CC.AA. a las que se han transferido competencias en esta materia, y los médicos que prestan sus servicios en los centros sanitarios dependientes de aquellos organismos. Añadiendo, a mayor abundamiento, la STS de 7 de marzo de 2000, como doctrina consolidada, la proscripción del *peregrinaje de jurisdicciones*, evitando que el conocimiento del asunto que ha llegado a última instancia, se atribuya a otro orden jurisdiccional, eludiendo la violación del artículo 24.2 CE, añadiendo la STS de 11 de julio de 2001 que se reafirma la competencia civil para conocer reclamaciones semejantes, incluso en el período comprendido entre la Ley de 1992, en su primera redacción, y la última redacción del artículo 9.4 de la LOPJ.

**Fallecimiento de enferma de amigdalitis cuando es trasladada de urgencias al hospital: inexistencia de culpa en el médico de urgencias: falta de prueba.**—El informe emitido por los médicos forenses de San Sebastián y Tolosa en las diligencias penales incoadas, concluye: 1.º) Desconocemos el agente etiológico productor del proceso infeccioso así como la trascendencia que éste pudiera tener en el fallecimiento; 2.º) Únicamente podemos confirmar que la causa intermedia de fallecimiento es un vómito con aspiración de contenido gástrico con la producción de asfixia; 3.º) La causa inmediata del fallecimiento fue una parada cardiorrespiratoria con desconocimiento de la causa fundamental, que podría ser un proceso infeccioso. Esta indefinición sobre la causa fundamental de la muerte no permite establecer una relación de causalidad entre el fallecimiento y la conducta del médico de urgencias, que tampoco puede ser calificada de culposa o negligente. La falta de acreditación de una relación de causalidad entre la actuación profesional del médico de urgencias y el fallecimiento acaecido varias horas después, impide apreciar la existencia de una responsabilidad por culpa extracontractual imputable a aquél.

**Inexistencia de responsabilidad del Servicio Vasco de Salud.**—Cuando la reclamación se formula contra una Administración Sanitaria dice la STS de 17 de mayo de 2002 que los Tribunales se orientan en una línea de responsabilidad prácticamente objetiva, de suerte que la institución demandada es condenada a indemnizar por virtud del resultado acaecido, esto es, abstracción hecha de que quede acreditado en el juicio la culpa de algún concreto facultativo o, en general, de un profesional sanitario, de los que hubieren intervenido en la asistencia del enfermo. Cuando así ocurre, los Tribunales acuden a la idea de *conjunto de posibles deficiencias asistenciales*, lo que exime al paciente de la prueba en cuál de los momentos de la actuación médica se produjo la deficiencia y, por tanto, de la prueba de la identidad del facultativo que hubiera podido incurrir en ella. No obstante, la aplicación de esta responsabilidad objetiva exige, en todo caso, la existencia de una relación de causalidad entre esas deficiencias asistenciales y el resultado dañoso, relación que en el presente caso no se ha demostrado, no siendo atribuible la *causa intermedia* del fallecimiento a una falta de medios para el diagnóstico por el Servicio de Urgencias así como para el

adecuado traslado de la paciente al centro hospitalario. (STS de 30 de enero de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—La sentencia extractada cuida de fijar la secuencia de los hechos: la madre conduce a su hija de veintiún años al ambulatorio de B. a la consulta de su médico de cabecera, quien le diagnostica amigdalitis y le prescribe un antibiótico, recomendándole que, en caso de complicaciones, acuda al ambulatorio; al empeorar el estado de la enferma es trasladada de madrugada al servicio de urgencias, diagnosticando el médico que su hija no tiene nada, completando el tratamiento y enviándola a su domicilio, indicándole que, de persistir su situación, acuda al médico de cabecera. Cosa que hacen los familiares al día siguiente, encontrándose éste con una paciente con gran afectación del estado general, palidez extrema y pulso muy débil; como primera medida le pone suero fisiológico, solicitando ambulancia para su traslado inmediato al Hospital de Z. acompañada por la doctora y la ATS, produciéndose un vómito amarillo en el viaje, desapareciendo el pulso de las carótidas, y a pesar de las maniobras de reanimación no se consigue más que certificar su defunción.

A mi juicio el informe de los Forenses se manifiesta con bastante vaguedad e indefinición al distinguir entre causa inmediata y causa intermedia del fallecimiento de la paciente. El tratamiento de amigdalitis no parece coherente con el resultado de muerte, que puede considerarse de algún modo exorbitante respecto al inicial diagnóstico. Puede verse la STS de 18 de febrero de 2004, en este ADC que hace aplicación de la aquí invocada, aunque no aplicada, doctrina del conjunto de posibles deficiencias asistenciales. (G. G. C.)

**51. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: secuelas por intervención médica a causa de accidente doméstico: doctrina general sobre subsanación de la falta de reclamación previa en vía administrativa.**—Como dice la STS de 23 de octubre de 2003, derogado el carácter obligatorio del acto de conciliación, ha venido a quedar desvirtuado el paralelismo que la jurisprudencia había venido estableciendo con insistente unanimidad entre el acto de conciliación entre particulares y la reclamación previa en vía administrativa, al subsistir la obligatoriedad de ésta. Pero tal consideración no obsta a que su falta no escapa a la posibilidad de subsanación a que se refiere el artículo 693, regla 3.ª, LEC derogada, cuando se está, como es el caso de autos, ante una acción ventilada a través del juicio de menor cuantía. La doctrina más autorizada propugna que, por razones de economía procesal, el órgano judicial ante el que se tramita un proceso civil en que está interesado algún ente público debería apreciar de oficio la existencia de este defecto procesal con la peculiaridad de considerarlo subsanable en cualquier momento del proceso, estimando que su ausencia no vicia radicalmente la relación jurídica procesal ni anula las actuaciones practicadas. En el presente caso, alegado el defecto procesal por el INSALUD, el Juzgado de Primera Instancia debió suspender la comparecencia concediendo a la parte actora la posibilidad de subsanarlo y no dejar su decisión para la sentencia dictando una de carácter absolutorio en la instancia. Por ello, aunque este requisito aparece incumplido, no puede olvidarse que tal incumplimiento ha sido propiciado

por el órgano judicial y que, habiéndose opuesto el INSALUD a la demanda en cuanto al fondo y propuesto las pruebas que estimó a su defensa, no cabe hablar de que se le haya causado indefensión material alguna, revelándose en este momento procesal de la casación, la subsanación improcedente y su omisión irrelevante, según STS de 3 de julio de 1995.

**Carácter culpabilístico de la responsabilidad extracontractual del personal sanitario.**—Según STS de 20 de junio de 1997, el Tribunal Supremo en jurisprudencia totalmente consolidada, establece el principio de que el médico tiene una responsabilidad derivada de una obligación de medios y no de resultados, no cabiendo la inversión de la carga de la prueba como consecuencia de la responsabilidad por riesgo, que en modo alguno puede predicarse en materia de responsabilidad médica según STS de 21 de febrero de 1992; de aquí que el médico que practicó la intervención lo hizo correctamente y lo mismo en el postoperatorio; en cuanto al médico adjunto al Jefe del Servicio, dada su situación de MIR, estaba sujeta a las instrucciones y supervisión del Jefe de Servicio, por lo que ninguna facultad decisoria tenía en cuanto al tratamiento a seguir con la enferma ni en la práctica de la intervención quirúrgica.

**Responsabilidad de la entidad sanitaria basada en el conjunto posible de deficiencias asistenciales.**—Según la doctrina sentada por las SSTS de 20 de junio de 1997 y 17 de mayo de 2002, cuando la reclamación se formula contra una Administración Sanitaria, los Tribunales se orientan en una línea de responsabilidad prácticamente objetiva, de suerte que la institución demandada es condenada a indemnizar por virtud del resultado acaecido, esto es, abstracción hecha de que quede acreditada en el hecho la culpa de algún concreto facultativo o, en general, de un profesional sanitario de los que hubieran intervenido en la asistencia del enfermo. Cuando así ocurre los Tribunales acuden a la idea de *conjunto posible de deficiencias asistenciales*, lo que exime al paciente de la prueba de en cuál de los momentos de atención médica se produjo la deficiencia y, por tanto de la prueba de la identidad del facultativo que hubiera podido incurrir en ella. En el presente caso la actora sufrió un accidente doméstico del que es asistida en varios centros dependientes del INSALUD, motivando varias intervenciones quirúrgicas con resultado de diversas secuelas. (STS de 18 de febrero de 2004; ha lugar.)

NOTA.—En ambas instancias se estima la excepción de falta de reclamación previa en vía administrativa, pero en casación (Pte.: González Poveda) se profundiza en la finalidad de tal motivo de absolución de la instancia, una vez que su tratamiento legal conjunto con el acto de conciliación ha dejado de estar justificado, denunciando que en el caso se hubiera convertido en una especie de *comodín* para el ente público que permitía agotar los trámites procesales sin que la sentencia entrase en el fondo. Haciéndolo acto seguido el Tribunal Supremo estima parcialmente la demanda (reduciendo la indemnización de doce a tres millones de pesetas), aunque no se dan razones para tan importante minoración de la cuantía de aquella (*atendida la entidad de la secuela*, se limita a decir). En el primer aspecto la sentencia es plenamente de aprobar. (G. G. C.)

**52. Culpa extracontractual: responsabilidad por emisiones industriales contaminantes: doctrina general sobre protección civil del medio**

**ambiente.**—La protección del medio ambiente está proclamada en el artículo 45.1 CE, regulada en numerosas normas administrativas y la responsabilidad civil se desprende de las arcaicas previsiones de los números 2.º y 4.º del artículo 1908 CC que hablan de humos y emanaciones, pero cuya formulación se extiende a las inmisiones intolerables y a las agresiones al medio ambiente. Esta última puede considerarse en abstracto, como protección al ambiente sano y adecuado para el desarrollo de la persona, y en concreto, como protección específica a derechos subjetivos patrimoniales. La primera no ha sido objeto —y difícilmente puede serlo en el ámbito del Derecho civil— de sentencia alguna de esta Sala; la segunda tiene —aunque no siempre se ha indicado explícitamente— una reiterada jurisprudencia civil: daños en fincas por emisión de sustancias contaminantes por una central térmica (STS de 12 de diciembre de 1980, que trata en general de la *inmissio in alienum*); daño en arbolado por el polvo contaminante emanado de fábrica de cemento (STS de 17 de marzo de 1981); lo mismo en naranjos por polvo industrial (STS de 14 de julio de 1982); daños en fincas por humos sulfurosos procedente de una central térmica (STS de 27 de octubre de 1983); muerte de ganado por beber en aguas contaminadas por vertido de sustancias tóxicas en un río (STS de 31 de enero de 1986); muerte de truchas en piscifactoría por vertidos en un río (STS de 13 de julio de 1988); daños en fincas y cosas por emisión de polvo por hornos de cal (STS de 16 de enero de 1989). La sentencia más reciente de 7 de abril de 1997, que reitera la doctrina de la STS de 24 de mayo de 1993, contempla la responsabilidad civil por daños causados en fincas colindantes por emanaciones tóxicas de una fábrica y dice literalmente: el número 2.º del artículo 1908 CC (...) configura un supuesto de responsabilidad, de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado, al establecer que los propietarios responden de los daños causados «por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades», que es lo ocurrido en el presente caso, pues aunque los humos y gases expelidos por la fábrica de la entidad recurrente hayan podido respetar los niveles de contaminación reglamentariamente establecidos, lo cierto es que cualitativamente fueron nocivos y causaron daños a terceras personas totalmente ajenas a la referida explotación industrial, lo que evidencia que tales medidas fueron insuficientes para evitar los daños a terceros.

**Daños continuados: prescripción: *dies a quo*.**—Es doctrina consolidada según expresan las SSTs de 24 de mayo de 1993 y 7 de abril de 1997 (que recogen la jurisprudencia anterior) que cuando se trata de daños continuados, o de producción sucesiva e ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción de la acción (*dies a quo*) no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida, como ocurre en el presente supuesto litigioso, en el que los daños en las respectivas fincas de los actores se han venido produciendo sucesiva e ininterrumpidamente hasta la fecha de la interposición de la demanda.

**Prueba del daño.**—En la sentencia de la Audiencia Provincial se niega la realidad de daños en las fincas, así como la de los daños morales; en cambio considera acreditados los daños en la cabaña ganadera, quedando su determinación cuantitativa para ejecución de sentencia, para lo que fija las bases correspondientes.

**Culpabilidad.**—La sociedad demandada ha producido, con nexo causal, una serie de daños y la concurrencia de culpabilidad es innegable y se deduce de tal hecho, pues de no haber culpa no habría daño, debiendo añadirse que el artículo 1908 CC consagra una responsabilidad claramente objetiva según

SSTS de 24 de mayo de 1993 y 7 de abril de 1997. (STS de 28 de enero de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia de la que ha sido Pte. O'Callaghan Muñoz ya que el FD 2.º hace una acertada síntesis de la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad civil por agresiones al medio ambiente pronunciada por la Sala Primera hasta principios de los años noventa. En la doctrina puede verse el comentario de DE ÁNGEL YAGUEZ al artículo 1908, en *Com. Min. Justicia*, II, (Madrid 1991) pp. 2046 ss. No es nueva la fijación que establece esta sentencia del *dies a quo* de la acción de responsabilidad cuando se trata de daños continuados, interpretación, por lo demás, muy razonable para facilitar una efectiva reparación de esta clase de perjuicios. Indiscutible, por lo demás, el carácter objetivo o cuasiojetivo de la responsabilidad *ex* artículo 1908 CC. (*G. G. C.*)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

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

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

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

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

registral que consagra el artículo 38 LH, sino la realidad extrarregistral autenticada por el deslinde administrativo.

**Excepciones al dominio público.**—Son dos: la que sea resultado de un derecho inmemorial adquirido con anterioridad a la disposición legal que les confiera tal carácter, como acaece en el supuesto de determinados enclaves en la zona marítimo terrestre; y la de haberse operado la desafectación por un acto de soberanía. (STS de 12 de febrero de 2004; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La demandante exigía la declaración de que en fecha del inicio del expediente de deslinde de costas de 1991 era propietaria legítima y titular registral por adquisición mediante justo y legítimo título de unos bienes que, según la demanda, no estaban incluidos en el dominio público marítimo terrestre deslindado con anterioridad a 1989. Por tanto, pedía la demandante el reconocimiento de los beneficios a que se refiere la DT 1.ª de la Ley de Costas de 28 de julio de 1988. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda parcialmente, acogiendo la petición referida a la declaración de su titularidad registral con anterioridad al deslinde practicado en el año 1991. La sentencia, confirmada íntegramente por la Audiencia Provincial de Huelva, declaraba el derecho de la demandante a acudir a la Administración para que le concediera, en su caso, los beneficios establecidos en la DT 1.ª LC.

La demandante recurre en casación pretendiendo que, junto con la declaración de propiedad sobre la finca en cuestión, se falle que está al margen del deslinde y, por tanto, al margen de la aplicación de las previsiones de la Ley de Costas, con la pretensión de conservar la titularidad dominical que había adquirido con anterioridad a la promulgación de la Constitución. (B. F. G.)

**54. Las relaciones de vecindad.**—Indica el Tribunal Supremo que el derecho vecinal ha ido sufriendo una evolución que le ha llevado desde una concepción clásica o romanista, según la cual la propiedad constituye un derecho absoluto o ilimitado, hasta una concepción moderna, que entiende el dominio como un derecho delimitado por la función social, que impone a los titulares una serie de comportamientos, con el fin de que el disfrute, utilización o posesión de bienes permita el ejercicio de los derechos concurrentes que asisten a los demás, evitando que se causen perturbaciones o daños.

Las relaciones de vecindad suponen un conjunto de limitaciones a la propiedad de los inmuebles, que se establecen para proteger y mantener una convivencia ordenada y pacífica, en interés de las propiedades contiguas o próximas y de las personas que las disfrutan o utilizan, de tal modo que se produzca una coexistencia equilibrada de derechos. Dichas relaciones de vecindad son relaciones de Derecho privado de naturaleza civil. (STS de 24 de diciembre de 2003; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Don R. interpone demanda contra el Organismo Autónomo de Correos, por unos ruidos excesivos y molestos causados por un aparato elevador. Se solicitaba, entre otras cosas, lo siguiente: a) realizar a costa del demandado, en el edificio que ocupa el Organismo Autónomo de Correos, las obras necesarias

para disminuir o eliminar el nivel de ruidos, molestias y vibraciones a la vivienda habitada por el actor; *b*) ordenar el cierre o prohibir el uso del mencionado montacargas; *c*) abonar una indemnización por los daños emocionales y físicos sufridos por el actor. El Abogado del Estado, en representación de la parte demandada, contesta a la demanda y solicita la estimación de la excepción de incompetencia de jurisdicción, la excepción de falta de legitimación pasiva y que se inadmita la demanda por extemporaneidad de la acción.

El Juez de Primera Instancia estima la excepción de incompetencia de la jurisdicción civil. El actor recurre la sentencia en apelación y la Audiencia Provincial estima el recurso, concediendo a don R. todas sus pretensiones de la demanda. El Abogado del Estado formaliza recurso de casación frente a la decisión de la Audiencia, alegando la infracción de los artículos 139, 142 y 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJPAC). El Tribunal Supremo señala que estamos ante un supuesto de relaciones de vecindad. Siendo éstas relaciones de Derecho privado de naturaleza marcadamente civil, es competente la jurisdicción civil para resolver el litigio, sin olvidar la doctrina jurisprudencial que proclama la evitación del peregrinaje de jurisdicciones. Por este motivo, el Alto Tribunal desestima el recurso y confirma la sentencia de la Audiencia. (*S. L. M.*)

**55. Acción reivindicatoria: legitimación activa y prueba de la propiedad reclamada.**—La legitimación corresponde al que se reputa titular, quien deberá acreditar cumplidamente: *a*) la identidad del objeto de la acción; *b*) el hecho jurídico apto y suficiente, con proyección de titularidad dominical, para dar existencia a la relación entre persona y cosa en que la propiedad consiste; y *c*) que el sujeto titular de la relación sea la persona que acciona (SSTS de 22 de abril de 1967 y 16 de octubre de 1969, entre otras).

En relación a la acción reivindicativa, pero aplicable igualmente a la acción declarativa de dominio, hay que establecer que la acción que se ejercita contra el tenedor o poseedor de la cosa para que la reintegre a su dueño requiere que éste pruebe cumplidamente el dominio de la finca que reclama (STS de 23 de octubre de 1998). (**STS de 4 de diciembre de 2003**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La actora ejercita una acción reivindicatoria sobre un piso que había adquirido mediante compraventa del Patronato municipal de la vivienda de Barcelona el 11 de enero de 1977. En dicho contrato existía una cláusula por la que la compradora no podía enajenar la vivienda hasta haber hechos efectiva la totalidad de las cantidades aplazadas y, en todo caso, hasta transcurridos cinco años desde la fecha del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial.

El 25 de marzo de 1977 la actora celebró un negocio jurídico de cesión del piso señalado, en favor de una sobrina y de un tercero, ambos fueron demandados.

El Juzgado estima la demanda, declara resuelto el contrato de cesión del piso y condena a la sobrina demandada (el tercero se había allanado) a indemnizar a la actora con una cantidad igual a la del alquiler de un piso de idénticas características desde la interpo-

sición de la demanda hasta que se produzca la entrega. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia sólo en lo relativo a la indemnización a la actora de los perjuicios causados. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación presentado por la demandada. (*I. D. L.*)

**56. Acción publiciana. Concepto.**—Es una acción real, que compete al poseedor civil de una cosa contra quien la posea sin título o con otro, pero con menos derecho, para que le sea devuelta la cosa con sus frutos, accesiones y abono de menoscabo. Aunque el Tribunal Supremo ha tenido pocas ocasiones para pronunciarse sobre la acción publiciana, reconoce su vigencia en nuestro Derecho (*vid.* SSTs de 30 de marzo de 1927 y 26 de octubre de 1931), refiriéndose a ella unas veces como una acción autónoma y otras embebida en la acción reivindicatoria, mediante el expediente de suavizar la exigencia de prueba del dominio reivindicado. A este propósito, la STS de 21 de febrero de 1941, seguida por las SSTs de 7 de octubre de 1982 y 13 de enero de 1984, considera la acción publiciana como una faceta de la reivindicatoria. La sentencia citada considera que la acción publiciana se reconoce en nuestro Derecho con una fisonomía distinta a la que ostentó en el Derecho romano, como una de las facetas de la acción reivindicatoria, que permite al actor probar su mejor título, reclamando la cosa de quien la posea con menor derecho. (**STS de 5 de febrero de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante ejercía acción reivindicatoria para que se dictara sentencia en la que se declarara, en primer lugar, que el triángulo sito en la caseta del repetidor de las demandadas invadía la finca de la actora, solicitando el derribo; y, en segundo lugar, que otra porción señalada era de exclusiva propiedad de la actora, por lo que las demandadas debían proceder al retiro de todos los detritos, rocas y escombras.

A partir del relato de la sentencia, cabe deducir que en apelación se desestimó la acción reivindicatoria, pero declaró la mejor posesión de la actora, condenando a las codemandadas a pasar por lo solicitado en la demanda. Una de las demandadas recurre en casación. (*B. F. G.*)

**57. Tercería de dominio. La condición de tercero puede estar referida al bien sobre el que se promueve, aunque se sea parte en el pleito que motiva la propia tercería.**—Ciertamente, la reclamante no es tercero por haber sido parte en el juicio ejecutivo. Pero sí es tercero respecto al bien embargado. Éste es un bien privativo y la fianza o aval sólo alcanzaba a los bienes gananciales, en virtud de la concreción del poder de representación concedido. Por tanto, la tercería de dominio, cuya función es alzar el embargo trabado indebidamente, puede darse por una parte respecto a un bien que no cabía ser objeto del mismo.

**Tercería de dominio. Cumplimiento de la condición de tercero cuando no se está vinculado como sujeto pasivo al pago del crédito para cuya efectividad se realizó el embargo.**—A diferencia de la acción reivindicatoria, en la tercería de dominio no se trata de declarar, ni recuperar el dominio de la cosa, sino de liberar del embargo bienes indebidamente trabados, por no estar

en el caso de responder de la deuda en ejecución, excluyéndoles de la vía de apremio, lo que presupone, ineludiblemente, la exigencia de que el tercerista no esté de algún modo vinculado, como sujeto pasivo, al pago del crédito para cuya efectividad se realizó la traba, esto es, que, con relación a dicho crédito, tenga la condición de tercero (SSTS de 29 de octubre de 1984, de 11 de abril de 1988 y de 20 de marzo de 1989). **(STS de 27 de noviembre de 2003; ha lugar.)**

**HECHOS.**—Por doña F. G. O. se siguió tercería de dominio contra la entidad B. O., S. A. y otros, en reivindicación de un bien inmueble sobre el que se había trabado embargo en juicio ejecutivo seguido por la mercantil antes mencionada contra el esposo de doña F. G. O. y contra esta misma en su cualidad de garante del marido. Aducía en la tercería la actora que por el aval sólo quedaban afectados los bienes comunes o gananciales del matrimonio, quedando excluidos los privativos. Por el Banco se opuso que no podía prosperar la tercería planteada, toda vez que la reclamante no tenía la condición de «tercero», pues era parte en el pleito principal que motivaba la posterior reclamación del dominio. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Alicante acogieron la oposición de los demandados y no dieron lugar a la tercería. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora. *(L. A. G. D.)*

**58. Naturaleza jurídica de la propiedad horizontal.**—El Tribunal Supremo señala que la propiedad horizontal no es un tipo común de comunidad de bienes, es decir, una copropiedad romana pro indiviso de los artículos 392 y siguientes CC, sino un supuesto de coexistencia de propiedad privada sobre los elementos privativos y comunidad sobre los elementos comunes. Cuando estamos ante un edificio, un complejo urbanístico, un centro comercial u otros casos en que coexistan elementos privativos y comunes, únicamente nos podemos acoger a la Ley de Propiedad Horizontal para sancionar tal existencia y regular sus relaciones de derechos y deberes, toma de acuerdos y participación en los gastos, pues no hay que olvidar que el artículo 3.1 CC incluye la realidad social como un elemento de interpretación de la ley.

Este tipo de propiedad especial era concebida en un principio como un edificio en que sus viviendas y locales pertenecían en propiedad privada a diferentes sujetos, que eran copropietarios de los elementos comunes. Sin embargo, este concepto se va complicando cuando lo que existe no es una comunidad de vida, sino tan sólo una comunidad de intereses económicos.

**Alcance del litisconsorcio pasivo necesario.**—El litisconsorcio pasivo necesario supone que el órgano judicial sólo debe pronunciarse sobre la pretensión del actor que afecte a varias personas cuando todas ellas estén presentes en el proceso. Sería contrario al principio de la tutela judicial efectiva que la resolución del órgano judicial alcanzara a personas que no han sido partes procesales. Esta figura procesal tiene su fundamento en el cumplimiento de varias necesidades: 1) evitar los fallos contradictorios; 2) hacer efectivo el principio de audiencia bilateral; 3) evitar la posibilidad de condena a alguna persona sin haberla oído, con violación incluso del artículo 24 CE. El litisconsorcio pasivo necesario se rige por el principio impuesto a los órganos judiciales de cuidar que los litigios se ventilen con la presencia de todos aquellos que

pudieran resultar afectados por el fallo a dictar e impedir que nadie pueda ser condenado sin ser oído. (STS de 5 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Se produce una agrupación de tres fincas y se construye un centro comercial, del que se dividieron cinco fincas y resultó un régimen de propiedad horizontal de dicho centro comercial, «Nuevo Centro». Se constituye así una agrupación de propietarios de elementos procomunales (instalaciones de aire acondicionado, de prevención y extinción de incendios, electricidad, ascensores) y de elementos privativos de cada finca. Cada propietario asume la obligación *propter rem* de pagar los gastos comunes, procomunales y privativos de su finca, según los coeficientes asignados a cada uno.

Uno de los propietarios formula acción de impugnación de los coeficientes, no de su edificio, sino de los procomunales y de los comunes del centro comercial. En su demanda se pretende la declaración de nulidad de dichos coeficientes, sin precisar exactamente cuáles eran, y que se establezcan los correctos. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda al estimar la excepción dilatoria de inadecuación del procedimiento, por sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, opuesta por los demandados. Esta decisión se recurre en apelación, donde la Audiencia estima la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, al no haber sido demandados todos los propietarios de los locales a los que iba a afectar el fallo de la sentencia. La parte demandante interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo, tras poner de manifiesto la complejidad de los estatutos del centro comercial, vuelve a confirmar la sentencia de la Audiencia, justificando esta decisión en la falta de litisconsorcio pasivo necesario, pues la nulidad de los porcentajes y el establecimiento de unos nuevos afectaría directamente a quienes no han sido constituidos como parte. (S. L. M.)

**59. Los muros como elementos comunes.**—Conforme al artículo 396 CC, los muros son siempre elementos comunes, ya sean paredes maestras o de sustentación, ya paredes divisorias o de separación. Estas últimas tienen como función la delimitación del espacio correspondiente al edificio, marcando el perímetro con relación a otro distinto. Para derruir estos muros de separación es necesario contar con la concurrencia de la unánime voluntad de los propietarios del edificio, incluso aunque los locales que se quieran unir pertenezcan a la misma persona. (STS de 30 de enero de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—El demandante es propietario de dos locales (planta sótano número 1 y planta baja número 2). El actor abrió una puerta en la celosía de la valla que bordeaba la totalidad del edificio, procediendo a dejar la entrada correspondiente a la planta baja abierta directamente a la calle. Los demandados no están de acuerdo con estas obras y repusieron la celosía al estado anterior. Don A. interpone demanda sobre reclamación de cantidad, solicitando una indemnización por los gastos realizados y otra como resarcimiento por la no explotación del negocio durante cuatro años. El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda, interpo-

niéndose recurso de apelación por la parte actora. La Audiencia estima en parte el recurso, en el sentido de revocar íntegramente la sentencia de instancia, salvo el pronunciamiento relativo a la apertura de la puerta del sótano que no se había realizado con la autorización de la comunidad de propietarios; igualmente condena a los demandados a que le abonen a don A. una indemnización por los gastos realizados y por el lucro cesante al no haber podido arrendar el local comercial en el período de tiempo antes comentado.

Los demandados acuden en casación ante el Tribunal Supremo, alegando la infracción de los artículos 7.2 LPH y 396 CC. El Alto Tribunal centra la cuestión litigiosa en determinar si el demandante tenía o no derecho a llevar a cabo el derribo de la celosía, pues eso supone una apropiación de elementos comunes. Se mantiene la condición de elemento común de la celosía, por cuanto delimita el edificio y constituye un muro de cierre y delimitación del mismo. Las obras realizadas por el actor afectan al título constitutivo y, en consecuencia, deben estar sujetas al régimen de unanimidad de los propietarios (art. 17 LPH), al alterar aquéllas el estado exterior del inmueble. Según el Tribunal Supremo, al reponer la comunidad la celosía al estado anterior, no se está ante un supuesto de obras ilegales a cargo de la misma que merezcan reparación alguna ni cabe la posibilidad de indemnización por daños y perjuicios. Por este motivo se estima el recurso de casación, confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. (S. L. M.)

**60. Acción confesoria de servidumbres.**—La acción confesoria de servidumbres es «una acción principalmente declarativa, aunque a la declaración del derecho vaya unida la restitución o constitución efectiva del gravamen, como acción correspondiente al titular de la servidumbre que tiende a declarar el gravamen a cargo de fundo ajeno (STS de 18 de marzo de 1994)».

**Una comunidad de propietarios tiene legitimación *ad processum*.**—En el recuso de casación interpuesto por la comunidad de propietarios del paseo de Rambleta alega la recurrente la falta de legitimación *ad processum* para ser demandada. «El que la comunidad de propietarios que regula la Ley 49/1960 carezca de personalidad jurídica —STS de 24 de diciembre de 1986— no impide reconocerle capacidad para ser parte en el proceso —art. 6.1.5.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil— ni, en general, que ostente la condición de centro de imputación de ciertas consecuencias jurídicas, como realidad unitaria, con derechos e intereses que ejercitar y, en su caso, que defender, por medio de su órgano de representación».

**Una comunidad de propietarios puede tener legitimación *ad causam*.**—«La legitimación *ad causam* determina en función de la relación existente entre una persona determinada y la situación jurídica en litigio. Consiste, como ha declarado la STS de 28 de febrero de 2002 —en términos similares a la de 18 de marzo de 2003—, en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material del objeto del pleito que determina la aptitud para actuar en el mismo como parte. La STS de 28 de diciembre de 2001, en contemplación de su modalidad pasiva, la identifica con la cualidad de un sujeto en relación con la afirmación deducida en un determinado proceso respecto de un acto, de un negocio, relación o situación jurídica, en cuya

virtud se explica la posición de demandado del llamado a juicio con tal condición».

**Legitimación pasiva del Presidente de una comunidad de propietarios. Ámbito objetivo de la misma.**—Las situaciones liticonsorciales pasivas necesarias reclaman que la demanda se dirija contra dos o más personas. Se trata de una exigencia de la norma jurídica –litisconsorcio pasivo necesario propio– o de una consecuencia de tener la relación litigiosa una naturaleza común e inescindible respecto de todas ellas –SSTS de 10 de marzo de 1980 y 30 de junio de 2003– o de afectar directamente a toda la decisión sobre el fondo –SSTS de 29 de mayo de 1981, 20 de diciembre de 2002 y 24 de abril de 2003– en relación con el derecho de defensa –litisconsorcio pasivo necesario impropio–.

En el régimen de la Propiedad Horizontal, la coexistencia de derechos exclusivos de cada titular con derechos compartidos por una colectividad de personas impuso la creación de órganos de gestión y administración y la distribución de competencias en la defensa de los correspondientes derechos e intereses. A la comunidad, representada por su Presidente, incumbe la defensa de sus intereses en todos los asuntos que le afecten, según establece el artículo 12 de la Ley –en la redacción dada por la Ley 8/1999– y a cada propietario la de los suyos propios en cuanto derivados de elementos privativos.

«Por ello, presupuesto de la legitimación pasiva del Presidente es que su actuación como órgano de la comunidad no supere el ámbito objetivo del poder de representación que como tal tiene conferido –art. 12.1–, el cual coincide con el de la competencia del órgano principal de la Comunidad –art. 13.5/14c–, esto es, los asuntos que afectan a la comunidad. Así lo ha declarado reiteradamente esta Sala –SSTS de 9 de julio y 30 de octubre de 1986– que, consecuentemente, no exige que la demanda se dirija también específicamente contra los propietarios cuando los asuntos sean de aquella condición –SSTS de 27 de noviembre de 1986 y 25 de noviembre de 1988–, ya que, en tal caso, los órganos de la comunidad se bastan para una válida defensa de los intereses que determinaron su creación como centro de imputación de competencias». (STS de 29 de marzo de 2004; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Badalona se interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía por don L. y don I. B. S. contra la comunidad de propietarios (parking) del paseo de la Rambleta s/n y contra la comunidad de propietarios del paseo de Rambleta núms. 15 y 16 y núm. 22 de la calle Maragall de la misma localidad, sobre reconocimiento del derecho de servidumbre de paso. En concreto se solicitaba que los demandantes ostentaban un derecho de servidumbre voluntaria de paso para el tránsito de vehículos y personas sobre elementos comunes de ambas comunidades, así como la condena a las comunidades a tolerar la realización de las obras necesarias para el ejercicio del referido derecho real sobre cosa ajena –en particular, la demolición de una parte de un muro de separación–.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando íntegramente la demanda. Se interpuso recurso de apelación por la comunidad de propietarios demandada que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Barcelona. Se interpuso recurso de casa-

ción por la mencionada comunidad. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—Al recaer la servidumbre sobre elementos comunes de la comunidad de propietarios y no sobre elementos privativos no procede llamar al proceso individualmente a los propietarios integrantes de la comunidad demandada. En este sentido viene recalando la jurisprudencia del Tribunal Supremo que para que opere la forzosidad del litis consorcio pasivo necesario se exige unidad de relación material que vincule a los interesados de manera que fuesen titulares de un derecho susceptible de padecer lesión a consecuencia de la sentencia por hallarse directa e inseparablemente ligado *in actu* tal derecho a la relación jurídica material nacida del contrato. (M. F. N. C.)

**61. Facultades que integran la propiedad intelectual respecto de una obra literaria.**—La propiedad intelectual de una obra literaria está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de su obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley (art. 2 TRLPI). Son objeto de la propiedad intelectual las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas en cualquier medio o soporte, y, entre ellos, los libros, folletos, impresos, escritos, etc., y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza [art. 10.1.a) TRLPI]. El artículo 14 TRLPI contiene una serie de facultades que integran el derecho moral de autor, mientras que el artículo 17 TRLPI se refiere a los derechos de explotación.

**Concepto de plagio.**—Se entiende por plagio todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial. Se trata de una actividad material mecanizada, poco intelectual y poco creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano. Las situaciones de plagio pueden ser de dos tipos: a) las de identidad total entre la obra plagiada y el plagio; b) las situaciones encubiertas pero que descubren, al despojarse de los ardides y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo intelectual. No se produce confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado con los datos que las ciencias aportan para el acceso y el conocimiento por todos. Por tanto, el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales. (STS de 26 de noviembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El Ayuntamiento de Arcos de la Frontera viene editando y distribuyendo, además de facilitar textos para suplementos extraordinarios de dos diarios, unos folletos sobre la localidad de Arcos de la Frontera, que transcriben parte del trabajo realizado por don M. en tres guías turísticas. Éste interpone demanda solicitando que se declare la existencia de plagio, el cese de la actividad ilícita, la retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y una indemnización por daños materiales y morales, entre otras cosas. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda en lo esencial y la parte demandada interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial estima el recurso, argumentando que si bien existe una coinci-

denia casi total entre los textos, ello no implica la declaración de plagio, pues al describir los mismos monumentos, se emplea una «terminología que cualquier conocedor del arte forzosamente debe utilizar».

Finalmente, el actor interpone recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 1, 2, 10, 14, 17 y siguientes de la LPI de 1987. El Tribunal Supremo entiende que se han vulnerado dichos preceptos porque las descripciones contenidas en las guías turísticas constituyen obras, según el TRLPI, y el Ayuntamiento reprodujo los contenidos literalmente, pudiendo haberse expresado de múltiples maneras diferentes a la hora de describir los monumentos. Explica aquí la doctrina sobre el plagio (STS de 28 de enero de 1995) y declara la existencia del mismo, revocando la sentencia de la Audiencia y confirmando la de instancia. (S. L. M.)

**62. Concepto de buena fe registral.**—El concepto de buena fe se concreta, aplicado en el ámbito del Derecho inmobiliario registral, en *el desconocimiento de la inexactitud registral o de los vicios que pueda adolecer la titularidad registrada del transferente*.

**Buena fe del tercero: cuestión de hecho.**—La determinación de la buena fe del tercer adquirente es cuestión de hecho que corresponde valorar a los Tribunales de instancia, *salvo que ésta resulte ilógica, contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica*. (STS de 17 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiendo sido declarada, por la Audiencia Provincial de Navarra, la nulidad de dos compraventas consecutivas del mismo inmueble y la nulidad de las consiguientes inscripciones registrales, se recurrió en casación alegando, entre otros motivos, la infracción de las normas de la Ley hipotecaria que, a juicio de la parte recurrente, debieron ser aplicadas a favor de considerar la validez de la segunda adquisición, por tratarse de un tercero hipotecario (artículo 34 LH). En este sentido, la parte recurrente denuncia que la Audiencia ha valorado el conocimiento que tuvo de las irregularidades al tiempo de la inscripción, y sostiene que este momento no es relevante para valorar la concurrencia de la buena fe en el adquirente. Existe relación de parentesco entre las codemandadas, vendedora y compradora. (C. J. D.)

## DERECHO DE FAMILIA

**63. Alimentos legales. No existe litisconsorcio pasivo necesario entre los progenitores con obligación de prestar alimentos cuando uno de ellos asumió una cuota perfectamente determinada y establecida. La obligación de alimentos no es solidaria, sino mancomunada, cuando hay pluralidad de alimentantes.**—Plantea el motivo la excepción de falta de litisconsorcio pasivo al no haber sido traída al pleito la madre. En esta cuestión ha de tenerse en cuenta que la obligación de prestar alimentos no es solidaria a cargo de los progenitores, sino mancomunada y en proporción a sus cauda-

les respectivos, y cuando la obligación recae sobre ambos, en conformidad al artículo 145 CC (SS de 12 de abril y 5 de noviembre de 1996).

Aquí sucede que sin dejar de lado las prestaciones, asistencia y cuidados que pueden tener lugar a cargo de la madre, el recurrente asumió una cuota perfectamente determinada y establecida, como dice la sentencia recurrida y dice bien y con todo acierto, tratándose de cuota que no cabe compartir con la madre y así se vino respetando y cumpliendo la obligación contraída hasta que el obligado de forma unilateral y voluntaria dejó de atender la referida carga pecuniaria por alimentos y por el solo hecho de haber llegado su hija a la mayoría de edad.

El motivo no prospera.

**La obligación de alimentos no se extingue por el mero hecho de alcanzar la alimentista la mayoría de edad; es preciso demostrar una alteración en la fortuna del alimentante y en las circunstancias vitales de la alimentista.**—La sentencia recurrida sienta como hechos probados, los que acceden firmes a casación, que no se demostró que la fortuna considerable del padre hubiera disminuido ni tampoco se hubiera producido alteración en el estatus de la hija, no obstante haber trabajado unos meses, como tampoco que sus circunstancias vitales no habían variado esencialmente, manteniéndose la situación anterior y, por ello, persistían las necesidades de la demandada, que actualizan su derecho a recibir los alimentos a los que se obligó el recurrente, pues no se probó debidamente que contara con recursos propios y suficientes.

No se dan, en consecuencia, los supuestos previstos en los números 3.º y 5.º del artículo 152, conforme al *factum* que el Tribunal de Instancia declaró acreditado. El motivo no prospera, pues los derechos de los hijos a la prestación de alimentos no cesan automáticamente por haber alcanzado la mayoría de edad, sino que subsisten si se mantiene la situación de necesidad no imputable a ellos, conforme ha declarado esta Sala de Casación Civil en SS de 24 de abril y 30 de diciembre de 2000 y resulta decretado en el artículo 39.3 CE. (STS de 28 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La hija extramatrimonial de un señor le demanda reclamándole el pago de la pensión alimenticia que se había establecido en el procedimiento de filiación y que había sido aumentada a consecuencia de una transacción posterior. El alimentante había suspendido el pago de la pensión al alcanzar su hija la mayoría de edad. Apelada por el alimentante la sentencia de instancia, la Audiencia Provincial desestima su recurso por entender que la mayoría de edad de la alimentista no es por sí sola causa de extinción de la pensión, argumento que avala el Tribunal Supremo en la sentencia de casación. (M. C. B.)

**64. El ajuar de la vivienda habitual (párrafo segundo del art. 1321 CC).**—El párrafo segundo del artículo 1321 CC determina que los objetos y alhajas de extraordinario valor no estarán comprendidos en el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos y los excluye de la dispensa que el párrafo anterior de ese mismo artículo otorga al cónyuge viudo. Sin embargo, indica el Tribunal Supremo, esa exclusión del párrafo segundo ha de interpretarse con espíritu generoso a favor del cónyuge viudo, debiendo tenerse en cuenta la condición y el estatus socioeconómi-

co de cada familia y excluyendo únicamente aquellos objetos que sean especialmente valiosos, para cuya determinación se atenderá al volumen patrimonial de la familia.

**Prescripción adquisitiva de bienes muebles.**—A este respecto, señala el Tribunal Supremo en esta sentencia que tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria no pueden tener lugar, en armonía con el artículo 1941 CC, sin la base cierta de una posesión continuada durante todo el tiempo necesario para conseguir la posesión en concepto de dueño. Esta posesión en concepto de dueño constituye un requisito esencial de la usucapión ordinaria y de la extraordinaria, y no es un concepto puramente subjetivo o intencional, ya que el poseedor por mera tolerancia o por título personal, reconociendo el dominio en otra persona, no puede adquirir por prescripción, aunque quiera dejar de poseer en un concepto y pasar al *animus domini*. (STS de 16 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. interpone demanda sobre acción reivindicatoria contra doña M.<sup>a</sup> S., reclamando una serie de bienes muebles y enseres a la demandada y solicitando el disfrute de los mismos de forma pacífica y sin perturbación alguna.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, condenando a la demandada a devolver y entregar al demandante todos los muebles y enseres solicitados en la demanda a excepción de tres. Doña M.<sup>a</sup> S. interpone recurso de apelación, que es desestimado por la Audiencia Provincial, decisión frente a la cual acude en casación ante el Tribunal Supremo. En esta instancia alega la infracción de los artículos 632, 1321 y 1491, todos ellos del CC. El Tribunal Supremo llega a la conclusión de que, a partir de la prueba practicada y teniendo en cuenta la posición económica y social del actor, no se puede deducir que los muebles y objetos reivindicados tengan un especial valor al lado del resto de cosas que componían el mobiliario y el ajuar doméstico, pues prácticamente son todos los que servían para amueblar las principales dependencias de la casa. Por tanto, no pueden ser excluidos del ajuar doméstico, tal como pretendía la demandada. También se desestima el motivo referente a la prescripción. (S. L. M.)

#### **65. Carácter privativo del derecho a la pensión de jubilación.**—

La sentencia impugnada no infringe los preceptos que la recurrente considera vulnerados, sino que se ajusta a cuanto previene el artículo 1349 CC, que es el último que se menciona en el recurso, que afirma el carácter privativo del derecho de pensión perteneciente a uno de los cónyuges, cual en el presente caso acontece, pues la pensión de jubilación controvertida corresponde exclusivamente al esposo de la demandada, que la generó con su actividad laboral, y su nacimiento y su extinción dependen de vicisitudes estrictamente personales del mismo (el hecho de su jubilación, en cuanto al primero, y el de su eventual fallecimiento, respecto a la segunda).

**Utilización del mecanismo previsto en el artículo 1373 CC para proteger los intereses del cónyuge del deudor.**—El artículo 1373 CC autoriza el embargo de bienes gananciales para el caso de que los bienes propios del cónyuge deudor no fueran suficientes para hacer efectivas sus deudas, estableciendo un mecanismo para proteger los intereses del otro cónyuge, que

precisamente ha utilizado la recurrente en el proceso de que el presente recurso trae causa. (STS de 20 de diciembre de 2003, no ha lugar.)

HECHOS.—En la pieza de responsabilidades civiles derivada de Diligencias Previas penales se embargaron determinados bienes supuestamente pertenecientes al imputado. La esposa del imputado demandó a éste, al Ministerio Fiscal y al Banco de Valencia solicitando que se declarase que los bienes embargados eran gananciales y que, por ser la deuda del marido de carácter privativo, se le concediera un plazo para liquidar la sociedad de gananciales y concretar el embargo sobre los bienes que pudieran corresponder a su esposo en esa liquidación. El Juzgado de Primera Instancia acogió totalmente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por el Banco de Valencia declarando que la pensión de jubilación que percibía el marido de la demandante era un bien privativo de éste y, por lo tanto, no quedaba afecto a la liquidación de la sociedad de gananciales. Interpuesto recurso de casación por la demandante, fue rechazado por el Tribunal Supremo. (L. F. R. S.)

**66. Sentencia canónica de nulidad matrimonial: homologación: efectos.**—La jurisdicción del orden civil es competente para conocer de las causas de nulidad del matrimonio, cualquiera que haya sido su forma de celebración, y el objeto de este juicio, en atención a la índole del procedimiento seguido y a la demanda reconvenional, no quedó limitado al tema de la homologación de la sentencia canónica de nulidad, sino que se extiende a los efectos civiles de la nulidad declarada, los cuales se rigen por el Derecho civil y no por el Derecho canónico; aparte de que se ha planteado también la cuestión de la relación de las consecuencias de la nulidad con las ya definitivamente establecidas en una anterior sentencia de divorcio, cuya resolución es de la exclusiva competencia de la jurisdicción civil estatal. (STS de 25 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Parece que la sentencia extractada mezcla indiscriminadamente cuestiones diferentes, pese a lograr un resultado equitativo (evitar que triunfe la mala fe del marido frente a la buena fe de la esposa). Sabido es que los cónyuges que han celebrado matrimonio canónico pueden acudir a los Tribunales de la Iglesia solicitando la nulidad con base en este ordenamiento y el artículo 80 CC les permite homologar la sentencia obtenida ante aquéllos para la producción de efectos civiles. Tema debatido es si tal homologación es posible cuando previamente los cónyuges habían obtenido sentencia de divorcio, cuestión que aquí, sin embargo, no se aborda. En el presente caso ninguno de los interesados había interpuesto acción civil de nulidad matrimonial, por lo cual pueden considerarse *obiter dictum* las declaraciones a este respecto. Mientras el Juzgado de Primera Instancia aplicó correctamente la homologación solicitada, la Audiencia Provincial, al resolver la apelación interpuesta por la esposa, enturbió procesalmente las cuestiones debatidas al declarar la mala fe del marido y la buena fe de la esposa, al tiempo que declara el derecho de la misma a percibir en concepto de indemnización la cantidad mensual que venía percibiendo *ex ratione divortii*. Denun-

ciado por el marido el exceso de jurisdicción, el FD 2.º acumula argumentos para rechazar el recurso por tal motivo, mientras que se confirma la sentencia dictada en apelación. (G. G. C.)

**67. Sociedad de gananciales: fecha de la disolución.**—Al establecer el artículo 95, párrafo 1.º, CC que la sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico-matrimonial se está refiriendo al concepto de *sentencias firmes* del artículo 369 LEC 1881, o del artículo 207.2 LEC 2000. En el presente caso, interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial que decretó la separación, tal sentencia no alcanzó firmeza hasta la sentencia de este Tribunal de 18 septiembre 1986, sin perjuicio de que no fuera recurrido el pronunciamiento sobre la separación sino la declaración de culpabilidad en cuanto a la causa de separación y a los efectos en relación con la patria potestad. El concepto de sentencia firme no se alcanza, a tenor del artículo 369 LEC 1881, en relación con el artículo 245-3.º LOPJ, sino cuando contra la sentencia no procede recurso alguno, ordinario ni extraordinario, ya por su naturaleza, ya por haber sido consentido por las partes, habiendo declarado la STS de 19 noviembre 1941 que los principios de orden procesal señalan de un modo general el momento de la publicación de la sentencia como el momento de la producción de sus efectos para las partes y para el exterior, reconociendo la doctrina que normalmente el efecto de la firmeza de la resolución va unido al de su ejecutoriedad.

**Primas pagadas con dinero ganancial.**—La sentencia recurrida incurre en error cuando accede a que se reduzca el importe del rescate de la prima del seguro de vida, como valor a satisfacer por el marido a la sociedad de gananciales, ya que lo que debe reembolsar son las cantidades por él satisfechas con dinero ganancial para el pago de las primas del seguro de vida por él concertado.

**Naturaleza de los regalos de boda hechos a la esposa.**—Se equivoca la Sala de instancia cuando atribuye a los regalos de boda cuestionados la condición de gananciales, pues constituyen donaciones por razón de matrimonio conforme al artículo 1336 CC, que por realizarse antes de celebrarse el matrimonio nunca pueden calificarse de consorciales, debiendo aplicarse el artículo 1339 CC según el cual, habiéndose acreditado que tales regalos fueron hechos exclusivamente a la esposa, y no conjuntamente a ambos, no existe sobre ellos un proindiviso.

**Incremento de valor de los bienes privativos.**—Declarado el carácter privativo de la farmacia no puede tomarse en cuenta el posible incremento del valor de la misma debido a la dedicación habitual de su propietario privativo, sin que conste que la esposa haya colaborado con su actividad a la explotación de la misma. En cuanto a la inversión de fondos comunes sólo está probada la realizada para la compra de los productos a vender, existentes al momento de la disolución de la sociedad.

**Incongruencia omisiva.**—Sólo está legitimada para hacerla valer aquella parte sobre cuya petición ha recaído tal omisión de pronunciamiento por ser quien sufre el gravamen que tal defecto implica. (STS de 30 de enero de 2004; ha lugar en parte.) (G. G. C.)

**68. Sociedad de gananciales: separación: naturaleza del Convenio regulador: rescisión por lesión.**—Es un efectivo negocio de naturaleza mixta al intervenir en su perfección y consolidación la autoridad judicial que no

elimina ni desplaza su naturaleza esencial de tipo contractual privado, ya que su elaboración dimana de la voluntad de los otorgantes que se expresa en el acto material de llevar a cabo la división y adjudicación del haber ganancial. No se está en presencia de la mera omisión de bienes relevantes, cuya subsanación procedería conforme al artículo 1079 CC, sino que la cuestión nuclear del recurso radica en si procede rescindir por lesión tal Convenio; respuesta que ha de ser afirmativa siguiendo la doctrina de la STS de 8 marzo 1995, que declara que tal negocio no es propia transacción pues las partes nada discuten sobre sus derechos en la titularidad y aceptan transformar sus cuotas (participaciones abstractas) en titularidades concretas sobre objetos singulares por propias conveniencias; lo mismo que todo contrato de partición es el resultado de un equilibrio de intereses y una composición de los mismos, por lo que tan fuera de lugar estaría denominarla jurídicamente transacción como a cualquier contrato oneroso. Si la partición no es, por sí misma, una transacción, no hay ninguna posibilidad legal de eximirla de su sujeción a rescisión por lesión según el artículo 1704 CC, que es aplicable a la partición de la sociedad de gananciales disuelta por mandato del artículo 1410 CC; sin que a ello obste que haya ocurrido con ocasión de un Convenio regulador de separación matrimonial, como ya dijo la STS de 26 de enero de 1993 para caso igual y cuya doctrina se da por reproducida.

**Lesión en más de la cuarta parte.**—Después de las operaciones procedentes se integra el patrimonio ganancial hasta alcanzar la suma de 17.677.721 pesetas, mientras que el Convenio Regulador lo había fijado en 10.500.000 pesetas, lo que evidencia que la lesión en más de la cuarta parte ha tenido lugar (STS de 10 de diciembre de 2003; ha lugar.) (G. G. C.)

**69. Matrimonio: sentencias de separación y divorcio: uso de la vivienda familiar reconocido a la esposa: preferencia de la hipoteca inscrita anteriormente.**—Dice la STS de 11 de diciembre de 1992 que, hoy en día, teniendo cuenta los artículos 1320 y 96 CC, 94.1 RH y DA 9.<sup>a</sup> de la Ley de 7 de julio de 1981, que obstaculizan o condicionan la comisión de fraudes o errores perjudiciales por disposición unilateral, no parece dudoso que dicho uso deba configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al Registro de la Propiedad cuya extensión y límites viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza u homologa y, en estos términos, constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quienes sean sus posteriores titulares, todo ello sin perjuicio de las reglas que establece el Derecho inmobiliario registral. En este caso, no cabe, sin embargo, hacerlo valer frente a los terceros adquirentes de buena fe pues la sentencia de divorcio es posterior a la fecha en que, por ejecución de hipoteca anteriormente inscrita, se extinguió el derecho de propiedad del marido y el usufructo otorgado a la esposa. El derecho de uso de la vivienda familiar regulado en el artículo 96 CC se caracteriza por su provisionalidad y temporalidad, y su mantenimiento con carácter indefinido, durante toda la vida de la beneficiaria del mismo, frente a los terceros adquirentes de buena fe, contraviene los aludidos caracteres, y entrañaría el que las necesidades familiares (desaparecidas al haber alcanzado la mayoría el menor de los hijos), sean sufragados por terceros extraños a quienes en todo momento se les ocultó la existencia de ese derecho de uso. (STS de 22 de abril de 2004; ha lugar.)

**HECHOS.**—El 2 de noviembre de 1979 el marido constituye hipoteca sobre dos pisos de su propiedad, que se inscribe en el Regis-

tro de la Propiedad el 4 de junio de 1980. El 5 de noviembre de 1979 los cónyuges firman un acuerdo privado de separación en el que el marido se compromete a otorgar escritura de usufructo a favor de su esposa sobre uno de los pisos hipotecados, formalizándose en escritura de 8 de noviembre de 1979 inscrita en el Registro de la Propiedad el 4 de junio de 1980. El 20 de diciembre de 1986 se decreta por el Juez, al ejecutarse la hipoteca, la cancelación del usufructo. En sucesivas sentencias de 1982 y 1988 el Juez acuerda la separación y el divorcio de los cónyuges, atribuyendo a la esposa la guarda del hijo menor del matrimonio, a la sazón de 17 años de edad, y el uso de la vivienda familiar conforme al artículo 96 CC. Está acreditado que no accedieron al Registro de la Propiedad las sentencias matrimoniales, y que notificada a la esposa, en el procedimiento del artículo 131 LH, la existencia de la ejecución hipotecaria, ésta no puso en conocimiento del Juzgado la existencia de su derecho de uso judicialmente concedido, sino únicamente su derecho de usufructo.

Esta compleja relación fáctica muestra que, a veces, lo mejor es enemigo de lo bueno. Nadie duda de que la constitución de un derecho de usufructo a favor de la esposa refuerza considerablemente el derecho de uso atribuido judicialmente, aunque, en este caso, la buena fe del marido aparece en entredicho. Se comprende, por otra parte, que la esposa creyera que su posición jurídica estaba garantizada a todo evento; a diferencia de lo que insinúa la sentencia extractada, no me parece que pueda ponerse en entredicho su buena fe. Pero lo indudable y decisivo ha sido la buena fe de los terceros adquirentes de la vivienda que justifica la estimación del recurso. (G. G. C.)

**70. Unión de hecho: ruptura unilateral de la convivencia: no se prueba el enriquecimiento injusto.**—Se trata de una convivencia de hecho que duró más de veinte años de la que nacieron dos hijos que ya son mayores de edad; lo que inicialmente sustenta la tesis indemnizatoria de la mujer. Pero del *factum* de la sentencia recurrida se desprende que no se ha comprobado que la demandante se hiciera cargo del mantenimiento del demandado por algún tiempo, sufragando aquélla con el producto de su trabajo los gastos ordinarios generados por el conviviente; tampoco se justifica pacto alguno respecto al posible régimen económico o la existencia de un patrimonio común; no constan bienes adquiridos durante la relación estable referida, probándose únicamente la existencia de una cuenta corriente indistinta, cancelada en 1993, con un movimiento de partidas que nunca supera el saldo favorable de medio millón de pesetas y donde, a falta de otra prueba, se constata la existencia de diferentes ingresos procedentes del trabajo del conviviente sin que se acrediten ingresos procedentes del trabajo de la demandante. Además, hay razones para dudar de la precariedad económica que invoca la actora, pues reconoce haber ejercido durante años la actividad de peluquería de canes, desconociéndose el nivel de ingresos percibido, y sin que se justifique que de las ganancias obtenidas con dicho trabajo se beneficiara el demandado, pudiéndose deducir, más bien, la existencia de dos economías separadas, sin que se demostrara la dedicación de la mujer al hogar de manera exclusiva. Todo ello hace que no se deba tener en cuenta la teoría del enriquecimiento injusto ya que no se ha demostrado un perjuicio patrimonial que le afecte, ni un enriquecimiento consecuente en el patrimonio de su pareja; y,

sobre todo, no se ha comprobado que uno sólo de los miembros de la pareja se haya aprovechado del trabajo y esperanzas del otro, y no se ha determinado patrimonio alguno adquirido durante la convivencia. (STS de 5 de febrero de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—La Sentencia de la que ha sido Pte. Sierra Gil de la Sierra comienza describiendo la situación legal de las parejas de hecho en nuestra legislación, recordando la doctrina jurisprudencial que han ido elaborando el Tribunal Constitucional y la Sala 1.ª Tribunal Supremo, especialmente en los casos de disolución o ruptura unilateral de la convivencia, afirmando que ante dicha cuestión la jurisprudencia de esta Sala ha tenido en cuenta caso por caso y a la especialidad de cada uno le ha aplicado la norma más adecuada para la solución más justa. Salvo en los escasísimos supuestos en que no se ha estimado la demanda, por no ser aplicable la normativa (STS de 24 de noviembre de 1994) o por negar todo tipo de comunidad (STS de 22 de enero de 2001), la ruptura por decisión unilateral no ha sido admitida como causante de un perjuicio injusto para la parte más débil (en todos los casos, ésta era la mujer), sino que se le ha reparado acudiendo a distintas soluciones: estimando que se ha producido una responsabilidad extracontractual (STS de 16 de diciembre de 1996), o un enriquecimiento injusto (SSTS de 11 de diciembre de 1992 y 27 de marzo de 2001), o concediendo una pensión compensatoria (SSTS de 5 julio de 2001 y 16 de julio de 2002) o apreciando la existencia de una comunidad de bienes (SSTS de 18 de mayo de 1992 y 29 de octubre de 1997). A continuación analiza los hechos a la luz del principio del enriquecimiento injusto, llegando a una conclusión negativa con base en la doctrina extractada, del mismo modo que lo habían hecho ambas sentencias de instancia. (G. G. C.)

**71. Registro Civil. Filiación. Práctica de asiento negativo en el *petitum* de la demanda.**—La solicitud de la práctica de un asiento negativo, o cancelación de una inscripción, ha de acompañarse de la solicitud correspondiente a la causa determinante de tal petición, fundamentado en el artículo 164 del RRC. El motivo de la cancelación se configura alrededor de una pretensión de nulidad radical, que ha de articularse de manera adecuada en la demanda, sin que quepa reducirse exclusivamente a la exigencia de cancelación del asiento en cuestión. Ha de rechazarse la posibilidad de evitar la discusión de la filiación paterna a través de la obtención de la supresión de su constancia registral por el cauce de la destrucción de la inscripción de nacimiento por meras irregularidades formales.

**Nulidad del acto jurídico. Aplicación del artículo 6.3 CC.**—El artículo 6.3 contiene una norma medial, en cuanto se centra en la disposición conculcada, permitiendo crear el efecto previsto en aquella. Por ello, no siempre acarrea la nulidad del acto jurídico, sino únicamente cuando se establece por la norma infringida. Continuando la línea de las SSTS de 26 de julio de 1986, 17 de octubre de 1987 y 29 de octubre de 1990, han de clasificarse los actos contrarios a la ley en tres grupos: *a)* los que la nulidad se funda en un precepto terminante que así lo imponga; *b)* los que la norma disponga la validez de estos actos; *c)* y los que contraríen una norma que no

disponga acerca de su validez o nulidad. En estos casos, el Juzgador ha de ejercer la facultad discrecional para decidir la validez del acto, si la levedad del caso lo permite, o sancionando con la nulidad, si el acto contraría gravemente la ley, la moral o el orden público. (STS de 27 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don H. T. A. M. D. se presentó demanda contra el Ministerio Fiscal y contra la madre de su hijo, doña M. C. G. O. y el mismo don J. H. D. G. sobre cancelación del asiento de inscripción del nacimiento del demandado efectuada el 20 de septiembre de 1972 en el Registro Consular de la Embajada de España en Atenas, por defectos e irregularidades, solicitando la cancelación del asiento de la inscripción del nacimiento del demandado, sin que llegase a cuestionarse el conocimiento del demandante de la existencia del niño. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron la demanda. Contra la sentencia se interpuso recurso de casación con base en la infracción de los artículos 6.3 y 110 CC, y 42 LRC, y 166, 184 y 311 RRC. El Tribunal Supremo declaró no ha lugar. (P. S. S.)

**72. Patria potestad: filiación no matrimonial: privación al padre por incumplimiento de sus deberes: función tuitiva a favor de los hijos.**—La patria potestad sobre la prole actúa como derecho inherente a la paternidad y maternidad y tiene indudable función tutelar, al estar configurada como institución en función de los hijos según artículo 154 CC y SSTs de 18 de febrero de 1969, 9 de marzo de 1984, 30 de abril de 1991, 18 de octubre de 1996 y 5 de marzo de 1998), y no a favor exclusivo de uno de los progenitores. La protección a cargo de la familia, conforme al artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1969, que recoge el artículo 39 CE, en su vertiente obligatoria de derecho-función, llevó al legislador, como dice la STC de 9 de julio de 2002, a considerar el ejercicio correcto de la patria potestad y evitar que pueda resultar contrario a los intereses de los hijos, por lo que la aplicación del artículo 170 CC impone la necesidad de haberse probado en forma plena y convincente que ha concurrido un efectivo y voluntario incumplimiento por parte del padre al que se pretender privar de la patria potestad, y corresponde a los Tribunales establecer el alcance y gravedad de los incumplimientos imputados y las circunstancias concurrentes como decisivas para poder atribuir las consecuencias negativas de las acciones y omisiones denunciadas.

**Incumplimiento no imputable al padre.**—La menor nació el 21 de marzo de 1992 como fruto de la relación extramatrimonial que mantuvieron los litigantes: la ruptura de la pareja se produjo el 3 de junio de 1993, y el demandado tuvo que abandonar el domicilio común en Barcelona, llegando a dormir en su automóvil durante unos días, y un mes después la madre desocupó el que había sido domicilio común y disfrutaban en alquiler, trasladándose a vivir a otro distinto que ocultó celosamente y no comunicó al demandado ni a los abuelos paternos de la menor. Para constituir un caso de privación de la autoridad parental es necesario que el incumplimiento de los deberes que integran la misma sea grave y reiterado, ya de índole personal como patrimonial, y aparezca plenamente acreditado. En el presente caso se ha producido un efectivo acaparamiento de la menor por la madre y, si bien,

no es censurable en cuanto represente dedicación y cuidado continuo, pero lo que no cabe es que se utilice como arma para privar al padre de la patria potestad, ante las circunstancias concurrentes, debiendo concluirse que no existen causas ni razones válidas, intensas y suficientes para negar y privar al progenitor, en tanto la menor no pueda decidir por su cuenta, de la oportunidad, en el ámbito de la legalidad, de poder ejercer como padre y ostentar esta condición plenamente con el consiguiente cumplimiento de los deberes que le corresponden. (STS de 27 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar de la que ha sido Pte. Villagómez Rodil, pero probablemente ineficaz para restaurar, de hecho, la autoridad paterna, pues cabe pensar que si durante más de once años la madre ha logrado *acaparar* a la hija de la pareja, la figura del padre habrá desaparecido del horizonte vital de aquélla y el progenitor resultará un extraño cuando intente ejercitar el derecho de visita. Adviértase que la demanda de privación de la patria potestad es estimada por el Juzgado de Primera Instancia no habiendo comparecido el demandado, quizá por alguna manipulación sobre su domicilio para provocar la declaración de rebeldía. El padre, no obstante, se entera del proceso y logra interponer apelación obteniendo clara sentencia en su favor, que corrobora ahora el Tribunal Supremo. La situación fáctica de esta pareja fue típica entre nosotros hace un cuarto de siglo y parecía estar ahora en declive. (G. G. C.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**73. Derecho foral navarro: competencia del Tribunal Supremo para resolver el recurso de casación: sentencia pronunciada por Audiencia Provincial de otra Comunidad Autónoma.**—Pese al indiscutible contenido de Derecho foral navarro del litigio, este Tribunal asumió su competencia en virtud de su Auto de 9 de febrero de 1999, en cuya virtud se razonaba: 1. El artículo 73.1.a) LOPJ supedita la competencia de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer del recurso de casación fundado en infracción de normas de Derecho civil foral o especial al requisito de que la resolución recurrida se haya dictado por órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la C.A. cuyo Derecho civil foral o especial se considere infringido. 2) En consecuencia procede considerar competente a esta Sala para conocer del recurso de casación, ya que se funda en infracción de normas de Derecho civil foral navarro pero la sentencia recurrida no ha sido dictada por un órgano jurisdiccional de la C.A. de Navarra sino por la sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, manteniéndose el criterio seguido por esta Sala al abordar la misma cuestión en Auto de 21 de marzo de 1995.

**Protección de los hijos del matrimonio anterior: limitaciones de la facultad de disponer.**—El testador había tenido cuatro hijos de su primer matrimonio y había otorgado testamento de hermandad; posteriormente, estando separado legalmente de su cónyuge, otorgó testamento abierto instituyendo herederos en pleno dominio de todos sus bienes a sus hijos en distintas porciones; divorciado y vuelto a casar otorgó testamento abierto nom-

brando heredera fiduciaria a su segunda esposa, con facultad de disponer de los bienes fideicomisados a título oneroso por actos *inter vivos*, en caso de necesidad que podrá apreciar la propia heredera fiduciaria. Por lo demás, dicha heredera fiduciaria deberá conservar los bienes fideicomitidos que pasarán a su fallecimiento junto con la parte no gastada a sus cuatro hijos del matrimonio anterior. Esta disposición conculca la Ley 272 de la Compilación Foral de Navarra.

**Inoficiosidad del testamento.**—La citada Ley 272 prescribe una sanción protectora de los derechos de los hijos del primer matrimonio ante el supuesto evento de que su progenitor contraiga nuevas nupcias y, de las mismas, o bien nazcan otros hijos, o bien sobreviva el segundo cónyuge. El testamento considerado supone una crasa violación del límite inserto en dicha ley al sancionar que estos hijos *no deberán recibir de sus padres menos que el más favorecido de los hijos o cónyuge de ulterior matrimonio*. Es evidente que mientras persista este auténtico fideicomiso de residuo, los actores hijos de anterior matrimonio no percibirán nada de presente, y, es más, con el riesgo de que tampoco lo reciban de futuro tras la muerte de la fiduciaria, si la misma habilita la autorización para el evento de esa necesidad, siendo inadecuado o evanescente como remedio a tal desamparo la eventualidad de poder impugnar los actos dispositivos de la fiduciaria. **(STS de 2 de febrero de 2004; ha lugar.)** (G. G. C.)

**74. Colación de bienes hereditarios: valoración (art. 1045 CC).**— Tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (SSTS de 9 de julio de 1982, 17 de marzo de 1987 y 22 de noviembre de 1991) consideran que el artículo 1045 CC establece un sistema de colación *ad valorem*, es decir, que a la colación y partición no han de traerse las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se realice la partición hereditaria. **(STS de 4 de diciembre de 2003; no ha lugar.)**

**HECHOS.**—En fase de ejecución de sentencia, el Juzgado de Primera Instancia dictó un Auto en virtud del cual se cifra en 93.898.000 pesetas el valor de los inmuebles objeto de colación en el momento del fallecimiento del causante, debiéndose actualizar dicho valor a la fecha en que se dicta el Auto judicial.

La demandada interpone recurso de reposición contra el citado Auto que es desestimado y se dicta un nuevo Auto ratificando el anterior.

La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra dicho Auto y dicta un nuevo Auto por el que se revoca el Auto apelado y declara que el valor de los bienes objeto de la colación a los que se refiere la sentencia que se ejecuta es de 412.960.000 pesetas.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada.

**NOTA.**—Téngase en cuenta que la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, añade un segundo párrafo al artículo 1041 CC en virtud del cual no estarán sujetos a colación «los gastos realizados por los padres y ascen-

dientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad».

Por otra parte, en relación con el tema de la valoración de los bienes colacionables, pueden consultarse los trabajos de José Bonet Correa, «La fecha de valoración de los bienes donados sujetos a colación (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1982)», *ADC*, 1984, fascículo II, pp. 559 a 563 y de Martín García-Ripoll Montijano, *La colación hereditaria*, Madrid, 2002, (especialmente pp. 214 a 232, en las que critica la actual redacción del art. 1045 CC). (*M. J. P. G.*)

**75. Partición: innecesariedad en caso de heredero único.**—Según la STS de 16 de febrero de 1987, en la hipótesis de heredero único huelga la partición hereditaria en cuanto el testamento es, por sí sólo, título traslativo del dominio de los bienes relictos al confundirse en tal supuesto el derecho abstracto sobre el conjunto patrimonial hereditario con el derecho concreto sobre cada uno de los bienes individualizados. En cuanto al caso que nos ocupa, la STS de 2 de febrero de 1960, si bien declara que no debe confundirse la liquidación de la sociedad conyugal con la partición de la herencia, porque son operaciones distintas y no recaen sobre los mismos derechos, toda vez que por la primera se trata de determinar las aportaciones de ambos cónyuges, satisfacer las deudas y cargas de la sociedad conyugal y proceder a la división del haber partible transformando la cuota ideal en otra real y efectiva, mientras que la segunda sirve de cauce para adjudicar el caudal hereditario del difunto a través de una serie de operaciones, si bien suele coincidir aquélla liquidación con la partición de bienes de uno de los cónyuges. (**STS de 26 de febrero de 2004**; ha lugar en parte.) (*G. G. C.*)

## DERECHO MERCANTIL

**76. Prescripción. Fundamento.**—El fundamento de esta figura jurídica descansa en la necesidad de poner término a la incertidumbre generada por la falta de ejercicio de las correspondientes pretensiones por su titular, de tal suerte que, para que un determinado derecho de acción prescriba, han de concurrir dos elementos: de un lado, el transcurso del plazo fijado en la Ley; de otro, la inercia o inactividad por parte del titular de la referida pretensión.

**Propiedad Industrial. Marca. Derecho de exclusiva: aspectos positivos y negativos.**—El artículo 30 de la LM de 1988 establece que el registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo de utilizarla en el tráfico económico; este derecho subjetivo de exclusiva utilización de la marca presenta un aspecto positivo y otro negativo; el aspecto positivo implica que el titular de la marca dispone, en exclusiva, de las tres facultades siguientes: *a*) facultad de aplicar la marca o producto; *b*) facultad de poner en el comercio o introducir en el mercado productos o servicios diferenciados mediante la marca y *c*) facultad de emplear la marca en la publicidad concerniente a los productos o servicios diferenciados a través de la marca. El aspecto negativo consiste en la facultad de prohibir que los terceros usen de su marca, prohibición que se extiende tanto a los signos iguales como a los confundibles, y

comprende tanto a los productos idénticos como a los similares; así el artículo 12.1.a) LM, prohíbe el registro de signos o marcas que por su identidad o semejanza fonética, gráfica o conceptual con una marca anteriormente solicitada o registrada para designar productos idénticos o similares, puedan inducir a confusión en el mercado o generar un riesgo de asociación con la marca anterior.

**Propiedad Industrial. Marca: requisito básico.**—El artículo 1.º de la Ley Española se refiere a la marca como el signo o medio «que distinga o sirva para distinguir en el mercado». Es indudable que la fórmula dualista empleada por el artículo 1.º de la Ley Española matiza de modo preciso que la aptitud diferenciadora de una marca puede ser inherente al signo («sirva para distinguir») o puede ser el resultado de un uso previo en el mercado («distinga»). El último componente del concepto legal de la marca es enumerado por el inciso final del artículo 1.º de la Ley Española de 1988, que dispone que el signo ha de ser apropiado para distinguir los productos o servicios de una persona, de productos o servicios idénticos o similares de otra persona.

**Propiedad Industrial. Marca: canales de comercialización.**—Una de las pautas tradicionales que aplica la jurisprudencia española, para apreciar la semejanza es la concerniente a los canales de comercialización de los productos confrontados. Por un lado, el Tribunal Supremo mantiene que los productos pueden considerarse similares cuando se venden a través de los mismos canales de distribución. Y, por otro lado, afirma que los productos deben considerarse dispares cuando se distribuyen a través de diferentes canales de comercialización. Es decir, en primer lugar es necesario comprobar si son o no coincidentes los canales de comercialización o distribución de los productos y servicios comparados; y debe insistirse en el peso específico y acusado relieve de esta pauta a la hora de enjuiciar la similitud de los productos y servicios parangonados. La identidad de los canales de comercialización será un indicio claro de la similitud de los productos comparados cuando éstos se ofrecen al público en establecimientos autorizados en la venta de tales productos, o bien en una sección especializada de unos grandes almacenes o de un supermercado. El relieve directo de la identidad de los canales de comercialización disminuirá, en cambio, cuando los productos confrontados se venden tan sólo en establecimientos que ofrecen al público una amplia gama de productos que no están emplazados en secciones autónomas o especializadas.

**Propiedad Industrial. Marca: infracción.**—Se considera infractor de un derecho de marcas a aquella persona que utilice, en el tráfico económico y sin consentimiento del titular la marca registrada o signo idéntico o semejante para distinguir productos o servicios idénticos o similares, cuando dicha identidad o similitud pueda inducir a errores.

**Propiedad Industrial. Marca: la acción cesatoria.**—Esta acción desempeña un papel decisivo porque al constituir de ordinario el uso de una marca un acto continuo que se inserta en una actividad empresarial o profesional, el uso de la marca infractora va a ser presumiblemente repetido en el futuro, por cuya razón el único remedio eficaz es la acción de cesación; encaminada precisamente a prohibir el uso futuro de la marca infractora.

**Propiedad Industrial. Marca: *dies a quo* de la prescripción.**—El artículo 39 de la Ley 32/1998, de 10 de noviembre, de Marcas, dispone que las acciones civiles derivadas de la violación del derecho de marca prescriben a los cinco años, contados desde el día que pudiesen ejercitarse. Ello obliga a

determinar el *dies a quo* del plazo de cinco años previsto. En este sentido, interesa destacar que la Ley de Marcas, siguiendo la orientación establecida en el artículo 1969 CC, establece como día inicial del plazo de cinco años el del día en que pudieron ejercitarse las correspondientes pretensiones. La interpretación de este criterio desde la óptica de la norma sustantiva general, sin embargo, ha sido cuestión largamente debatida en la doctrina sin que se haya llegado a una solución uniforme para todos los supuestos. En la concreta materia de marcas, predominantemente se entiende, que en tales supuestos resulta aplicable la norma específica relativa a las pretensiones de responsabilidad extracontractual, contemplada en el artículo 1968.2 CC, en virtud de la cual el plazo de prescripción comienza «desde que lo supo el agraviado», lo que significa que no es suficiente la realización de la conducta, sino que resulta necesario el conocimiento de la lesión infringida por parte de la persona afectada. (STS de 28 de enero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Las compañías mercantiles *Relojes Lotus Internacional, S. L.* y *Manufacturas de Montres Jaguar, S. L.*, interpusieron demanda contra las entidades contra *Jaguar Hispania, S. A.*, *Jaguar Watches, S. A.*, y *Jaguar Cars Limited* por infracción de los derechos de marca. Las demandadas a su vez interpusieron demanda reconvenzional. El Juzgado de Primera Instancia núm. 55 de Madrid dictó sentencia estimando parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por la entidad ambas partes litigantes, la Sección 10.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó ambos recursos. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**77. Propiedad industrial. Marca (*multiactive*): improcedencia de términos genéricos aunque sean compuestos.**—La palabra «*multiactive*», es compuesta y extranjera, y por lo tanto, en cierto aspecto, exótica aunque es fácilmente definible en la lengua española, puesto que, respecto a ella, sólo cambia la «e» final, que es la que le da sustantividad, y como no tiene un significado único y conocido, no se refiere a una cosa concreta, aunque no puede calificarse de genérica o descriptiva, sino de fantasía, no incurriendo así en la prohibición del artículo 11.1, a) y c) de la Ley de Marcas, pues el significado de la palabra es claramente receptible por el consumidor medio, tanto por «multi» o abundancial conocido, como por «active», en castellano «activa», dando cuenta de una cualidad, la de que la crema a que se refiere es «muy activa», y aún tratándose de una cualidad expresada, en lo que cabe, en lengua inglesa o francesa, no la convierte por ello en fantasiosa y privativa del que la ha registrado o del primero que la utiliza, y así, la jurisprudencia, en estos casos, en cuanto se utiliza una palabra genérica, como puede ser «leche», «galletas», «tarjetas (de crédito)», etc., y se le añade una cualidad, sigue manteniendo su carácter de «genérica», proveniente del vocablo sustancial; baste con repetir, con el escrito de la recurrida, las palabras «*instanmilk*», o «leche instantánea» (S de 28 de septiembre de 1974), «VIP» (S de 5 de febrero de 1993), «Sport y SA» (de 20 de octubre de 1994), «Gold-Card» o «tarjeta (de crédito)» (de 28 de enero de 1997), o la adición a algún producto de la palabra «cookies», o «galletas» (de 25 de febrero de 1997), por cuanto dichas palabras inglesas se han introducido en el mercado internacional y son de sobra conocidas por el consumidor español, o sea que su traducción al castellano, «es fácilmente alcanzable en el actual

nivel cultural de la sociedad española por un amplio sector de la ciudadanía», por lo que para un parlante castellano, es «una expresión que también en él evoca la significación que alcanza en su propio idioma», rigiendo entonces la prohibición legal de acceso al Registro, en cuanto quedan excluidas «las denominaciones genéricas y las adoptadas por el uso para señalar géneros, clases, precios, cualidades, pesos y medidas y similares»; también la palabra «cookies», «no cabe entenderla en nuestro idioma como una mera denominación de fantasía», pues dentro del uso de ella se evoca la significación que alcanza en su propio idioma, y la misma «es ampliamente conocida por el consumidor de tipo medio que conoce su significado y que precisamente por ello adquiere ese producto».

**Propiedad industrial. Marca: ausencia de distintividad.**—La prohibición del artículo 11.1.c) subsiste también para este vocablo (*multiactive*), dejando su significado gramatical y acudiendo al uso real del mismo, pues se ha generalizado, según consta en los documentos aportados a los autos, por diversas firmas de cosméticos; aparte de que el nombre que se discute de tal crema regeneradora, expresada en ese vocablo, no es distintivo, sino descriptivo de otros muchos productos, no incluidos en la clase 3 del Nomenclátor, como en barnices, pinturas, aceites, productos farmacéuticos, en cuyo caso el vocablo anuncia las ventajas de la utilización de un producto, para unas necesidades, que antes precisaban de la utilización de varios, de ahí su utilización en el mercado.

**Propiedad industrial. Marca. Valor de la inscripción como marca de un término genérico.**—Al tratarse de un genérico, no se puede con él monopolizar el derecho al uso exclusivo, dado que la parte solicitó la inscripción registral de la marca de dos vocablos, pero al ser los mismos genéricos, no son distintivos a pesar de la unión, pues siguen siendo lo mismo, por lo que el reconocimiento de la exclusividad no puede aceptarse, siendo varias las sentencias que no aceptan que cese la genericidad por la unión de dos vocablos, entre otras, recientes, la de 30 de enero de 1990, sobre la marca «Mascave», en cuanto significa «superioridad del café», sin que éste género, según se dice, pierda por ello sustantividad; la de 24 de junio de 1992, sobre la marca «Novokafe», que sería evocadora del carácter sugestivo del producto, dado que tal palabra conjunta, aún cuando se defienda que «está integrada por una denominación genérica y otra descriptiva, que juntas forman una verdadera denominación caprichosa o de fantasía», ello no es cierto, pues se trata de una conjunción de palabras genéricas, de la que no es deducible, según la prueba, una función o un resultado original. Asimismo, en cuanto a denominaciones en lenguas propias de Comunidades Autónomas, la S de 30 de julio de 1992, examina la denominación de un producto navarro, el «pacharán», que se trató de comercializar en exclusiva con la marca «Etxekopatxarana», cuyo significado literal sería, utilizándose el genitivo en vascuence: «Etxe-ko»: «de la casa», y «patxaran'a»: «el pacharán», para denominar un «pacharán» (como deformación de «basarana», o «ciruela silvestre», y comprensivo en castellano de la «endrina», o «arañón», vocablos éstos utilizados en otras regiones), el que es muy apreciado, por su elaboración precisamente «casera», y respecto al que la sentencia indicada dice que la pertenencia del nombre al vascuence «no altera dicho carácter», en cuanto la prohibición del precepto alcanza a la unión de dos palabras genéricas, que no aportan nada para sugerir alguna idea que las haga dejar de ser genéricas, pues «el vocablo resultante nada añade a sus componentes aislados»; y, por último, la palabra catalana «Purlet», que,

separando sus componentes, significaría: «leche» («llet») «pura» («pur»), describe una cualidad de la misma, común, como deseada por las amas de casa o los consumidores, en cuanto descriptiva de esa cualidad, no aportándose con ella una singularización (S de 10 de marzo de 1997).

**Propiedad Industrial. Marca: improcedencia por previa utilización en productos de distintas «Casas».**—La misma palabra (*multiactive*) obra en otros productos de distintas Casas (como «Juvena» y «Lovida»), que utilizaron la palabra unida, para identificar sus productos, con anterioridad a la solicitud registral de la actora, haciéndolo también dichos fabricantes en la «Oficina Internacional» de la «Organización Mundial de la Propiedad Industrial», en la que está incluida España, y sólo basta, para una identificación diferenciadora del producto, añadir su nombre en la caja y en la envoltura o envase. (STS de 26 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Vitafarma, S. L.* interpuso demanda contra *Cosméticos Astor, S. A.* por infracción de los derechos de la marca *Multiactive*, la entidad demandada reconvino reclamando la nulidad del registro de la marca. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Barcelona dictó sentencia desestimando la demanda y la reconvención. Recurrida en apelación, la Sección 15.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona resolvió desestimando el recurso interpuesto por *Vitafarma, S. L.* y estimando la apelación planteada por *Cosméticos Astor, S. A.* declarando la nulidad de la marca objeto del litigio. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**78. Propiedad Industrial. Marcas: indemnización por lesión del derecho de marca.**—Los artículos 36 y 37 de la Ley de Marcas, de 10 de noviembre de 1988, confieren al titular, cuyo derecho de marca haya sido lesionado, la facultad de pedir indemnización de daños y perjuicios, y el artículo 38 de la misma Ley brinda al titular perjudicado la posibilidad de elegir entre los tres criterios que enumera para la determinación o fijación de las ganancias dejadas de obtener (lucro cesante). Ni dichos preceptos, ni ningún otro de la citada Ley, establecen la presunción legal de existencia de daños y perjuicios por el mero hecho de la lesión al derecho de marca, por lo que la producción o existencia de tales daños o perjuicios ha de probarlos en el proceso el titular registral de la marca afectada para que pueda ser declarada la procedente indemnización de los mismos, pudiendo solamente dejarse para la fase de ejecución de sentencia la determinación o concreción de su cuantía.

**Propiedad Industrial. Marcas: doctrina *in re ipsa*.**—Aunque algunas sentencias, entre ellas, 10 de octubre de 2001 y 3 de febrero de 2004, han admitido la aplicación de la doctrina *in re ipsa*, ello no implica que quepa establecerla con carácter general (S de 29 de septiembre de 2003), sino que ha de atenderse a las circunstancias del caso, como por lo demás es consustancial a dicha doctrina; de ahí que si no hay base fáctica apropiada resulta razonable no tomarla en consideración. (STS de 3 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Pepe (UK) Limited* interpuso demanda contra las entidades *Textil Ayelo de Malferit, S. A.* y *Tejanos Pepe, S. L.* por infracción de los derechos de marca. El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Valencia dictó sentencia desesti-

mando la demanda. Recurrída en apelación por la entidad actora, la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Valencia estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**79. Doctrina jurisprudencial sobre el contrato de distribución exclusiva.**—El contrato de distribución exclusiva puede definirse como aquel por el cual una de las partes (el concesionario) pone su establecimiento al servicio de la otra (el concedente) y se obliga, por tiempo determinado o indefinido, a adquirir de la última productos, normalmente de marca, para revenderlos, en régimen de exclusiva, en un espacio geográfico determinado, a facilitar asistencia técnica, en su caso, a los clientes tanto antes como después de la venta, a soportar el riesgo y ventura de los contratos de venta celebrados y a garantizar el saneamiento por vicios o defectos ocultos de los productos vendidos; y respecto al cual la doctrina jurisprudencial ha sentado que «lo importante es que el concesionario actúa en nombre y por cuenta propia, lo que le diferencia del contrato de agencia» (STS de 17 de mayo de 1999, que cita la de 8 de noviembre de 1995), y «adquiere por compraventa los productos del concedente»; que tiene el carácter de *intuitu personae* (STS de 17 de mayo de 1999, que menciona las de 28 de febrero de 1989 y 21 de noviembre de 1992); que se singulariza por la fijación libre del precio del producto (STS de 17 de noviembre de 1998), la determinación de unos objetivos mínimos de venta (SSTS de 10 de abril y 18 de julio de 1997 y 24 de noviembre de 1998), la imposición de cargas específicas de portes, de almacenamiento o de asistencia técnica y garantía del producto (STS de 14 de febrero de 1997), la concreción del objeto, tiempo y territorio de la exclusiva, que, incluso, puede hacerse de forma verbal (SSTS de 14 de febrero de 1997 y 17 de mayo de 1999), como también la de que la exclusividad no se presume; todos cuyas notas han sido recogidas en la STS de 30 de octubre de 1999.

**Incumplimiento de obligaciones por parte de la concesionaria.**—Aun con la calificación del contrato objeto del debate como de distribución exclusiva, correspondería al concesionario exclusivo centrar sus actividades comerciales en los productos contemplados en la relación contractual y en el territorio concedido, como pone de relieve el Considerando 8 del Reglamento 1983/1983 de la Comisión en sede comunitaria del Derecho de la Competencia para la distribución exclusiva, y, en este caso, es evidente que la incidencia en su actividad comercial de los productos de *Iveco Pegaso, S. A.*, concedida a la demandada, perturba claramente dicha obligación».

**No es indemnizable la forma precipitada de realizarse el preaviso que acompaña al desistimiento unilateral en los contratos de duración indeterminada.**—La S de 16 de diciembre de 2003 ha declarado que «no habiéndose pactado en el contrato un plazo de duración, es indudable la facultad de resolver unilateralmente el contrato que compete a cada una de las partes»; por ello, como dice la S de 18 de julio de 2000, a la que se remiten las de 13 de junio de 2001 y 22 de abril de 2002, «la forma precipitada de realizarse el preaviso tampoco puede servir de fundamento a la pretensión reconvenzional, no ya sólo en los términos cuantitativos pretendidos, sino siquiera por un importe más reducido, porque, aparte de que no se había pactado contractualmente plazo para ello, el que se hubiese hecho con una mayor anticipación (unos días antes), si bien habría dado una mayor razona-

bilidad a la conducta de la actora, sin embargo no habría creado una situación diferente del que *per se* produce la propia rescisión unilateral y que no es indemnizable», cuya doctrina jurisprudencial es de aplicación al supuesto que nos ocupa. (STS de 9 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Las partes litigantes habían suscrito un contrato de distribución por tiempo indeterminado. El concedente interpuso una demanda de reclamación de cantidad contra el concesionario. El concesionario demandado solicitó que se estimara en parte la demanda y formuló reconvencción en la que se solicitaba que se declarase que existía entre las partes un contrato de distribución y venta en exclusiva que al haber sido resuelto unilateralmente por el concedente daba derecho a una indemnización de daños y perjuicios en favor del concesionario. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación, en el sentido de no imponer las costas del procedimiento a ninguna de las partes y confirmando en todo lo demás la sentencia apelada. El Tribunal Supremo confirmó esta decisión, negando que existiera un pacto de exclusiva y declarando la existencia de incumplimiento por parte de la demandada reconviniendo. (L. F. R. S.)

**80. La calificación del contrato no depende de la que le hayan dado las partes.**—Nada obsta que las partes hayan calificado de contrato de comisión mercantil y aludan constantemente en las diversas estipulaciones a comitente y comisionistas porque los contratos son lo que son y la calificación no depende de las denominaciones que le hayan dado los contratantes (SS de 26 de enero de 1994, 24 de febrero y 13 de noviembre de 1995, 18 de febrero, 18 de abril y 21 de mayo de 1997, 7 de julio de 2000 y 14 de mayo de 2001).

**Carácter innominado de la primera relación contractual entre las partes, que no era agencia, ni distribución en exclusiva.**—La recurrida, en cambio, se limitaba a distribuir productos a los clientes de la propia recurrente, no a la promoción de contratos por cuenta o en nombre de ella, y a la venta a sus propios clientes de los que adquiriría en exclusiva de la recurrente. Son dos relaciones jurídicas distintas. La segunda es claro que no es agencia. La primera tampoco. La recurrida había contraído por ella la obligación de almacenaje, reparto y distribución de productos destinados a clientes propios de la recurrente a cambio de una comisión. Esta actividad es objeto de un contrato innominado del tipo *do ut facia* que nada tiene que ver con la venta o distribución en exclusiva y no es producción de ninguna operación de comercio.

**No se aplican por analogía las normas del contrato de agencia al contrato de distribución en exclusiva.**—La demandante no actuaba por cuenta ajena. Por ello nos encontramos ante un contrato o un tipo de relaciones de los que se denominan, como se ha dicho, contrato de distribución en exclusiva o de concesión en exclusiva, de naturaleza distinta del contrato de agencia sin posibilidad de aplicación analógica de la normativa que regula dicho último contrato al supuesto que nos ocupa.

**Posibilidad de resolver unilateralmente el contrato de distribución en exclusiva de duración indeterminada, sin obligación de indemnizar los daños y perjuicios originados.**—De la definición concluyente se deriva la

circunstancia de que cuando no se ha estipulado un plazo concreto de duración del contrato de distribución en exclusiva está autorizada la resolución por voluntad unilateral en cualquier momento, sin que ésta nunca pueda tener la calificación de abusiva, como ha declarado la jurisprudencia; y son inaplicables los artículos 1101 y 1107 CC, en tanto que la resolución del contrato es legítima y acorde a derecho sin que se deriven consecuencias económicas contra la demandada, que precisamente, ejercita la resolución.

**Es causa de resolución la falta de pago de los suministros, por más que la deudora hubiera sido declarada en suspensión de pagos.**—La declaración en estado de suspensión de pagos de la demandante en julio de 1996 y los retrasos en el pago del suministro de productos de la demandada que generó una deuda de más de 17.000.000 de pesetas, determina la causa de resolución del contrato sin indemnización alguna.

**El comerciante suspenso conserva la gerencia de sus negocios.**—Según el artículo 6 de la Ley Especial el comerciante conserva, en principio, la administración de sus bienes y gerencia de sus negocios; y además la realización de actos por el suspenso sin el concurso o acuerdo de los acreedores lo único que determinaría sería la posibilidad de que éstos, o en su caso los acreedores, ejercitasen las correspondientes acciones en logro de la nulidad o ineficacia de tales actos si le resultan perjudiciales, con base en el párrafo penúltimo del mencionado artículo 6 de la invocada Ley de 26 de julio de 1922 (S de 22 de abril de 1981). (STS de 5 de febrero de 2004; ha lugar.)

**HECHOS.**—Los contratantes habían suscrito un contrato de duración indeterminada que por una parte era innominado, consistente en hacer operaciones materiales un contratante por cuenta del otro, y que por otra parte era un contrato de distribución en exclusiva. Después de la ruptura unilateral del contrato por parte del concedente, el concesionario le demandó en reclamación de cantidad, al parecer en concepto de indemnización por los daños y perjuicios que le irrogaba la brusca ruptura. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y la Audiencia Provincial confirmó dicho fallo en todos sus extremos, aplicando por analogía las normas del contrato de agencia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por el concedente, declarando que no se aplicaban por analogía las normas de la agencia y que había existido incumplimiento por parte del concesionario, puesto que el comerciante sigue estando obligado a pagar los suministros de mercancías.

**81. Contrato de seguro. Condiciones generales: artículo 3 LCS.**—El citado artículo establece que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de forma especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.

**Contrato de seguro. Condiciones generales: necesidad de claridad.**—La claridad buscada en las condiciones generales del contrato de seguro

tiende precisamente a su fácil conocimiento y consulta por parte del tomador del seguro.

**Contrato de seguro. Condiciones generales: conocimiento previo al contrato.**—El artículo 3 LCS establece que las condiciones generales deben ser conocidas por el tomador del seguro con anterioridad a la percepción del contrato, es decir, en el momento de la deliberación, que incluso puede no concluir en acuerdo contractual. Este artículo nos dice que las condiciones generales habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro, si lo hubiere, y necesariamente en la póliza o en un documento complementario, que se suscribirá por el tomador del seguro y al que se entregará copia del mismo.

**Contrato de seguro. Condiciones generales. Artículo 3 LCS: finalidad.**—La finalidad del artículo 3 es la de facilitar el conocimiento de las condiciones generales del contrato por parte del tomador del seguro. Las modernas leyes de protección al consumidor y de condiciones generales intentan proteger a los consumidores y usuarios mediante una ampliación de la información sobre las condiciones generales, a las que se van a adherir.

**Contrato de seguro. Condiciones generales. Artículo 3 LCS: determinación.**—La exigencia del artículo 3 de que las cláusulas deberán ser específicamente aceptadas por escrito, no se refiere a cualquier condición general del seguro o a sus cláusulas excluyentes de responsabilidad para la aseguradora, sino, en concreto, a aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados (SS de 9 de noviembre de 1990, 9 de febrero de 1994 y 18 de septiembre de 1999). Así, cualquier cláusula que limite, reduzca o excluya algún supuesto dentro de uno u otro de los riesgos, si se produce el siniestro, debe ser considerada como cláusula limitativa. Como tal, dispone el artículo 3, primer párrafo, último inciso, LCS, debe ser destacada y debe ser específicamente aceptada por escrito. En el presente caso no está destacada de forma especial en su contenido con la relación de las restantes, ni consta de forma indubitada haya sido conocida y aceptada por el asegurado, ni, a mayor abundamiento, estas condiciones especiales aparecen firmadas por las partes contratantes, cuya validez ha sido negada reiteradamente; así las SS de 29 de abril y 10 de junio de 1991. (STS de 27 de noviembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Don P. F. U. R. interpuso demanda contra la entidad aseguradora *Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros* en reclamación de cantidad en virtud de contrato de seguro. El Juzgado de Primera Instancia de Daimiel estimó parcialmente la demanda. Recurrída en apelación, la Audiencia Provincial de Ciudad Real dictó sentencia desestimando el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**82. Contrato de seguro. Cláusula limitativa de derechos: exclusión de riesgos.**—La exclusión del riesgo es efectiva cláusula limitativa, al repercutir negativamente en los derechos de los asegurados (SS de 28 de febrero de 1990, 14 de junio de 1994 y 24 de febrero de 1997), pues quedan privados de obtener el resarcimiento económico correspondiente de ocurrir el siniestro cubierto por la póliza, es decir, que la cobertura se hace ineficaz y ninguna utilidad ha producido. Esta cuestión lleva a la interpretación y aplicación del artículo 3 de la Ley de 8 de octubre de 1980, que resulta imperativo que las

Condiciones Generales se redactarán de forma clara y precisa y han de destacar de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, que las ha de aceptar por escrito, sin dejar de lado que las mismas, en cuanto aminoren la indemnización pactada, son decididas y aportadas impresas al contrato por las aseguradoras, sin haber mediado en la mayoría de los casos propia y efectiva negociación entre las partes, dándose ausencia de todo acto prologal o prenegocial al respecto, lo que impone su necesario control por vía interpretativa a cargo de los Tribunales (SS de 11 de abril y 27 de noviembre de 1991 y 29 de enero de 1996).

**Contrato de seguro. Cláusula limitativa de derechos: supuesto.**—El carácter limitativo de los derechos del asegurado que presenta la cláusula en cuestión resulta de la literalidad de su último párrafo en el que se establece como «sanción» del incumplimiento la posible pérdida de la indemnización, pérdida que viene a quedar a la libre voluntad de la aseguradora, al igual que las otras indeterminadas consecuencias derivadas de la «aplicación de lo establecido al respecto en la legislación en vigor y en las condiciones generales de la póliza». No puede afirmarse, por otra parte, que la mencionada cláusula haya sido «específicamente aceptada por escrito» por el asegurado. No puede obviarse el hecho de que la firma del asegurado que aparece al pie del texto ha sido obtenida mediante reproducción calcográfica de la puesta como aceptación de las «condiciones particulares» y sin que tampoco suponga «específica» aceptación la frase que figura al final de las «condiciones particulares» en el sentido de que «el tomador del seguro declara conocer todas las condiciones generales, particulares y demás anexos de esta póliza», por su evidente generalidad. Las llamadas «cláusulas adicionales» no son sino cláusulas predisuestas por la aseguradora para todo tipo de contratos de entre las que se seleccionan las aplicables a la concreta póliza de que se trate, como se pone de manifiesto tanto por la numeración de cada una de ellas como de su texto; «condiciones adicionales» que no figuran en el ejemplar entregado al asegurado y sí sólo en el aportado a los autos por la aseguradora y en tal sentido es de aplicación lo afirmado en la S de esta Sala de 17 de diciembre de 2002 cuando dice que «en atención a lo prevenido en los artículos 2 y 3 LCS ha de entenderse que la firma de la póliza por el asegurado no releva a la entidad aseguradora de la carga de la prueba del cumplimiento de la obligación que el segundo de dichos preceptos establece respecto a la entrega de documentos complementarios en que puedan contenerse cláusulas limitativas de los derechos de la contraparte», entrega que, en este caso, no se ha probado.

**Contrato de seguro. Interpretación de las dudas a favor del asegurado.**—La jurisprudencia ha establecido como doctrina reiterada, tanto la emitida antes de la vigencia de la Ley de Contrato de Seguro como la posterior, que las dudas interpretativas sobre los contratos de seguro habrán de resolverse en favor del asegurado, dada la naturaleza del contrato de adhesión que los mismos ostentan que hace que las cláusulas oscuras del contrato hayan de recaer sobre quien las redactó (art. 1288 CC), interpretación jurisprudencial que deriva del artículo 3 LCS; la S de 8 de noviembre de 2001 señala que «esta norma (se refiere al art. 1288 CC) establece la regla *contra proferentem*, según la cual la interpretación de las cláusulas oscuras o contradictorias de un contrato no debe favorecer a la parte que lo ha redactado originando tal oscuridad; a la inversa, sí favorecerá a la parte que no lo ha redactado; ello, aplicado a los contratos de adhesión, que uno de los más típicos es el de seguro, es que la duda en la aplicación de una cláusula oscura o contradictoria se

interpretará en favor del adherente, es decir, el asegurado. Lo cual ya había sido proclamado por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y ha sido posteriormente repetido por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

**Contrato de seguro. La iniciación del procedimiento extrajudicial de liquidación del siniestro no implica la aceptación de la obligación de indemnizar.**—La iniciación del procedimiento extrajudicial de liquidación del siniestro previsto en el artículo 38 LCS no implica necesariamente la aceptación por la aseguradora de su obligación de indemnizar, ya que los informes periciales pueden poner de manifiesto circunstancias que impidan considerar el siniestro incluido dentro de la cobertura de la póliza, ya que ese procedimiento no se contrae, exclusivamente, a la valoración económica de los daños producidos; así resulta del contenido del acuerdo a que puedan llegar los peritos, según establece el párrafo quinto del artículo 38 que se dice infringido. (STS de 20 de noviembre de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. T. R. interpuso demanda contra la aseguradora *Catalana de Occidente, S. A. de Seguros y Reaseguros* solicitando se condene a la demandada a indemnizar las consecuencias derivadas de los siniestros acontecidos, por tratarse de siniestros objeto de contrato de seguro. Recurrida en apelación la sentencia de instancia, la Sección 11.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid resolvió, desestimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**83. Contrato de seguro. Cuestionario: apreciación de las omisiones.**—La valoración de la importancia de las omisiones al cuestionario, en relación con la no conexión de la enfermedad omitida con la que, en definitiva, produjo el fallecimiento, y de la falta de dolo de la tomadora, al no ser consciente de ese relleno, son afirmaciones fácticas cuya apreciación es una cuestión de hecho que corresponde al Tribunal de instancia.

**Contrato de seguro. Cuestionario: incidencia de las omisiones.**—Al faltar el dolo, o la declaración de la culpa grave de la tomadora en la contratación de la póliza, por haber omitido datos sobre determinadas enfermedades, en cuanto se debía contestar expresamente a ellas, no obstante, esas omisiones sí deberían tenerse en cuenta para que las patologías a que se refieren fueran excluidas del seguro y ofertar un importe distinto de la prima del mismo, así como, en su caso, posiblemente el del capital asegurado, y la importancia de la omisión, por otro lado, para estos aspectos es clara, dado que, de conocerse, la prima hubiera recibido una deducción, y el capital asegurado en principio también, por lo que habrá de reducir proporcionalmente respecto al importe que hubiera correspondido a aquélla en relación al capital a percibir, conforme al artículo 10.3.º LCS. Los Tribunales pueden hacer uso de esa facultad reductora, al acoger parcialmente la cuantía de una demanda, rebajando la misma, y en cuanto no se refiere a acción distinta a la regulada en el ap. 1.º del precepto, sino a una especificación concreta de la regla general del mismo, para los casos en que se den esas omisiones en el cuestionario, con la indicada valoración. *Voto particular.* La reducción de la indemnización exige, como presupuestos, primero, la prueba de que el asegurador le sometió el cuestionario; segundo, que ocultó circunstancias conocidas que

inflúan en la valoración del riesgo, y tercero, que tal ocultación hubiera motivado una prima diferente a la que realmente se pactó en el contrato.

**Contrato de seguro. Cuestionario: incumplimiento del deber de constatar verazmente el cuestionario (Voto particular).**—El incumplimiento del citado deber se sanciona en el artículo 10 LCS con una doble facultad. La primera, durante la vigencia del contrato, en el breve plazo de caducidad de un mes desde el conocimiento de la inexactitud, la anulación del contrato; es un caso de anulabilidad, no de rescisión; se aplica una sanción consistente en que el asegurado pierde las primas que ha pagado, que hace suyas el asegurador, a no ser que medie dolo o culpa grave por su parte. La segunda, tras la producción del siniestro: se reduce la indemnización proporcionalmente a la diferencia entre la prima pactada en el contrato y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. Un caso extremo es el dolo o culpa grave del asegurado, en que no percibe indemnización alguna. (STS de 12 de abril de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Don F. S.-T. G. y su hija doña E. S.-T. de P. interpusieron demanda contra *La Estrella, S. A. de Seguros y Reaseguros* por reclamación de cantidad en virtud de contrato de seguro. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valladolid dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrída en apelación por la parte actora, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**84. Contrato de seguro. Seguro contra incendio: exclusión.**—El asegurador queda relevado del pago de la indemnización cuando el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado (art. 19 de la Ley Especial) o cuando el incendio se origine por dolo o culpa grave del mismo (art. 48).

**Contrato de seguro. Intereses del artículo 20 LCS: finalidad.**—El elevado tipo de interés que establecía el artículo 20 LCS, según su redacción vigente en la fecha en que se produjo el siniestro que es objeto de la demanda, tenía un carácter sancionador y disuasorio, con el fin de impedir que las aseguradoras dificultaran o retrasaran el pago de las indemnizaciones procedente, sin que debiese ser aplicado en aquellos supuestos en que el retraso de aquéllas obedezca a causa justificada o no les fuera imputable (SS de 11 de mayo de 2002, 3 de noviembre, 21 de junio y 12 de marzo de 2001, y 22 de abril de 2003, entre otras).

**Contrato de seguro. Intereses del artículo 20 LCS: ausencia de mala fe en el retraso del pago mediando proceso penal.**—Fijada por conformidad de las partes la indemnización a abonar por la aseguradora a consecuencia del siniestro acaecido y habiéndose seguido el procedimiento penal de oficio, no obstante la intervención procesal en el mismo de la aseguradora, no cabe apreciar que el retraso en el pago de la indemnización sea debido a una causa no justificada e imputable a la aseguradora que procedió al abono de la indemnización que ya había sido acordada al día siguiente de la notificación de la sentencia penal absolutoria al procurador de la aseguradora. (STS de 28 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Don O. M. S. y doña M. E. O. G. interpusieron demanda contra la aseguradora *Seguros la Suiza, S. A.*, solicitando,

entre otros pedimentos, se condene a la entidad al pago del interés de retraso del 20 por 100 previsto en la Ley de Contrato de Seguro. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Balmaseda dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Bilbao resolvió desestimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

**85. Seguro de accidente. Infarto de miocardio: supuesto de inclusión.**—La doctrina jurisprudencial viene declarando de forma directa o por razonamiento contrario (SS de 5 de marzo de 1992, 13 de febrero y 19 de abril de 1996, 23 de octubre de 1997, 20 de junio de 2000, 5 de junio de 2001, 14 de noviembre de 2002 y 11 de noviembre de 2003, entre otras) que, si bien el infarto de miocardio no está comprendido en los supuestos del artículo 100 LCS, salvo estipulación, sin embargo debe comprenderse dentro del seguro de accidentes cuando tenga su génesis en una causa externa; y a tal efecto se ha tomado en consideración la causa inmediata, consistente en la presión y el «stress» consecuencia del aumento de trabajo (S de 14 de junio de 1994), el esfuerzo físico en el desarrollo del trabajo para el que se hallaba capacitado (S de 27 de diciembre de 2001), y el esfuerzo y tensiones en el desempeño del trabajo (S de 27 de febrero de 2003). (**STS de 27 de noviembre de 2003**; ha lugar.)

**HECHOS.**—Doña M. S. M. interpuso demanda contra la aseguradora *Hércules Hispano S. A. de Seguros y Reaseguros* reclamando las indemnizaciones procedentes de seguro de accidentes al haber fallecido su marido a consecuencia de infarto de miocardio sufrido mientras trabajaba. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Murcia dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Murcia resolvió estimando el recurso y absolviendo a la demandada. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

**86. Contrato de descuento. Obligación esencial.**—El contrato de descuento responde a una relación bancaria y su esencia jurídica radica en la obligación que asume el descontatario de restituir al Banco descontante los importes descontados cuando no se abonan a la fecha de sus vencimientos por quien resulte obligado y deudor de los mismos, recuperando así el Banco los anticipos dinerarios llevados a cabo, ya que se trata de cesión *pro solvendo* y no cesión *pro soluto* y a cuyo efecto resulta procedente la acción declarativa ordinaria ejercitada (Sentencias de 22 de noviembre de 1992, 25 de marzo y 24 de septiembre de 1993 y 21 de junio de 1996).

**Contrato de descuento. Deberes de la entidad bancaria.**—Teniendo en cuenta, conforme al artículo 504 LEC, que tienen condición de documentos básicos para el ejercicio de la acción causal nacida del propio contrato, y siguiendo la doctrina jurisprudencial mayoritaria, se impone a la entidad bancaria la diligencia de haber llevado a cabo la oportuna presentación al cobro de los efectos descontados (S de 22 de diciembre de 1992) o el levantamiento del protesto, aunque tratándose de pagarés no resulte necesario para ejercitar

la acción directa contra el firmante de los efectos (Sentencia de 11 de octubre de 1999).

**Contrato de descuento. El deber de entregar los títulos.**—Este deber, una vez que queda demostrada la existencia del crédito surgido del descuento, no es exigible mientras no se pronuncie una decisión judicial, que conceda el derecho a la entidad bancaria y no los propios pagarés, sin los cuales no hubiera sido posible dictarla y de esta manera los deudores sólo contarán con facultades para recobrar los mismos, objeto de la operación de descuento, cuanto previamente liquiden su importe (SS de 17 de junio de 1991, 6 de noviembre de 1996, 24 de junio de 2002 y 30 de abril de 2003).

**Contrato de descuento. Ausencia de negligencia por la entidad bancaria y efectos.**—No cabe atribuir al Banco demandante actuación negligente o actuación maliciosa, teniendo en cuenta el *factum* declarado probado: al tiempo de la presentación de la demanda no habían transcurrido los tres años para la prescripción de las acciones cambiarias (art. 85 de la Ley de 16 de julio de 1985) —sin perjuicio de la subsistencia de las causales ordinarias con sustantividad propia, sujetas al plazo de prescripción de quince años—, para lo que la recurrente-demandada, a fin de conservar las acciones cambiarias, constándole efectivamente que era deudora de los anticipos recibidos por descuento, obrando en defensa de sus derechos y en el ámbito de la buena fe mercantil, siguiendo la doctrina jurisprudencial, debió de proceder al reintegro de los títulos descontados y recuperar los mismos e incluso con posterioridad a la sentencia de primera instancia.

**Contratos bancarios. Comisión por gestión de cobros: uso mercantil.**—El percibo de una comisión por la gestión del cobro se ha demostrado es un uso bancario, dependiendo su cuantía de las circunstancias de cada caso, siendo las aprobadas por el Banco de España de carácter máximo. (STS de 2 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Banco Central Hispanoamericano, S. A.* (hoy *Banco Santander Central Hispano, S. A.*) interpuso demanda contra *General de Instalaciones Técnicas, ITG, S. L.* por descuento bancario. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Mislata dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación por la entidad demandada, la Sección 8.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**87. Sociedad Anónima. Administradores. Acción individual de responsabilidad: naturaleza.**—Las doctrinas científica y jurisprudencial consideran que esta acción supone una aplicación concreta de la responsabilidad extracontractual de los artículos 1902 y siguientes del CC, en la que se exigirá una relación directa entre la acción u omisión del administrador y el daño al accionista o al acreedor, y la concurrencia de culpa o negligencia en el sentido general del CC, y, en este sentido, se pronuncian, entre otras, las SSTs de 26 de noviembre de 1990, 11 de octubre de 1991 y 28 de febrero de 1996.

**Sociedad Anónima. Administradores. Acción individual de responsabilidad: caracteres.**—La acción individual de responsabilidad, determinada en el artículo 135 LSA, es directa y principal, no subsidiaria, y se otorga a accionistas y terceros para reconstituir su patrimonio particular; los actos u

omisiones constitutivos de esta acción son idénticos que los de la acción social de responsabilidad, esto es, los contrarios a la Ley y los estatutos o realizados sin la diligencia con la que los administradores deben desempeñar el cargo; la actuación del administrador ha de provocar una disminución patrimonial que impida a la sociedad hacer frente a sus deudas, o puesto en peligro la satisfacción del crédito del accionista o tercero acreedor, o dañado un derecho si se trata de un tercero no acreedor; para la prosperabilidad de esta acción no es necesaria ninguna convocatoria de junta general, ni acuerdo social, ni mínimos de capital social en cuanto a los accionistas que, en su caso, la exijan.

**Sociedad Anónima. Administradores. Acción individual de responsabilidad: legitimación activa.**—Están legitimados para ejercitar la acción individual de responsabilidad tanto los accionistas y los terceros, acreedores o no; y también los demás administradores que se consideren perjudicados por el acto de uno de ellos, cuando se lesionen directamente los intereses de aquéllos (SSTS de 21 de mayo de 1985, 4 de noviembre de 1991 y 21 de mayo de 1992). Para que los terceros acreedores puedan accionar han de acreditar que su crédito ha sido perjudicado, y ello sólo se producirá cuando el título es válido y eficaz, y la deuda ha vencido y resulta líquida y exigible. (STS de 17 de diciembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *KBC Manufaktur Köechlin, Baumgartner & CIE. Aktiengesellschaft*, interpuso demanda contra la mercantil *Ricardo Miñana, S. A.* y don R. M. V. El Juzgado de Primera Instancia número 13 de Zaragoza estimó íntegramente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia desestimando el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**88. Sociedades Anónimas. Administradores. Responsabilidad del artículo 262 LSA: naturaleza.**—A través de ella, como ha destacado la doctrina mercantilista, se afronta el fenómeno de descapitalización sobre la estabilidad de la sociedad anónima, entendiendo como tal una situación de gran empobrecimiento de la sociedad y, en otras palabras, situación de desequilibrio entre el capital social y el patrimonio neto de la sociedad.

**Sociedades Anónimas. Administradores. Responsabilidad del artículo 262 LSA: caracteres.**—La responsabilidad regulada en el referido artículo 262 LSA, por la no convocatoria en dos meses de junta general para la adopción del acuerdo de disolución de la sociedad o la no solicitud de su disolución judicial, constituye una responsabilidad objetiva y solidaria, cuya acción se fundamenta en el incumplimiento por los administradores de las obligaciones que les impone la Ley, y no requiere producción de daño, ni exige la existencia de perjuicios, y tampoco la relación de causalidad, pues se trata de un sistema preconcursal de la Ley de Sociedades Anónimas.

**Sociedades Anónimas. Administradores. Responsabilidad del artículo 262 LSA: requisitos.**—La citada responsabilidad constituye una modalidad de responsabilidad *ex lege*, y requiere tan sólo la concurrencia de los presupuestos objetivos siguientes: *a)* existencia de un crédito contra la sociedad en las causas 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> del artículo 260 LSA; *b)* concurrencia de alguna de las causas de disolución de la sociedad; y *c)* omisión por los admi-

nistradores de su obligación de convocar junta general, en el plazo de dos meses, para que adopte el acuerdo de disolución de la sociedad, o solicitud, en su caso, de disolución judicial.

**Sociedades Anónimas. Administradores. Responsabilidad del artículo 262 LSA: efectos.**—La omisión de los administradores de convocar la junta general para disolverla genera una responsabilidad durísima para los mismos, que llega a la privación del privilegio de la limitación de la responsabilidad propia de las sociedades de capital. La jurisprudencia ha considerado en tal supuesto a los administradores como autores de una conducta anti-jurídica; a los que se impone una responsabilidad sanción sin necesidad de concurrir culpa, pues nos encontramos ante una responsabilidad objetiva, que no se evita con las alegaciones de la falta de culpa y del nexo causal.

**Sociedades Anónimas. Administradores. Responsabilidad del artículo 262 LSA: plazo de prescripción.**—El plazo de prescripción para exigir la responsabilidad a los administradores y gerentes de compañías es el de cuatro años según dispone el artículo 949 CCO, y singularmente si la acción que se ejercita es la amparada en el artículo 262.5 LSA, en cuanto que la obligación se impone a los administradores *ex lege*, según se deduce de la propia redacción del precepto y en la doctrina jurisprudencial (entre otras, las SSTs de 12 de noviembre y 11 de diciembre de 1999, 20 de diciembre de 2000, 20 de julio y 26 de octubre de 2001), por lo que en forma alguna sería de aplicación la establecida para los supuestos de culpa extracontractual. (STJ de 1 de marzo de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. R. C. Q. y otros M. S. M. interpusieron demanda contra la mercantil *Transportes Cortina, S. A.*, don S. C. P. y don R. del V. A. en reclamación de cantidad por diversos servicios de transporte que habían resultado impagados, ejercitando las acciones derivadas del contrato y de la responsabilidad solidaria de los administrados en base a lo dispuesto en el artículo 262.5 LSA. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Gijón dictó sentencia estimando parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo resolvió estimando parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**89. Letra de cambio. Excepciones. Clases: cambiarias en sentido estricto y extracambiarias.**—Las primeras son aquellas que traen causa de la propia letra (de sus propios vicios, vicisitudes o de las obligaciones asumidas por los firmantes de la misma) y están recogidas en el párrafo 2.º del artículo 67. Las extracambiarias son las que están fundadas en las relaciones personales que puedan mediar entre el deudor demandado y el tenedor demandante, o entre aquél y el librado o los tenedores anteriores, y aparecen reguladas en el párrafo primero de dicho artículo y en el artículo 20 de la misma Ley.

**Letra de cambio. Excepciones cambiarias en sentido estricto: régimen de oponibilidad.**—a) Por lo que se refiere a la inexistencia o falta de validez de la prueba de declaración cambiaria, la excepción puede ser debida a incapacidad, falta de representación, falsedad de la firma u otras circunstancias similares. Tales excepciones pueden oponerse frente a cualquier tenedor de la letra. En otros supuestos, como pueden ser los de vicio del consen-

timiento, robo, extravío de la letra u otros similares, únicamente podrán oponerse frente al demandante que haya sido parte en el negocio cambiario; es decir, únicamente frente al tenedor a quien el deudor demandado entregó la letra. *b)* Por lo que se refiere a la falta de legitimación del tenedor o de las formalidades necesarias de la letra de cambio, la primera únicamente puede ser opuesta al tenedor que carezca de legitimación, y la segunda frente a cualquiera. *c)* Por lo que afecta a la extinción del crédito cambiario, si ello es debido a pago anotado en la letra o a prescripción, la excepción puede ser opuesta frente a cualquiera; pero en cuanto al pago, si la remisión o novación no han sido anotados en el título, solamente puede ser opuesta frente al que recibió el pago o acordada la remisión o la novación.

**Letra de cambio. Excepciones extracambiarías: régimen de oponibilidad.**—Solamente pueden ser opuestas al demandante que haya sido parte en la relación personal sobre la que se funde la excepción de que se trate. Ello no obstante, tanto en el artículo 20 de esta Ley como en el párrafo 1.º de este artículo, queda abierta la puerta a este tipo de excepciones por parte del deudor demandado frente al tenedor demandante cuando éste haya actuado a sabiendas del perjuicio del deudor. En tal caso, el deudor cambiario podrá alegar frente a dicho tenedor las excepciones fundadas en las relaciones personales que aquél tuviera con el librador o con anteriores tenedores de la letra. Tales excepciones constituyen modalidades de la denominada genéricamente *exceptio doli*.

**Letra de cambio. La falta de provisión de fondos: causa de oposición.**—La falta de provisión como motivo de oposición en el juicio ejecutivo con base en letra de cambio fue introducida en la antigua regulación por la jurisprudencia que, mitigando el rigorismo del artículo 480 CCO y superando el obstáculo formal de los artículos 1464 y 1467 de la antigua LEC, la conceptuó como causa de nulidad y limitando su aplicación sólo a los supuestos en que la relación jurídico-procesal se mantenía entre librador y librado, no así cuando se accionaba por tercer tenedor de la letra, a menos que lo fuese de mala fe, pues entonces la letra se independizaba totalmente del contrato causal y conservaba su carácter abstracto, mas no ocurría así en el primer caso en que el librador carecía de acción contra el aceptante si no acreditaba que éste era deudor suyo por entrega de mercancía o dinero, cobertura real, o por el hecho de resultar acreedor suyo por una cantidad igual o mayor al importe de la letra, cobertura jurídica, aunque nunca en el juicio ejecutivo pudiera discutirse en su integridad el contrato causal (SS de 16 de junio de 1942, 20 de abril de 1949, 1 de mayo de 1958, 17 de noviembre de 1960 y 4 de octubre de 1968); esta doctrina sigue vigente, encajando dicha excepción en las de las relaciones personales que contempla el párrafo 1.º del artículo 67 de la Ley Cambiaria, además de reforzada, dados los principios inspiradores de ésta, pero con una modificación importante en aplicación de éstos y de la Ley Uniforme de Ginebra, como es que la prueba de la falta de provisión de fondos corresponde únicamente al que opone la excepción.

**Letra de cambio. Letra en blanco.**—La más moderna opinión doctrinal y jurisprudencial viene admitiendo sin reservas, en virtud de lo dispuesto por el artículo 12 del repetido texto legal, la validez y eficacia cambiaria de las denominadas letras en blanco, entendiéndose por tales las que, inicialmente libradas y aceptadas sin designación de todos sus esenciales requisitos, son ulteriormente completadas antes de su vencimiento o presentación al cobro.

**Letra de cambio. Acciones.**—Bajo el régimen del Código de Comercio, en esta materia el tenedor de la letra de cambio disponía de la doble disponibilidad de ejercitar la acción cambiaria en vía ordinaria o en la vía ejecutiva, aunque algún sector doctrinal confundía la acción cambiaria con la ejecutiva y la causal con la declarativa; no obstante, la jurisprudencia estableció claramente que tanto en una vía como en otra las acciones ejercitadas tenían siempre naturaleza cambiaria y la posible discusión o confusión que pudiera haber al efecto queda zanjada por la nueva Ley Cambiaria y del Cheque, al establecer en su artículo 9 que la acción puede ser directa contra el aceptante y sus avalistas o de regreso contra cualquier obligado y añadir en su párrafo 2.º que, a falta de pago de la letra, el tenedor aunque sea el propio librador tendrá contra el aceptante y su avalista la acción directa derivada de la letra de cambio para reclamar sin necesidad de protesto, tanto en la vía ordinaria como en la ejecutiva, lo previsto en los artículos 58 y 59. A la anterior doctrina debemos añadir que son principios inspiradores de la Ley Cambiaria, que deben ser tenidos en cuenta para su interpretación (art. 3.1 CC) y aparte la adaptación de nuestra legislación a la Ley Uniforme de Ginebra y el acercamiento a la de los demás países de la Unión Europea, la del fortalecimiento de la posición jurídica del acreedor y la pretensión de ser más rigurosa con el deudor. (STS de 20 de noviembre de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La Caja de Ahorros Provincial de Tarragona interpuso demanda contra don L. A. de la T. G. y don S. P. T. solicitando se condene a los mismos en su condición de aceptantes de varias letras de cambio a satisfacer las cantidades pretendidas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Torrente (Valencia) dictó sentencia desestimando la demanda al admitir la excepción de nulidad del título ejecutivo. Recurrida en apelación por la entidad demandante, la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Valencia resolvió estimando el recurso y condenando a los demandados al pago de la suma interesada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**90. Quiebra. Retroacción: nulidad *ope legis*.**—La nulidad que establece el párrafo segundo del artículo 878 CCO opera *ope legis*, sin que, ni siquiera, sea precisa la declaración de invalidez de los actos afectados, de modo que sólo debe acudir a la declaración judicial para vencer la resistencia de las personas que se opongan a las consecuencias de la nulidad.

**Quiebra. Retroacción: nulidad absoluta.**—La nulidad de los contratos objeto del proceso se produjo *ope legis* por la retroacción de la declaración de quiebra, y tal nulidad, al tener el carácter de radical o absoluta, no es susceptible de confirmación o convalidación, ni de prescripción sanatoria. (STS de 29 de enero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Comercial Egabrense Agrícola, SAT* interpuso demanda contra don R. L. P., doña A. P. R. B., doña M. I. M. M., don A. L. G., don E. S. G. y doña R. P. C. solicitando se declare la vigencia de un contrato de arrendamiento. Los code demandados formularon reconvencción solicitando se declare la nulidad del referido contrato. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cabra dictó sentencia desestimando la demanda y estimando la

reconvención. Recurrída en apelación por la entidad demandante, la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Córdoba resolvió desestimando el recurso interpuesto por la entidad actora. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

## DERECHO PROCESAL

**91. Honorarios mínimos de los Colegios de Abogados.**—No son vinculantes para los tribunales, quedando a la potestad de los mismos establecer los que consideren justos apreciando las circunstancias del caso, incluso en aquellos supuestos en que los honorarios vengan determinados por la aplicación de una determinada escala a una cuantía litigiosa previamente establecida en el pleito.

**Principio constitucional de seguridad jurídica.**—Supone una protección a la legítima confianza de los ciudadanos en que sus pretensiones han de ser resueltas del mismo modo que lo fueron en idénticas condiciones dentro de la legalidad establecida y sin discriminaciones injustificadas.

En el caso resuelto en la sentencia analizada, sólo cabría entender violado el principio de igualdad y, por consiguiente, el de seguridad jurídica, si, habiendo intervenido distintos letrados por distintas partes en la misma posición procesal y realizando una similar y pareja actividad, se hubieran seguido criterios distintos para la determinación de sus honorarios no previamente pactados. (**STS de 23 de febrero de 2004**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La sentencia recurrida en casación por los codemandados declaraba excesivos los honorarios que habían cobrado al demandante por su intervención profesional en determinados autos y les condenaba a la devolución del exceso al actor. (*B. F. G.*)