

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 16 de diciembre de 2008. Recurso 853/2002. Ponente Don Clemente Auger Liñan.**

**SENTENCIA**

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen los recursos de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoprimera, como consecuencia de autos, juicio de menor cuantía número 43/96, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Leganés, sobre reclamación de cantidad, los cuélas fueron interpuestos por FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Paloma Ortiz-Cañavete Levenfeld; la entidad HERMANOS ARNAL S.L, representada por la Procuradora Doña María Eugenia Fernández Rico, en los que es recurrida TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A, representada por la Procuradora de los Tribunales Doña María Rodríguez Puyol.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** Ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Leganés, fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A, contra FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A, y HERMANOS ARNAL S.L, sobre reclamación de cantidad.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho: "...dictar sentencia en la que se condene a la parte demandada a pagar a mi representada la cantidad de 26.240.566 pesetas, más los intereses legales y las costas del juicio".

Por la entidad demandada FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A, se contestó suplicando al Juzgado: "..se digne dictar sentencia por la que al estimar la excepción opuesta, o al desestimar la demanda promovida, se absuelva a mi principal de la pretensión ejercitada por la parte actora, con expresa imposición a la misma de las costas originadas en esta litis".

Con fecha 22 de mayo de 1996 se amplió la demanda contra la entidad HERMANOS ARNAL S.L, solicitando que se condene a dicha entidad demandada, solidariamente con FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A, a pagar a mi representada la cantidad de 26.240.566 pesetas más los intereses legales y las costas del Juicio.

Admitida a trámite la demanda, la entidad HERMANOS ARNAL S.L. contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: "..dicte en su día sentencia por la que desestime la demanda

absolviendo de sus pedimentos a mi representada, con imposición a la actora de las costas del procedimiento, con todo lo demás que sea procedente en derecho".

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 18 de Septiembre de 1997 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Desestimando las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo necesario y prescripción y estimando la demanda presentada por la Procuradora Sra. Ruiz Resa, en nombre y representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A contra FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A, representada por la Procuradora Sra. Ortiz Cañavate Levenfeld y HERMANOS ARNAL S.AL representada por la Procuradora Sra. Masso Hermoso, condeno a los mencionados demandados para que, con caracter solidario, abonene a la actora la cantidad de 26.240.566 pesetas más los intereses legales que se devenguen a partir de la presente resolución.

Condeno igualmente a los demandados al pago de las costas procesales causadas".

**SEGUNDO.** Contra dicha sentencia se interpusieron recursos de apelación que fueron admitidos y sustanciados éstos, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoprimera, dictó sentencia con fecha 19 de septiembre de 2001 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que con desestimación de los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de los dos codemandados, FOMENTO DE OBRAS Y CONSTRUCCIONES S.A y HERMANOS ARNAL S.L, contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Leganés con fecha 18 de septiembre de 1997, en los autos de juicio de menor cuantía número 43/96, seguidos en su contra a instancia de la mercantil TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A, debemos confirmar y confirmamos la resolución apelada imponiendo a las apelantes el pago de las costas de esta alzada".

**TERCERO.** La Procuradora Doña Paloma Ortiz-Cañavete Levenfeld, en representación de FOMENTOS DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A, formalizó recurso de casación que funda en los siguientes motivos:

Primero. Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1974.1 en relación con el artículo 1968.2, ambos del Código Civil .

Segundo. Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1902 del Código Civil en relación con el 1903 del mismo cuerpo legal, y de la jurisprudencia de la Excma. Sala Civil del Tribunal Supremo que los interpreta y desarrolla.

Tercero. Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1106 del Código Civil en relación con el artículo 1902 del mismo cuerpo legal y de la jurisprudencia de la Excma. Sala Civil del Tribunal Supremo que los interpreta y desarrolla.

Igualmente por la Procuradora Doña María Eugenia Fernández-Rico Fernández, en representación de HERMANOS ARNAL S.L, formuló recurso de casación que funda en los siguientes motivos:

Primero: Al amparo del número 1 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al haber infringido la Sentencia que se recurre el artículo 1902 del Código Civil , en relación con el artículo 1903 del mismo cuerpo legal y la jurisprudencia que lo interpreta contenida en las sentencias que se citan, al aplicarlo indebidamente respecto de mi representada, al no concurrir los requisitos exigidos en los mismos para el nacimiento de la responsabilidad extracontractual en HERMANOS ARNAL S.L.

Segundo: Al amparo del número 1 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al haber infringido la sentencia que se recurre el artículo 1106 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta contenida en las sentencias que se citan, aplicándolo indebidamente por cuanto no concurren los requisitos exigidos para que proceda la indemnización por daño emergente y lucro cesante, habiéndose concedido la cantidad reclamada en la demanda.

**CUARTO.** Evacuado el traslado conferido, la Procuradora Doña María Rodríguez Puyol, en representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A, presentó escrito de impugnación al recurso mencionado y terminaba suplicando a esta Sala: "...dictar sentencia por la que, declarando la improcedencia del único motivo de los admitidos de los articulados de adverso, se desestime dicho recurso, confirmando en todas sus partes la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª de fecha 19 de septiembre de 2001 , recaída en rollo número 853/2002, dimanante de los autos de juicio de menor cuantía 43/96 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Leganes, por ser plenamente ajustada a Derecho, todo ello con imposición de costas a la parte contraria por ser preceptivo."

**QUINTO.** Con fecha 19 de diciembre de 2006, la Sala acuerda: 1º. No admitir el recurso de casación de FOMENTOS DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A, respecto de los motivos segundo y tercero. 2º. Admitir dicho recurso respecto del motivo primero del escrito de interposición y 3º. No admitir el recurso de casación interpuesto por HERMANOS ARNAL S.L.

**SEXTO.** Por Providencia de 17 de octubre de 2008, se acuerda suspender el señalamiento que se había efectuado para votación y fallo y someter el contenido de dicho recurso al conocimiento del Pleno de la Sala el día 11 de diciembre de 2008 .

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. CLEMENTE AUGER LIÑÁN

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** El presente recurso de casación, interpuesto por FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A, (FCC), ha sido admitido en cuanto a uno de sus motivos, concretamente el primero, en el que se denuncia la infracción del artículo 1974.1 en relación con el artículo 1968.2, ambos del Código Civil , en el que se alega la prescripción de la acción ejercitada contra la entidad recurrente en esta sede casacional.

La Compañía TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A, interpuso demanda contra FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A, después ampliada a HERMANOS ARNAL S.L, reclamando la condena a pagar a la demandante el importe de 26.240.566 pesetas, con motivo de los daños causados a las instalaciones y conducciones telefónicas de la entidad actora el día 2 de junio de 1994, cuando se efectuaba trabajos en el suelo con una retroexcavadora manejada por un operario de HERMANOS ARNAL S.L, empresa subcontratada por FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. Dicha demanda se basaba en la responsabilidad extracontractual de las demandadas.

El Juzgado de Primera Instancia, que condenó a las entidades demandadas a pagar solidariamente la cantidad solicitada en la demanda, rechazó la excepción de prescripción opuesta por la hoy recurrente, considerando que: "...es cierto que conforme a lo alegado por FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A, la primera reclamación extrajudicial se efectuó transcurrido más de un año desde que se produjo la acción imprudente, si bien consta que antes de transcurrir este plazo se han librado comunicaciones a HERMANOS ARNAL S.L y a la aseguradora ALLIANZ-RAZ, y con tales comunicaciones quedó interrumpida la prescripción para todos los demandados, pues quedaban afectados por ella en virtud del aludido vínculo de solidaridad y en aplicación de la precisión contenida en el artículo 1974, párrafo primero , a tenor del cual la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores, consecuentemente tal excepción ha de ser desestimada".

La Audiencia Provincial, que desestimó la apelación en el fundamento de derecho sexto de la sentencia, aquí impugnada, razonó lo siguiente: "Debiendo significarse ya, en relación con la excepción de prescripción formulada por la codemandada FOMENTO DE OBRAS Y CONSTRUCCIONES S.A, que la doctrina que respecto a la independiencia de las dos acciones deducidas construye dentro de su esquema defensivo el Letrado de dicha sociedad, con la consecuencia negativa que respecto del efecto interruptivo invocado por la actora comporta, contradice la larga y consolidada doctrina jurisprudencial que afirma el carácter solidario de las vinculaciones que concurren en punto a la responsabilidad civil derivada de todo ilícito culposo, pues la no prosperabilidad de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario es un efecto propio de la solidaridad, que por su propia naturaleza compromete la independiencia entre las acciones vinculadas que constituye la base de partida del razonamiento esgrimido. Dicho lo cual, siendo pacífico que ha existido un acto interruptor respecto de la otra codemandada, la desestimación de dicha excepción ha de ser confirmada, con la claudicación consiguiente del motivo que pretendía su prosperabilidad".

En el motivo del recurso que ha sido admitido se esgrime que los hechos acontecieron el día 2 de junio de 1994, reclamándose a FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A el día 15 de julio de 1995 (hechos a los que la parte contraria muestra su conformidad en el escrito de impugnación del recurso de casación), por lo que ha transcurrido el plazo de prescripción de un año previsto en el artículo 1968.2 del Código Civil para las acciones nacidas de culpa extracontractual, sin que la reclamación, también extrajudicial, que realizó la actora frente a la codemandada HERMANOS ARNAL S.L pueda surtir los efectos interruptivos que señala el artículo 1974.1 del Código Civil ("la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por

igual a todos los acreedores y deudores"), precepto que, sostiene la parte recurrente, se refiere únicamente a la solidaridad contractual y nunca a la extracontractual, aduciendo que, por tanto, concurre la excepción de prescripción de la acción.

**SEGUNDO.** Señalados los antecedentes resolutorios que han determinado la interposición del presente recurso, reducido a la alegación de prescripción de la acción dirigida contra la recurrente, el motivo por el que se articula semejante alegación merece ser desestimado.

A tal efecto resulta razonable tener muy en cuenta los antecedentes fácticos, ahora de imposible discusión, que se relacionan en la sentencia dictada en primera instancia y que se acogen en la sentencia de apelación confirmatoria de la misma.

Son los siguientes: "En cuanto al fondo del pleito son hechos probados deducidos del conjunto de la prueba practicada que el día 2 de junio de 1994 por operario y maquinaria perteneciente a la empresa HERMANOS ARNAL S.L se realizaban excavaciones y movimientos de tierra en la calle Polvoranca número 5 de Leganés, en el curso de cuyos trabajos se alcanzó una conducción telefónica subterránea dañando la instalación, concretamente dos cables de fibra óptica, cable coaxial y canalización correspondiente. La realización de tal labor había sido encomendada por la empresa FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A, que abonaba un precio por hora de trabajo y que conservaba la dirección técnica de la obra.

De la causación de tales daños son responsables ambas demandadas, pues los desperfectos se generaron por la conducta concurrente e imprudente del autor material --trabajador de HERMANOS ARNAL S.L-- y del técnico que dirigía la obra -- trabajador de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A.--. En efecto, las precauciones que se omitieron eran tan básicas, al propio tiempo que inherentes a la actividad que se desarrollaban, que tanto el técnico debió indicárselas en su función de vigilancia, control y dirección, como el operador adoptarlas, en una ejecución mínimamente diligente de su cometido. Concretamente, del conjunto de la prueba practicada y especialmente de los informes periciales de Don Braulio y Don Mariano , se desprende que:

.- No se solicitaron planos a Telefónica sobre las canalizaciones subterráneas que pudieran existir en la zona, a pesar de que existían en las inmediaciones tapas de registro que eran indicadoras de su existencia (a 20 y 300 metros), e incluso la simple previsibilidad de su presencia en todo suelo urbano.

.- Los conductos de canalización estaban resguardados debidamente con una prima de hormigón, que quedó al descubierto en los trabajos de apertura de la zanja, y no obstante ello se prosiguió con la excavación sin adoptar precauciones, provocando la fractura de cables y tuberías pertenecientes a Telefónica.

.- Se trabajó con el cazo de la excavadora en sentido perpendicular cuando la existencia de línea telefónica exige que sea en paralelo para la protección de las líneas."

Atendidas las circunstancias fácticas expuestas, determinantes de la condena de las dos demandadas, se desprende que las sentencias de instancia hacen una razonable interpretación en relación a la jurisprudencia de esta Sala, cuando estiman que el

efecto interruptivo de la prescripción no discutido en relación a la demandada HERMANOS ARNAL S.L alcanza a la demandada FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A.

Así en la sentencia de esta Sala de 14 de marzo de 2003 considera la necesidad de descartar la inaplicación del artículo 1974 del Código Civil en supuestos de responsabilidad extracontractual en aquellos casos en los que por razones de conexidad o dependencia pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado.

Y en la sentencia de 1 de octubre de 2008 , a efectos de estimar la condena solidaria de los responsables demandados, destaca la exigencia no solo de la concurrencia de una pluralidad de agentes, sino, además, la indiscernibilidad en sus respectivas responsabilidades, esto es, que no sea factible, por el resultado de las actuaciones, la determinación individual y personal de las responsabilidades atribuibles a los agentes intervinientes.

De ahí que proceda recordar la declaración jurisprudencial de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1998 en el sentido de que no existe litis consorcio pasivo necesario (Sentencias de 10 de marzo, 17 de junio y 22 de diciembre de 1989), pues, aún concurriendo pluralidad de agentes, la causa es única y no es posible establecer distintas responsabilidades (Sentencias de 13 de septiembre de 1985, 7 y 17 de febrero y 8 de mayo de 1986 y 12 de mayo de 1988); y es que el vínculo de solidaridad es el procedente por ser el más adecuado con relación al perjudicado, para la efectividad de las indemnizaciones correspondientes. "A sensu contrario" aclara lo anterior la declaración de la Sentencia de 19 de julio de 1996: como en el caso que nos ocupa no hay concurrencia causal única, sino acciones u omisiones causales concurrentes, y su relevancia en relación al resultado ha podido individualizarse por la Sala de instancia, no procede declarar solidaria la obligación de los condenados frente a los perjudicados.

Cuando a todos los demandados les alcanza la responsabilidad solidaria, la actividad interruptora de la prescripción producida con relación a uno sólo de los responsables solidarios alcanza a los demás con respecto a los que esa actividad no se haya producido, como consecuencia de lo normado en el párrafo primero del artículo 1974 del Código Civil .

Todo lo expuesto determina, como ya se ha referido, la desestimación del motivo, en atención y en definitiva (al margen de definiciones doctrinarias), de la responsabilidad "in solidum", toda vez que las sociedades codemandadas vinculadas por relación contractual han concurrido en una única causa, indiscernible por tanto su cuota de aportación al resultado, al hecho ilícito determinante de la responsabilidad que la demandante ha interesado y que las sentencias de instancia han estimado.

**TERCERO.** Conforme a lo previsto en el artículo 398 , en relación al artículo 394, ambos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil , procede la imposición del pago de costas causadas por este recurso a la entidad recurrente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

### **FALLAMOS**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora Doña Paloma Ortiz Cañavate Lefenfeld, en nombre y representación de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A, contra la sentencia dictada por la Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 19 de septiembre de 2001 , en el recurso de apelación número 918/97; con imposición del pago de las costas causadas en este recurso a la sociedad recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos. Román García Varela. Xavier O'Callaghan Muñoz. Jesús Corbal Fernández. Francisco Marín Castán. José Ramón Ferrándiz Gabriel. José Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Encarnación Roca Trías. Clemente Auger Liñán. Rubricado.

### **PUBLICACIÓN.-**

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Clemente Auger Liñán, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.