

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

DERECHO AL HONOR PREVALENTE FRENTE AL DE INFORMACIÓN. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE OCTUBRE DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Antecedentes.—Calificación de un periodista como «un nazi de toda la vida» por parte de un entrevistado. En la publicación del fin de semana «Magazine» de *El Mundo*, correspondiente al sábado 9/domingo 10 de septiembre de 1995, se publicó una entrevista al coapelante D. R. A., en la que, en un marco de opiniones vertidas en su condición de entrenador del equipo de fútbol de la primera división, Club Atlético de Madrid y sobre el conflicto bélico de la antigua Yugoslavia, el referido entrevistado y en este último contexto, criticando la actitud internacional y de los medios de comunicación sobre el conflicto, responde literalmente a la pregunta de la entrevistadora consistente en «Antes me decía usted que la culpa también la tienen los medios de comunicación», que «Claro —*sic*—. "Se sabe perfectamente que Croacia ha pagado mucho dinero a la CNN para que defienda su postura. Eso no me lo invento yo, es un hecho. También es un hecho que H. T., un nazi de toda la vida, escribe contra Serbia porque su familia tiene intereses en Croacia y necesita hacer creer que los croatas son buenos y los serbios malos. Ya que, es muy difícil, pero a mí me gustaría que la gente reflexionara por sí misma tratando de no dejarse manipular"».

Doctrina.—Imputación no amparada por el derecho a la libertad ideológica del autor de las declaraciones. La personalidad de los contendientes y los actos previos del aludido no pueden justificar ni tolerar una ofensa tan rotundamente condenada por la moderna sociedad, en donde cualquier atisbo de asunción o complicidad racista conlleva un juicio condenatorio. Aplicación de la teoría del reportaje neutral. Exención de responsabilidad a la entrevistadora, al director y a la empresa editora. Respuesta literal a la pregunta formulada.

COMENTARIO

Con carácter previo al comentario de esta sentencia debemos tener en cuenta la línea doctrinal y jurisprudencial existente en torno a este tema.

La *libertad de expresión* es un derecho constitucional esencial en un sistema de libertades democráticas, que consagra el derecho a opinar, que es libre. Sin embargo, este derecho y aquella libertad no alcanzan a las expresiones insultantes, injuriosas o vejatorias: *la libertad de expresión no comprende el derecho a insultar*. Ahora bien, todo derecho, por muy importante que sea, no puede devenir en un derecho absoluto e ilimitado, pues ello llevaría a difuminar totalmente la idea de libertad y la de democracia. Por ello, la propia Constitución en su artículo 20.4, establece que la libertad de expresión y la de información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen. Limitación de nuestro Texto constitucional totalmente de acuerdo con las establecidas en el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado por el Consejo de Europa en Roma, el 4 de noviembre de 1950, que establece que el derecho a la libertad de expresión e información podrá ser sometido a ciertas restricciones, como la protección de la reputación y fama de las personas. Sin embargo, 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 de la Constitución Española, ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información (1).

En definitiva, se trata de delimitar *la libertad de expresión y el derecho al honor* y, como se dice desde el principio, comprobar si se ha atentado verdaderamente a éste (2). Por otro lado, el derecho a la *libertad de expresión* deberá

(1) Ver sentencias de 30 de enero de 2001 (La Ley 1616/2001), la sentencia de 8 de Marzo de 2002 (La Ley 3588/2002), sentencias de 6 de junio de 2003 (La Ley 2448/2003).

(2) Ver sobre un litigio semejante, la sentencia de 17 de enero de 2000 (La Ley 4012/2000), donde se afirma que «...no se trata de propias expresiones de ideas, pensamientos, ni siquiera opiniones, pues se da un componente claro y decididamente vejatorio de la persona y prestigio profesional del demandante, con trascendencia en el desmerecimiento público y social. Ha de destacarse la carga negativa y de desprestigio que en estos tiempos tiene tachar a una persona de racista —dejando atrás el concepto tradicional de racismo jerárquico—, y que viene a ser el móvil rechazable de actuaciones de grupos violentos, que, sin respetar la Constitución que proclama que no puede prevalecer discriminación alguna por razón de la raza, hacen del componente racista, por excluyente, un totalitarismo no conciliable con elementales principios democráticos y que, al ser básicamente diferenciador, enturbia la armonía de la convivencia pacífica y acercamientos culturales diversos, por lo que el discurso racista se presenta como racismo desigualitario al atender y resaltar las diferencias entre las personas, estableciendo quienes son superiores y quienes no lo son por inferiores y con ello acatarlo por la imposición que se les hace... La doctrina constitucional ha declarado que los derechos constitucionales no son ilimitados, pues ninguno lo es (sentencia de 6 de diciembre de 1986) y no se reconoce el pretendido derecho de insultos».

Y también las sentencias de 8 de junio de 1988 (La Ley 3675), la de 12 de enero de 1998 (La Ley 1107/1998), la de 14 de octubre de 1999 (La Ley 11908/1999) y la de 25

ejercitarse, sin que en caso alguno se contengan alusiones que pudieran ser vejatorias o injuriosas para nadie (3).

La *libertad de expresión* no puede amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimiento de hostilidad contra grupos étnicos, religiosos o sociales y, en el caso de que se trata, no ejercitó acción alguna el demandado, limitándose a realizar las imputaciones sin base indicadas al principio, no tratando en sus artículos el actor de informaciones u opiniones que menosprecien al pueblo serbio sino de comentarios y versiones referidos a una política determinada que, como es notoriamente conocido, ha motivado la propia intervención de las Naciones Unidas, de la OTAN y de la entera (*sic*) Comunidad Internacional.

Cualquiera que sean tanto la personalidad de los contendientes y su respectiva actividad pública y los aludidos actos previos del actor, jamás justifican ni pueden tolerar ofensas tan rotundamente condenadas en la moderna y vigente sociedad, en donde cualquier atisbo de asunción o complicidad racista —y el calificativo de nazi lo ostenta en plenitud reprochable— conllevan a un ineludible juicio condenatorio (4).

Otro tema interesante se introduce de las propias alegaciones surgidas del recurso por haberse eximido de *responsabilidad al periodista, director y empresa editorial* de la vulneración del derecho al honor producida con divulgación en medios de comunicación, por aplicación de la denominada teoría de la información o *reportaje neutral*.

Recordemos que el *reportaje neutral* se caracteriza por la comunicación de hechos o investigaciones de sucesos que efectivamente han acontecido, aunque complementariamente se hagan aportaciones propias que no alcanzan la condición de juicios de valor ni opiniones difamantes para los interesados, tratándose siempre de información veraz, suficientemente constatada (5). En relación con el llamado «reportaje neutral», la sentencia de esta Sala, de 20 de febrero de 1997, puntualiza que en él «predomina y ha de atenderse a la

de octubre de 1999 (La Ley 1014/2000), las cuales afirman que «lo que de la protección constitucional que otorga el artículo 20 están excluidas las actuaciones absolutamente vejatorias, es decir, las que en las circunstancias del caso y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas, resultando impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate».

(3) Como así lo ponen de manifiesto las sentencias del TS de 5 de octubre de 1992 (La Ley 2796-JF/OOOO), de 12 de diciembre de 1995 (La Ley 875/1996), y 14 de marzo 1996 (3963/1996) y 18 de diciembre de 2002 (672/2003), entre otras.

(4) Y así lo pone de manifiesto la STS de 21 de julio de 1993 (La Ley 22904-JF/0000) al señalar que «...la atribución del actor de una ideología o actitud racista tal "que de haber vivido en la Alemania nazi hubiera desempeñado como mínimo el cargo de lugarteniente de Hitler", ha de considerarse como vejatoria y atentatoria del honor del ofendido, pues no otro sentido pueden tener tales expresiones, dado que el racismo nacionalsocialista, basado en la pureza de sangre, perseguía como objetivo el exterminio de todas las razas consideradas impuras, y el afirmar de una persona que está calificada para ser lugarteniente de quien puso en práctica tales ideas, con los resultados que históricamente han sido comprobados, es claro que entraña una grave e ilegítima intromisión en el honor de la persona así calificada...».

(5) La situación denominada «teoría del reportaje neutral» o «información neutral» se basa en el derecho jurisprudencial norteamericano del «neutral report doctrine», que parte de la base de un reportaje que recoge unos datos y que se plasman en unos artículos periodísticos en los que no se hace valoración más gravosa por opiniones en ellos vertidas.

exacta transcripción de lo dicho por otro sin apostillas ni valoraciones de aportación propia, tratándose de hechos noticiables por su interés público y que trascienden a la comunidad» (6).

La Sala, en el caso objeto de comentario, no acepta el motivo en base a que el *factum* de partida habla de que el entrevistado respondió «literalmente» (adverbio utilizado en el FJ 1.º de la recurrida) a la pregunta de la entrevistadora y, se respeta la doctrina sobre esa figura de varias sentencias de esta Sala en torno al repetido reportaje neutral (7).

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

1.2. Derecho de familia

RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL. NATURALEZA GANANCIAL DE UN BIEN. FARMACIA.(SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE MAYO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Antecedentes.—Tras la separación de los cónyuges se inicia un juicio sobre liquidación de gananciales a instancia de la esposa, quien pretende que se declaren como gananciales los bienes que a continuación se exponen y consecuentemente se concrete el valor de cada uno de ellos. Entre tales bienes se encuentran: a) el importe del derecho de traspaso de la farmacia que montaron en Calpe ambos cónyuges y de la que es titular el esposo oficialmente; b) los ingresos que se han motivado por tales bienes, y los que se motiven hasta el momento de la liquidación y adjudicación que se produzca de dicha sociedad de gananciales; c) la obligación del esposo de rendir cuentas de los ingresos y gastos de la farmacia; d) las cargas o débitos que resulten al día de practicarse la liquidación y adjudicación a cada cónyuge de los bienes correspondientes y corresponda afrontar a dichos esposos.

Doctrina.—Dentro del negocio de farmacia hay que distinguir dos facetas. La primera está constituida por los elementos no patrimoniales respecto a los cuales sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios. La segunda faceta está constituida por la denominada base económica de la farmacia, que comprende el local del negocio en el que se asienta físicamente, las existencias, la clientela, el derecho de traspaso y demás elementos físico-económicos que configuran los elementos accesorios de la actividad negocial de la farmacia. Esta segunda faceta puede constituir un bien ganancial, siempre que se den los requisitos especificados en el artículo 1.347 del Código Civil.

(6) Todo ello ha sido corroborado por la reciente STC de 15 de julio de 1999.

(7) Vid. sentencias del TS de 26 de julio de 2000 (La ley 10545/2000), 27 de septiembre de 2000 (la Ley 11092/2000) y 11 de abril de 2002 (La Ley 4541/2002).

COMENTARIO

El núcleo de la presente contienda judicial consiste en determinar si la farmacia, sita en Calpe, en la Avenida de la Marina Española, puede tener o no la *naturaleza de bien ganancial*. Para ello, es necesario determinar, en primer lugar, la *naturaleza del determinado negocio de farmacia*.

Distingue la Sala Primera dos facetas de este concreto negocio:

La *primera* viene determinada en el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, cuando en él se dice que la oficina de farmacia tiene unos elementos no patrimoniales respecto a los cuales el traspaso y autorización administrativa están regulados por dicho Decreto que desarrolla la Base decimosexta de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional. Pues bien, en dicho Real Decreto se establece con carácter taxativo que «sólo los farmacéuticos, individual o asociados en las formas que se autoricen, podrán ser los propietarios de las oficinas de farmacia». Al igual que la Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986, que en su artículo 103 define las oficinas de farmacia abiertas al público como establecimientos sanitarios y prescribe en su párrafo cuarto que sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público (1).

Pero lo que a nosotros más nos interesa es la *segunda faceta*, pues está constituida por la denominada *base económica de la farmacia*, que comprende el local del negocio en el que se asienta físicamente, las existencias, la clientela, el derecho de traspaso y demás elementos físico-económicos que configuran los elementos accesorios de la actividad negocial de la farmacia.

Pues bien, esta segunda faceta es la que perfectamente puede ser considerada con posibilidad de constituir un bien ganancial, siempre que se den los requisitos para ser enclavados en alguno de los tipos especificados en el artículo 1.347 del Código Civil.

Y puede ser considerada como bien ganancial, ya que constituye una empresa o establecimiento fundado durante la vigencia de la sociedad de gananciales que regía el aspecto patrimonial del matrimonio, cuyos elementos personales son ahora las partes procesales. Y en el presente caso, no sólo se puede estimar tal farmacia como bien ganancial, sino que así debe ser considerado, ya que aparte de ser un dato incontrovertido la naturaleza de bien adquirido en constante matrimonio, el aspecto o faceta de base económica del negocio de dicha farmacia debe ser catalogado y enclavado como bien ganancial.

Como he señalado con anterioridad, las reglas fundamentales de determinación del carácter ganancial de los bienes se contienen en el artículo 1.347 del Código Civil, y el caso que nos ocupa se incluye en su regla número 5, la cual expresamente señala que serán gananciales *las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes*.

Se prefiere calificar como privativa o ganancial a la *universitas* o conjunto y no a cada uno de los elementos que pueden componerle, con un criterio progresivo que se introduce tras la reforma de 1981. Es indiferente que la

(1) Todo ello aparece concretado en la sentencia de esta Sala, de 17 de octubre de 1987 (LA LEY JURIS. 59501-JF/0000), que dice que el Real Decreto 909/1978 es «una norma puramente administrativa, sin posible incidencia en el derecho patrimonial y limitada a regular la titularidad de aquella índole de las licencias para farmacia».

fundación se realice por uno solo de los cónyuges o por los dos conjuntamente (aunque en el caso que nos ocupa incluso los dos esposos «montaron la farmacia»).

La concurrencia de *capital privativo y capital común en la fundación de la empresa se rige por lo dispuesto en el artículo 1.354 del Código Civil*. El trabajo de los cónyuges debe ser considerado como aportación no privativa de ellos, sino como común (art. 1.359, por analogía).

Como afirman DIEZ-PICAZO y GULLÓN, «la reforma de 1981 ha introducido en esta materia una terminología sin precisar su significado exacto. En efecto habla de empresa, de explotación, de establecimiento mercantil, e incluso de negocios. Parece que la idea dominante no es la de identificar la empresa con su base física, que es el establecimiento, sino la consideración de la empresa como *universitas*, es decir, como conjunto de elementos organizados con vistas a la producción de bienes o servicios. Entre aquellos elementos figura desde luego el establecimiento, pero como uno más. Obsérvese, además, que el precepto habla de establecimientos fundados, que es la idea vulgar de creación de la empresa porque el establecimiento como base física está ahí, no se funda» (2).

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

1.3. Derechos reales

DERECHO DE PROPIEDAD. ACCIÓN REIVINDICATORIA. REQUISITOS: NECESIDAD DE IDENTIDAD DEL OBJETO REIVINDICADO.—ES NECESARIA LA IDENTIFICACIÓN TOPOGRÁFICA DE LA FINCA REIVINDICADA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JUNIO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don C. Pedro González.

Antecedentes.—El Ayuntamiento de Chiva interpuso acción reivindicatoria, formulando demanda de juicio declarativo de menor cuantía por la que se solicitaba que se declarase a su favor la propiedad y posesión de la finca en cuestión (parcela 144-a del polígono 6 del plano parcelario y catastral del término municipal de Chiva), y que se adicionara en el Registro de la Propiedad la inscripción de la finca registral número 10.400, al tomo 170, libro 50, folio 24, inscripción primera, que dicha finca se corresponde con la parcela catastral número 144, subparcela a del polígono seis.

El Juzgado de Primera Instancia, apreciando la excepción formulada por uno de los demandados (falta de legitimación pasiva), desestima la demanda y absuelve a los demandados, declarando la propiedad a favor de los actuales poseedores (demandados). Recurrida la sentencia, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento y revocó parte de la sentencia apelada en cuanto desestima

(2) DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. II/2, Derecho de familia, 2.^a ed., 1998, Tecnos, Madrid, pág. 118.

la excepción de falta de legitimación y considera que no ha lugar a declarar que la propiedad de la finca controvertida pertenece a los restantes demandados, entrando a conocer sobre la titularidad y la identidad de la finca.

El Ayuntamiento interpone recurso de casación, y el primer motivo se acoge al artículo 1692.3 LEC, denunciando infracción de los artículos 359 y 408 LEC y de la doctrina jurisprudencial de prohibición de la *reformatio in peius*. En concreto, considera el recurrente que en la apelación no se discute la titularidad ni la identidad de la finca, cuestiones que quedaron firmes en primera instancia, al no apelarse por los demandados, y que sin embargo, la Audiencia entra a conocer.

Sin embargo, en la sentencia de Instancia se recoge en su cuarto fundamento jurídico: «Ahora el hecho de que a nuestro entender se trate de la misma finca, no significa que esté plenamente identificada, con todos los elementos de identidad que la jurisprudencia exige para que la acción reivindicatoria prospere: linderos, cabida, extensión, deslinde. Del reconocimiento judicial efectuado se revela que *in situ* no se identifica la finca reclamada y ello porque el terreno ha sufrido una modificación debido a la extracción de áridos que hace imposible o dificulta enormemente esta labor...».

Teniendo en cuenta este hecho, y la adquisición por usucapión de la finca en litigio por los demandados, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto.

Doctrina.—El Tribunal Supremo, con respecto al primer motivo alegado (único que entramos a examinar en este comentario) lo desestima, ya que entiende que no se ha infringido la prohibición de la *reformatio in peius*, cuando en apelación se entra a examinar si concurre o no el requisito de la identificación de la finca, pues en la sentencia de primera instancia no puede afirmarse que se tenga por cumplido el requisito de la finca reivindicada, y que no hubiese cuestión sobre este requisito. A continuación, recoge la doctrina de la sentencia, de 1 de diciembre de 1992, sobre la necesidad de identificar la finca reivindicada: «la identificación no se logra con la exposición que figura en el título presentado con la demanda, ni con la descripción registral, sino que requiere que la finca se determine sobre el terreno por sus cuatro puntos cardinales, debiendo estos concretarse con toda precisión y siendo requisito esencial para que pueda prosperar cualquiera de las acciones que derivan del artículo 348 del Código Civil».

Y es esta identificación topográfica la que la sentencia de primera instancia niega que se dé; por ello, no se incurre en la prohibición de la *reformatio in peius*, pues la Audiencia entra a examinar ese requisito necesario para que prospere la acción reivindicatoria, que no ha quedado probado conforme recoge la sentencia de instancia.

COMENTARIO

Prescindiendo en este comentario del motivo procesal de casación que se alega, sobre infracción de los artículos 359 y 408, y la prohibición de la *reformatio in peius*, que son los que fundamentan este recurso de casación, pues de otra forma, y al ser la identificación de la finca una cuestión de hecho, sería imposible su revisión en casación, correspondiendo apreciarla al

Tribunal de Instancia (1), voy a centrarme, únicamente, en examinar lo que subyace bajo el motivo de casación expuesto, que pone de relieve el Tribunal Supremo acertadamente, como requisito necesario para que prospere una acción reivindicatoria.

El problema que subyace, y por el que no podría prosperar la reivindicatoria planteada en ningún caso, es porque la finca reivindicada no se ha identificado plenamente, no existe una identificación topográfica, que es siempre necesaria. Esto es lo que nos dice el Supremo, y sobre lo que va a versar este breve comentario.

NECESIDAD DE IDENTIFICACIÓN DE LA FINCA COMO REQUISITO DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

En efecto, la jurisprudencia ha repetido continuamente que son tres los requisitos necesarios para que prospere la acción reivindicatoria, a saber: a) prueba del dominio del demandante; b) posesión indebida y actual del demandado; c) identidad o identificación de la cosa reivindicada. En este sentido, y entre muchas otras, podemos citar las SSTs de 15 de febrero de 1990, 21 de noviembre de 1991, 24 de enero de 1992, 11 de diciembre de 1992, 28 de enero de 1994, 25 de junio de 1998, 23 de octubre de 1998, 28 de septiembre de 1999 y 15 de febrero de 2000.

En este caso es, precisamente, el tercero de ellos (la identificación de la finca) el que no consideraba probado de manera cierta el Tribunal de Instancia. Para el mismo, y tal y como se deduce del párrafo transcrito en los antecedentes, no se había conseguido identificar plenamente la finca, y por tanto, como se ha encargado de subrayar la jurisprudencia (2), no debería prosperar la reivindicatoria a favor del demandante, pues la acción reivindicatoria sólo procede para reclamar una cosa señalada, concreta y determinada.

Es necesario, por tanto, identificar la finca, pero, ¿qué supone o qué implica la identificación de la finca? ¿Cómo se lleva a cabo esa identificación?

Se podría pensar que la finca queda plena o suficientemente identificada si aparece perfectamente descrita en el título de propiedad que se presenta o en la certificación registral correspondiente, donde siempre aparece su descripción; una identificación documental. Sin embargo, la jurisprudencia afirma que no basta esa identificación registral o contenida en el título, como confirma, por ejemplo, la STS de 4 de noviembre de 1993, al afirmar que «el requisito de la identificación de la finca no deviene de la inscripción registral de las fincas adquiridas por don Miguel M. S., y que aparecen tituladas a su favor, pues el Registro cede ante sus discrepancias con las realidades extrarregistrales y de tal manera que, no concurriendo prueba identificadora suficiente y *capaz* respecto a la cosa reivindicada como parte integrante que

(1) En este sentido, véanse las SSTs: 9 de julio de 1996, 27 de noviembre de 2000, 5 de junio de 2000, 1 de febrero de 2000, 7 de febrero de 1998, 16 de julio de 1996, 25 de septiembre de 1991 y 18 de febrero de 1987, entre otras.

(2) Sobre la necesidad específica de identificar la finca reivindicada, véanse las siguientes SSTs: 21 de diciembre de 1908, 20 de diciembre de 1920, 3 de marzo de 1943, 14 de noviembre de 1950, 1 de marzo de 1954, 31 de octubre de 1983 y 25 de noviembre de 1991.

afecta al título del que se pretende deducir la atribución del dominio, la acción resulta improsperable». En el mismo sentido, afirmando la insuficiencia de los títulos o de la identificación registral, les siguen otras sentencias como, por ejemplo: 7 de mayo de 1975, 26 de abril de 1976, 21 de marzo de 1985, 29 de octubre de 1992.

Comparto esta idea mantenida por la jurisprudencia pues, obviamente, la descripción en el título no basta para identificar la finca, ya que ha podido variar en la realidad, o, simplemente, no corresponderse con lo que allí se describe. Igualmente con respecto a la descripción registral, hay que recordar que la presunción de exactitud del principio de legitimación registral, en principio, no se extiende a los datos de hecho, por lo que no afectaría a la descripción física de la finca contenida siempre en el asiento (3).

Luego, tal y como mantienen otras sentencias, la plena identificación de la finca implica obviamente su identificación topográfica, es decir, su comprobación y medición sobre el terreno, a fin de constatar que coincide con la descrita en el título o certificación aportado. Así, la STS de 12 de noviembre de 1964 matiza el doble aspecto en que consiste la identificación de la finca, afirmando que por una parte debe fijarse con claridad y precisión la situación, cabida, y linderos de la finca, de modo que no quepa duda de cuál es la finca que se reclama. Se trata, dice la sentencia, de una identificación documental expresada en la demanda, consecuente con los títulos en los que la acción se basa. Por otra parte, continúa, será necesario acreditar de modo práctico en el juicio que el terreno reclamado es aquél al que se refiere el primer aspecto de la identificación. En el mismo sentido, la STS de 6 de mayo de 1994 mantiene que «la identificación de la finca ha de hacerse de forma que no ofrezca duda cuál sea la que se reclama, fijando con la debida precisión su cabida, situación y linderos, y demostrando con cumplida probanza, que el predio reclamado es aquél al que se refieren los títulos y los demás medios probatorios en los que el actor funda su derecho, identificación que exige un juicio comparativo entre la finca real contemplada y la que conste en los títulos, lo que, como cuestión de hecho es de la soberana apreciación de los Tribunales de Instancia». Igualmente, la STS de 25 de mayo de 2000 sostiene que «es doctrina jurisprudencial que no ha de confiarse a un necesario juicio de deslinde la determinación de la finca, si es condición *sine qua non* la identidad inequívoca de la finca a reivindicar, lo que comprendería que la finca se determine sobre el terreno por sus cuatro puntos cardinales, debiendo éstos concretarse con toda precisión, y siendo este requisito identificativo esencial para que pueda prosperar cualquiera de las acciones que se derivan del 348 del Código Civil». Confirmando esta doctrina, encontramos otras sentencias como son: 9 de junio de 1982, 20 de diciembre de 1982, 16 de julio de 1990, 5 de marzo de 1991, 1 de diciembre de 1993, 20 de octubre de 1994 y 5 de abril de 1994.

(3) En este sentido encontramos las sentencias de 7 de febrero de 1998, 13 de marzo de 1989, 23 de octubre y 3 de noviembre de 1987, 21 de marzo de 1985, 23 de junio de 1902, 27 de noviembre de 1912, 22 de diciembre de 1915, 5 de junio de 1928, 8 de noviembre de 1930 y otras. Aunque este supuesto es discutido, y existe jurisprudencia contraria, proclive a considerar que la legitimación registral debe extenderse a la extensión superficial o cabida de la finca, así como a sus linderos, por ser expresión de la extensión del derecho real inscrito. STS de 7 de abril de 1981 y 31 de diciembre de 1999.

En consecuencia, compartimos plenamente la defensa del TS, entiendo que no se ha cumplido el requisito de identificación de la finca, pues mientras no se haga topográficamente, de manera práctica e *in situ*, no se puede dar por bien cumplido. Y creemos conveniente subrayar, una vez más, la necesidad de identificar la finca en sus dos vertientes: documental y topográfica.

MARÍA GONÍ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

CANCELACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES.—CANCELACIÓN AUTOMÁTICA DE LA INSCRIPCIÓN DE UN DERECHO DE USUFRUCTO POR EXTINCIÓN DEL MISMO EN VIRTUD DE LA LEY. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 9 DE DICIEMBRE DE 2003.)

Antecedentes.—El Ayuntamiento de Algeciras solicita la cancelación de la inscripción de un derecho de usufructo otorgado a favor del Ministerio de Defensa, sobre una finca de su propiedad por entender que, transcurridos más de 30 años desde su constitución, éste se ha extinguido en virtud del artículo 515 del Código Civil. Y por lo tanto, puede cancelarse el asiento que lo contiene de manera automática, tal y como recoge el artículo 82.2 LH.

El Registrador de la Propiedad deniega la cancelación solicitada por entender que en el título constitutivo del usufructo no se señalaba plazo máximo alguno de duración del mismo. En la escritura se hacía constar: «Esta cesión se hace temporal y gratuitamente, y sólo para el objeto indicado, por todo el tiempo que lo necesite el referido Ramo de Guerra...». Por ello, considera el Registrador que será necesario para cancelar este asiento el consentimiento del titular registral del derecho, o en su defecto resolución judicial que lo ordene, tal y como se requiere en el artículo 82.1 LH, que establece la regla general para practicar cancelaciones.

Se recurre la calificación del Registrador, y la DGRN estima el recurso estableciendo la siguiente

Doctrina.—La DGRN entiende que procede cancelar de manera automática el asiento de usufructo, pues, si bien la regla general de cancelación exige el consentimiento del titular del derecho reflejado en el asiento, o bien la correspondiente resolución judicial supletoria, no es menos cierto que dicha regla tiene excepciones y una de ellas es cuando el derecho inscrito se haya extinguido por imperativo del propio título constitutivo e inscrito, o por efecto de la ley. Y esto, precisamente, es lo que ocurre en el supuesto que se debate; ya que, conforme al artículo 51.5 del Código Civil, el usufructo no puede constituirse a favor de personas jurídicas por más de treinta años.

COMENTARIO

En esta resolución breve y clara se aborda, de nuevo, el tema de la cancelación automática de asientos, como excepción a esa forma o regla general de llevarla a cabo (1).

(1) Mediante el consentimiento del titular registral a la cancelación, o resolución judicial que la ordene (art. 82.1 LH).

Es conveniente señalar y poner de relieve que el carácter excepcional de la cancelación automática del 82.2 LH exige que solamente proceda en los casos previstos en ese precepto. Y estos supuestos no son sino la posibilidad de cancelar inscripciones practicadas en virtud de escritura pública cuando la extinción del derecho inscrito se produzca directamente por la Ley, o bien, resulte su extinción porque así la han pactado las partes en el título constitutivo del derecho (generalmente derechos sometidos a plazos determinados, o a una condición resolutoria, etc.).

Hay que ver, por tanto, si nos encontramos ante uno de esos supuestos excepcionales: ¿se ha producido la extinción del usufructo pactado por efecto de la Ley o del propio título constitutivo? En éste, desde luego, no se pactaba un plazo determinado de duración, por lo que el transcurso de más de cien años no sería en principio causa de extinción convencional del mismo, pues se pactó «por todo el tiempo que lo necesite el referido Ramo de Guerra».

Sin embargo, esa duración indefinida debe verse reducida al límite legal establecido por la ley, en virtud del citado artículo 515 del Código Civil. En efecto, este artículo establece que los usufructos establecidos a favor de personas jurídicas no podrán tener una duración superior a treinta años. Pasado ese tiempo, el usufructo se extingue por efecto de la ley, aunque las partes hubiesen querido un plazo mayor de duración. En este sentido, pueden verse las SSTs de 8 de enero de 1968, y 15 de abril de 1988, que consideran extinguido el usufructo por virtud de la ley, al transcurrir más de treinta años desde su constitución.

Y esta última añade que la duración de treinta años del usufructo a favor de personas jurídicas es de carácter imperativo y su contravención provocará la nulidad parcial del usufructo, quedando éste reducido al término legal. Opera como causa extintiva.

No hay duda, entonces, de la extinción por efecto de la Ley del usufructo inscrito. Consecuentemente, es posible cancelarlo directamente, sin necesidad de consentimiento del titular o resolución, pues es uno de los casos excepcionales previstos en el artículo 82.2 LH, en los que cabe la llamada cancelación automática.

Considero acertada la decisión de la DGRN, pues se trata de un supuesto de cancelación automática, y en este sentido, considero interesante *aprovechar* este comentario para repasar esta figura de carácter excepcional.

LA CANCELACIÓN AUTOMÁTICA

La regla general de la cancelación es la establecida en el artículo 82.1 LH, a la que ya hemos hecho referencia, y así se estableció en la primera Ley Hipotecaria de 1861, que la recogía en el mismo artículo. Sin embargo, el legislador, consciente de la necesidad de una forma más sencilla de cancelar que facilitara esa operación registral sin necesidad de recabar el consentimiento cancelatorio del titular (a veces muy difícil de conseguir), propuso una nueva forma de cancelar sin ese requisito para los casos en que no hubiera duda de que el derecho se había extinguido (por establecerse en su propio título inscrito o por determinarlo la ley).

Fue el Real Decreto de 20 de mayo de 1880 el que recogió por primera vez la posibilidad de la cancelación automática. Este Real Decreto surgió como respuesta a las nuevas necesidades demandadas ya, tanto por la doctrina

como por la jurisprudencia (2), en el sentido de flexibilizar el rígido régimen cancelatorio.

La extensa Exposición de Motivos de este Decreto contrasta con la brevedad de su articulado (tan sólo tres artículos); y en ella se justifica el mismo como necesario para poner fin a la contradicción existente sobre todo entre los artículos 107 LH 1869 (3) y 72 RH 1870 (4), que contemplaban supuestos de cancelaciones directas, con el artículo 82 LH 1869, que exigía, en todo caso, la necesidad de consentimiento cancelatorio o providencia judicial para cancelar asientos registrales practicados en virtud de escritura pública.

Con este nuevo Decreto, el artículo 72.2 RH quedaba plenamente justificado, pues el Real Decreto no hacía sino recoger lo que este artículo ya había adelantado, y daba plena vigencia al artículo 107 LH, pues el supuesto que recogía entraba de lleno en el ámbito de la cancelación automática. En concreto, en la Exposición de Motivos se afirmaba que con este Decreto «se fija la verdadera inteligencia del artículo 82 LH, que, si bien está redactado en términos generales, no puede ni debe aplicarse, a todos los casos que se solicite la cancelación de inscripciones: porque resultaría contradictorio al artículo 107 de la misma ley, que por su propia virtud, sin tener en cuenta para nada la voluntad del interesado en una inscripción, declara extinguido el derecho inscrito».

En definitiva, el Real Decreto de 1880 vino a poner fin a estas contradicciones entre los preceptos legales y reglamentarios, haciéndose eco de la necesidad, y ya posibilidad (según esos preceptos y cierta jurisprudencia), de cancelar automáticamente determinadas inscripciones hechas en virtud de escritura pública, siempre y cuando el derecho inscrito se hubiera extinguido sin intervención de la voluntad de las partes. Así se solucionaban también muchos conflictos y pleitos indebidos ocasionados porque los titulares de los derechos inscritos, sabiendo que dependía de ellos únicamente la cancelación, podían negarse a otorgar la escritura de cancelación, dificultándose enormemente las cancelaciones registrales, y entorpeciendo la propia finalidad de publicidad registral.

Por lo tanto, y como resumen podemos decir que este Decreto estableció una nueva forma de cancelación (más rápida y fácil, pero excepcional), que es la cancelación sin consentimiento del titular inscrito; que es necesaria cuando el derecho se extingue sin voluntad de las partes; que enumera una serie de supuestos en los que cabe esta cancelación directa o automática (art. 2), si bien, hay muchos más (confusión de derechos, caducidad y prescripción, extinción legal del usufructo); y que todo ello surgió para hacer frente a las nuevas necesidades que ya había puesto de relieve la jurisprudencia.

(2) Véase, por ejemplo, la sentencia 6 de diciembre de 1876, o la Resolución de 25 de diciembre de 1962. En ambas se permite la cancelación de inscripciones por haberse extinguido los derechos que se publican, en virtud de ejecuciones anteriores, o por haber éstos caducado.

(3) El artículo 107 LH de 1869 contemplaba la posibilidad de cancelar hipotecas directamente por causas ajenas a la voluntad de los titulares (vgr., consolidación de derechos).

(4) El artículo 72.2 RH de 1870 establecía la posibilidad de cancelar créditos hipotecarios presentando la misma escritura en cuya virtud se había hecho la inscripción, si de ella, o de otro documento fehaciente, resultara la extinción de esa obligación.

El contenido de este Decreto, y en consecuencia la posibilidad de cancelar automáticamente asientos se incorporó, más tarde, en el Reglamento Hipotecario de 1915, en su artículo 150.

A partir de la entrada en vigor del Decreto, y su posterior recepción en el Reglamento Hipotecario, se sucedieron las Resoluciones a favor de este tipo de cancelación: por ejemplo, RRDGRN de 13 de noviembre de 1880, 22 de diciembre de 1882, 18 de julio de 1893, 19 de enero de 1914, 23 de abril de 1917, 29 de diciembre de 1920.

Aunque, también, hubo Resoluciones en contra de su admisión, pues ya se empezaba a perfilar el carácter excepcional de este tipo de cancelación, sólo admisible cuando realmente el derecho inscrito se hubiese extinguido por la Ley o dedujera del propio título de constitución. En este sentido, se pueden ver las RRDGRN de 16 de mayo de 1881, 21 de junio de 1899, 11 de agosto de 1900, 23 de agosto de 1900, 22 de noviembre de 1905, 24 de abril de 1936, esta última subraya, por ejemplo, que la cancelación automática sólo procederá cuando la extinción del derecho tenga lugar de «un modo manifiesto y automático», y que no podrá aplicarse cuando la subsistencia del derecho sea «dudosa o controvertida».

Por fin, con la nueva Ley Hipotecaria de 1944 se otorga rango legal a la cancelación automática, que pasa a formar el párrafo segundo del artículo 82 LH, tal y como lo conocemos hoy en día, estableciéndose en el artículo 175 RH casos concretos de aplicación.

Hoy no se cuestiona la admisión de este tipo de cancelación, pero sí es cierto que la jurisprudencia ha ido reafirmando el carácter excepcional de este tipo de cancelación, que sólo puede usarse en los casos previstos, y cuando no quede duda de la extinción no voluntaria del derecho inscrito en el Registro a través de una escritura pública.

Como ya se ha dicho en los primeros párrafos, en el caso que se comenta, está perfectamente comprobada la extinción del usufructo en virtud del 515 del Código Civil. Al pasar más de treinta años, se ha producido una extinción del derecho inscrito por efecto de la ley, sin voluntad de las partes interesadas, y por tanto, es uno de los supuestos del 82.2 LH, y considero acertada la posición de la DGRN, aunque son comprensibles las dudas del Registrador por tratar de aplicar e interpretar de manera restrictiva el artículo 82.2 LH, como supuesto excepcional que es, tal y como se ha confirmado una y otra vez por la jurisprudencia registral.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

1.4. Sucesiones

NULIDAD DE CLÁUSULA TESTAMENTARIA DE DESHEREDACIÓN DE LA ESPOSA. ARTÍCULO 855.1.º DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

Antecedentes.—Ante el Juzgado de Primera Instancia interpuso demanda la viuda del causante (segunda esposa del mismo y sin descendencia común) en la que solicitaba:

- La declaración de la nulidad de la causa de desheredación contenida en el testamento de su difunto marido otorgado en abril del 94.
- La declaración de la nulidad de la institución de herederos contenida en dicho testamento en lo que perjudicaba a la viuda en sus derechos en la herencia del que fue su esposo.
- La condena al pago de las costas procesales del procedimiento.

La cláusula testamentaria de desheredación literalmente decía: «Deshereda a su esposa por incumplimiento de los deberes conyugales».

Los demandados se opusieron a la demanda y el Juzgado los absolvió e impuso a la actora las costas.

La demandante recurrió dicha sentencia ante la Audiencia que declaró nula, ineficaz y que se tuviera por no puesta la cláusula de desheredación contenida en el testamento notarial otorgado por su marido y declarando, asimismo, nula la institución de herederos contenida en dicho testamento, en lo que perjudicaba a los derechos de la viuda en la herencia de su esposo. Condenó a los demandados al pago de las costas procesales de la primera instancia sin pronunciarse respecto a las de la alzada.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo anuló la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y confirmó en toda su integridad la del Juez de Primera Instancia. No hizo declaración expresa de las costas de apelación ni del recurso de apelación.

El esposo testador interpuso demanda de separación el año 94. Quedó entonces demostrado que las relaciones entre los cónyuges no eran buenas y que la esposa-demandante regresó a España el año 92, dejando a su marido en Venezuela. Él sufría un cáncer maligno que hizo que se le practicaran dos intervenciones quirúrgicas, una en mayo del 93 y otra en mayo del 94. Posteriormente regresó a España, donde falleció en casa de sus hijos en enero del 95. El testador afrontó solo dicha enfermedad. No consta que la esposa fuese a Venezuela a atenderlo.

Doctrina.—La desheredación viene regulada en los artículos 848 y siguientes del Código Civil, que imponen que tenga lugar por alguna de las causas expresamente determinadas en la ley, que se haga en testamento y se exprese en él la causa legal en que se funde.

Procede examinar si se da en el caso de autos el supuesto legal de desheredación del cónyuge previsto en el artículo 855.1.º: «Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales».

Entre los deberes conyugales se encuentran el «ayudarse» (art. 67 del Código Civil) y el «socorrerse mutuamente» (art. 68 del Código Civil).

Por otra parte, los derechos del cónyuge viudo vienen contemplados en el artículo 834 y siguientes del Código Civil.

COMENTARIO

El núcleo de la sentencia ha de centrarse en analizar si se ha producido el supuesto legal de desheredación del cónyuge previsto en el artículo 855.1.º por haber incumplido la esposa de forma grave o reiterada sus deberes conyugales. Parece que hubo una total omisión por parte de la misma de su deber de ayudar a su marido en esos momentos tan duros y de tal gravedad. Como dice

el Supremo, debería haber prestado «asistencia... moral, física, apoyo, comprensión... a lo que estaba obligada conforme disponen los artículos 67 del Código Civil... y 68».

El efectivo incumplimiento grave y reiterado no queda desvirtuado, según el Supremo, por el hecho de haberse promovido demanda de separación, por lo que añade, que los derechos del cónyuge viudo se mantienen de conformidad con el artículo 834.

Un punto interesante es el de determinar si es necesario detallar en el propio testamento los hechos que provocan la desheredación, ya que en el presente caso el relato fáctico contenido en la demanda de separación sirve de base para demostrar el incumplimiento de los deberes conyugales. El hecho de que las relaciones entre los cónyuges no fuesen buenas, resulta intrascendente, pero el que no prestara la esposa asistencia alguna a su marido, habiéndosele diagnosticado una enfermedad grave constituye, desde luego, un claro incumplimiento de sus deberes conyugales. Sirve la demanda de separación para explicar y explicitar en qué consistió el citado incumplimiento.

En el testamento quedaba perfectamente expresada la causa de la desheredación, con lo que se cumplía la exigencia del artículo 849 del Código Civil, sin que, como dice el Supremo, «sea preciso relatar y menos detallar los hechos que provocan la desheredación, presentándose la voluntad de desheredar como decidida y suficientemente patente, lo que aquí sucede».

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

1.5. Obligaciones y contratos

INCUMPLIMIENTO INCUMPLIMIENTO DE LA OBRA CONTRATADA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE ENERO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

Antecedentes.—El objeto principal de la litis halla su origen en el arrendamiento de la obra contratada que tiene por base la realización de una máquina con destino a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre de Burgos. La discrepancia entre las partes versa sobre si se produjo o no incumplimiento de las obligaciones por parte de la actora y recurrida, y, para ello, debe atenderse a cuál fue el objeto del contrato. En tanto que la actora manifiesta que cumplió con aquello a lo que se comprometió: la fabricación de la máquina, según diseño de la demandada, por lo que fallando un equipo de vacío en el que no tuvo participación, y realizando la obra según lo instruido, procede el pago íntegro de lo por ella ejecutado al no poder responsabilizársele de un error de diseño, ni poder garantizar su resultado; la parte demandada sostiene, por su parte, que se limitó a exponer las nociones básicas de aquello que necesitaba, por lo que acometiendo la actora la fabricación de la máquina y habiendo resultado inservible, procede reconocer el incumplimiento por aquélla del contrato, no habiendo lugar a pago alguno.

Doctrina.—Se ampara la doctrina en que, con carácter excepcional, aplica la Sala la revisión a los supuestos en que la valoración de la prueba sea contraria

en sus conclusiones a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica. La excepcionalidad del remedio se pone de relieve, con toda claridad, en sentencia como la del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 1995, al especificar que sólo cabe la revisión de esta prueba, «si el proceso de apreciación y fijación de sus resultados como determinantes del fallo a pronunciar, resulta viciado por arbitrariedad, incoherencia, contradicciones y omisiones manifiestas, que lo presenten plenamente ilógico y atentatorio frontal a los elementales principios que rigen los procesos deductivos». Además se pone de relieve también que el principio jurídico procesal de la congruencia en las sentencias significa o supone una relación sustancial de conformidad o concordancia entre el fallo de las mismas y las pretensiones oportunamente deducidas en la súplica de los escritos rectores del proceso, y no con relación a los razonamientos o fundamentaciones que se hagan de ellos, determinando que la sentencia decida todas las cuestiones controvertidas.

COMENTARIO

En nuestra litis lo que hace el recurrente es atacar, sin bases de razonamiento que demuestren contradicción, el resultado de la prueba pericial y sus conclusiones que, como expresa la parte recurrida, en su escrito de impugnación, trata de contraponer a los propios criterios del recurrente, todo ello, con invocaciones a aspectos parciales de la prueba documental e incluso a respuestas dadas por los testigos con lo que, en realidad, lo que la parte intenta es realizar una revisión probatoria en su conjunto, tarea claramente vedada por la casación, que nunca puede convertirse, según reiteradamente expresa esta Sala, en una «tercera instancia».

NEGLIGENCIA CONTRACTUAL: NO PUEDE DEJARSE PARA LA FASE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE ENERO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Antecedentes.—El porteador de determinadas mercancías no las pudo hacer llegar en el tiempo debido aunque las señas estaban concretadas de una manera expresa y terminante.

Doctrina.—Afirma la presente litis que aunque la determinación del cumplimiento o no de una concreta relación contractual entra de lleno, en principio, dentro de la soberanía del Tribunal de instancia, y por lo tanto, también en principio, queda fuera del área casacional, sin embargo, es doctrina jurisprudencial constante y consolidada, la que establece que toda actividad hermenéutica que lleve a unas conclusiones ilógicas, irracionales o absurdas, puede y debe ser corregida casacionalmente.

COMENTARIO

La declaración de negligencia en relación al transportista supone únicamente un presupuesto para poder ejercer una pretensión resarcitoria, puesto

que al no cumplir lo que se le obliga será responsable de los perjuicios de su conducta.

COMPRAVENTA: VICIOS OCULTOS EN LA MISMA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE ENERO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Gullón Ballesteros.

Antecedentes.—Doña Milagros Lahera Peña demanda por los trámites del juicio de menor cuantía a los cónyuges don Juan Andrés Serrano Domínguez y doña María del Carmen Casal Dasgoas, solicitando una rebaja en el precio del contrato de compraventa por el que había adquirido de los mismos un piso.

Doctrina.—La fundamentación de la misma se dirige a combatir la sentencia recurrida en cuanto que conceptúa como plazo de caducidad el consignado en el artículo 1.490 del Código Civil, siendo de prescripción que la parte recurrente interrumpió mediante acto de conciliación. Ha de mantenerse la *ratio decidendi* del fallo que consiste en negar que haya lugar a la reducción del precio de la compraventa pretendida por la parte actora ante la discordancia de la extensión de la vivienda, según su descripción registral con la realidad porque se vendió como cuerpo cierto por un precio alzado y también se mantiene que no hay vicio oculto en la venta. Y es que la descripción de la vivienda en la oferta pública de venta y en el contrato privado redactado por la agencia de intermediación y la que se consignó en la escritura pública no coinciden, y en la de ésta es muy superior la superficie a la real, puesto que el desván de la casa se describió como un elemento común de los dos pisos que la componen y quisieron adquirirlo los compradores de su propiedad exclusiva.

COMENTARIO

Ante todo se determinan una serie de razones que huelgan las referencias a lo que se pretendió en la presente litis objeto de análisis: 1.º) No se ha ejercitado ninguna acción, pretendiendo la nulidad del contrato por vicio del consentimiento, sino sólo una petición de rebaja del precio; 2.º) No tiene sentido que se quiera imponer a la contraparte la interpretación del contrato como si fuese voluntad común de los contratantes; 3.º) Que la vivienda tenga menos metros que los consignados en su descripción, no es ningún vicio oculto pues estaba a la vista su verdadera superficie y pudo ser perfectamente comprobada además de que los compradores conocían ya lo que adquirirían por haberlo visitado; 4.º) Tampoco es vicio oculto que el desván de la casa sea elemento común y no privativo del piso que se adquiriría, como tal elemento común consta en su descripción y la misma es aceptada por los compradores de forma tal que de su otorgamiento los vendedores lo ocultaron, es un hecho que nada tiene que ver con un vicio oculto sino con el proceso formativo de la voluntad contractual de los compradores que estuvieron conformes con lo que se les vendía.

COMPRAVENTA DE COSA AJENA Y OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR DE ENTREGAR EL VALOR DE LA COSA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE FEBRERO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Marín Castán.

Antecedentes.—Por contrato privado, el actor compra a Turinsa, S. A., la Gran Suit situada en planta séptima, habitación número 707 del Hotel Meliá Sierra Nevada, situado en Pradollano —Monachil (Granada)— por un precio que fue completamente satisfecho, pero como sobre todo el inmueble pesa una hipoteca en garantía del crédito concedido a Turinsa, S. A., hipoteca que por tanto afectaba a la habitación número 707, entre las partes se celebró nuevo contrato de compraventa en virtud del cual doña Ana Gosálbez García adquiere la habitación número 706 del Hotel Meliá Sierra Nevada, para lo que entrega una determinada cantidad y se subroga en dos hipotecas, sin embargo, al final de dicho contrato se recoge un «pacto especial para hacer constar que el comprador acepta desde este momento, que la presente compraventa inmobiliaria se convierta en una compraventa de acciones de Turinsa que representan en el total capital escriturado de la misma una participación idéntica a la que en la Comunidad de Propietarios le correspondería a la habitación objeto de este contrato», cláusula que firman las partes.

Pero este pacto no solamente afectaba al contrato que tenía por objeto la habitación número 706, sino también al que tenía por objeto la habitación número 707, por ello Turinsa, S. A., entrega a la compradora, señora Gosálbez García los títulos provisionales del paquete de acciones número 706, y además el título provisional del paquete de acciones número 707, «aunque los títulos definitivos de estas últimas acciones sí que le fueron debidamente entregados por Turinsa a la compradora, y lo que precisamente pretende la actora con la demanda es que se le entreguen los títulos definitivos de las acciones correspondientes a la habitación número 706, de conformidad, ni más ni menos, con lo pactado».

Doctrina.—El Juez de Primera Instancia, estimando íntegramente la demanda desde la perspectiva de la validez de la venta de cosa ajena condena a la demandada a entregar a la parte actora el título definitivo del paquete de acciones correspondiente a la habitación número 706 —objeto de venta— o, caso de ser imposible, un paquete de acciones de la misma clase o el valor de dicho paquete. Y paralelamente el Tribunal de Segunda Instancia aprecia que se ha producido una novación en la compraventa sustituyendo su primitivo objeto, habitación del hotel, por acciones de la empresa, y aun cuando estas acciones no fueran de la titularidad de la sociedad vendedora al celebrarse el contrato, por pertenecer a los accionistas, ni tampoco al tiempo de interponerse la demanda, por haber sido transmitidas, la parte demandada-apelante vendría en cualquier caso obligada al cumplimiento por equivalencia y reconoce que la compradora está cumpliendo aquello a lo que se había obligado.

En su exposición argumental, la parte recurrente viene a decir que, habiéndose acreditado mediante los documentos públicos aportados por ella con su contestación a la demanda que las acciones del paquete número 706 nunca habían sido titularidad de la propia sociedad anónima sino de los mismos accionistas que en su día fundaron la sociedad y luego habían suscrito las acciones representativas de un aumento del capital social, era imposible que

el controvertido «pacto esencial» añadido al contrato fuera en realidad una suscripción de acciones como entiende la sentencia recurrida, y para comprobarlo basta con leer la misma en su integridad, pues en ella se razona como ni la falta de titularidad de las acciones del paquete número 706 a nombre de la sociedad, ni los límites legales que a dicha titularidad impondría el artículo 47 de la LSA de 1951, ni la posterior transmisión de las acciones a determinadas personas jurídicas, constituirían óbice al cumplimiento reclamado en la demanda por cuanto siempre acabaría siendo posible en último extremo el cumplimiento por equivalencia, y es que el problema litigioso no consistía en si las acciones del paquete número 706 eran o no de la sociedad demandada-recurrente sino en si ésta podía ser condenada al cumplimiento de lo pactado bien en forma específica bien por equivalencia. Y es que en su muy difuso desarrollo argumental la parte recurrente acude al desafortunado término «suscripción» de acciones de la sentencia recurrida y parece querer decir que la novación objetiva de la compraventa habría supuesto al propio tiempo una novación subjetiva a consecuencia de la cual la propia entidad recurrente habría quedado desvinculada del contrato y obligaría así a quien firmó en su nombre, a lo que aún se añade por la recurrente una referencia a la nulidad de pleno derecho de lo pactado. Es, pues, inevitable destacar la muy defectuosa formulación del recurso, manifestada por la cita de las normas presuntamente infringidas mediante una fórmula genérica que viene siendo reiteradamente rechazada por la doctrina de la Sala como constitutiva de inobservancia del artículo 1.707 de la LEC, causa a su vez de inadmisión del recurso de casación, según el artículo 1710.1-2.º de la misma Ley. De otro lado, la referencia a la nulidad de lo pactado es una cuestión totalmente nueva y por tanto inadmisibile en casación, ya que nada se pidió al respecto por la parte demandada hoy recurrente al contestar a la demanda.

COMENTARIO

Actualmente se reconoce la validez de la venta de cosa ajena en virtud de la naturaleza consensual u obligacional del contrato de compraventa, según aparece regulado en nuestro Código Civil, a cuyo tenor el vendedor no transmite la propiedad de la cosa por el simple contrato sino que se obliga a entregarla, así, salvo determinados casos de engaño que desembocan en la anulabilidad por dolo, se recalca que la venta de cosa no propia del vendedor no hace objetivamente imposible o nula la obligación, sustituible por el interés equivalente del comprador como efecto típico de cualquier incumplimiento. Y es que siempre se ha de reconocer el derecho del comprador a exigir el cumplimiento salvo que opte por la resolución fundada en el incumplimiento del vendedor o por anulación del negocio fundada en error o dolo. En realidad en la presente litis el controvertido «pacto especial» autorizó a la vendedora a sustituir la habitación de hotel vendida por un paquete de acciones equivalente, pero en modo alguno dejando al margen a la vendedora como obligada a ello o sin que tal autorización de cambio de objeto comportara la de un cambio de deudor mediante sustitución de la vendedora contratante por quienes en aquel tiempo fueron titulares de las acciones representativas de la participación atribuida a la habitación vendida y también porque respecto del paquete de acciones número 707, la transferencia de las acciones a favor de la demandante compradora se hizo sin ningún problema pese a que tampoco

eran titularidad de la propia sociedad anónima vendedora y, finalmente, porque el carácter netamente familiar de la sociedad anónima vendedora reconocido por ésta en el propio recurso de casación era un elemento claramente indicativo de la posibilidad de cumplimiento de la obligación del vendedor.

TERCERÍA DE DOMINIO Y ALZAMIENTO DE EMBARGO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE MARZO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Antecedentes.—«Frigoríficos Andaluces de Conservas de Carne, S. A.», formula demanda de tercería de dominio con la pretensión de alzar el embargo sobre una serie de jamones que se hallaban en posesión de la codemandada «Los Pemiles de María, S. A.», entidad ejecutada y embargada en juicio ejecutivo instado por la también codemandada «Maresme Escorxador, S. A.». El planteamiento se centra en que los jamones habían sido depositados en la sociedad ejecutada en virtud de contratos de depósito de los mismos, con el objeto de que se curaran y se añadía la opción de compra por un precio cierto a favor de la misma sociedad depositaria, estando identificados los jamones, la demanda de tercería pretendía el alzamiento del embargo, ya que seguían siendo propiedad de la sociedad tercerista.

Doctrina.—La cuestión que se plantea en la tercería de dominio es el título de propiedad de la sociedad tercerista y la identificación de la cosa embargada. En realidad, las sentencias resuelven la cuestión de que, ante el embargo de un bien, el tercero que alega ser propietario —y que no lo es el demandado embargado— la interpone para que declare que él es el titular verdadero del derecho de propiedad y se alce el embargo trabado sobre su cosa. Además se había mantenido que la tercería de dominio era una acción reivindicatoria en la que se sustituía la recuperación de la posesión por el alzamiento del embargo, pero realmente, la verdadera naturaleza de la tercería de dominio es de acción declarativa de propiedad cuyo objeto es la declaración de propiedad a favor del demandante-tercerista y el levantamiento del embargo trabado a instancia de un codemandado sobre un bien que aparentemente era del otro codemandado.

COMENTARIO

En nuestra litis la interpretación y la calificación de los contratos, no como de depósito, sino de compraventa, es lógica, correcta y ajustada a derecho, y la sentencia de instancia se ha basado no en el elemento literal, sino en una serie de razones (facturas, constancia en libros contables, etc...) que relaciona reafirmando lo expresado en la sentencia de primera instancia, pese a que ésta desestimó la reconvención, lo que no fue objeto de apelación y es preciso recordar que la sentencia de instancia objeto del recurso de casación es la de la Audiencia Provincial. De forma tal que interpretados y calificados los contratos como compraventas que se produjeron, mediante la *traditio*, la transmisión de la propiedad produce la infracción que contempla el contrato de depósito mercantil, ni la de la doctrina jurisprudencial que se refiere al precontrato de opción. Además de la acción de tercería de dominio que se debate

decir que no puede ser identificada con la reivindicatoria aunque presente ciertas analogías con ella, la misma tiene por finalidad principal, no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo.

ISABEL MORATILLA GALÁN

1.6. Responsabilidad civil

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. MUERTE EN ACCIDENTE LABORAL.—CARGA DE LA PRUEBA, CUMPLIDO EN EL CASO DE AUTOS AL ENTENDER ACREDITADO QUE EL ACCIDENTE SE PRODUJO PORQUE LOS DOS SUPERVISORES DE LOS TRABAJOS REALIZADOS POR LA EMPRESA EN LA QUE TRABAJABA LA PERSONA QUE FALLECIÓ NO CUMPLIERON CON LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. PARA LOS SUPERVISORES, RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL ARTÍCULO 1.902, Y PARA LA EMPRESA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE UN TERCERO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE JULIO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don José de Asís Garrote.

Antecedentes.—Se interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad en concepto de indemnización por el fallecimiento del hijo y hermano de los demandantes.

Los hechos que causaron el fallecimiento, según se desprende de los Fundamentos de la sentencia, ocurrieron de la siguiente forma: el fallecido trabajaba para la empresa de instalaciones de fontanería y electricidad «C.B.E., S. L.», la cual realizaba trabajos en el ámbito de su competencia; además de esta empresa, realizaban trabajos en la obra la empresa contratista «P., S. A.», y otra de aluminios. El suceso ocurrió cuando el fallecido accedió al patio desde donde se procedía a la subida de materiales a las distintas partes de la obra, encontrándose en ese momento el aparato elevador en marcha, esto es, subiendo material, lo que ocasionó la caída de un ladrillo al vacío dando en la cabeza al operario, produciéndole el fallecimiento, al no llevar puesto el casco de protección que le preservara de los golpes. El lugar en donde se produjo el accidente no se encontraba acordonado, ni había señal alguna que prohibiera el paso, pese a ser de riesgo patente la zona.

La demanda se interpone contra la empresa contratista de la obra «P., S. A.», el arquitecto técnico «D.SSA», representante legal de la empresa «C.B.E., S. L.» donde trabajaba el operario fallecido, la empresa de aluminios; y contra D.MPB, D.JDG, D.VCS, D.MSG, D.MSN y D.MDL.

El Juzgado de Primera Instancia número uno de Ribeira estima parcialmente la demanda y condena al pago de 2.000.000 de pesetas a la empresa «P., S. A.», contratista de la obra, y al arquitecto técnico de forma solidaria, absolviendo al resto de demandados.

Se interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de A Coruña por la representación de la familia del fallecido, estimando también parcialmente el interpuesto por la empresa contratista «P., S. A.» y rechazando

el interpuesto por la representación del arquitecto técnico «D.AQS». Se condena a D.VCS y a D.SSA (en su calidad de supervisores de la obra), a la empresa donde trabajaba el fallecido «C.B.E., S. L.» y al arquitecto técnico a que indemnicen de forma solidaria a la parte actora en la suma de 7.500.000 pesetas, y absuelven al resto de los demandados.

Doctrina.—El recurso de casación se interpone por la empresa de fontanería donde trabajaba el fallecido «C.B.E., S. L.», al amparo del artículo 1692.4.º de la derogada LEC, apoyado en tres motivos: por vulneración del artículo 1.214 del Código Civil; por vulneración de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, y por vulneración del contenido del artículo 1.902 del Código Civil.

Respecto del primero de los motivos, alega la Sala que: «Con arreglo del principio de la carga de la prueba establecido en el precepto del Código Civil, que se cita por la parte como vulnerado, corresponde en el ejercicio de la acción por culpa extracontractual, la prueba de que el causante del daño actuó con negligencia o imprudencia a la parte que reclama la indemnización, esto sea dicho de forma general, prueba que en los autos del que dimana el presente recurso ha practicado la parte actora, pese a que la sentencia recurrida en su Fundamento de Derecho segundo entienda que en aquellos supuestos en el que el daño es consecuencia del riesgo que crean las empresas en el ejercicio de actividades que en principio pueden ser lícitas, pero en razón del riesgo que generan terceros y las ventajas que obtienen por el uso de esa tecnología las propias empresas, en los casos que se produzca un daño, hay que aplicar la doctrina señalada en las citadas sentencias, en las que aparece recogida el principio de inversión de la carga de la prueba, correspondiendo al autor del daño acreditar que al realizar las operaciones que ocasionaron los mismos había empleado la diligencia exigible, y no a la parte perjudicada que reclama la indemnización».

Respecto del segundo de los motivos, que también es desestimado, señala la Sala citando la sentencia de 29 de mayo de 2001 que, «Las sentencias absolutorias de la jurisdicción penal no vinculan a los tribunales civiles, salvo que se haya declarado la inexistencia del hecho enjuiciado».

El tercero de los motivos, basado en la vulneración del contenido del artículo 1.902 del Código Civil, es desestimado «fundamentalmente porque la parte recurrente hace cuestión de los hechos probados en la instancia, según han sido recogidos en la sentencia de apelación y que han sido expuestos en el fundamento de derecho anterior, que han consistido en la omisión por parte de los encargados de las obras de fontanería que desarrollaba la mercantil «E.S.A.» (empresa donde trabajaba el fallecido), de adoptar y exigir a sus empleados las medidas de seguridad, consistentes, como se ha dicho, en vallar la zona destinada a la elevación de materiales de obra y herramientas donde estaba instalado el «maquinillo», prohibiendo su paso, y al no exigir el uso del casco en las obras a sus empleados, conducta de los encargados que han fundamentado la responsabilidad civil, compatible en todo caso con la laboral, no sólo porque así lo tiene declarado la jurisprudencia, sino por haberlo establecido así el artículo 97.3 de la Ley General de la Seguridad Social».

COMENTARIO

Si nos centramos en el tercero de los motivos que fundamentan el recurso de casación, se pueden hacer varias apreciaciones. En primer lugar, que el juzgado de instancia condenó exclusivamente a la empresa contratista de la obra, encargada de los trabajos de albañilería y al arquitecto técnico, absolviendo al resto de los codemandados, entre ellos, a la empresa en la que estaba contratado el fallecido. La Audiencia Provincial, por el contrario en el recurso de apelación, absuelve a la citada empresa y mantiene la responsabilidad del arquitecto técnico solidariamente con la empresa que tenía contratado al trabajador fallecido y a otro codemandado que junto con el arquitecto técnico eran los supervisores de la obra. Esta circunstancia, unida a que el último párrafo del fundamento tercero de la sentencia afirma que «no se pueden cuestionar los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, si no se invoca error de derecho en la apreciación de la prueba», hace presumir que hubo error en la valoración de los hechos. Desde mi punto de vista, tendrían que responder solidariamente no sólo los condenados por la Audiencia, sino también la empresa contratista, a quien condenó el juzgado de instancia por haber incurrido en culpa *in omittendo*, modalidad eminentemente normativa, la cual se caracteriza por la inacción, por la pasividad o por la abstención o inactividad, hechos estos que se dan en el supuesto tratado, puesto que si esta empresa era la que realizaba los trabajos de albañilería, y por lo tanto la que utilizaba el maquinillo para desplazar los ladrillos, uno de los cuales fue el causante de la muerte del trabajador, se establece un nexo de causalidad entre el comportamiento de la empresa y el hecho ocurrido, como afirma la sentencia de 15 de octubre de 1987: «Dicha omisión ha de ser voluntaria aunque no maliciosa y haber producido un resultado lesivo o dañoso, teniendo necesariamente que mediar una relación de causalidad o nexo causal entre la omisión y el resultado, de tal forma que sea aquélla la generante o determinante de éste».

Pero además cabe preguntarse incluso si no se puede atribuir culpa a la víctima, porque aunque afirma la sentencia que la empresa no exigía el uso del casco en las obras a sus empleados, habría que matizar la cuestión y diferenciar si la empresa «C.B.E., S. L.», que tenía contratada a la víctima, puso a su disposición el equipo adecuado, incluyendo el casco, o si no fue así y además de no exigir el cumplimiento de la normativa tampoco lo proporcionó a sus empleados.

Si estamos ante la primera opción, habría exoneración parcial de responsabilidad de la empresa por culpa de la víctima, exoneración que no podría extenderse a la empresa contratista, quien no tuvo la diligencia normal dentro de la *lex artis* y de la normativa específica en prevención de riesgos laborales, y digo parcial, pues sí habría incurrido en responsabilidad por negligencia al no haber exigido las medidas de seguridad necesarias. Sin embargo no creo que exista responsabilidad por hecho ajeno, ya que como establecen las sentencias de 18 de junio de 1979, 4 de enero de 1982 y 26 de junio de 1984, entre otras, «la responsabilidad por hecho ajeno tipificada en el párrafo cuarto del artículo 1.903 del Código Civil se basa en una relación de dependencia o subordinación entre el causante material del daño y el empresario demandado, además de que el acto antijurídico y lesivo haya sido realizado en la esfera de actividad del responsable, siempre con posibilidad de acción directa contra el titular de la empresa». Y según se desprende de los hechos, se trata de dos

empresas autónomas en su organización y en sus medios, y por lo tanto con asunción de los riesgos inherentes a los cometidos que desempeñan.

Pero aún en el supuesto de no haber puesto a disposición del trabajador los medios preventivos mínimos, habría que considerar en estos casos lo establecido en el artículo 29 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, que en su apartado 1 determina que *Corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo...*», en este supuesto exigiendo a la empresa el equipamiento oportuno.

El hecho de poder imputar parte de culpa a la víctima no significa que se vaya a exonerar de responsabilidad a los agentes causantes del suceso, ya que ésta existe, en unos casos por culpa *in vigilando*, como sería la de los supervisores; en otros por omisión del deber de diligencia, culpa *in omittendo*, de la empresa contratista, en el caso del arquitecto técnico, por no tomar las medidas oportunas ante la falta de seguridad en el trabajo, como es la paralización de la obra y en el de la empresa a la que pertenecía el fallecido por no exigir el cumplimiento al trabajador de la utilización del casco, porque para que la culpa de la víctima exonere a los agentes intervinientes de responsabilidad ha de ser el fundamento exclusivo del resultado o tener acusado relieve de intensidad para absorber toda aquella que pueda ser concurrente, no teniendo más alcance en todo caso que la moderación de la pena.

En el ámbito de la construcción se deberían adoptar todas las prevenciones posibles para el cumplimiento de las medidas de seguridad, exigiendo la asunción de las mismas, incluso de índole coercitivo, si fuesen necesarias, para subsanar las carencias que puedan acontecer en materia de seguridad, pero no sólo a las empresas sino también a los trabajadores que en gran medida incumplen la normativa voluntariamente y no utilizan los instrumentos que las empresas ponen a su disposición, por hacerles más incómodo su trabajo.

JUANA RUIZ JIMÉNEZ