

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: Josep Maria BECH SERRAT, Eva CANO VILÀ, Margarita CASTILLA BAREA, M.ª Carmen CRESPO MORA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Rosario DÍAZ ROMERO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, M.ª Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Nieves MORALEJO IMBERNÓN, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS, Laura ZUMAQUERO GIL.

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Principio constitucional de irretroactividad de las normas: alcance. Fundamentación.—El principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el artículo 9.3 CE concierne sólo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales, restricción que ha de equipararse a la idea de sanción; por lo cual, el límite de dicho artículo hay que considerarlo como referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (del Título I de la Constitución) o en la esfera general de la protección de la persona (SSTC de 13 de abril de 2000 y de 7 de junio de 2001). Fuera de la perspectiva que recoge el artículo 9.3 CE, la vulneración del principio de irretroactividad de las leyes debe fundamentarse en el artículo 2.3 CC.

Impugnación en casación por infracción del principio de irretroactividad de las normas: necesidad de indicar la norma temporal que corresponde aplicar y que justifica el cambio del sentido del fallo.—El recurso de casación adolece de falta claridad y precisión cuando simplemente se alega la infracción del principio de irretroactividad de una norma legal pero no se indica cuál es la norma a aplicar, con la consiguiente diferencia de régimen jurídico y su transcendencia concreta en la decisión del asunto, de modo que, de haberse aplicado la norma temporal correspondiente, pueda cambiar el sentido del fallo.

Doctrina casacional de la equivalencia de resultados.—No cabe casar la sentencia cuando se mantiene la misma solución de la resolución judicial recurrida aunque sea con argumentos diferentes (**STS de 17 de noviembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La resolución objeto del litigio se dictó en un proceso en el que se acumularon otros dos planteados como independientes (acumulación sobrevenida por reunión). En el primero en el tiempo, la entidad aseguradora A. demandó a la también aseguradora B. reclamándole 128.475.141 pts. Fundamentó la pretensión en el impago de comisiones por los servicios sanitarios prestados en la provincia de Las Palmas a afiliados de MUFASE, de la Mutualidad General Judicial y de la ONCE. En el segundo proceso acumulado, la aseguradora B. ejercitó acción de resolución contractual del contrato de agencia, indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual y de compensación de saldos, figurando como demandados don Pedro, su esposa doña Sonia y la entidad aseguradora A. La sentencia de instancia estimó la demanda de AA y condenó a la entidad B. al pago de 123.258.709 pts. Asimismo estimó también la demanda interpuesta por B. declarando resueltos los contratos de agente-representación suscritos por don Pedro y doña Sonia y los condenó, solidariamente, a que abonasen a B. la cantidad de 63.804.668 pesetas más el interés legal. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial de Zaragoza declaró haber lugar al recurso formulado por la entidad A. y desestimó el de la entidad aseguradora BB, revocando en consecuencia la sentencia recurrida en el sentido de desestimar la demanda interpuesta por B. contra don Pedro, su esposa doña Sonia y la compañía mercantil A. El Tribunal Supremo también desestimó el recurso de casación formulado por la entidad aseguradora B. (C.O.M.)

2. Propiedad horizontal. Actos propios.—El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieran creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla. El presupuesto para la aplicación de esta doctrina es que los actos sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica que afecte a su autor, y que entre en la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe, hubiera de atribuirse a aquella. (**STS de 22 de enero de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—*Hostelería Rural, S. A.*, había intervenido como miembro activo en las Juntas de la Comunidad de Propietarios, emitiendo su voto en relación con los asuntos en ella tratados. En ningún momento *Hostelería Rural*, ante la convocatoria que se le hizo para asistir a las Juntas de la Comunidad de Propietarios, manifestó su oposición ni en las Juntas a las que asistió hizo reclamación alguna.

La Comunidad de Propietarios formula reclamación de siete millones trescientas cincuenta y una mil novecientas dieciocho pesetas, como importe de las cuotas comunitarias debidas por *Hostelería Rural, SA*. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial revoca la sentencia dictada en primera instancia y desestima la demanda formulada.

NOTA.—El Tribunal Supremo entiende en la sentencia anotada que la demandada creó una situación de derecho consistente en la aceptación de su condición de miembro de la Comunidad actora que no puede ser alterada unilateralmente por su actuación posterior, defraudando así la confianza puesta por el tercero a quien va dirigida esa conducta.

La sentencia anotada reitera la doctrina de los actos propios de entre otras muchas las SSTS de 5 de octubre de 1984 (RJ 1984, 4758), 5 de octubre de 1987 (RJ 1987, 6717) y 10 de junio de 1994 (RJ 1994, 5225), 14 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7231) y 28 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8159) y 29 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 36). (*M. C. L. J.*)

3. Plazo de prescripción de la acción para reclamar el pago de la remuneración de una prestación de servicios: cómputo del plazo (art. 1967 CC).—Jurisprudencia reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 12 de febrero de 1990, 15 de noviembre de 1996, 8 de abril de 1997 y 16 de abril de 2003) considera que la regla especial en materia de comienzo del cómputo del plazo de prescripción contenida en el artículo 1967.4.^a *in fine* CC es aplicable a todos los supuestos que regula dicho precepto en los que el derecho que prescribe tiene su causa en una prestación de servicios.

Por tanto, el plazo de prescripción de 3 años que establece el artículo 1967.1.^a CC debe computarse «desde que dejaron de prestarse los respectivos servicios». (**STS de 22 de enero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—Don J. A., en su condición de intermediario independiente, realiza por cuenta de la entidad *CEC, S. L.*, determinadas labores de promoción de la actividad comercial y empresarial de la citada empresa, recibiendo de ésta una contraprestación económica (la sentencia de primera instancia califica la relación jurídica que vincula a las partes como un contrato de agencia).

Don J. A. interpone una demanda contra la entidad *CEC, S. L.*, solicitando se dicte sentencia por la que se condene a la demandada a pagar determinada cantidad de dinero en concepto de comisiones

(esto es, la diferencia entre la cantidad que había cobrado y la cantidad que, a su juicio, tiene derecho).

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por considerar que la acción ejercitada había prescrito conforme a lo dispuesto en el artículo 1967.1.ª CC. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Provincial lo desestima. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Como acertadamente señala el FD quinto de esta sentencia, al presente caso no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, porque la prescripción extintiva de la acción para reclamar el pago de las comisiones había comenzado antes de la entrada en vigor de la citada Ley. (M. J. P. G.)

4. Intereses moratorios. Plazo de prescripción.—El Tribunal Supremo confirma una reiterada doctrina jurisprudencial (*v. gr.*, SSTs de 17 de marzo de 1994 y de 17 de marzo de 1998), según la cual el plazo de prescripción aplicable a los intereses varía en función de que se trate de intereses moratorios o remuneratorios. Los intereses moratorios (es decir, debidos como indemnizaciones por retraso en el pago de las rentas) tienen un indudable carácter indemnizatorio, por lo que les resulta aplicable el plazo general de quince años que señala el artículo 1964 CC. En cambio, a los intereses remuneratorios, dada su naturaleza compensatoria, se les aplica el plazo de prescripción de cinco años previsto en el artículo 1966.3.º CC. (**STS de 30 de enero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El 22 de abril de 1986, las partes celebraron un contrato de arrendamiento de maquinaria. En abril de 1994, la arrendadora presentó una demanda reclamando el pago de 17 millones de pts. Según la demandante, dicha cantidad de dinero se correspondía con 13,8 millones de pts., en concepto de rentas devengadas e impagadas, y el resto (3,2 millones de pts.), en concepto de intereses moratorios pactados al 1%. La arrendataria contestó a la demanda, alegando, únicamente, la excepción perentoria de prescripción de una parte de la deuda al amparo de lo previsto en el artículo 1966 CC. El Juzgado dictó sentencia, en la que, estimando parcialmente la demanda, condena a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 7 millones de pts. La sentencia declara que las rentas anteriores a mayo de 1989 habían prescrito; sin embargo, no consideró prescritos los intereses moratorios pactados, al resultarles de aplicación el plazo de quince años previsto en el artículo 1964 CC y no el de cinco años que señala el artículo 1966.3.º CC. Posteriormente, la Audiencia Provincial, desestimando el recurso presentado por la arrendataria, confirmó la sentencia del Juzgado. La arrendataria interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia, alegando que a los intereses moratorios se les ha de aplicar el plazo de prescripción quinquenal. (*L. P. S. M. P.*)

5. Prescripción de la acción reivindicatoria. *Dies a quo* para el cómputo del plazo.—De acuerdo con el artículo 1969 CC, el *dies a quo* para el

cómputo del plazo de ejercicio de la acción reivindicatoria es el de la *actio nata*; es decir, cuando el poseedor de la finca de la que el demandante es propietario se coloca en posición obstructiva de la propiedad. Sólo a partir de este momento puede accionar el verdadero propietario y puede dar comienzo al plazo de prescripción de la acción, que podrá ejercitarse desde entonces, siempre que el poseedor no haya adquirido ya el dominio por usucapión. (STS de 26 de febrero de 2007; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Con fecha de 24 de febrero de 1994 se otorga escritura notarial en la que se hace constar la propiedad de unas fincas a nombre de tres personas. Esta escritura sirve de base para la inmatriculación en el Registro de la propiedad de tales fincas a nombre de las tres personas que constan en la escritura. Los dueños de otra finca inscrita en el Registro de la propiedad solicitan la declaración de nulidad de la mencionada escritura, por falsedad, así como la nulidad y cancelación de las inscripciones que derivan de la misma. Alegan que las fincas inscritas son en realidad parte o parcelas de la finca de la que ellos son copropietarios y solicitan que así se declare en la sentencia. Los demandados se oponen a esta demanda y alegan, entre otros argumentos, que han adquirido las fincas por usucapión y que ha prescrito la acción reivindicatoria que ejercitan los demandantes.

El Juzgado de Primera Instancia se limita a declarar que las fincas inmatriculadas a raíz de la escritura pública de 24 de febrero de 1994 son partes o parcelas de la finca inscrita a favor de los demandantes, pero no acoge el resto de las peticiones de la demanda. Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Audiencia Provincial estima el recurso, al considerar que no se ha acreditado por los demandados la posesión en concepto de dueño sobre las fincas. Los demandados recurren en casación la sentencia de instancia, alegando, entre otros motivos, la infracción de los artículos 348 y 1963 CC. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso únicamente en relación a una cuestión sobre las costas de segunda instancia. (A. M. M.)

6. Contrato de agencia. Prescripción de la acción para reclamar la indemnización por daños y perjuicios. Interrupción de la prescripción por reclamación judicial. No la integra la acción ejercitada por persona distinta y fundada en diferente causa de pedir.—Para que una demanda produzca el efecto interruptivo de la prescripción se requiere que en ella concurren los requisitos legales. La jurisprudencia viene entendiendo que los actos interruptivos deben tener como objeto la pretensión que se encuentra en curso de prescripción y no otra, y que el ejercicio de la acción deber proceder del titular del derecho que se encuentra en curso de prescripción o de su representante (SSTS de 16 de noviembre de 1985, de 21 de julio de 2004 y de 14 de julio de 2005). En el caso de autos, la sociedad actora pretende fundar la interrupción en la demanda planteada por P., su fundador y anterior agente de la demandada, ante la jurisdicción social y por despido improcedente. Sin embargo, no puede estimarse que esta demanda tenga el efecto interruptivo pretendido porque ni se ejercitó la misma acción, ni el actor fue el mismo en

ambas acciones. Por lo que debe concluirse que no existió la identidad requerida en el artículo 1.973 CC para que pueda interrumpirse la prescripción. (STS de 23 de enero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La mercantil C., creada por don P. antiguo agente de la demandada O.G.E., suscribió varios contratos con esta última y con el mismo objeto. Los nuevos contratos de agencia tenían duración anual y finalizaban el 31 de diciembre de cada año. Por desavenencias surgidas entre ambas partes, el 17 de febrero de 1995 la demandada comunicó a C. la no renovación del contrato. Don P. demandó en vía laboral a O.G.E. por despido improcedente. La jurisdicción laboral desestimó la demanda por estimar que existía una relación mercantil y no laboral. La sociedad C. demandó entonces a O.G.E. el 5 de febrero de 1996, pidiendo indemnización de daños y perjuicios por la resolución unilateral, así como por creación de clientela. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó al pago de una indemnización por clientela. La Audiencia Provincial de Madrid revocó la sentencia de instancia y consideró que la acción había prescrito, por lo que desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

DERECHO DE LA PERSONA

7. Publicidad de la intromisión ilegítima.—«Los diarios personales se hicieron públicos puesto que se pusieron en conocimiento de terceros. El secreto profesional que vinculaba a quienes conocieron aquellos hechos íntimos sólo garantizaba que la transmisión de esa información no se difundiría, además, a otras personas. Ello deviene más grave cuando son públicas las actuaciones judiciales y se practican en audiencia pública las diligencias de prueba y las vistas de los pleitos. Es más, dichos diarios íntimos carecían en absoluto de relevancia pública y la persona afectada era una ciudadana privada.» (STS de 23 de febrero de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—El demandado y recurrente en casación, Don P.M.G., sin conocimiento y consentimiento de la actora, Doña M.O.R., intentó aportar dos cuadernos manuscritos por ésta, que constituían su diario personal al Juzgado de Primera Instancia en el que se sustentaba el incidente de oposición al auto de medidas coetáneas incoado en relación al proceso de separación conyugal seguido entre dichos cónyuges. Dicha aportación fue rechazada por el Juzgado, pese a lo cual posteriormente, en fase de ejecución de la sentencia de separación, Don P.M.G. hizo entrega de los mismos al Médico Forense, con la finalidad de poner en conocimiento del órgano jurisdiccional los trastornos psíquicos que, según él, padecía Doña M.O.R. Doña M.O.R. interpuso demanda sobre protec-

ción jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona en protección de su derecho a la intimidad personal y su honor. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando la obligación de Don P.M.G. de indemnizar a la actora por los daños morales que dicha intromisión le había producido, atendiendo a la gravedad de la lesión y al beneficio personal que pretendía obtener con ello. Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, éste fue desestimado. El recurso de casación se apoya en los siguientes motivos: infracción por aplicación indebida del artículo 7. 3.º de la LO 1/82 de protección civil de los derechos de la persona; y colisión de Derechos Fundamentales, en concreto el derecho al honor y a la propia imagen. El Tribunal Supremo desestima dichas pretensiones. (E. C. V.)

8. El derecho a la propia imagen no es un derecho absoluto.—El derecho a la propia imagen está limitado por los otros derechos fundamentales, por los usos sociales, y por otras circunstancias de variada índole que pueden excluir la ilicitud o la ilegitimidad de la intromisión, tales como el carácter accesorio de la imagen de la persona respecto del contexto general, el hecho de que la imagen se haya tomado en un lugar público y a la luz del día, la finalidad perseguida de obtener un medio lícito de prueba para un proceso laboral, la inexistencia de daño para el demandante dado que no se aprecia circunstancia alguna que suponga un desmerecimiento para su persona, o el hecho de que la grabación se realice por profesionales sujetos a un control legal y se utilice exclusivamente en el ámbito procesal.

Carácter accesorio de la imagen de una persona.—Es jurisprudencia del Tribunal Supremo la que aprecia como relevante jurídicamente el carácter accesorio de la imagen tomada de una persona, a efectos de una posible exclusión de la responsabilidad por intromisión ilegítima. Existe *accesoriedad cuando la imagen no es elemento principal, porque no es necesaria la presencia, ni tiene especial relación con el objeto de la captación o proyección, y no hay nada desmerecedor o de desdoro para el «afectado»*. (STS de 22 de febrero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Por encargo de la entidad aseguradora M., una agencia de detectives privados grabó en vídeo la actuación de una persona, en plena calle y a la luz del día, con el único fin de aportarlo como prueba en un procedimiento judicial. Por casualidad, aparece en el vídeo un tercero ajeno a dicho procedimiento, quien, al tener conocimiento de ello, interpone una demanda en juicio ordinario de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. En ambas instancias se desestimó la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (C. J. D.)

9. La adquisición por usucapión de los títulos nobiliarios y su cómputo.—A partir de 1985, la doctrina jurisprudencial imperante admite la prescripción adquisitiva de los títulos nobiliarios, es decir, la prescripción se considera un modo idóneo para consolidar la posesión precaria de estos

títulos. Si bien es cierto que la Ley 45 de Toro consagra el principio de imprescriptibilidad en el tiempo para el óptimo y civilísimo poseedor, es decir, el mayorazgo; esta regla tiene en cuenta la excepción que se establece en la Ley 41 de Toro, que permite la adquisición por usucapión de un Título por posesión pacífica y continuada durante cuarenta años. La mencionada jurisprudencia se puede sintetizar en el sentido de que la posesión civilísima, ficticia, independientemente del hecho material de la posesión de derecho que propugna la Ley 45 de Toro, cede ante la posesión real, el contacto con la cosa y el disfrute del derecho, que, una vez han transcurrido cuarenta años, pierde precariedad en razón del presunto abandono y de la seguridad jurídica. Esto implica que la adquisición en precario por quien pertenece al linaje o estirpe queda sanada por el transcurso del tiempo y no cede respecto de quién ostentaba un mejor derecho (*vid.* en este sentido las SSTs de 11 de julio de 1986, 27 de marzo de 1985 y 7 de julio de 1987).

Respecto del cómputo de los cuarenta años necesarios para la prescripción adquisitiva, el último tenedor puede completar el tiempo de la posesión uniéndolo al suyo al de su causante. El cómputo del plazo de cuarenta años se inicia con el primer tenedor rehabilitante o cesionario irregular del título y finaliza con el último poseedor, siempre que se trate de descendientes directos, con las excepciones de quienes no estuvieran entre los llamamientos o hubieran obtenido los títulos mediante fraude. (**STS de 24 de noviembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—D. L. demanda a don. A. sobre reclamación de mejor derecho absoluto y preferencia al Título de Castilla de Marqués X.

El Juzgado de Primera Instancia rechaza la demanda puesto que acoge la prescripción adquisitiva alegada por el demandado y, en consecuencia, mantiene a este último, frente a todos, en el derecho al disfrute del citado Título nobiliario. Esta sentencia fue confirmada en grado de apelación por la Audiencia Provincial. La parte actora interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. (*S. E. M.*)

10. Los límites al control jurisdiccional de la actuación de las Asociaciones: el control de las causas de expulsión de los asociados.—Las actividades privadas de las Asociaciones no son un ámbito exento del control jurisdiccional. Sin embargo, este control ha de respetar los límites del derecho constitucional de asociación y el derecho de las asociaciones a su autoorganización. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido evolucionando hacia una restricción del control judicial sobre las decisiones asociativas de expulsión de los socios, hasta coincidir totalmente con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, donde se establece que dicho control ha de limitarse a comprobar si existe o no una «base razonable» para el acuerdo de expulsión (entre otras, las SSTC de 23 de julio de 1988, 21 de marzo de 1994, 14 de junio de 1999 y 27 de abril de 2006; y las SSTs de 24 de marzo de 1992, 2 de marzo de 1999, 18 de noviembre de 2000, 9 de junio de 2001, 16 de junio de 2003, 5 de julio de 2004, 31 de marzo de 2005 y 23 de junio de 2006). Cuando se cumplen las reglas estatutarias de la correspondiente asociación y las garantías procedimentales, especialmente las relativas a la audiencia del interesado, así como la posibilidad de acudir a los recursos oportunos, el Juez no

puede entrar a valorar, con independencia del juicio llevado a cabo por los órganos de la Asociación, la conducta del socio y si ésta es motivo suficiente para una expulsión. En estos casos, el control jurisdiccional ha de limitarse a comprobar si existe una base razonable que permita justificar la decisión adoptada por los órganos asociativos en virtud de sus respectivos estatutos; y si estos últimos son o no conformes a la Constitución y a la ley. (**STS de 30 de noviembre de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Doña S, socia de la Asociación A. U. A., ejercita la acción de declaración de nulidad del acuerdo por el cual dicha entidad le imponía la sanción de expulsión de la misma.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, ya que, tras la valoración del juez de los elementos probatorios presentados, considera que el acuerdo sancionador carece de motivación suficiente, pues no se precisaban las imputaciones dirigidas contra la socia expedientada y tampoco se justificaban los hechos a los que tales imputaciones hacían referencia. En apelación, la Audiencia Provincial acepta los fundamentos jurídicos de la instancia e incide en la falta de motivación, así como en la falta de realidad de los cargos imputados. La demandada interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo, casa y anula la sentencia recurrida y revoca la de primera instancia desestimando íntegramente la demanda interpuesta en su día por la actora. (*S. E. M.*)

11. Asociaciones. Convocatoria y celebración de asamblea general. Actos propios. La participación en la asamblea general sin denunciar ni hacer protestas de los posibles defectos de la convocatoria, pese a conocerlos, impide al sujeto una posterior impugnación de la convocatoria fundada en dichos vicios, por ser contraria a la doctrina de los actos propios.—Es un hecho probado que la Federación incumplió el artículo 34 de sus Estatutos, relativo a los plazos que debían mediar entre la convocatoria y la celebración de la asamblea general. Pero también es constatable que el actor no impugnó al constituirse la reunión asamblearia por el defecto de convocatoria, sino que participó en sus deliberaciones y debates, votando o absteniéndose de hacerlo. Los defectos de convocatoria han de exponerse al comenzar la reunión a fin de que no se estudie el orden del día propuesto. Otra conducta implica una vulneración de la doctrina que prohíbe ir contra los actos propios, reclamando tiempo después de la celebración de la asamblea una nulidad por vicios de convocatoria, cuando se ha asistido a ella y no se han formulado reproches legales en el momento de iniciarse la reunión. (**STS de 20 de diciembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—El actor demandó la nulidad de la convocatoria de la asamblea general de la Federación Española de Tiro Olímpico, así como de los acuerdos adoptados en la misma; fundando su impugnación en la infracción de determinados preceptos de los Estatutos de dicha Federación, reguladores de los plazos que debían mediar entre convocatoria y celebración de la asamblea. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de

Madrid rechazaron la demanda, por quedar acreditado que el actor no sólo no denunció dichos vicios en el momento de constituirse la asamblea, sino que participó en la misma, deliberando y votando en la adopción de acuerdos. Por lo que consideraron que la posterior impugnación suponía una conducta contraria a sus actos propios anteriores a la acción. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L.A.G.D.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

12. Necesidad de que el objeto del contrato se encuentre determinado en cuanto a su especie.—El artículo 1261 CC exige como requisito esencial para la validez de los contratos que el objeto del contrato sea cierto. A su vez, señala el artículo 1273 CC que «*el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie*», lo que se traduce en que la cosa esté identificada o sea identificable, es decir, que estemos ante una cosa «no confundible».

Se entiende por objeto «determinado» aquél que consta individualizado, o sobre el que no se duda de su realidad objetiva, de su identidad, de manera que no genere confusión con otros distintos. No obstante, nuestro legislador admite también la existencia de objeto en el supuesto de «determinabilidad», es decir, la situación en que, aunque no existe determinación inicial en el momento de perfección del contrato, cabe la determinación posterior sin necesidad de acudir a un nuevo acuerdo sobre el objeto entre los contratantes.

Compraventa de cosa futura. «Determinabilidad» del objeto.—Nuestro CC admite la posibilidad de que el objeto del contrato de compraventa sea una cosa futura, puesto que no es necesario que la cosa sobre la que se contrata tenga una existencia real en el momento de celebración del contrato, sino que es suficiente con que exista una «razonable probabilidad de existencia» (art. 1271.1 CC).

Si extrapolamos el presupuesto contenido en el artículo 1273 CC, en relación al objeto del contrato, a aquellos contratos en los que se haga referencia a un proyecto de construcción de un inmueble, en el que se haya fijado su valor pero no se haya concretado su superficie u otras características esenciales como puedan ser el tipo de construcción o la calidad, deberá entenderse que en estos casos el objeto se encuentra perfectamente determinado (FJ 2.º) (STS 23 de febrero de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La parte actora interpone demanda solicitando se declare la validez y eficacia del contrato privado de compraventa sobre cosa futura celebrado entre la demandante y la sociedad demandada, y se condene a la parte demandada a la entrega de la edificación debidamente terminada. El Juzgado de Primera Instancia estimó en su integridad la demanda interpuesta al considerar que se trataba de un contrato de compraventa de cosa futura perfectamente válido. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Pro-

vincial revoca parcialmente la demanda al considerar que el contrato celebrado entre las partes es en realidad una promesa bilateral de vender y comprar, dada la indeterminación del inmueble objeto del contrato, por lo que hubiera sido necesario acudir a un ulterior consenso para integrar las condiciones de la venta. Considera la Audiencia que al faltar la identificación del elemento material de la venta no cabe el cumplimiento de forma específica, por lo que sólo habrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios por valor del importe abonado por la parte demandante. Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por la parte actora en primera instancia, al considerar que la Audiencia confunde lo que supone la indeterminación del objeto con el carácter genérico del objeto del contrato.

NOTA.—Nuestro CC exige la determinación del objeto del contrato como presupuesto esencial para su validez. Para considerar que el contrato ha sido válidamente celebrado es imprescindible que se tenga conocimiento del concreto objeto del contrato o, al menos, que puede llegar a conocerse sin necesidad de recurrir a un nuevo acuerdo entre las partes. En el supuesto en que la concreción del objeto se haya dejado para un momento posterior que suponga la necesidad de que se produzca un nuevo acuerdo entre las partes, deberá entenderse que únicamente han existido unos tratos previos, y, en ningún caso, un contrato perfeccionado.

Sin embargo, no debemos identificar determinación del objeto únicamente con los supuestos de absoluta y total concreción. Es posible que exista lo que se ha venido a denominar una «determinación primaria o inicial», que, por supuesto, debe ser posteriormente integrada, pero que no requiere un nuevo acuerdo entre las partes al respecto, sino simplemente una determinación en un momento posterior (SSTS de 9 de enero de 1995 [RJ 1995/340], 10 de octubre de 1997 [RJ 1997/7069], 8 de marzo de 2002 [RJ 2002/1914], 12 de noviembre de 2004 [RJ 2004/6900]). Estos casos son denominados supuestos de «determinabilidad» del objeto, en los cuales se cumple claramente con el requisito que exige el Código para la validez de los contratos (Sobre este particular, Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, Madrid, 1996, pp. 210 y 211).

En el supuesto de compraventa de cosa futura, que el objeto del contrato sea una cosa futura no significa que el objeto no se encuentre determinado. El objeto está determinado cuando se encuentra individualizado o existen elementos para conocer su identidad (Sobre este particular, *vid.* Rogel Vide, C., *La compraventa de cosa futura*, Bolonia, 1975, pp. 54-60).

Es doctrina jurisprudencial reiterada que no existe determinación absoluta, sino determinabilidad, en el caso en que exista un proyecto básico de construcción en el que se fije el valor del piso. La falta de proyecto de ejecución tampoco afecta a la determinación de la realidad objetiva contractual (SSTS de 8 de marzo de 1995 [RJ1995/2154], 25 de abril de 2003 [RJ 2003 /3546], entre otras). De este modo, la mera indeterminación en la cantidad de metros del inmueble vendido no supone que nos encontremos ante un objeto no cierto (STS de 16 de octubre de 1982 [RJ 1982/5559]) (L.Z.G.)

13. Simulación contractual.—La simulación contractual da lugar a la nulidad absoluta o radical del contrato simulado al faltar en el mismo la causa como elemento fundamental exigido por el artículo 1261.3.º del CC. La nulidad radical, sin posibilidad de sanación posterior, resulta predicable tanto en los supuestos de simulación absoluta como en los de simulación relativa, si bien en este último caso referida al contrato simulado bajo cuya apariencia pudiera encubrirse otro fundado en una causa verdadera y lícita (artículo 1.276 CC). Como consecuencia de ello la acción para pedir la declaración de nulidad del contrato simulado no está sujeta en su ejercicio a plazo de caducidad o de prescripción alguno, pues lo que no existe no puede pasar a tener realidad jurídica por el transcurso del tiempo. De ahí que en tales casos no pueda acudirse a las normas que sobre la nulidad contractual establecen los artículos 1.300 y 1.301 del CC, pues ya el primero se refiere de modo expreso a «*los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261*», los cuales, siendo existentes, pueden ser anulados cuando adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley.

Simulación relativa.—La simulación relativa comporta, por un lado, la nulidad absoluta y radical del contrato aparente, que carece de causa y es realmente inexistente, aunque pueda encubrir otro cuya validez pudiera sostenerse al estar fundado en otra verdadera y lícita como exige el artículo 1276 del CC (SSTS de 8 febrero 1996 [RJ 1996, 1346] y 19 junio 1997 [RJ 1997, 5418], entre otras). (**STS de 22 de febrero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Con fecha 22 de septiembre de 1992, la mercantil C, SL otorga escritura pública de compraventa de la finca registral n.º 1 a favor de don Eduardo. Posteriormente, en escritura pública de compraventa de fecha 30 de octubre de 1992, don Carlos y doña Carmen transfieren las fincas registrales números 2 y 3 a su hijo don Eduardo.

La entidad L. Leasing, SA formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía que dirigió contra don Carlos, doña Carmen, don Eduardo y la entidad C, SL, interesando que se dictara sentencia que contuviera, en resumen, los pronunciamientos de declarar la nulidad relativa de la escritura pública de compraventa de la finca registral n.º 1, declarando que los verdaderos compradores fueron don Carlos y doña Carmen; subsidiariamente, si se entendiera que la transmisión fue a título de donación, se declare la nulidad absoluta o relativa y, en su caso, la rescisión de tal donación al haberse otorgado en fraude de acreedores y en claro abuso de derecho; asimismo se declare la nulidad absoluta de las ventas efectuadas sobre las fincas registrales n.º 2 y 3 y subsidiariamente, si se entendiere que se trata de una donación, se declare la nulidad relativa de la misma y su rescisión al haberse efectuado en fraude de acreedores.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda interpuesta y declaró la nulidad por simulación de la venta efectuada por los demandados don Carlos y doña Carmen a su hijo don Eduardo sobre las fincas 2 y 3, e igualmente que la venta realizada por la demandada C, SL sobre la finca n.º 1 lo fue en realidad a favor de los demandados don Carlos y doña Carmen, condenando a los demandados don Carlos y doña Carmen a que abonasen a la

actora la cantidad de 8.665.659 pesetas. El Juzgado absolvió a C, SL de las peticiones formuladas en el suplico de la demanda.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso formulado por L. Leasing, SA, y estimó el deducido por C, SL. Asimismo estimó parcialmente el recurso interpuesto por don Carlos y doña Carmen dejando sin efecto la condena de los mismos al pago a la actora de la cantidad de 8.665.659 pesetas.

NOTA.—En el supuesto resuelto por el Tribunal Supremo en la sentencia anotada la ineficacia de los negocios jurídicos se declara por simulación absoluta, en el caso del primero, y por simulación relativa, en cuanto al segundo, por estimarse acreditado que no existió negocio alguno en relación con las fincas registrales números 2 y 3 y que sí existió venta respecto de la finca nº 1 si bien el comprador no fue el demandado don Eduardo sino sus padres, los también demandados don Carlos y doña Carmen.

En esta sentencia el Alto Tribunal reitera la doctrina establecida, entre otras, en las SSTS de 18 octubre 2005 (RJ 2005, 7218), y la de 4 octubre 2006 (RJ 2006, 6429), que afirman que *«aunque ciertamente la literalidad del artículo 1301 CC podría llevar a un lector profano a considerar que la acción de nulidad caduca a los cuatro años, tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden unánimemente en interpretar que el artículo 1301 CC se aplica a la anulabilidad y no a la nulidad, que es definitiva y no puede sanarse por el paso del tiempo, habiendo declarado la sentencia de 4 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 7910), que «la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción» (en el mismo sentido la sentencia de 14 de marzo de 2000 [RJ 2000, 1203], entre muchas otras)».* (M. C. L. J.)

14. Negocio fiduciario: calificación: validez: herederos conformes en atribuir formalmente una finca ganancial a la viuda: facultades de la fiduciaria.—En un documento privado de 1987 todos los hijos piden a la inmobiliaria que escriture el piso, ya pagado en la totalidad de los plazos, a nombre de su madre viuda, figurando por tanto en el Registro de la Propiedad como privativo suyo adquirido en estado de viudez. La interpretación de la instancia es que las partes se limitaron a concertar un negocio fiduciario del tipo *fiducia cum amico* en el que la transmisión de la propiedad se basa en la confianza en el fiduciario, de modo que éste la conservará hasta el momento en que se le reclame por el fiduciante la propiedad de lo transmitido. Se trata de un tipo específico de negocio fundamentado en la confianza propia entre los familiares intervinientes directos que, en dicho momento, conservaban buenas relaciones personales; negocio válido y eficaz, como ha tenido ocasión de decir la STS de 02.12.96, que no autoriza al fiduciario a realizar actos dispositivos que contradigan lo pactado entre ellos, sin perjuicio de la protección de los terceros de buena fe. La interpretación dada en la instancia ha de prevalecer porque en modo alguno se ha demostrado ilógica, arbitraria o vulneradora de reglas legales (como dicen las SSTS 24.09.98 y 14.03.00, y las que en ellas se citan).

Nulidad de la venta hecha por la fiduciaria a una hija.—La madre, arrojándose la titularidad civil por figurar a su nombre, enajenó el piso a la

demandada por escritura pública de 1995, reclamando sus hermanos la ruptura de la fiducia y solicitando la declaración de su ganancialidad, en otras palabras, defendiendo la titularidad real. Por otra parte, la compradora carecía de buena fe porque intervino previamente en el documento privado de 1987.

No hay renuncia a la herencia.—De calificarse el documento privado de 1987 de renuncia de todos los coherederos a sus derechos en un determinado bien en favor de tercero, no sería exigible *ad solemnitatem* la escritura pública, pero la sentencia recurrida expone otra *ratio decidendi*, y es la doctrina de esta Sala que niega que la renuncia pueda apoyarse en actos que no sean inequívocamente expresivos de ella; doctrina mantenida por STS de 19.12.97 exigiendo que la renuncia sea expresa, no deducible de actos equívocos, y la de 05.03.91 que exige que los actos de que se pueda deducir han de ser claros e inequívocos.

Actos propios.—Esta doctrina no es invocable porque los actores no impugnan el documento privado de 1987, sino que se pretenden que se esclarezca su alcance y significado. Por otra parte el cambio de la condición de bien (de ganancial pasa a ser privativo o viceversa) sólo puede provenir del acuerdo de los cónyuges constante matrimonio según el artículo 1355 CC. (STS de 27 de febrero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

NOTA.—Correcta calificación del negocio que, fallecido el padre, todos los hijos convienen con la constructora consistente en escriturar a nombre de la madre viuda el piso como si fuera privativo suyo. Años más tarde la madre enajena aquél a favor de una hija. En ambas instancias se decreta la nulidad de la venta por infringir la fiducia. Siguiendo el orden natural de la vida, los hijos pensaron indudablemente que al fallecer la madre, todos los hijos participarían del piso que, en realidad, había sido ganancial. Una de las hijas se desmarca del acuerdo inicial y por vía oblicua pretende apropiarse del piso. Maniobra abortada. Solución justa. (G.G.C.)

15. Precontrato.—El precontrato constituye la primera fase del *iter contractus*. La relación jurídica contractual nace en el precontrato y posteriormente se pone en vigor el contrato preparado; por tanto, se distinguen dos fases, la primera es el precontrato en que se concreta el contrato comprometido y las partes tiene la obligación y el derecho de ejecutarlo y la segunda, el cumplimiento del precontrato que implica la consumación del anterior. El precontrato bilateral implica que ambas partes tienen el deber y el derecho de poner en vigor el contrato comprometido. El precontrato exige que el objeto esté perfectamente determinado y así, en el precontrato de compraventa es necesario que conste la cosa vendida y el precio: si no estuvieran determinados e hiciera falta un nuevo acuerdo, se trataría de simples tratos previos, sin eficacia obligacional.

Interpretación del contrato.—La jurisprudencia ha venido manteniendo que la interpretación del contrato y la calificación del mismo que deriva de aquélla es función del Tribunal de instancia, siempre a salvo de que sea arbitraria, absurda o ilegal. Es arbitraria la calificación de «contrato atípico de compromiso» que no existe en Derecho, ya que se puede considerar típico precontrato de compraventa y el contrato de compromiso es aquel que da

lugar al arbitraje. (STS de 14 de diciembre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Mediante precontrato con fecha de 27 de noviembre de 1991 se acuerda la compra de unos terrenos en Almería, destinados al cultivo. El contenido del contrato que fue adaptado, «*sin alterar su contenido básico*» por acuerdo de 8 de enero de 1994. En el precontrato de 1991 se incluyen explícitamente los «*pozos, transformadores, tuberías y servidumbres, caminos y carreteras y líneas eléctricas, etc.*» y se detallan; en el acuerdo de 1994, complementario, que tiene por objeto, como se dice literalmente, «*efectuar en el contenido del mencionado contrato (el de 1991) algunas adaptaciones que, sin alterar su contenido básico, lo adapten a la situación económica actual*», hay una exclusión de «*los pozos, tuberías, accesorios y derechos de toda índole que fueren necesarios para integrar el patrimonio de la comunidad de regantes, actualmente en trámite de constitución, que deberá garantizar a los comuneros el caudal de agua suficiente para su explotación agrícola*».

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron prácticamente todas las pretensiones declarativas y rechazaron todas las de condena, por lo que declararon válido y eficaz el negocio jurídico de 27 de noviembre de 1991, pero no condenaron al cumplimiento de la parte que no se había consumado.

NOTA.—Las dos cuestiones, plenamente jurídicas, que se plantean en casación son esencialmente: la calificación del negocio jurídico de 27 de noviembre de 1991 que fue adaptado, «*sin alterar su contenido básico*» por acuerdo de 8 de enero de 1994; y el contenido del mismo en relación con los pozos o sondeos, tuberías y accesorios.

En cuanto a la primera cuestión, el Tribunal Supremo lo califica como precontrato bilateral de compraventa tanto por el tenor literal del mismo (le llaman «*compromiso de compraventa*», declaran «*su intención de vender y comprar*», «*el compromiso de compraventa asumido se llevará a cabo*») como por el contenido de derechos y obligaciones (se prevé un «*calendario de ejecución del compromiso*», un «*calendario de ventas parciales*» y las «*formas de pago*» en distintas fases).

El Alto Tribunal considera en la sentencia anotada incluidos los pozos por los siguientes motivos: porque la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, confirmada en apelación, declara que están incluidos como objeto del contrato de compraventa de 1991 los pozos y sondeos y accesorios, no eliminados por el acuerdo de 1994. Segundo, porque del texto y del contexto del precontrato y de su complemento posterior se deduce la inclusión de los pozos (salvo lo que ese expresa en el acuerdo que 1994), ya que es «*un sinsentido la compra de unos terrenos en Almería, destinados al cultivo, por un precio elevadísimo, sin incluir el agua*». Tercero, porque el texto del precontrato de 1991 los incluye expresamente y el acuerdo de 1994 simplemente excluye algunos, lo que significa a sensu contrario que mantiene la inclusión. En conclusión, para el TS los pozos o sondeos con todo lo que lleva consigo, sí fueron objeto del

precontrato de compraventa, con exclusión de aquéllos a los que se refiere expresamente, no más, el acuerdo de en 1994.

Por consiguiente el Alto Tribunal estima los pedimentos de condena que implican la venta de las fincas y pozos y elementos que no se han hecho incumpliendo el precontrato lo que deberán cumplir los codemandados, previo el pago que proceda del precio acordado, por los demandantes. (*M. C. L. J.*)

16. Condiciones generales de la contratación. Cláusula abusiva que genera obligación de restitución de cantidades a los consumidores. Legitimación activa de las asociaciones de consumidores para efectuar la reclamación.—El artículo 20.1 de la Ley 26/1984, como hoy el artículo 11.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (no aplicable al proceso por razones temporales), faculta a las asociaciones de consumidores a defender, además de sus propios derechos e intereses y los generales de los consumidores y usuarios, los de sus asociados.

Legitimación por representación que deja a salvo la individual de los propios perjudicados y que facultaba a la Asociación de consumidores demandante para defender en el proceso unos derechos individuales homogéneos de las consumidoras en ella agrupadas, en nombre e interés de las mismas (sentencias de 18 de mayo de 1993, 20 de noviembre de 1996 y 7 de noviembre de 2003).

Es abusiva y nula la cláusula contractual no negociada individualmente que no separa o individualiza los costes puestos a cargo de los consumidores.—Dos son las infracciones de la Ley 26/1984 por las que la Audiencia Provincial declaró abusiva y, por ello, nula la cláusula de que se trata.

En primer término, no haberse ajustado los contratos litigiosos exactamente al modelo normado, de lo que deriva, como consencuencia, un desequilibrio económico en perjuicio de los consumidores, en el sentido del artículo 10 bis de la Ley 26/1984.

La correlación que establece el Tribunal de apelación entre la falta de coincidencia completa de los contratos litigiosos con el modelo reglamentariamente establecido y el desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato no es, en abstracto, exacto, dado que, por hipótesis, cabe aquello sin que tenga lugar esto. Además, en la demanda no se pretendió la condena de la demandada a restituir lo cobrado por ser excesivo respecto al verdadero coste de la documentación del contrato y la revisión de las instalaciones.

Sin embargo, la falta de separación o individualización de los costes puestos a cargos de los consumidores, en cláusula no negociada individualmente, se traduce en una limitación de la facultad de estos se controlar el cumplimiento del contrato, que se refiere a «costes» en sentido estricto, y, al fin, el equilibrio efectivo entre las prestaciones que dan y las que reciben. Lo que, como señala el Tribunal de apelación, es abusivo a la luz de la disposición adicional primera de la Ley 7/98 (en particular, de la regla 14 del apartado II de la misma). (**STS de 3 de noviembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Una Asociación de Consumidores interpuso una demanda contra una compañía de suministro de gas solicitando que

se condenara a la demandada a pagar determinadas cantidades a 489 consumidores que se relacionaban. Sostenía la demandante que el contrato de suministro de gas ponía a cargo de los consumidores el pago de determinados costes que eran indebidos. Al tratarse de una cláusula abusiva, la compañía suministradora estaba obligada a restituir a los consumidores las cantidades indebidamente percibidas. El juez de primera instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo ratificaron esta decisión. (M. C. B.)

17. Compensación judicial. Facultad judicial. Requisitos.—Si bien no aparece expresamente recogida en el artículo 1.195 CC, la llamada compensación judicial ha sido admitida en numerosas sentencias, en las que se ha configurado como una especie de compensación en la que no son de exigencia todos los requisitos que el Código fija para la legal y que la ordena el órgano jurisdiccional en sentencia y como resultado de un proceso (STS de 17 de julio de 2000). Se trata de una facultad del juzgador que puede tener lugar cuando falta alguno de los requisitos legales o no se dan los supuestos de la compensación voluntaria, pero se ha probado la existencia de las deudas concurrentes (SS.T.S de 18 de enero de 1999 y de 8 de junio de 1998). Ciertamente la compensación judicial requiere que concurren créditos y títulos recíprocos y que las partes sean acreedoras y deudoras por derecho propio, aunque no es exigible que concurren todos los requisitos exigidos por el CC para que proceda la compensación legal, entre ellos, que las deudas sean líquidas (STS de 26 de marzo de 2001).

Compensación judicial. Finalidad. Límites de acuerdo con los Principios del Derecho Europeo de los contratos.—Así pues, se cumplen las finalidades buscadas con la compensación, a saber, la conveniencia de simplificar las operaciones de cumplimiento de la obligación, y por ello, cuando una sentencia debe contener diferentes condenas dada la reclamación de obligaciones diferentes por las partes en litigio, resulta una necesidad técnica la emisión de una única condena que tenga por objeto el saldo. Ello será posible siempre que no se perjudiquen los intereses de ambas partes (art. 13:102 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos) (STS de 5 de enero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La mercantil R.S.R. demandó a don R. en reclamación de diversas cantidades. El demandado se opuso y formuló demanda reconventional solicitando que se compensaran diversas deudas que la actora tenía con aquél, en general por haber salido como avalista de obligaciones de la actora. El Juzgado de Primera Instancia admitió la compensación pero sólo en cuanto a las deudas efectivamente abonadas por don R., y no así por las que se había trabado embargo sobre bienes del demandado-reconviniendo, al no constar que se hubiese pagado cantidad alguna. La Audiencia Provincial de Toledo estimó el recurso del demandado y compensó igualmente las cantidades por las que se había trabado el embargo, al haberse ejecutado el mismo antes de la sentencia de segunda instancia. La actora plantea recurso de casación, al entender que no es posible compensar una cantidad que no ha sido pagada ni ha surgido a la vida jurídica en los términos planteados en la demanda, ni

en la contestación y reconvencción. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

18. *Exceptio non adimpleti contractus* y *exceptio non rite adimpleti contractus*.—La jurisprudencia ha distinguido, aunque no siempre con la precisión deseable, entre la *exceptio non adimpleti contractus* y la *exceptio non rite adimpleti contractus*, distinción que se ha basado en la gravedad del incumplimiento, especialmente en el contrato de obra, para señalar si los defectos de la obra son de importancia y trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de la subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente. La llamada *exceptio non adimpleti contractus* enerva la reclamación hasta en tanto no se realice la prestación de la contraparte. La excepción enerva la reclamación temporalmente, y tiene sentido en tanto la prestación no realizada siga siendo útil. Si en ese estado de cosas se genera una situación irreversible, por darse uno de los llamados incumplimientos esenciales, de diversa tipología, que comprenden la imposibilidad sobrevenida fortuita, el transcurso del término llamado esencial, el «*aliud pro alio*», la imposibilidad de alcanzar los rendimientos o utilidades previstos, o la frustración del fin del contrato, estaremos ante un incumplimiento resolutorio y el remedio habrá de buscarse por la vía del artículo 1124 CC a través de las acciones pertinentes, de cumplimiento o de resolución y de indemnización.

Sólo la distinción entre una excepción que faculte para suspender la propia prestación y otra que no alcance este efecto justifica, a criterio de esta Sala, la diferencia entre las llamadas *exceptio non adimpleti* y *exceptio non rite adimpleti contractus*. Ambas tendrían, así, el efecto común de producir la valoración de la gravedad del incumplimiento, y en ambos casos no estaríamos ante un efecto resolutorio, con los consiguientes efectos sobre la *mora debitoris* de las obligaciones sinalagmáticas, de cuyo régimen se ocupa el párrafo final del artículo 1100 CC. (STS de 20 de diciembre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—Por documento privado de 1993, se conviene la compraventa de viviendas con anejos (trasteros) y plazas de garaje.

Los compradores interponen demanda en la que solicitan que se condene a los vendedores al otorgamiento de escritura notarial para dar forma pública al documento privado de 3 de mayo de 1993; a que en ese mismo acto señalaran los anejos de las viviendas, consistentes en un espacio o plaza de garaje para dos coches, que contengan las medidas legales, y dos trasteros.

Por su parte los vendedores formularon reconvencción en la que solicitaban que se declarara que los compradores vienen obligados a satisfacer a los vendedores la suma de doce millones de pesetas, más IVA, cantidad que resta por satisfacer por la adquisición de las viviendas y plazas de garaje referidas; que se condene a los compradores a otorgar escritura pública de compraventa de las viviendas, anejos y plazas de garaje referidos en el documento de 3 de mayo de 1993; que se declare que las plazas de garaje asignadas a los compradores reúnen los requisitos y condiciones legales y contractuales.

El Juzgado de Primera Instancia señaló que ha de elevarse el contrato a escritura pública, previa fijación de los anejos y designación del espacio para dos coches. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial confirma la decisión adoptada en primera instancia.

NOTA.—A partir de la constatación de las deficiencias, carencias o imperfecciones de la prestación, la cuestión en la sentencia anotada se centra en saber si tales defectos, o el incumplimiento de deberes accesorios, instrumentales o complementarios, puede justificar que el otro contratante, acreedor de la prestación de que se trate, pueda suspender la que le corresponde hasta en tanto haya efectuado la contraparte la subsanación (acepte la reducción de precio, o se avenga a realizar la conducta apropiada para llevar a efecto la reparación o reposición, etc.).

En el caso, estamos ante una situación en la que los constatados incumplimientos por parte de los demandados en la fijación del espacio para garaje y en la asignación de los trasteros no podrían justificar la resolución, que tampoco se pide por ninguna de las partes, ni pueden justificar la suspensión de la prestación de pago del precio, una vez que se ha aceptado en la instancia que al otorgar la escritura deben ser simultáneamente señaladas plazas de garaje y trasteros de acuerdo con lo convenido.

Entiende en la sentencia el Alto Tribunal que ha de rectificarse el pronunciamiento de condena al pago del precio, más IVA e intereses legales desde la papeleta de conciliación, en el sentido de sostener la condena en cuanto al precio y al IVA, pero sin dar lugar al pronunciamiento sobre intereses, que sólo se generarán desde la fecha en que la parte obligada a la entrega de las viviendas, plazas de garaje y trasteros realice la entrega o la oferta de entrega (si la otra parte no la acepta injustificadamente) de lo convenido con arreglo a las condiciones pactadas.

La sentencia anotada es conforme con la reiterada doctrina del TS que afirma que la excepción de incumplimiento contractual ha podido ser opuesta con eficacia para suspender el pago hasta el momento en que se produzca la entrega en las condiciones pactadas, (Sentencias como las de 2 de julio [RJ 1994, 2222] y 2 de noviembre de 1994 [RJ 1994, 8364], entre otras).

La llamada *exceptio non adimpleti contractus* enerva la reclamación hasta en tanto no se realice la prestación de la contraparte, como cabe ver, entre otras, en las SSTS de 21 de marzo de 2001 (RJ 2001, 4748), 12 de julio de 1991 (RJ 1991, 1547), 17 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1165), aunque ciertamente en ocasiones se ha conectado a la facultad de resolver del artículo 1124 CC (Sentencia de 14 de julio de 2003 [RJ 2003, 4635]). (M. C. L. J.)

19. Posibilidad de solicitar la resolución del contrato de compra-venta una vez reclamado extrajudicialmente el cumplimiento.—El artículo 1124 CC concede un derecho de opción que permite al perjudicado por el incumplimiento escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, en ambos casos, con indemnización de daños y perjuicios. No podrá, sin embargo, exigirse de manera simultánea el cumplimiento de la obligación y la resolución. No obstante, ello no impide que pueda plantearse

de manera alternativa, o que el perjudicado, pretendiendo en un primer momento el cumplimiento de forma extrajudicial, ante la actitud pasiva de la contraparte, opte finalmente por ejercitar la resolución ante los Tribunales (FJ 2.º STS de 21 de febrero de 2008).

Posible control casacional de la determinación de los hechos reveladores del incumplimiento si se demuestra la irracionalidad de la deducción.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que la cuestión referida al cumplimiento de las obligaciones es de carácter fáctico y sujeta, por tanto, a la apreciación de los juzgadores de instancia, no pudiendo acceder a casación si no es a través de un motivo sobre error en la valoración de la prueba. No obstante, es posible verificar en casación la lógica de la inferencia si la deducción es absurda o contraria a las reglas del criterio humano. Es claro que la determinación del nexo lógico supone un juicio de valor que está reservado a los jueces de instancia y que se tiene que respetar en tanto no se acredite o demuestre su irrazonabilidad (FJ 3.º) (STS de 21 de febrero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Mediante contrato celebrado en documento privado la parte demandada vende a la parte actora un local de negocio donde se hallaba ubicado un bar. La parte compradora abona en el acto parte del precio, fijándose un día concreto para el otorgamiento de escritura pública. Las partes contratantes acuerdan que en caso de que los vendedores no otorguen escritura pública en el plazo fijado, los compradores podrán resolver el contrato, debiendo abonar los vendedores, no sólo la suma percibida, sino también la cuantía de 5.000.000 pesetas, en concepto de cláusula penal.

Ante la incomparecencia de los vendedores en la fecha fijada para el otorgamiento de la escritura pública, los compradores les reclaman extrajudicialmente el cumplimiento del contrato. No obteniendo respuesta por su parte, los compradores interponen demanda solicitando la resolución del contrato privado de compraventa, además del abono de la cuantía entregada con sus intereses, el pago de la cuantía pactada en concepto de cláusula penal, más una indemnización por los daños y perjuicios que les han sido ocasionados.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y absuelve a los demandados. Los actores recurren en apelación y la Audiencia estima parcialmente el recurso, declarando resuelto el contrato de compraventa por incumplimiento de los vendedores. Contra dicha sentencia los demandados interponen recurso de casación.

NOTA.—La Sentencia que anotamos plantea dos cuestiones de especial interés: cómo deba interpretarse la opción que concede el artículo 1124 CC a la parte cumplidora; y si es posible la revisión en casación de aquellos hechos reveladores del incumplimiento, y, en caso afirmativo, mediante qué vía.

El artículo 1124 CC establece que *«la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe»*. Señala el precepto, en su párrafo segundo, que *«el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos*

casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible». Este precepto permite al contratante perjudicado escoger entre el cumplimiento o la resolución, con indemnización de daños y perjuicios en ambos casos, o pedir la resolución, incluso después de haber optado por el cumplimiento, aunque, -especifica el precepto-, cuando éste resultare imposible. De ello puede extraerse que la formulación de la pretensión de resolución impide el ejercicio posterior de la acción de cumplimiento, salvo que en el pleito el demandante haya visto frustrada su pretensión resolutoria (SSTS de 9 de junio de 1997 [RJ 1997/4730], 17 de enero de 2000 [RJ 2000/67]).

En el caso de que se ejercite, en primer lugar, la pretensión de cumplimiento, el ejercicio de esta acción no produce efectos preclusivos completos, puesto que el Código permite pedir posteriormente la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento (Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, Madrid, 1996, p. 697). Ello conduce a la conclusión de que el ejercicio extrajudicial de la acción de cumplimiento en ningún caso es incompatible con el ejercicio posterior de la acción de resolución ante los Tribunales.

No obstante, en este supuesto se plantea el problema de si la cláusula resolutoria pactada por las partes en caso de incumplimiento de la parte vendedora hace devenir automáticamente la resolución o depende más bien de que el incumplimiento sea catalogado de grave, ya que en este caso podría además haberse solventado compeliendo el juez a la parte vendedora a otorgar la escritura pública, con base en el artículo 1279 CC, que en este caso, además, fue el motivo del ejercicio de la resolución por la parte cumplidora.

Es doctrina jurisprudencial reiterada que la mera y simple negativa del vendedor a otorgar escritura pública de venta cuando el contrato ya se ha cumplido por él mediante la entrega al comprador del inmueble (cosa que en el caso de la Sentencia que anotamos no sucede) no faculta al referido comprador para pedir la resolución de dicho contrato, sino que simplemente le da derecho a usar de la facultad que le concede el artículo 1279 CC, es decir, compeler en vía judicial al vendedor para que proceda a otorgar escritura pública (*Vid.* STS de 29 de julio de 1999 [RJ 1999/6583]). No obstante, esta doctrina es aplicable a los casos en que el vendedor haya cumplido con el resto de obligaciones, incluida la obligación de entrega. Debe entenderse, por tanto, que si el vendedor no cumple con los términos del contrato, y no sólo porque no haya otorgado escritura pública, sino porque no haya entregado el objeto del contrato, podrá ejercitarse por la parte cumplidora la acción de resolución.

Por otra parte, es importante destacar que la más reciente jurisprudencia revela un cambio de tendencia en relación al incumplimiento de la parte vendedora del plazo de entrega, puesto que no exige para que pueda obtenerse la resolución de un contrato por incumplimiento una «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento», sino que, conforme con la última doctrina jurisprudencial, el retraso imputable a la entidad vendedora, teniendo en cuenta el plazo pactado, el tiempo de demora y las circunstancias concurrentes, no sólo ha de ser imputado a la misma, sino que ha de ser con-

siderado como grave, y en consecuencia con categoría suficiente para ser constitutivo de causa de resolución (Sobre este particular, vid. la STS de 31 de mayo de 2007 [RJ 2007/4336]).

El segundo aspecto de interés que plantea la Sentencia objeto de anotación es el relativo a si la apreciación del cumplimiento o incumplimiento por los tribunales de instancia puede ser revisable en casación. En principio, no parece discutible que la apreciación del cumplimiento o incumplimiento de un contrato es de la exclusiva incumbencia de los juzgadores de instancia, cuya conclusión probatoria ha de ser mantenida en casación, siendo únicamente posible que la misma pueda ser desvirtuada por la vía del error de derecho en la valoración de la prueba (SSTS de 29 de julio de 1999 [RJ 1999/6583], 10 de julio de 2003 [RJ 2003/4339], 8 de junio de 2005 [RJ 2005/4429]), 5 de julio de 2006 [RJ 2006/5386]), entre otras). Sin embargo, cuando el proceso deductivo realizado por el tribunal de instancia sea ilógico, omita datos, tergiversar las conclusiones de forma ostensible, falsee arbitrariamente sus dictados o extraiga deducciones absurdas o irracionales es posible el control casacional. Ello tiene su fundamento en la idea de que las reglas de la sana crítica son las del raciocinio lógico (SSTS de 29 de abril de 2005 [RJ 2005/3647], 15 de noviembre de 2006 [RJ 2006/8058]). (L. Z. G.)

20. Resolución de contrato por incumplimiento. Se produce por el mero hecho de no satisfacer el precio.—La doctrina jurisprudencial de esta Sala ha sufrido un cambio evolutivo progresivo en el sentido de abandonar el requisito subjetivista de la voluntad deliberadamente rebelde, sustituyéndole por el impago en el sentido objetivo, con lo que ya no se viene exigiendo una actitud dolosa del comprador para que la resolución por incumplimiento de pago puede tener lugar (Sentencias de 5 de junio de 1989 y 11 de marzo de 1991) que es a lo que apunta la frase «actitud deliberadamente rebelde», basando con que se frustre la finalidad económica de la relación, imputable al comprador o sucesores que resulten obligados, y no satisfacen el precio que se había acordado para la transmisión dominical. Esta doctrina se presenta acomodada a los tiempos actuales para las situaciones de incumplimiento contractuales, ya que frente al vendedor que cumple el comprador incumplidor desequilibra la relación contractual al incurrir en impago voluntario (sentencias de 21 de junio de 1990, 23 de abril de 1992, 9 de octubre de 1993, 22 de diciembre de 1993, 17 de mayo, 4 de julio y 10 de octubre de 1994, 16 de marzo, 2 de octubre y 29 de diciembre de 1995 y 7 de febrero de 1996, 23 de marzo de 1996, 24 de octubre de 1998 y 22 de febrero de 1999, entre otras muy numerosas. (STS de 3 de febrero de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.— En fecha 31 de mayo de 1988, don Francisco H. V. y don Antonio H. F. vendieron un bien inmueble a Francisco G. G. en documento privado. En el contrato se pactaba que, tras una primera paga y señal, el 31 de diciembre de 1989 vencía el plazo concedido para el pago del precio aplazado. Transcurrido el mencionado plazo sin que la parte compradora pagara el precio, los vendedores promovieron acto de conciliación, que terminó sin

éxito. Don Francisco y don Antonio interpusieron demanda solicitando la resolución del contrato de compraventa ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Granada. El Juzgado desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia de Granada la revocó y declaró resuelto el contrato. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte compradora. (A. S. C.)

21. Facultad resolutoria ex artículo 1124 CC. Efectos frente a los adquirentes de buena fe.—El motivo primero del recurso se estima porque el último párrafo del artículo 1124 establece que la resolución se produzca «sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria», y el artículo 1295.2 del CC contempla la posibilidad de que las cosas objeto del contrato se hallen en poder de terceras personas que no hubieren procedido de mala fe y, si bien, para esta hipótesis, dispone que no «tendrá lugar la rescisión», esta expresión es impropia, según las doctrinas científica y jurisprudencial, y sólo significa que se excluyen los efectos de la restitución a cargo del tercero de buena fe, como ocurre en la cuestión debatida, es decir, impide que pueda ejecutarse la rescisión, aunque, según señala el párrafo final del precepto, podrá reclamarse la indemnización de daños y perjuicios al causante de la lesión. Desde la posición recién indicada, esta Sala ha sentado que, en estos casos, se limita el alcance restitutorio de la resolución en cuanto que el contratante incumplidor deberá restituir el valor correspondiente (entre otras, SSTS de 6 de junio de 1995 y 16 de diciembre de 2002). (**STS de 2 de marzo de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.— Don Luis Alfonso T. P. vendió dos parcelas de terreno en sendos contratos a, por un lado, don Carmelo R. B. y don José M. L. y, por otro, a don Miguel G. F. y don Diego M. G. Ante la falta de pago por parte de los compradores, don Luis Alfonso interesó la resolución de ambos contratos de compraventa. Sin embargo, las parcelas objeto del contrato ya se encontraban en manos de terceros. Ante ello, interpuso demanda contra las distintas partes compradoras y los terceros adquirentes en la que solicitaba la resolución de los mencionados contratos con obligación de las partes demandadas de restituirle los bienes o, subsidiariamente, de indemnizarle por daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vélez-Málaga estimó en parte la demanda en el sentido de condenar a los compradores demandados a indemnizar al actor en la cantidad que se fijara en ejecución de sentencia. Apelada la sentencia por parte de don Luis Alfonso, la Audiencia de Málaga la revocó pero sólo en el sentido de concretar la indemnización. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo acogió el mismo y, en consecuencia, declaró la resolución de los contratos de compraventa, pero con exclusión de los efectos de la restitución, puesto que consideró a los terceros adquirentes poseedores de buena fe. Respecto de la indemnización por daños y perjuicios, el Alto Tribunal mantuvo el pronunciamiento de la Audiencia. (A. S. C.)

22. Caso fortuito. Prueba.—La concurrencia de los requisitos para la aplicación del artículo 1105 CC, de imprevisibilidad e inevitabilidad exige una prueba cumplida y satisfactiva, incumbiendo la carga de la prueba a quien alega la existencia del caso fortuito o la fuerza mayor.

Fuerza mayor. Alcance.—La fuerza mayor ha de entenderse constituida por un acontecimiento surgido «a posteriori» de la convención que hace inútil todo esfuerzo diligente puesto en la consecución de lo contratado, debiendo concurrir en dicho acontecimiento la cualidad de ajenidad, en el sentido de que ha de ser del todo independiente de quien lo alega. No puede confundirse la ajenidad con aquellas circunstancias que tienen que ser asumidas y previstas por la parte contratante de quien depende el cumplimiento; y asimismo debe haber una total ausencia de culpa porque la culpa es incompatible con la fuerza mayor y el caso fortuito. La «fuerza mayor» ha de consistir en una fuerza superior a todo control y previsión y para ponderar su concurrencia habrá de estarse a la normal y razonable previsión que las circunstancias exijan adoptar en cada supuesto concreto, o inevitabilidad en una posibilidad de orden práctico. La jurisprudencia, en su versión casuística, insiste en la exigencia de haber obrado con la diligencia exigible por las circunstancias de cada caso (atención y cuidados requeridos; diligencia razonable), pues la fuerza mayor, como el caso fortuito, no procede ante un comportamiento negligente con suficiente aportación causal. (STS de 18 de diciembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—En virtud de la relación contractual existente entre Ica, SA y Enrique, SA, la primera debía fabricar y suministrar, según pedido, a la segunda una mercancía consistente en piezas de espuma flexible de poliuretano para automoción ajustada a unos moldes proporcionados en calidad de depósito, por la segunda a la primera. A su vez, *Enrique, S. A.*, transmitía la mercancía a la entidad *Nissan Motor Iberica, S. A.*, en virtud de un contrato de «justo a tiempo» «just in time». El día 1 de diciembre de 1993 *Ica, S. A.*, comunica a *Enrique, S. A.*, que no puede atender al suministro por existir un conflicto laboral en la empresa, a consecuencia del cual los trabajadores impiden la salida de camiones con mercancía. En la misma fecha *Enrique, S. A.*, solicita de *Ica, S. A.*, la entrega de los moldes y troqueles de su propiedad para encargar la fabricación a otra empresa. Al día siguiente (2 de diciembre), *Ica, S. A.*, responde que no es posible efectuar la entrega, a causa del conflicto laboral existente con los trabajadores que impiden la salida de los camiones, sin que haya visos de solución a corto plazo. El día 3 de diciembre, un representante de *Enrique, S. A.* (junto con los de otras empresas) se trasladó a la fábrica de *Ica, S. A.*, y requirió, con intervención notarial, a la persona que se encontraba en el local (que afirmó ser el que llevaba el Departamento Comercial de *Ica, S. A.*) para que de forma inmediata hiciera entrega de las piezas fabricadas para las entidades requirentes, hasta el momento, así como los moldes de inyección de poliuretano propiedad de las mismas, manifestando que para la recogida de dichos materiales disponían de un camión situado ante «*Ica, S. A.*», y en caso de negativa a dicha entrega que le refiriesen los motivos de la misma. Los moldes y troqueles no se devolvieron hasta el año 1995.

La entidad mercantil Ica, SA interpuso demanda frente a la también compañía mercantil *Enrique, S. A.*, en la que solicita la condena de la demandada al pago de la cantidad de 22.480.781 pesetas, con los intereses legales correspondientes por el impago de la mercancía consistente en espuma flexible de poliuretano suministrada entre los meses de agosto de 1993 hasta junio de 1994. *Enrique, S. A.*, formuló reconvencción en la que solicitaba la condena de *Ica, S. A.*, al pago de las facturas de los moldes encargados por la reconviniente a terceros por un total de 22.278.993 pesetas y al pago de las facturas 13.257 y 13.256 por valor global de 1.163.721 pesetas que fueron pagadas por duplicado por *Enrique, S. A.*, y asimismo se pedía se determinen en ejecución de sentencia los daños y perjuicios, intereses y gastos ocasionados a Enrique, SA por el proceder de *Ica, S. A.*

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción, condenando a la entidad demandada *Enrique, S. A.*, a pagar a la actora la cantidad de 22.480.781 pesetas. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación de *Enrique, S. A.*, y con parcial estimación de su reconvencción condena a Ica, SA a abonarle la suma de 22.278.993 pesetas e intereses.

NOTA.—El objeto del debate en la sentencia anotada se circunscribe en casación a si existió fuerza mayor que impidió el cumplimiento por el fabricante-depositario de sus obligaciones, concretamente respecto de la restitución de los elementos moldes, troqueles y utillajes que tenía en depósito (arts. 1766 y 1774 del CC), y, por consiguiente, si resulta improcedente la indemnización de daños y perjuicios por ausencia de culpabilidad (arts. 1105 y 1101 del CC). La ratio decidendi de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial es que, al producirse el conflicto laboral con bastante anterioridad al momento de la situación de imposibilidad, la entidad Ica, S. A., no adoptó, sin embargo, medida alguna tendente a su control.

Al igual que sucede en esta sentencia, en un asunto exactamente igual, en la perspectiva de la fuerza mayor, fue resuelto por la STS de 14 de marzo de 2001, (RJ 2001, 5977), en el sentido de estimar que no concurrió la situación de caso fortuito o fuerza mayor. Se refiere la resolución a un caso prácticamente idéntico: misma entidad (*Ica S. A.*) que no devuelve los moldes, el mismo conflicto laboral e incluso cabe indicar que una de las partes intervinientes en dicho proceso es una de las sociedades que en unión de *Enrique, S. A.*, formularon el requerimiento notarial de restitución inmediata de moldes del 3 de diciembre de 1993. Concretamente la sentencia señala que «*el suceso en cuestión ni era imprevisible, ni inevitable, pues para que se pueda aplicar el artículo 1105 del CC requiérese que se trate de un hecho que no hubiere podido preverse o que previsto fuera inevitable y en el supuesto traído ahora a la censura casacional ni el incumplimiento de la entrega de los moldes se debió tan sólo a la existencia de un conflicto laboral que impidiese tal lícita exigencia, ni tal conflicto fue imprevisible ni inevitable*». (M. C. L. J.)

23. Cláusula penal. Interpretación.—Existe una jurisprudencia muy asentada (*v. gr.*, SSTS de 8 de febrero de 1993, 12 de diciembre de 1996, 23 de mayo y 25 de noviembre de 1997) que declara que la cláusula penal, dado su carácter sancionador, debe ser objeto de interpretación restrictiva. Además, según la jurisprudencia, dicha interpretación corresponde a los tribunales de instancia y debe ser mantenida en casación, salvo en los casos en los que resulte ilógica, absurda o contraria a derecho (SSTS 23 de enero de 2004, 24 noviembre de 2005 y 8 marzo y 14 de septiembre de 2006). En el caso presente, dicha interpretación se ajusta a la literalidad de la cláusula en cuestión, sin extenderla a más de lo previsto por las partes.

Cláusula penal. Facultad del juez de moderar equitativamente la pena.—En numerosas ocasiones, el Tribunal Supremo ha declarado que, cuando la cláusula penal está prevista para un determinado incumplimiento parcial, no puede aplicarse la facultad moderadora de la pena que prevé el artículo 1154 CC. Según tiene declarado el Tribunal Supremo, la finalidad de este precepto no reside en permitir que el juez rebaje equitativamente una pena pactada que resulte ser excesivamente elevada, sino que sólo puede moderar dicha pena cuando las partes, al pactarla, pensaron en un incumplimiento total y no previeron un incumplimiento parcial o irregular de la obligación que es lo que sucede en el caso en cuestión. Por tanto, a la cláusula que ahora se enjuicia, pactada precisamente para el supuesto de retraso del deudor en el cumplimiento de la obligación, no es posible aplicarle la facultad moderadora del juez, y hay que estar a lo acordado por las partes.

Indemnización de daños y perjuicios. Procedencia.—Del tenor literal del artículo 1101 CC se deduce que, para que el incumplimiento causalmente imputable al deudor dé lugar a la indemnización de daños y perjuicios, no se requiere necesariamente que haya actuado con dolo o culpa —salvo previsión contractual específica en este sentido— bastando la situación de morosidad o la contravención del tenor de la obligación que no pueda quedar amparada en la previsión del artículo 1105 CC (caso fortuito o fuerza mayor). Además, teniendo en cuenta que la culpa o negligencia consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación, en el caso enjuiciado, el vendedor debería haber previsto que el expediente de dominio que inició podía no tener un resultado satisfactorio en el plazo de un año que se había señalado. (**STS de 20 de diciembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceler.]

HECHOS.—El 25 de mayo de 1992, se celebró el contrato de compraventa de una finca de 2000 m² de superficie por un precio de 16 millones pts. Se pactaron una serie de plazos para el pago del precio, el último de los cuales se realizaría una vez finalizado el expediente de dominio que el vendedor se comprometía a iniciar para inmatricular la finca a su nombre.

En la estipulación quinta del contrato se hacía constar que «si transcurrido un año desde la firma del presente contrato, el vendedor no hubiera conseguido escriturar a su favor la referida finca, exigirá el comprador un interés del 1,5% mensual del importe del dinero desembolsado hasta el momento (...) más los gastos que el comprador hubiese realizado como inversiones en la misma finca, entendiéndose: proyecto, licencias, excavación, construcciones, etc. Con un tope máximo de 30 millones de pts. »

El vendedor inició el expediente de dominio, que fue rechazado por el Juzgado de Primera Instancia al no considerarse justificado el dominio sobre la finca. El vendedor presentó recurso de apelación contra el auto de denegación.

Ante esta situación, el comprador, que ya había abonado 13 millones de pts., en concepto de parte del precio de la finca, presentó una demanda contra el vendedor exigiendo el pago de una cantidad de dinero que cubría los intereses mensuales correspondientes a la parte del precio satisfecha, más las inversiones realizadas para la construcción en la finca.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó al vendedor a pagar el interés mensual del 1,5% correspondiente al importe del precio desembolsado por el comprador desde el 25 de mayo de 1992 hasta el 25 de mayo de 1993, por los conceptos previstos en la cláusula 5.^a, sin que la cantidad resultante resultara ser superior a 30 millones de pts. Ambas partes interpusieron sendos recursos de apelación contra la sentencia, que fueron parcialmente estimados. La Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia del Juzgado y condenó al demandado a abonar la cantidad resultante de aplicar el interés mensual del 1,5% a la cantidad de 30 millones de pts. desde el 25 de mayo de 1993 hasta la fecha en que la finca en cuestión resulte inmatriculada en el Registro de la Propiedad, sin que dicha cantidad supere los 16 millones pts. (precio fijado para la finca en el contrato de compra-venta). Contra esta sentencia, el vendedor interpuso un recurso de casación en el que se alegaba, fundamentalmente, la incorrecta aplicación e interpretación de la cláusula penal prevista en el contrato. (*L. P. S. M. P.*)

24. Naturaleza del contrato de descuento.—Consta en autos que la entrega de las letras de cambio por don Joaquín R. a Banco de Madrid lo fue en virtud de un contrato de descuento «cuya esencia jurídica radica en la obligación que asume el descontatario de restituir al Banco descontante los importes descontados cuando no se abonan a las fechas de sus vencimientos por quien resulte obligado y deudor de los mismos, recuperando el Banco los anticipos dinerarios llevados a cabo, ya que se trata de cesión «pro solvendo» y no cesión «pro soluto», ya cuyo efecto resulta procedente la acción declarativa ejercitada (sentencias de 22 de noviembre de 1992, 25 de marzo y 24 de septiembre de 1993 y 21 de junio de 1996)» (sentencia de 2 de marzo de 2004).

Carácter subsidiario de la acción rescisoria por fraude de acreedores.—Dice la sentencia de 8 de marzo de 2003 que para que prospere la acción rescisoria es necesario que se cumplan los requisitos exigidos en el CC, siendo uno de los más relevantes el establecido en el artículo 1294, al señalar que la acción rescisoria es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio. Carácter principal de este requisito, que la jurisprudencia ha puesto de manifiesto en las sentencias de 14 de octubre de 1987, 24 de noviembre de 1988, 25 de enero de 1989, 27 de octubre de 1989, 27 de mayo de 1992 y 5 de diciembre de 1994, señalándose en la de 24 de noviembre de 1988 «que uno de los requisitos esenciales para el éxito de la acción pauliana viene

constituido por la exigencia de que el acreedor carezca de otro recurso legal para obtener la reparación lo cual no ocurre en el caso de autos, toda vez que al no agotarse la vía de apremio en el juicio ejecutivo promovido por el Banco actor, no es dable estimar su imposibilidad para resarcirse del crédito». En la sentencia de 5 de diciembre de 1994, se dice de la misma forma que «la entidad bancaria no impulsó debidamente el juicio ejecutivo por él iniciado, no habiendo agotado la vía de apremio, lo cual no permite tener como probado la imposibilidad de la entidad bancaria para resarcirse de su crédito y por tanto falta la premisa fundamental de la acción rescisoria ejercitada, cual es la subsidiariedad». No se trata de imponer al acreedor una exhaustiva investigación de hallarse su deudor en posesión de bienes suficientes para atender su obligación, sino que habiendo admitido el banco la existencia de otros bienes en poder de su deudor, por la aceptación de la declaración hecha por éste, un mínimo deber de diligencia imponía a la actora recurrida en casación comprobar si tales bienes seguían en poder del deudor y, en caso afirmativo, si eran suficientes para satisfacer su crédito, antes de acudir al ejercicio de la acción rescisoria. En consecuencia, no puede estimarse cumplimiento acreditado por la actora la carencia de otro remedio legal para hacer efectivo su derecho de crédito y, por ello, han de ser admitidos el motivo primero, en los términos que resultan de lo dicho hasta ahora. (STS de 22 de febrero de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.— Don Joaquín R. R. entregó al Banco de Madrid tres letras de cambio por importe total de cuatro millones de pesetas. La entrega se hizo en virtud de contrato de descuento, por lo que al resultar impagadas las letras a su presentación, su importe se cargó en la cuenta del descontatario. Posteriormente, el Banco de Madrid cedió el crédito que tenía contra don Joaquín al *Banco Español de Crédito, S. A.* Durante este período, don Joaquín y su esposa, doña Peña G. G., vendieron a su hija, doña Belén R. G., dos fincas en sendas escrituras públicas. El *Banco Español de Crédito, S. A.*, interpuso demanda en la que solicitaba la rescisión de los contratos de compraventa celebrados por fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Huelva estimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, ésta fue confirmada por la Audiencia de Huelva. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo con base en el carácter subsidiario de la acción rescisoria por fraude de acreedores. (A. S. C.)

25. *Dies a quo* en relación con el plazo de caducidad de la acción rescisoria ex. artículo 1299 CC.—El motivo plantea el tema de la caducidad de la acción rescisoria sobre el que esta Sala ya se ha pronunciado ante la laguna del artículo 1299 del CC en relación con el *dies a quo* de su transcurso. Según su doctrina, aunque la acción pueda ejercitarse desde el acto fraudulento, si se oculta por no inscribirse en el Registro de la Propiedad, el *dies a quo* es el de la inscripción en el mismo, salvo que se acredite que la víctima del fraude conoció con anterioridad de modo cabal y completo el acto impugnado (sentencias de 16 de febrero de 1993, 4 de septiembre de 1995 y 8 de marzo de 2003). Ciertamente, que el artículo 37 de la Ley Hipotecaria señala como *dies a quo* el de la enajenación fraudulenta, pero el pre-

cepto es protector exclusivamente del tercero hipotecario, sin que pueda extenderse a supuestos en que no exista esta figura (sentencia de 27 de enero de 2004).

Imposibilidad de interrupción del plazo de caducidad de la acción rescisoria.—La Audiencia estimó interrumpido tal plazo por la denuncia ante la jurisdicción penal que formuló la actora, reanudándose, una vez sobreseídas las diligencias penales en septiembre de 1993, lo que lleva a la sentencia recurrida, por aplicación del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a declarar ejercitada en plazo legal la acción rescisoria. No comparte esta Sala tal criterio sobre la interrupción del plazo de caducidad, consecuentemente con su reiteradísima jurisprudencia según la cual aquél no es susceptible de interrupción (sentencias, entre otras, de 25 de septiembre de 1950, 22 de mayo de 1965, 14 de marzo de 1970 y 26 de junio de 1974). Por otra parte, la apertura de la vía penal por la actora por los hechos que fundamentan, a su juicio, la acción rescisoria, no le hubiera impedido acudir a la vía civil con anterioridad, dejando patente y clara su voluntad rescisoria del negocio fraudulento, situación que hubiese originado la suspensión del proceso por lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Otra cosa significaría dejar a la voluntad del titular de la acción rescisoria el comienzo del plazo, lo que es opuesto a su naturaleza y finalidad. (STS de 31 de enero de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.— Don José Luis S. R. y doña Manuela H. L. se separaron en el año 1988. En fecha 23 de junio de 1989, don José Luis vendió un apartamento, adquirido en 1973 con el carácter de ganancial, a don José María G. L., casado con doña Sara B. L. En fecha 2 de junio de 1994, doña Manuela demandó a don José Luis, don José María y doña Sara solicitando que se declarara la rescisión del contrato de compraventa por fraude a sus derechos, al considerar que el apartamento se había vendido sin su conocimiento ni consentimiento. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sueca desestimó la demanda al considerar caducada la acción rescisoria. Apelada la sentencia, la Audiencia de Valencia la revocó totalmente y declaró la rescisión de la compraventa. La Audiencia entendió que el plazo de caducidad estuvo interrumpido entre 1991 y 1993 al existir una causa penal por un presunto delito de fraude entre los cónyuges separados. Interpuesto recurso de casación por doña Sara, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, confirmando en todos sus extremos la sentencia de instancia. (A. S. C.)

26. Crédito refaccionario.—Procede recordar el concepto de crédito refaccionario: éste es el crédito que se contrae y se emplea en la construcción, conservación o reparación de un inmueble; no necesariamente el crédito deriva del contrato de préstamo; el acreedor ha ejecutado la propia obra del edificio y ha suministrado elementos integrantes al deudor. Así lo expresa la sentencia de 21 de julio de 2000 que recoge la doctrina jurisprudencial plasmada en las sentencias de 19 de abril de 1975, 5 de julio de 1990 y 9 de julio de 1993. En el presente caso, se llega a la conclusión de que el crédito que Pirsá tiene, como acreedor, frente a Punto Moda como deudor, que nace del contrato de obra que ambos celebraron y deriva de los elementos y la obra

que, en virtud de tal contrato, la primera ha ejercitado a favor de la segunda, la cual en parte no ha pagado, es un crédito refaccionario; Punto Moda ha recibido la obra ejecutada en el terreno que posee y tiene en arrendamiento (con opción de compra, es decir, leasing) y, como tal, es el dueño de la obra. Sin embargo, Bansander no es deudor, su relación jurídica no alcanza a Pirsá sino que habiendo adquirido un terreno y consumado el contrato de compraventa, entrega aquel terreno a Punto Moda en leasing inmobiliario, pero ninguna relación jurídica mantiene fuera de este contrato de arrendamiento con opción de compra.

Leasing-back.—En los contratos de leasing-back, tal como señala la sentencia de 22 de junio de 2001, existe una operación bilateral en la que la usuaria propietaria vende el objeto a la sociedad de leasing, que lo cede en arrendamiento a aquélla y, añade literalmente «en los contratos de lease-back desaparece la figura del tercero proveedor del bien y si bien se trata de un contrato lícito y válido, al amparo del artículo 1255 del CC, para registrarlo como tal se exige que haya mediado efectiva compra de la financiera a la arrendataria con la consiguiente tradición, aún en la forma simbólica de «solo consensu» (art. 1463 CC), pero, en todo caso, es necesario, y determinante dejar de poseer en concepto de dueño o como dueño, lo que no ocurre en el caso de autos, pues no se demostró de forma suficiente y convincente, -el contrato no lo refleja-, que hubiera mediado la necesaria compraventa previa o simultánea (Sentencias de 1-3-1988, 1-2, 17-3 y 20-11-1988 y 16 de mayo de 2000)». En el presente caso, Punto Moda no adquirió la propiedad de la finca sobre la que edificó, sino la poseyó como arrendataria.

Enriquecimiento injustificado. Subsidiariedad.—Las sentencias, entre otras, de 23 de marzo de 1992, 8 de junio de 1995, 7 de febrero de 1997 y 31 de octubre de 2001 destacan la idea de que los hechos, no ilícitos, que provoquen un enriquecimiento sin causa de una persona y el empobrecimiento de otra, dan lugar a la obligación de reparar el perjuicio; la esencia es, pues, la atribución patrimonial sin causa, por lo que el enriquecido sin causa debe restituir al empobrecido aquello en que se enriqueció y así lo expresan las recientes sentencias, entre otras muchas anteriores, de 31 de octubre de 2001 y 8 de julio de 2003. El caso presente no coincide con el del enriquecimiento injusto: los motivos se refieren a Bansander y la única relación de éste con la sociedad recurrente Pirsá es la de un previo contrato de compraventa que se perfeccionó y consumó, pero no aparece entre uno y otro ni siquiera atribución alguna, que permita pensar en enriquecimiento y empobrecimiento.

Además de no responder al concepto, tampoco el presente caso cumple un presupuesto del principio del enriquecimiento injusto, que es la subsidiariedad, en el sentido de que se aplica al caso cuando no hay norma legal -por ejemplo la que regula un contrato- que lo contemple y así lo han declarado, entre otras, las sentencias de 18 de diciembre de 1996 y, rotundamente, la de 19 de febrero de 1999. Lo que significa que si la Ley prevé una determinada acción, como la derivada de un contrato, no puede alegarse este principio general: así, sentencias de 19 de abril de 1990 (un caso de compraventa), 15 de diciembre de 1992 (relación jurídica derivada de un «convenio válido») 20 de abril de 1993 (una compraventa), 8 de junio de 1995 (contrato válido y eficaz).

Por último, conviene hacer notar que tanto la demanda como la mención que hace la sentencia se refieren a un hipotético supuesto, que se dejase de abonar el precio del arriendo o no se ejercitara la opción de compra. Lo cual es algo posible -ni siquiera probable- y no se puede llegar a una condena

basándose en un hipotético y posible supuesto. (STS de 6 de febrero de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Con fecha 5 de abril de 1991, la empresa *Promotora Inmobiliaria Residencial San Martín, S. A.*, (en adelante, PIRSA) celebró un contrato de obra con la empresa *Punto Moda Leo, S. A.*, con el fin de construir un edificio industrial. El día 30 de julio de 1991, la contratista PIRSA vendió el terreno en el que se había proyectado realizar la construcción a *Bansander de Leasing, S. A.*, que, en la misma fecha, lo cedió mediante un contrato de leasing a *Punto Moda Leo, S. A.*. Asimismo, *Bansander de Leasing, S. A.*, se había comprometido a financiar la mencionada obra a la comitente, valorada en un importe de 300.506,05 € (50.000.000 pta.). La empresa PIRSA interpuso demanda en que solicitó que fuera declarado a su favor un crédito refaccionario frente a *Punto Moda Leo, S. A.*, y *Bansander de Leasing, S. A.*, como deudores solidarios. El Juzgado de Primera Instancia núm. 31 de Barcelona dictó sentencia el día 18 de septiembre de 1998 en que desestimó la demanda, al considerar que *Punto Moda Leo, S. A.*, no era dueña de la obra por no haber ejercido la opción de compra frente a *Bansander de Leasing, S. A.*, y que ésta sociedad no reunía la condición de deudora de la demandante. Recurrída la sentencia por la contratista, la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia el 19 de abril de 1999, en la que se desestimó el recurso con el mismo argumento y rechazó el carácter de crédito refaccionario. La contratista PIRSA recurrió en casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso en el único sentido de declarar su crédito refaccionario frente a *Punto Moda Leo, S. A.*, (*J. M. B. S.*)

27. Momento en que se produce la novación.—«La fecha a considerar para valorar la conducta procesal de la ejecutante, aquí demandada, no pudo ser anterior, sino posterior a la de la escritura de la que trae causa la novación. Propiamente, aquella en la que la misma se inscribió en el Registro de la Propiedad, al ser la inscripción condicionante de la perfección real del préstamo, además de requisito constitutivo del derecho real de garantía.»

Abuso de derecho en la interposición de acciones judiciales.—«La responsabilidad de quien daña a otro al instar un proceso judicial o alguna actuación procesal concreta encuentra su fundamento en la interdicción del abuso de derecho y, en el artículo 7.2 del CC.» «Aunque en algunas ocasiones esa responsabilidad fue tratada a la luz del artículo 1902 del CC, con lo que el debate se centró en el juicio de culpabilidad del actor y por ello en su diligencia como litigante, así como en el examen de la evitabilidad y previsibilidad del daño causado, es lo cierto que la argumentación del motivo tiene como punto de partida la afirmación de que actores y demandados extinguieron las obligaciones nacidas para los primeros de un contrato de fianza al dar vida a una obligación nueva.» (STS de 6 de febrero de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Don M. B. P y Don F. C. R. interpusieron demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra el Banco Español de Crédito S.A., solicitando la condena de éste último a pagar una

indemnización por los daños que los actores afirmaron haber sufrido a consecuencia de la actividad procesal desarrollada por aquél contra ellos. Alegaban los demandantes que dicha acreedora, al no resultar satisfecho oportunamente el crédito de que era titular, interpuso demanda de juicio ejecutivo en reclamación del cumplimiento de la obligación que los actores habían asumido como fiadores; y que no desistió de la pretensión deducida pese a haber pactado con ellos la extinción de la obligación afianzada mediante la creación de otra destinada a reemplazarla. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por haberse probado que el Banco Español de Crédito S.A. interpuso demanda ejecutiva antes de que se hubiera perfeccionado el contrato al que los demandantes atribuyen los efectos novativos. Las pretensiones de los actores también fueron desestimadas en segunda instancia. Finalmente interpusieron recurso de casación en apoyo a los siguientes motivos: infracción del artículo 1204 del CC en relación con el artículo 1214 del CC; infracción del artículo 1281 del CC en relación con lo dispuesto en los artículos 1204 y 1156 del CC; e infracción del artículo 1902 CC. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (E.C.V.)

28. Compraventa de valores. Doctrina jurisprudencial sobre la improcedencia de declarar ineficaz la compraventa de acciones en las que la cotización no se correspondía con la verdadera situación patrimonial de la sociedad.—No cabe apreciar error ni dolo como causa de anulabilidad de los contratos fundada en el desconocimiento por los compradores de la verdadera situación del banco demandado pues aceptar semejante planteamiento equivaldría a declarar nula o anulable toda compraventa de acciones cuya cotización no se correspondiera en el momento de la operación con la verdadera situación patrimonial de la sociedad en ese mismo momento, algo que resulta incompatible con el funcionamiento del mercado de valores y que produciría el caos en forma de sucesivas nulidades retroactivas de las operaciones bursátiles cada vez que una compañía entrara en crisis (SSTS de 2 de noviembre de 2001, de 20 de diciembre de 2002 y de 16 de diciembre de 2005).

La causa en el contrato de compra de acciones: existe causa aunque se haya frustrado la consecución del lucro que se esperaba con el negocio.—El que no se llegue a lograr el lucro legítimo perseguido con el negocio no puede teñir retroactivamente de ilicitud a la causa lucrativa de la operación ni hacerla desaparecer por frustración de la finalidad última perseguida. No cabe confundir la causa del contrato como elemento esencial para su validez con el buen fin de la operación o consecución del lucro inicialmente proyectado, y menos todavía cuando éste dependía necesariamente de las fluctuaciones inherentes a los valores negociables en bolsa (SSTS de 28 de mayo y de 2 de noviembre de 2001).

La compra de divisas con fines especulativos queda fuera del ámbito protector de la normativa de consumidores y usuarios.—La operación que tiene carácter claramente especulativo, poco o nada tiene que ver con la defensa de los consumidores y usuarios, por lo que queda fuera ese ámbito protector. (STS de 14 de noviembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El 28 de diciembre de 1993, en virtud de una orden de compra, don Gerardo adquiere por conducto del Banco Español de Crédito 3.500 acciones de Banesto mediante el desembolso de 7.019.250 pesetas, financiadas por tres letras de cambio. El 2 de febrero de 1994 se procede por orden del mismo a la venta de las referidas acciones por 2.966.062 pesetas. De igual manera con fecha 4 de noviembre de 1994 don Gerardo ordenó a la entidad demandada que realizara una opción de compra de un millón de dólares verificándose por el Banco. Don Gerardo presenta demanda contra el Banco Español de Crédito instando la nulidad del contrato de compra de acciones y reclamando la diferencia entre la compra y venta de las 3.500 acciones (4.053.188 pesetas), más el pago de los gastos de descuento de la primitiva letra de cambio así como las renovaciones, también solicitó el abono de la cantidad de 7.000.000 de pesetas, como importe de la opción de compra del millón de dólares, más los correspondientes intereses. Tanto la sentencia de instancia como la dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Las Palmas, desestimaron la demanda. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. (C. O. M.)

29. Compraventa. Embargo previo. Ausencia de bien litigioso.—

Como señala la sentencia de 8 de septiembre de 1998, «la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que un bien es litigioso, desde la fecha del emplazamiento para contestar a la demanda (sentencias de 25 de enero de 1913 y 15 de febrero de 1965)»; esta caracterización de un bien o derecho como «litigioso» está haciendo referencia a la existencia de un procedimiento contencioso del que sea objeto el bien vendido, es decir, un proceso contencioso en el que exista controversia entre partes sobre la titularidad del bien, sobre la existencia o inexistencia sobre el mismo de cualquier derecho real o sobre alguna de las facultades que integran el contenido del derecho de propiedad; no tiene por tanto el carácter de bien litigioso el que ha sido objeto de embargo con la finalidad de atender con el producto de su venta a la extinción, total o parcial de un crédito ya declarado por sentencia firme. Esta conclusión está abonada, a través de una interpretación sistemática, por el artículo 1535, párrafo segundo -»se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda»- así como por el artículo 1291.4.º que declara rescindibles «los contratos que se refieren a cosas litigiosas», y respecto al cual la sentencia de 15 de febrero de 1965 señala que «tal fecha de emplazamiento, es la que determina de calificación procedente (se está refiriendo a la de «bien litigioso», aclaramos), con arreglo a nuestro Derecho histórico; cuyo precedente histórico ha sido recogido por esta Sala en sentencia de 25 de enero de 1913, que parece que fue la única vez que a su decisión se ha sometido esta cuestión, llenando por ese medio, la laguna del artículo 1291.4.º del CC, que nada disponía sobre ello», y la sentencia de 31 de diciembre de 1997 señala entre los requisitos para la aplicación del citado artículo 1291.4.º: «a) que el contrato haga mención a una cosa litigiosa, la cual se entiende desde la presentación de la demanda». Esta interpretación no queda desvirtuada por la sentencia de 2 de julio de 1976 que, por ser única en tal sentido, no constituye jurisprudencia.

Inexistencia de causa ilícita.—En otro sentido, atendido el carácter restrictivo con que han de ser interpretadas las prohibiciones del artículo 1459 del CC y la fundamentación dada por la doctrina a la contenida en su número 5.º, no puede estimarse que la compraventa sea nula. Se apoya la prohibición de que se trata en la existencia de una causa ilícita por razón de su inmoralidad; en el caso no puede hablarse de una causa ilícita en la compraventa ya que no se revela en la misma un ánimo defraudatorio de los derechos de tercero ni del vendedor. Anotado el embargo sobre el bien inmueble vendido en el Registro de la Propiedad a resultas del juicio ejecutivo número 1735/82, antes de la celebración del contrato de compraventa, no resultan afectados los derechos del acreedor ejecutante que obtuvo a su favor el embargo, ya que el bien se transmite con la carga en que consiste el embargo y que le sujeta a la ejecución, sin que la garantía del acreedor se vea afectada por la venta. (**STS de 28 de febrero de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.— El día 1 de octubre de 1986, don C.M.T. vendió un local comercial a doña E.B.B. Al parecer dicho inmueble había sido embargado con fecha 2 de mayo de 1983, como resulta de una anotación del Registro de la propiedad. Interpuesta demanda por parte del vendedor, con la que solicitó la declaración de nulidad de la compraventa por recaer sobre un bien litigioso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Torrent dictó sentencia el 2 de abril de 1997 en que estimó parcialmente la demanda y la reconvenición interpuesta por la compradora, al declarar la nulidad del contrato y asimismo condenar a don C.M.T. a restituir una parte del precio satisfecho. La Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia, mediante sentencia de 27 de noviembre de 1998, estimó el recurso interpuesto por doña E.B.B. y revocó la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

30. Compraventa de inmueble. Rescisión por motivos urbanísticos. Venta de parcela rústica con edificación que carece de licencia de obra y de primera ocupación.—Ha quedado acreditado que el demandado, conecedor de la ilegalidad de la edificación levantada sobre el terreno vendido —que él mismo calificó de vivienda-chalet al redactar el contrato— procedió a su venta sin advertencia alguna a la compradora que, además, sin duda, confiaba en la condición del demandado de apoderado de una empresa inmobiliaria; por lo que, en primer lugar, la aplicación al caso del artículo citado —con la facultad de «rescisión» que establece para la parte compradora— resulta clara en cuando el empleo del adverbio «expresamente» disipa cualquier duda sobre la posibilidad de una información llevada a cabo en forma tácita —como sostiene el recurrente que ha de entenderse efectuada— y, en segundo lugar, carece de sentido la apelación del demandado al hecho de que la aplicación de dicha norma «daría lugar a una enorme inseguridad en el tráfico jurídico inmobiliario, no conformado mayoritariamente por personas doctas en derecho urbanístico ni familiarizadas con los términos que el legislador utiliza al crear las normas jurídicas que le son de aplicación», como afirma textualmente al desarrollar el motivo, pues tal condición sería predi-

cable de la compradora pero no del vendedor como profesional que era en la intermediación inmobiliaria.

Conexión causal entre los dos contratos celebrados y declarados ineficaces.—La Audiencia recurrida no prescinde del elemento gramatical o literal en la interpretación de ambos contratos suscritos en fecha 15 de julio de 1995 (la compraventa celebrada entre don Emilio y doña Sonia, por un lado, y la celebrada entre doña Sonia y dona Lucía con don Emilio, por otro), sino que parte de la evidente conexión entre ambos para considerar que la ineficacia del primero ha de llevar consigo igualmente la del segundo, pues no se trata —como sostiene la parte recurrente— de dos contratos autónomos que merezcan una consideración aislada, sino que el segundo no se habría celebrado sin el primero. Así lo deduce acertadamente la Audiencia teniendo en cuenta el carácter coetáneo de ambos negocios motivado por la circunstancia de que doña Sonia carecía de metálico suficiente para abonar el precio del primero. En consecuencia, se han aplicado correctamente por la Audiencia las normas de hermenéutica contractual tras la averiguación de la intención de los contratantes que, lógicamente, se desprende de los actos coetáneos de los mismos al celebrar simultáneamente ambos negocios que han de ser interpretados en su conjunto.

El contratante que oculta conscientemente la inhabilidad del objeto no puede alegar el carácter inexcusable del error.—Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala, al interpretar lo dispuesto en el artículo 1266 del CC sobre los requisitos del error para que sea invalidante del consentimiento prestado, requiere no sólo que éste sea esencial, sino además que sea inexcusable; requisito que ha de ser apreciado en atención a las circunstancias del caso. La sentencia de 12 noviembre 2004, con cita de las de 14 y 18 febrero 1994, 6 noviembre 1996, 30 septiembre 1999 y 24 enero 2003, afirma que «para que el error invalide el consentimiento, se ha de tratar de error excusable, es decir aquél que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar el consentimiento». Pero se ha de tener en cuenta que la exigencia del carácter inexcusable del error —que efectivamente se ha padecido— es una medida de protección para la otra parte contratante en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociales una alegación posterior de haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios, pero en absoluto puede beneficiar a quien precisamente, como sucede en el caso, ha provocado conscientemente la equivocación de la otra parte al consignar como comprendida en el objeto de la venta una vivienda-chalet ocultando que se trataba de una construcción ilegal, no legalizable y, que, en consecuencia, impedía su uso como al no poder contar con servicios elementales para una adecuada habitabilidad. En suma no puede alegarse el carácter excusable del error padecido por la parte contraria cuando es fruto de la mala fe comercial de quien oculta conscientemente la inhabilidad del objeto del contrato faltando además al cumplimiento de una exigencia legalmente impuesta, como era en el caso la de hacer partícipe al comprador de las circunstancias urbanísticas del terreno y vivienda adquiridos según la exigencia del artículo 45 del T.R. de la Ley sobre Régimen Jurídico del Suelo y Ordenación Urbana. La sentencia de esta Sala de 4 enero 1982 ya estableció en este sentido que para valorar la inexcusabilidad del error «habrá que atender a las circunstancias de toda índole e incluso a las personales (análogamente a como lo hace el artículo 1484 in fine, para los

defectos de la cosa vendida), valorando las respectivas conductas según el principio de la buena fe (art. 1258), pues si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar. (STS de 13 de febrero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Una de las demandantes compró al demandado una parcela rústica con una edificación que acrecía de licencia de obra y de primera ocupación; y ese mismo día, las dos demandantes vendieron al vendedor de la parcela un trozo de tierra plantado de viña. Al conocer después que el inmueble adquirido era una parcelación ilegal en suelo no urbanizable que impedía obtener el suministro de energía eléctrica, las demandantes solicitaron que se declarase la rescisión de la primera compraventa y la nulidad por error de la segunda compraventa, que sólo se vendió porque se había comprado la primera. El demandado formuló reconvencción solicitando que se declarase la eficacia y validez de los dos contratos. El juez de primera instancia desestimó la demanda y estimó la reconvencción, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por las demandantes y estimó la demanda desestimando la reconvencción. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*L. F. R. S.*)

31. Resolución de compraventa de inmuebles por falta de pago del precio. La reclamación de varias letras de cambio impagadas no supone la opción por el cumplimiento de la obligación.—Ya se declaró en Sentencia de esta Sala de 27 de diciembre de 2000 (recurso n.º 3638/1995), la ejecución de las letras de cambio no supone que el acreedor opte por el cumplimiento, exponiendo que como declaró la sentencia de esta Sala de 22 de febrero de 1999 (recurso n.º 2558/1994) siguiendo la doctrina de sentencias anteriores, «no procede el argumento de que en este caso la vendedora de referencia optó por exigir el cumplimiento al promover los dos juicios ejecutivos, ya que estos tuvieron por objeto parte de las cambiales que integraban el precio y no la totalidad del mismo, ya que quedaban pendientes letras no atendidas, con lo que no se trata de ejercicio simultáneo de la facultad de resolver y la de exigir el cumplimiento de la obligación conforme al artículo 1124 (SS. de 1-2-1985, 8-5-51995, que cita las de 9-10-1981, 29-11-1989 y 14-2-1992). El ejercicio de la acción ejecutiva no representa la voluntad optante que se quiere atribuir, y la continuada actitud incumplidora del que recurre no impide la resolución y el planteamiento posterior del juicio declarativo, puntualizando la sentencia de 2 de febrero de 1995 que la existencia de varios procesos en reclamación del precio adeudado, lo que acredita es la decisión obstativa del obligado comprador a que se cumpliera la voluntad negocial por sus incumplimientos de pago en los plazos convenidos». Tal doctrina es de aplicación al presente supuesto, teniendo en cuenta, además, que el requerimiento de resolución fue posterior al desistimiento y consiguiente sobreseimiento de los juicios ejecutivos. Por otra parte, no se está en este procedimiento ante un supuesto de incompatibilidad en el planteamiento de la pretensión procesal, pues no se pide simultáneamente el cumplimiento y la resolución contractual, sino únicamente ésta.

No es principal o esencial la obligación del vendedor de elevar la compraventa a escritura pública.—La Sentencia de esta Sala de 29 de julio de 1999 (recurso n.º 133/1995), declaró que la mera y simple negativa de un vendedor a otorgar la escritura pública de venta, cuando el contrato (perfeccionado y perfectamente válido) ya ha sido cumplido por él (mediante la entrega al comprador del bien inmueble vendido), no faculta al comprador (que se encuentra ya, repetimos, en la posesión en concepto de dueño del bien inmueble que le ha sido vendido) para pedir la resolución de dicho contrato, sino que simplemente le da derecho a usar de la facultad que le concede el artículo 1279 del CC, o sea, compeler en vía judicial al vendedor para que proceda al otorgamiento de la expresada escritura pública, por lo que es acertado el razonamiento dado por la Sala de apelación. En el presente caso, ha de tenerse en cuenta que la parte recurrente no solicitó la ejecución de la sentencia de 26 de septiembre de 1988, antes referida, de modo que si no se ha otorgado la escritura pública también es debido a su propia inactividad.

El impago de más de la mitad del precio frustra el contenido económico del contrato y no puede verse justificado por una ligera diferencia en el cálculo de los intereses moratorios.—En el presente supuesto, la parte recurrente ha dejado de pagar desde el año 1986 más de la mitad del precio de las rentas, según se recoge en la sentencia de apelación, y tal incumplimiento sustancial no puede verse justificado por una ligera diferencia sobre el cálculo de los intereses moratorios, de modo que debió el comprador, ahora recurrente, hacer cuanto estuviera en su mano para atender el cumplimiento de su básica obligación de pago del precio, siendo correctas las razones dadas sobre tal aspecto por la Sala «a quo» en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia impugnada, en relación al mantenimiento por el comprador de una actitud contraria al cumplimiento de sus obligaciones que frustra el contenido económico del contrato, teniendo presente la Audiencia Provincial la doctrina de esta Sala, que, en las más recientes Sentencias, ni siquiera exige para la apreciación de una situación de incumplimiento resolutorio una patente voluntad rebelde, y tampoco una voluntad de incumplir, sino sólo el hecho objetivo del incumplimiento, injustificado o producido por causa no imputable al que pide la resolución (Sentencias, entre otras, de 7 de mayo y 15 de julio de 2003). En suma, como se ha declarado en la reciente Sentencia de 20 de septiembre de 2006 (recurso n.º 3818/1999), «la jurisprudencia, ha abandonado hace tiempo las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, o, en otros casos, una voluntad obstativa al cumplimiento, para afirmar en la actualidad que basta atender al dato objetivo de la falta de cumplimiento, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato —Sentencias de 7 de mayo de 2003, 18 de octubre de 2004 y 3 de marzo de 2005, entre otras.—(STS de 5 de febrero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—La sociedad vendedora instó judicialmente la resolución de la compraventa de diversos inmuebles por falta de pago de la compradora, solicitando también la condena a dejar libres los inmuebles vendidos y la condena a la pérdida del 50 % de las cantidades que por cuenta del precio tenía ya abonadas la compradora. La demandada alegó que no procedía la acción resolutoria pues la vendedora había optado por la acción de cumplimiento al reclamar algunas letras de cambio impagadas y, además, también había

incumplido sus obligaciones; concretamente, la de elevar la compraventa a escritura pública y cargar unos intereses de demora indebidos, situados dos puntos por encima del pactado. El juez de primera instancia desestimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandante, declarando resueltas las compraventas, condenando a la demandada a dejar libres los inmuebles y a la pérdida del 50% de las cantidades que tenía entregadas, debiendo devolver el vendedor la otra mitad a la demandada. Presentado el recurso de casación por la compradora, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (*L F. R. S.*)

32. Compraventa de bienes inmuebles. No hay responsabilidad del vendedor cuando la aluminosis de la cosa vendida se debe a una fuerza mayor externa.—El artículo 1101 regula la acción de indemnización procedente del incumplimiento imputable de una obligación y no persigue el logro de la efectividad de la prestación, ni la finalización del vínculo obligacional, sino reequilibrar la economía del acreedor tras el daño patrimonial sufrido por causa del incumplimiento y, además, exige que la inobservancia sea imputable al deudor; y en este sentido, esta Sala ha declarado que los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1101 son la preexistencia de una obligación, su incumplimiento debido a culpa o negligencia o falta de diligencia del demandado y no a caso fortuito o causa mayor, la realidad de los perjuicios y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos (STS de 3 de julio de 2001).

El cumplimiento defectuoso o inexacto de la prestación es la tercera de las modalidades de infracción obligacional, y para el mismo, en casos como el debatido, aparte de que deben tenerse en cuenta los preceptos que, con carácter particular, regulan situaciones de prestaciones defectuosas en materia de compraventa (artículos 1484 y siguientes del CC), es necesaria la presencia de la imputabilidad del deudor.

Esta Sala considera que «La Caixa» ha cumplido debidamente su prestación de entrega de la cosa vendida y, asimismo, que la causa de las patologías por aluminosis, que afectan al edificio de la dirección número 1 de Barcelona, construido en una época en que la utilización del cemento aluminoso no estaba prohibida legalmente, fue debida a fuerza mayor externa. (**SSTS de 14 de febrero de 2007**; recursos de casación 1169/2000 y 1310/2000; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

Esta Sala considera que «La Caixa» ha cumplido debidamente su prestación de entrega de la cosa vendida y, asimismo, que la causa de las patologías por aluminosis, que afectan al edificio de la dirección número 1 de Barcelona, construido en una época en que la utilización del cemento aluminoso no estaba prohibida legalmente, fue debida a fuerza mayor externa. (**SSTS de 14 de febrero de 2007**; recursos de casación 1169/2000 y 1310/2000; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—En dos sentencias diferentes de la misma fecha y del mismo magistrado ponente, el Tribunal Supremo resolvió dos recursos de casación planteados por diversos propietarios de fincas de un mismo edificio, que en ambos supuestos demandaron a la Caja de Ahorros vendedora en reclamación de una indemnización consistente en lo que deban abonar a la comunidad de propietarios con la finalidad de sufragar los costes de rehabilitación del edificio, afectado de aluminosis. En ambos procedimientos, el juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la demandada a indemnizar a los demandantes en la cantidad que se determinase en ejecución de sentencia. En el primer procedimiento, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apela-

ción interpuesto por la demandada, condenándola a indemnizar a los demandantes en la suma equivalente al 70 % de lo que deban abonar a la comunidad de propietarios, mientras que en el segundo procedimiento, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandada. En ambos casos, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación y desestimó íntegramente la demanda, al considerar que la aluminosis de debía a una fuerza mayor externa. (*L. F. R. S. y M. C. B.*)

33. Contrato complejo de compraventa y arrendamiento de obra y servicios: incumplimiento contractual y no saneamiento por los defectos o gravámenes en la cosa vendida.—El artículo 1.490 del CC no resulta de aplicación, ya que la reconvencción se proyecta a un defectuoso cumplimiento contractual imputable a la entidad demandante, al haber vendido e instalado las máquinas con defectos que las hacen impropias para el fin a que estaban destinadas, por lo que se autoriza la aplicación del artículo 1101 del CC, en relación al 1103 y 1104 del mismo Cuerpo legal, además estamos ante un vicio de calidad constitutivo de prestación defectuosa (Sentencias de 20-11-1991, 2 de abril de 1993 y 30 de junio 1997, determinante de incumplimiento contractual y consiguiente insatisfacción de la compradora (STS de 17 de febrero de 1994). (**STS de 7 de diciembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—La entidad mercantil actora vendió a la sociedad demandada cinco máquinas granalladoras, cuyo precio fue satisfecho, y, al tiempo, se obligó a su instalación y montaje para el adecuado funcionamiento de las mismas, así como, a suministrar los recambios y repuestos precisos, concretándose su reclamación al precio de estos últimos en cuanto resultaron impagados. Quedó probado que la demandada sufrió daños y perjuicios con causa en la deficiente instalación y funcionamiento de las máquinas, que motivaron la necesidad de reponer continuamente piezas. Estos daños fueron los reclamados por vía reconvenccional.

El juzgado estimó sustancialmente la demanda y en parte la reconvencción, al condenar a la actora al pago de 15.415.824 pesetas. La audiencia confirmó la sentencia de primera instancia. El TS no da lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad demandante. (*I. D.—L.*)

34. «La escritura pública de compraventa no vale para cumplir el requisito del artículo 633 CC».—«[...] la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación del inmueble que se dice encubría. Aunque se probase que hubo animus donandi del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos. El artículo 633 CC cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública, no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de

compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del artículo 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos» (FJ 1.º STS de 26 de febrero de 2007). (STS de 26 de febrero de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—La parte actora, actuando como heredero de su fallecido hermano, interpone demanda, solicitando la nulidad de la escritura de compraventa de los dos inmuebles que reseñaba al considerar que su hermano otorgó la nuda propiedad al demandado, siendo ficticio el precio de la compraventa pactado. El demandado formula reconvencción, solicitando se declare la existencia de una donación disimulada bajo el contrato de compraventa, en la que concurren todos los requisitos para su eficacia y validez en cuanto donación disimulada. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron los pedimentos de la parte actora. Contra la Sentencia de la Audiencia se interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—La Sentencia que anotamos aborda la problemática relativa a la validez o no de la escritura pública de compraventa cuando estamos ante una donación disimulada. El Tribunal Supremo ha seguido al respecto dos líneas contrapuestas: una primera tendencia contraria a la validez de la donación encubierta, al considerar que la escritura pública de compraventa no vale para cumplir el requisito del artículo 633 CC, pues no es escritura pública de donación, en la que deben expresarse tanto la voluntad de donar como la aceptación del donatario; una segunda, a partir del 1980, favorable a la validez de la donación de inmuebles disimulada, ya que, si bajo el negocio simulado existe el disimulado, la forma de aquél será la propia de este último, y si es exigida por la ley para el tipo de negocio al que pertenece, cumple con el requisito formal correspondiente. A su vez, añade que cuando el Notario autoriza la escritura pública estaba en verdad autorizando un contrato de donación.

En la Sentencia que anotamos el Tribunal Supremo se refiere a la necesidad de resolver estos supuestos atendiendo a las circunstancias del caso; y, con base en este criterio, declara nulo el negocio disimulado porque considera que la escritura de compraventa no sirve para considerar válida la donación de inmuebles. Sin embargo, es tal la discrepancia sobre esta cuestión, que la Sentencia es objeto de un voto particular en la línea de considerar que en caso de simulación relativa, la compraventa en escritura pública simula una donación, la cual es válida porque concurren sus elementos: consentimiento, objeto causa y forma.

Esta misma problemática se aborda en una Sentencia muy próxima en el tiempo, concretamente, de fecha 11 de enero de 2007 [RJ 2007/1502], la cual resuelve en el mismo sentido que la Sentencia anotada, aunque existe también un voto particular, al que se adhieren varios Magistrados, y que resuelve a favor de la interpre-

tación flexible del artículo 633 CC, en el sentido de que la verdadera voluntad y finalidad perseguida por las partes era la de otorgarse una donación. En este mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia mucho más reciente, de fecha 5 de mayo de 2008 [RJ 2008/4130], al considerar también que la escritura de compraventa no observa las formalidades requeridas de «animus donandi» del donante y aceptación por el donatario. Ello nos muestra que, aunque parecía superada la doctrina que seguía una interpretación más rígida del artículo 633 CC, sin embargo, la doctrina jurisprudencial más reciente parece inclinarse nuevamente por negar validez a la donación disimulada al no cumplir los requisitos que exige el citado precepto. (*L. Z. G.*)

35. Leasing.—La sentencia de 18 de mayo de 2005, recuerda que numerosas resoluciones de esta Sala han mantenido la diferenciación entre la compraventa de bienes muebles a plazos y el arrendamiento financiero con opción de compra; así la de 19 de julio de 1999, dice que «carente este contrato (se refiere al arrendamiento financiero) de una regulación jurídico privada, la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 10 de abril de 1981 y 18 de noviembre de 1983) ha puesto de relieve que se trata de un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio ya se entienda que el leasing constituye un negocio mismo en el que se funde la cesión del uso y la opción de compra con causa única, ora se trate de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reducidos a una unidad esencial, el parecer, mas autorizado, y desde luego mayoritario, lo conceptúa como un contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el leasing opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del artículo 2.º, párrafo 2.º de la Ley de 17 de julio de 1965, habrá de ser excluida como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero o leasing como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica perseguida por una y otra operación es distinta, y contrato, igualmente distinto, del préstamo de financiación a comprador regulado en el párrafo 2.º del artículo 3.º de la expresada Ley de 17 de julio de 1965, por tratarse en este caso de un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario, estar limitado, igualmente, el número máximo de plazos para satisfacerlo a lo que determine el Gobierno».

Dice asimismo esta sentencia que «lo que no puede mantenerse con carácter general es que el bajo valor residual denota que se trata de una compraventa»; en el mismo criterio abunda la sentencia de 30 de diciembre de 2003 según la cual «no es por tanto de recibo a efectos de desautorizar la naturaleza de la relación contractual que se discute, el hecho de que el valor residual que actuaba a efectos del ejercicio de la opción coincida exactamente con el importe de las cuotas mensuales fijadas para el arrendamiento, ya que la cuantía más o menos elevada, reducida y también coincidente para la opción de compra, no es por sí suficiente para el pretendido cambio de calificación contractual y por ello no se está ante un negocio simulado, como

es la conclusión del Tribunal de instancia». (STS de 22 de febrero de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.— Con el fin de alzar el embargo trabado sobre un vehículo, la empresa *B.B.V.Leasing, S. A.*, interpuso tercería de dominio contra por la Tesorería General de la Seguridad Social. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de A Coruña dictó sentencia el día 14 de febrero de 1996, en que estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de A Coruña dictó sentencia estimatoria con fecha 21 de enero de 1997, al considerar que con anterioridad la empresa *B.B.V.Leasing, S. A.*, no había arrendado con opción de compra el mencionado vehículo a don R.L.A. y doña J.R.V. sino que lo había vendido a plazos, «puesto que el precio establecido como opción no cumplía la función de un precio autónomo». El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de la empresa *B.B.V.Leasing, S. A.*, (*J. M. B. S.*)

36. Presunción *iuris tantum* de culpabilidad del arrendatario por los deterioros producidos en la finca arrendada.—«El artículo 1563 establece la responsabilidad del arrendatario para el caso de incumplimiento de esa obligación a causa de la pérdida de la cosa o por devolverla en peor estado del que la recibió. Entiende el legislador que, al estar la cosa en poder del arrendatario, su pérdida o deterioro es imputable, en principio, al mismo, si bien puede eximirse de responsabilidad probando que la pérdida o deterioro no es debido a culpa suya. Para apreciar si hay pérdida o deterioro de la cosa, hay que partir del estado en que se hallaba al momento de la entrega al arrendatario, teniendo en cuenta lo dispuesto al efecto en el artículo 1562 a cuyo comentario nos remitimos. El principio de responsabilidad del arrendatario es aplicación de los principios generales, en materia de contratación, concretamente, del artículo 1.183 al disponer que siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1096. Y con referencia concreta al incendio, la jurisprudencia establece que cuando el hecho determinante del daño se produce en un inmueble arrendado, el artículo 1563 del CC, en cuanto responsabiliza al arrendatario del deterioro o pérdida que tuviere la cosa arrendada, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya, viene a establecer una presunción *iuris tantum* de culpabilidad contra el arrendatario, que impone a éste la obligación de probar que actuó con toda la diligencia exigible para evitar la producción del evento dañoso (sentencias de esta Sala de 10 de marzo de 1971, y 7 de junio de 1988), cuya prueba no se ha producido en el caso aquí contemplado, a lo que ha de agregarse que no todo incendio es debido a caso fortuito y no basta a estimar tal carácter el siniestro producido por causas desconocidas (sentencias 26 de marzo de 1928, 30 de junio de 1952, 10 de marzo de 1971 y 9 de noviembre de 1993)». (STS de 24 de enero de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.— J.C.H. y L.P.G. celebraron un contrato de arrendamiento de vivienda con N.M.D. El día 11 de junio de 1992 se produjo un incendio que destruyó íntegramente la vivienda arrendada con todos sus muebles y enseres. Los arrendadores interpusie-

ron demanda contra la arrendataria solicitando que se la declarara responsable del incendio y que se la condenara a indemnizarles por los daños y perjuicios ocasionados. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación declarando a la arrendataria responsable del incendio. La demandada interpuso recurso de casación alegando infracción de los artículos 1554 y 1563 del CC. El Tribunal Supremo desestimó el recurso. (R. T. B.)

37. Contrato de arrendamiento de local de negocio. Resolución por imposibilidad de destinar el local al fin previsto en el contrato.—La imposibilidad de utilizar el local arrendado para la actividad de negocio a la que se iba a dedicar, con arreglo a las cláusulas del contrato, es una causa suficiente que legitima para el ejercicio de la facultad resolutoria. Según las SSTs de 18 de junio de 2001 y 8 de noviembre de 2004, la entrega del local arrendado sin las condiciones necesarias para cumplir el destino pactado comporta un incumplimiento por el arrendador de la obligación de entrega prevista en el artículo 1554 CC, que faculta al arrendatario para el ejercicio de la resolución contemplada en el artículo 1556 CC.

Incumplimiento resolutorio. Fijación de los hechos e interpretación del contrato a efectos de determinar la existencia de incumplimiento.—La interpretación de las cláusulas de un contrato es una función propia del tribunal de instancia sólo revisable en casación cuando es contraria a la ley o resulta ilógica. En el caso en cuestión, la interpretación del contenido del contrato efectuada por el juzgador de instancia lleva a la conclusión de que el destino del negocio es la preparación de alimentos, y que dicha finalidad exige la incorporación de una chimenea extractora de humos, por lo que la negación al arrendatario de la autorización necesaria para su instalación impide cumplir el fin previsto con el contrato y legitima a este último para pedir la resolución del contrato.

Efectos de la resolución del contrato de arrendamiento. Devolución de las rentas satisfechas.—El Tribunal Supremo reconoce que no puede mantenerse con carácter absoluto la regla sobre los efectos recuperatorios *ex tunc* de la resolución del contrato. De hecho, cita la STS de 15 de julio de 2002, que declara que el incumplimiento frustra el fin del contrato, lo cual justifica la retroacción de la resolución pero, según puntualiza esta sentencia, si el contrato es de tracto sucesivo, la resolución no priva de valor las prestaciones ya realizadas antes del incumplimiento si satisfacen el interés de la contraparte, por lo que la resolución opera sólo para el futuro. En el caso en cuestión, el Tribunal Supremo pone de relieve que el arrendador-recurrente se limitó a cuestionar la procedencia de la resolución, pero no argumentó sobre la eventual procedencia de retener las rentas satisfechas como consecuencia del carácter de tracto sucesivo que tiene el contrato, por lo que, no se puede entrar a valorar esta cuestión en casación. Aún así, recuerda que la resolución se basa en la falta total de aprovechamiento del local por parte de la arrendataria, con lo que la resolución no sólo debería operar hacia el futuro. (STS de 22 de diciembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—C.G., S. A., firma con V.C.T., S. L., un contrato de traspaso del local que este último tiene alquilado de don R. (propie-

tario del local). *C.G., S. A.*, celebra un nuevo contrato de arrendamiento con don R. En la cláusula sexta del contrato de arrendamiento se establece que el objeto del arrendamiento del local es el «almacenamiento, conservación, distribución y venta de alimentos y bebidas, y la elaboración, preparación y cocinado de las susodichas bebidas y alimentos». En otra cláusula contractual se declara que *V.C.T., S. L.*, y R. afirman «que no existe circunstancia ni disposición alguna relativa a la división horizontal ni a la comunidad de vecinos que impida la apertura del local» con la actividad señalada; además, se establece que *V.C.T., S. L.*, y R. responden solidariamente frente a *C.G., S. A.*, de los daños que se le ocasionen como consecuencia de la inexactitud de la afirmación anterior.

En el contrato el arrendador declara que autoriza a *C.G., S. A.*, a realizar todas las obras necesarias para adecuar el local al uso al que se le destina. Cuando la sociedad arrendataria pide autorización a la comunidad de propietarios para instalar una chimenea para la extracción de humos y cumplir con ello con las exigencias de las normas municipales para este tipo de locales, ésta se la deniega, por lo que *C.G., S. A.*, no puede abrir el negocio al público.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda presentada por *C.G., S. A.*, en la que solicita la resolución de los contratos de traspaso y alquiler, y estima parcialmente la reconvencción presentada por don R. respecto al pago de los alquileres pendientes. La Audiencia Provincial revoca la sentencia dictada por el Juzgado y dicta sentencia en la que estima la demanda y rechaza la reconvencción, pues considera que procede la resolución de ambos contratos ya que el local no puede ser utilizado para los fines previstos. Además condena solidariamente a *V.C.T., S. L.*: y a don R. a devolver las rentas percibidas y a indemnizar el valor de las obras realizadas en el local. R. interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia.

NOTA.—Esta sentencia se enmarca dentro de una tendencia, relativamente reciente, a utilizar como argumento en las decisiones judiciales la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (CISG) y los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL). Esta forma de motivar nuestras sentencias tiene un valor especial, puesto que pone en contacto la evolución que se ha producido en la forma de concebir el incumplimiento resolutorio en nuestro derecho con los criterios sobre incumplimiento resolutorio establecidos en los artículos 25 y 49 CISG y el artículo 8:103 PECL. (Más detalles sobre estas decisiones jurisprudenciales en los trabajos de Vendrel Cervantes, C., «The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Court», *ZEUP*, 3/2008, pp.534 a 548 y Perales Viscasillas, M.P., «Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho Contractual Europeo», en Díaz Romero, Domínguez Lozano, García Grewe, Jerez Delgado, Pérez Álvarez, Rodríguez Guitián, Rodríguez Martínez, Varela Gil, (coords.), *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 453 a 500*). (L. P. S. M. P.)

38. Arrendamientos urbanos. Resolución del contrato por falta de pago de cantidades asimiladas a la renta. Pago por el arrendatario de las cantidades correspondientes al IBI. Interpretación teleológica de la norma.—Cuando la causa 1.^a del artículo 114 L.A.U. de 1964 se refiere a cantidades asimiladas a la renta, está aludiendo a aquéllas cuyo pago ha de asumir el arrendatario por mandato legal, empleando una fórmula abierta que ha de ser completada con las que en cada momento establezca la legislación aplicable. Si bajo la vigencia del T.R. de 1964 eran las correspondientes a diferencia en el coste de servicios y suministros y las derivadas de la repercusión del importe de las obras realizadas por el arrendador, ahora la consideración del texto de la nueva Ley lleva a estimar que esta nueva obligación del arrendatario de satisfacer el importe del IBI ha de merecer igual consideración, de forma que su impago faculta al arrendador para instar la resolución del contrato. El carácter periódico de la obligación de abono del IBI comporta su necesaria asimilación a estos efectos a la obligación, también periódica, de pago de la renta. La interpretación de las normas conforme a su espíritu y finalidad (art. 3 CC.) lleva también a considerar que la causa resolutoria del artículo 114 L.A.U. de 1964 ha de comprender actualmente el impago por parte del arrendatario el impuesto de bienes inmuebles, en tanto dicha norma tiende a proteger al arrendador frente a los incumplimientos del arrendatario respecto de obligaciones de inexcusable cumplimiento. Y carecería de sentido que, impuesta dicha obligación de pago del IBI para los contratos regidos tanto por la L.A.U. de 1994 como por la de 1964, su impago operase como causa de resolución para los primeros y no para los segundos, estos últimos amparados por un derecho de prórroga indefinido, en los que la máxima protección concedida al arrendatario ha de verse correspondida por un escrupuloso cumplimiento de sus obligaciones. (STS de 12 de enero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El actor instó juicio de desahucio por falta de pago de la renta y de las cantidades asimiladas, contra la inquilina de un piso cuyo arrendamiento estaba sometido a la L.A.U. de 1964. Entre otras cantidades, reclamaba el pago de los importes del IBI por diversos años. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y, sin dar lugar al desahucio, condenó a la locataria al abono de ciertas cantidades, entre las que se encontraba la del referido impuesto, pero sin entender que la falta de abono de dichos importes pudiera conllevar la resolución del contrato. La Audiencia Provincial de Santander estimó el recurso de apelación del actor y desestimó el de la demandada. En consecuencia, declaró resuelto el contrato y dio lugar al desahucio solicitado por el propietario por falta de pago de cantidades asimiladas a la renta, como era la del tributo mencionado. La demandada formuló recurso de casación al estimar que concurría interés casacional por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la consideración del impuesto sobre bienes inmuebles como cantidad asimilada a la renta a efectos de determinar su impago el éxito e la acción de desahucio. El Tribunal Supremo, sentando doctrina unificadora sobre la materia, no dio lugar al recurso de casación y confirmó la sentencia recurrida. (L. A. G. D.)

39. Facultad del juez de moderar la indemnización establecida en el artículo 56 LAU.—«La jurisprudencia para evitar la notoria desproporción que se podría derivar de la aplicación rigurosa del precepto, y consiguiente enriquecimiento injusto, se inclinó por considerar correcta una prudente moderación (Ss., entre otras, 2 julio 1984, 15 junio 1993, 25 enero y 28 febrero 1996, 17 octubre 1998, 25 marzo 1999, 23 mayo 2001, 15 julio y 11 noviembre 2002 y 15 diciembre 2004 -éstas dos últimas como «obiter dictum»-). Para la aplicación de este criterio es preciso tener en cuenta las circunstancias de cada caso en la doble perspectiva del arrendador, cuyas legítimas expectativas contractuales no cabe frustrar, y del arrendatario, al que no cabe gravar con una consecuencia económica exagerada o desproporcionada cuando su comportamiento no es arbitrario y por eventos de la vida le resulta imposible o muy dificultoso continuar en la relación contractual. Y en tal línea de pensamiento procede valorar, entre otras varias posibles situaciones, la de que por el arrendador se haya podido explotar el local o concertar un nuevo arrendamiento en condiciones económicas satisfactorias, lo que convertiría la pretensión indemnizatoria cuantificada en todas las rentas frustradas del primer contrato, -es decir, las correspondientes al período entre el desalojo voluntario y la terminación del contrato-, en notoriamente desproporcionada, y por consiguiente abusiva (arts. 9.º, párrafo segundo, y 7.2 CC) y no conforme a las exigencias de la buena fe con que han de ejercitarse los derechos (arts. 9.º, párrafo primero, LAU 1964, 7.1 CC, 11 LOPJ y actualmente también 247 LECiv)». (STS de 3 de febrero de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—A.L.U. arrendó en fecha 17 de agosto de 1987 un local de negocio a M.M.S., fijando como fecha de finalización del contrato el 16 de agosto de 2012. En el mes de abril de 2004 el arrendatario resolvió unilateralmente el contrato y desalojó el local. El día 11 de julio de 1994 el hijo del arrendador empezó a explotar el local, y a partir de 19 de diciembre de 1994 el mismo fue alquilado a otra persona por un período de veinticinco años por una renta superior a la del contrato celebrado con M.M.S. Posteriormente, el arrendador interpuso demanda contra M.M.S. solicitando que se declarara la rescisión unilateral del contrato de arrendamiento y que se condenara al demandado a abonar en concepto de indemnización la cantidad correspondiente a las rentas del período de tiempo comprendido entre el mes de abril de 1994 y el 16 de agosto de 2012. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando al demandado a abonar al actor la suma de 202.000 pesetas, correspondiente al período en que el local no fue explotado por nadie. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (R. T. B.)

40. Exclusión de un contrato del ámbito de aplicación la Ley de arrendamientos rústicos.—«El texto que integra la circunstancia tercera del artículo 7.1. de la Ley de Arrendamientos Rústicos no puede ser más explícito y terminante, puesto que se está refiriendo a fincas que tengan un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o zona a las de igual calidad o cultivo, cuyo superior valor es debido

a cualquier circunstancia ajena al destino agrario (STS de 22 de enero de 1998 y de 7 de octubre de 1999). El contraste entre el valor referido al destino agrario de la finca y el resultante de tener en cuenta los factores que el artículo 7.1 3.º contiene, no ha sido efectuado con fincas de la calidad o cultivos en la zona, sino con la propia finca de autos mediante dictámenes periciales efectuados desde esos diversos enfoques. Pero con ello se cumple, incluso con mayor rigor, con el espíritu del precepto, cuya finalidad no es otra que la de poder apreciar la incidencia económica, cuando es de entidad notable, causada en el valor de la finca por circunstancias sobrevenidas y externas a su propio destino natural; pues así, y sin mengua de la fiabilidad del resultado, se obvia la dificultad de establecer comparaciones con fincas cuya similitud, exigida por la Ley, puede ser en la práctica muy difícil de hallar; no es óbice a tal planteamiento la doctrina que emana de la Sentencia de 7 de abril de 1993, pues lo que la misma establece es que debe constar la magnitud del precio en relación con las no afectadas por las «circunstancias ajenas al destino», pero no el modo o la forma de llegar a tal conclusión. Y esta es la doctrina que establece la Sentencia de 18 de enero de 1999». (STS de 27 de enero de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS. — C.R.E., titular de un arrendamiento rústico histórico, interpuso demanda contra los propietarios de la finca arrendada. La actora solicitó que se declarara su derecho a adquirir forzosamente la propiedad de la finca y que se condenara a los demandados a vendérsela previo pago del precio. Los demandados se opusieron a la demanda alegando la no aplicación de las normas de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos por tener la finca un valor superior al doble del precio que normalmente corresponde a una finca de la zona por una circunstancia ajena al destino agrario. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. La actora interpuso recurso de casación alegando la no aplicación del artículo 7.1 3.ª de la Ley de Arrendamientos Rústicos, por no haberse determinado el valor de la finca de acuerdo con este precepto. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación considerando que el valor de la finca había sido correctamente determinado por el informe pericial. (R. T. B.)

41. Ejercicio del derecho de retracto en arrendamientos rústicos. Necesidad de que se tenga conocimiento exacto y completo de la transmisión, y no necesariamente a través de notificación expresa y directa, para que comience el cómputo del plazo de ejercicio.—«*En efecto; la jurisprudencia de esta Sala, en cuanto a las condiciones o requisitos de la notificación de la venta al arrendatario a efectos de ejercicio del derecho de retracto en arrendamientos rústicos, en los casos en que como el debatido no hubo una notificación expresa y directa, ha precisado que el plazo para el ejercicio del retracto es de 60 días hábiles a partir de la fecha en que, por cualquier medio, el arrendatario haya tenido conocimiento de la transmisión (art. 88), sin que ello se vea afectado por lo dispuesto en el artículo 91-2 respecto a que, en caso de no haberse cumplido «en forma» el requisito de la notificación previa, el retracto podrá ser ejercitado «durante el plazo de 60*

días hábiles a partir de la notificación» de la escritura de enajenación; así es, en efecto, por cuanto el conocimiento exacto y completo por el arrendatario de la transmisión excluye la necesidad de una notificación posterior (STS 21 de marzo de 1996), y este conocimiento al que se supedita el ejercicio de la acción de retracto abarca no sólo al del hecho de la venta, sino también la noticia exacta de todos los extremos de la transmisión, como precio, condiciones esenciales de la venta, modalidades de pago, etc. pues solamente en tal caso el titular del retracto puede disponer de elementos de juicio suficientes para decidir sobre la conveniencia o no de ejercitar la acción (STS de 14 de noviembre de 2002) [...]»; (STS de 13 de diciembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La parte demandante interpone demanda contra determinada mercantil, en la que suplica al Juzgado se declare haber lugar al retracto de una finca, condenándose al demandado a otorgar escritura pública de venta de la citada finca a su favor. La sociedad demandada se opone alegando que la acción ya había caducado. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta, ya que a pesar de que la actora no había tenido conocimiento de la adjudicación de la finca litigiosa por vía de notificación expresa y directa, sin embargo, viene a reconocer en prueba de confesión que había tenido conocimiento de la misma por otra vía, puesto que otorgó poder para pleitos en nombre de su padre para poder personarse en el juicio ejecutivo. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto.

NOTA.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que la falta de notificación expresa y directa de la venta al arrendatario a efectos de que éste ejercite el derecho de retracto en arrendamientos rústicos no impide que comience el cómputo del plazo de 60 días para su ejercicio, siempre y cuando el arrendatario tuviera conocimiento por cualquier otra vía de la transmisión producida, y de todos y cada uno de sus extremos (SSTS de 8 de junio de 1995 [RJ 1995/4909], 14 de noviembre de 2002 [RJ 2002/9919], entre otras). (L. Z. G.)

42. Contrato de obra.—El contrato celebrado por las partes fue el denominado en el CC (arts. 1542, 1544 y rúbrica del Cap. III, del Tít. VI, del Libro IV) arrendamiento de obra, aunque en la doctrina se prefiere denominarle contrato de obra o de ejecución de obra, el cual se distingue del de arrendamiento de servicios, según criterio que viene prevaleciendo en la doctrina jurisprudencial (SS. entre otras de 4 febrero 1950; 23 noviembre 1964; 10 junio 1975; 3 noviembre 1983; 14 junio 1989; 4 septiembre 1993; 12 julio 1994; 7 febrero y 17 octubre 1995; 30 enero, 17 marzo y 10 mayo 1997; 13 abril 1999; 8 octubre 2001; 24 octubre 2002 y 6 mayo 2004), por el objeto inmediato de la obligación del contratista -arrendador; empresario-, de modo que la esencialidad de la prestación no radica en el trabajo o actividad a desplegar, sino en su resultado. Y de la realización y perfección de este resultado -«opus consumatum et perfectum»: S. 7 febrero 1995- depende que el contratista haya o no cumplido, o lo haya hecho defectuosamente, pues la parte llamada contratista está obligada, como resalta la Sentencia de 30 de enero

de 1997, a realizar y entregar la obra y que ésta sea la prevista, correcta y adecuada, siendo ello determinante del derecho al pago o retribución.

Valoración del cumplimiento.—Con arreglo a la anterior doctrina jurisprudencial se requiere, por consiguiente, un resultado perfecto, pero sucede que la apreciación de este efecto jurídico es con frecuencia dificultosa por la parquedad normativa del CC, y porque el concepto de obra -como resultado- presenta diversas modalidades -elaboración de un dictamen técnico, confección de una prenda o de útiles varios, obra de arte, construcción, edificación, rehabilitación, reparación, etc.—que no son susceptibles de un tratamiento unitario, o al menos requieran importantes matices. La determinación de la perfección del cumplimiento debe ser valorada en relación con lo convenido, - deducible de las estipulaciones contractuales, presupuesto, proyecto, hoja de encargo, garantía suscrita, oferta del contratista, u otro elemento evidenciador-, pero cuando falta una previsión específica debe prestarse singular atención a las circunstancias del caso. La bondad del resultado no cabe supeditarla sin más a la satisfacción del interés del acreedor del mismo, pues puede ser insatisfactorio para el comitente y, en cambio, ser ajustado a la consecuencia o efecto normal del trabajo efectuado y contratado. Lo relevante no es que el resultado coincida con la finalidad perseguida por el comitente, sino el correspondiente a la ejecución de obra que se contrató, pues aquel interés puede ir más allá de lo que es connatural o consecuencia de lo encargado o convenido. En el presente caso, la comitente conocía perfectamente las condiciones del tejado, las deficiencias que tenía, y lo que era necesario para que la reparación fuera efectiva. (**STS de 9 de enero de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.— La empresa *Gaube, S. A.*, encargó una obra de imprimación asfáltica de la superficie de una nave a las empresas *Dinex Producciones, S. A.*, y *Harrobi, S. A.*, por medio de la instalación de un material denominado «Bitu-Prene». Aunque las contratistas ejecutaron la obra correctamente, se produjeron unas filtraciones de agua debido al estado deficiente del tejado o cubierta de la nave, por lo que no se alcanzó la utilidad pretendida por la comitente. *Gaube, S. A.*, interpuso demanda en que solicitó que las empresas *Dinex Producciones, S. A.*, y *Harrobi, S. A.*, fueran condenadas a indemnizar el daño causado por el carácter defectuoso de la obra realizada. El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Bilbao desestimó la demanda, mediante sentencia de 4 de diciembre de 1996. Desestimado el recurso de apelación de la comitente por la sentencia de 9 de marzo de 1999 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Vizcaya, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

43. Responsabilidad por vicios de la construcción ex artículo 1591 CC: la legitimación pasiva del promotor para soportar la acción decenal.—En numerosas ocasiones el Tribunal Supremo ha incluido al promotor entre las personas responsables por los vicios de la construcción contemplados en el artículo 1591 CC (entre otras, las SSTS de 11, 17 y 28 de octubre de 1974, 1 de marzo de 1984, 12 de febrero de 2000, 13 de mayo y 14 de noviembre de 2002, 31 de enero de 2003, 6 de mayo de 2004, 7 de noviembre de 2005 y 16 de marzo de 2006). Por ello, es correcto afirmar que

el promotor está legitimado pasivamente para soportar la acción decenal del mencionado artículo por los vicios ruinógenos. El promotor está obligado a entregar lo construido en condiciones que sirvan para atender a su finalidad y es responsable de organizar y controlar el proceso constructivo y el comercial, pues en él revierten los beneficios de dicha actividad. A la hora de determinar la responsabilidad por los vicios de la construcción no hay que olvidar que el promotor realiza la obra en su beneficio, su actividad está destinada a la venta a terceros que suelen confiar en su prestigio comercial y que él es el encargado de seleccionar a los contratistas y técnicos.

Por todo ello, el hecho de que se depuren las concretas responsabilidades de los técnicos que intervienen directamente en la construcción por los defectos derivados de su actuación no impide que también pueda exigírsele al promotor la responsabilidad por la parte que le corresponda en el proceso constructivo. (**STS de 22 de diciembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Una Comunidad de Propietarios interpone demanda contra G. I. U. S. L. y sus administradores para solicitar que se condene a los demandados a efectuar las obras necesarias para la reparación de las viviendas afectadas por vicios de la construcción. Previamente los demandantes habían conseguido que las aseguradoras del arquitecto y del arquitecto técnico les indemnizaran.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda y absuelve a los administradores, cuestión que no fue objeto de recurso y que, por lo tanto, devino firme. Posteriormente, la Audiencia Provincial revoca la sentencia apelada y considera que la promotora debía responder como vendedora. La mercantil demandada interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo.

NOTA.—En relación con las exigencias de calidad, seguridad y habitabilidad de los edificios han de tenerse en cuenta especialmente los artículos 5 a 15 del RD 314/2006, de 17 de marzo que contempla el Código Técnico de la Edificación (CTE), así como su modificación por el RD 1371/2007, de 19 de octubre. (*S. E. M.*)

44. Responsabilidad del arquitecto.—La función de superior dirección que corresponde al arquitecto implica, según doctrina jurisprudencial constante, la obligación de vigilar que la obra se desarrolla con arreglo al proyecto, y esta función de vigilancia incluye la de fiscalizar la adecuada ejecución de la obra, también en cuanto a los materiales empleados y a su adecuada colocación; responsabilidad de la que sólo puede eximirse haciendo constar en el libro de órdenes aquellos defectos que suponen una separación respecto del proyecto elaborado, y justificando haber ordenado y fiscalizado su corrección. En los supuestos de abandono o defectuosa realización de la función de vigilancia de la obra, únicamente cabe exonerar al arquitecto de las meras imperfecciones de la obra, por referirse a defectos poco importantes de ejecución o a defectos de materiales que no afectan a los elementos estructurales, pero no de los defectos que tienen trascendencia suficiente para ser considerados como susceptibles de ser corregidos mediante la función de dirección, por implicar una defectuosa ejecución del proyecto o tener la magnitud suficiente para afectar al conjunto de la obra. El arquitecto está obli-

gado a dejar constancia, en el libro de órdenes, de aquellas que haya impartido, tanto al constructor como a los demás técnicos intervinientes, que están sujetos a su estricto cumplimiento, de manera que no basta con reflejar las irregularidades que aprecie, sino que ha de comprobar su rectificación o subsanación antes de emitir la certificación final aprobatoria de la obra, único medio de garantizar que los dueños o posteriores adquirentes no resulten sorprendidos o defraudados en sus derechos contractuales. **(STS de 22 de diciembre de 2006; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La sentencia del Juzgado de Primera Instancia condena al promotor, al constructor, al arquitecto y al arquitecto técnico a subsanar los defectos de las viviendas propiedad de los demandantes (que ejercitan su acción en virtud del artículo 1591 del CC); a indemnizar a uno de los particulares actores, a resarcir a todos los demandantes de los daños y perjuicios que deben determinarse en ejecución de sentencia y a pagar, por último, las costas. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por el arquitecto superior (al que se opone el arquitecto técnico) basándose en que, en esencia, el director de la obra responde también de una falta de diligencia en la labor de alta dirección que la normativa legal le otorga; en que resulta probado que ni ejerce en momento alguno las funciones de alta dirección (que, en cambio, sí asume en el contrato), ni renuncia a ellas. También la sentencia fundamenta su decisión en que el arquitecto superior firma el certificado final de la obra y en que los defectos y modificaciones podían haberse evitado o corregido en el caso de que hubiera llevado a cabo sus funciones. El Tribunal Supremo declara que ha lugar al recurso de casación interpuesto por el arquitecto, considerando procedente limitar la condena del mismo a la reparación de los defectos consistentes en obras de acceso, aislamiento, impermeabilización, estanqueidad y ventilación del edificio. (Alma R. G.)

45. Vicios ruinógenos. Prescripción.—El motivo 1.º, relativo a la «prescripción extintiva de la acción», limitada a la dirigida contra los administradores, debe de ser desestimado, aunque no por los mismos criterios aducidos, en este aspecto, por las Sentencias de instancia, sino aplicando los correctos, y con ello poder seguir la doctrina jurisprudencial de ésta Sala, y así: 1.º, de partida no puede aceptarse que la responsabilidad por «culpa profesional», respecto a vicios ruinógenos de un edificio, y derivados de su construcción (art. 1591 CC), sobre la que aquí se acciona, sea una responsabilidad extracontractual, propia del artículo 1902 CC, o asimilable a ella, y a la que se aplique la prescripción de 1 año (art. 1968-2.º CC), tal como se ha discutido en el proceso, y sobre la que se han realizado los cálculos correspondientes, y de la que también parte este motivo del Recurso, pues, en todo caso, dicha responsabilidad deriva de una «culpa contractual», con otro plazo de prescripción, ya que la actora está unida a la Promotora por un contrato de compraventa (arts. 1445 y sigs. CC), y a la Constructora (sus Administradores, en su caso, Arquitectos y demás Técnicos, por el contrato de arrendamiento de obra (arts. 1544 y 1588 y sigs. del mismo Cuerpo legal); 2.º, según la conocida jurisprudencia, por conocida, de esta Sala, al ser muy repetida, la

prescripción de la acción de responsabilidad individual por deudas sociales de los Administradores de las Compañías Mercantiles, es la de cuatro años, del artículo 949 Código de Comercio, siendo el momento inicial de su cómputo aquél en que consta que los socios cesaron como tales, en 1989, y la demanda se presenta el 13-VII-92, por lo que tal prescripción no sería aquí aplicable; y 3.º, dicho plazo de prescripción se ha entendido aquí como aplicable a la repetida acción, cualquiera que sea la disposición legal vigente como aplicable a la responsabilidad social de que se trata, y es de determinación de oficio, como la legalmente correcta (aunque ni las partes, ni el Tribunal lo hayan hecho), al mantenerse los hechos a los que haya de aplicarse.

Responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima.—La verdadera discusión de este motivo, consiste en determinar si de estos hechos se deriva o no la responsabilidad aquí exigible, que ya, definitivamente (el final de las obras está fijado en el día 2 de junio de 1986, y la calificación definitiva, en 20 de junio de 1987, según la Sentencia del Juzgado: F.J. 2.º, ap. 13.º) no se plantea respecto a los arts. 133 y ss. LSA/1989, sino en cuanto a los 80 y 81 LSA de 17 de julio de 1951 (que la LRSL/1953 hace suyos a este tipo de Sociedades): no se trata propiamente de una acción, la ejercitada, aunque impropriamente se hable de ello, de «reconstrucción del patrimonio social», del artículo 80-4.º, que exigirá la existencia de una «amenaza grave» de los créditos de los acreedores, aquí no planteada, sino de la acción del 81, llamada de «indemnización que pueda corresponder.. a los terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquélla»; la Sentencia recurrida para responsabilizar a los socios, parte de entender que la reducción drástica del capital social de la Promotora, responsable frente a aquéllos por las compraventas que les unen (de las que derivan las demás acciones de ejercicio directo, pero como derivadas de la procedente de tales contratos), y la desaparición de hecho de tal Promotora (sin que a ésta, y por tal responsabilidad, deban añadirse connotaciones sólo atinentes, en los vicios constructivos declarados, a la Constructora, como se repite), suponen esa «lesión directa» de los intereses de los acreedores, pues, por un lado, se trata de unos hechos, no tratados en forma legal, y atribuibles directamente a los administradores (la Promotora se disuelve, sin causa legal que conste, al finalizar, o próxima a su terminación, la obra), que lesionan indudablemente los referidos créditos (que perviven durante los 10 años de garantía, del art. 1591 por el que se acciona principalmente).

Responsabilidad solidaria de los agentes que intervienen en el proceso constructivo.—El último motivo, se refiere a la imputación de «solidaridad» en la responsabilidad entre los en definitiva condenados, respuesta jurisprudencial, de correcta justicia y equidad, para aquellos casos en que concurren varios responsables y no pueda determinarse el «quantum» de la satisfacción indemnizatoria a repartir entre ellos, de acuerdo con la importancia de sus respectivas conductas. El motivo, no obstante, va más bien dirigido a tratar de responsabilizar únicamente, o en la parte proporcional más importante, al Arquitecto, pues la Promotora (su socio derivadamente) entiende que el cambio efectuado de vigas y viguetas (de las realizadas «in situ», por las prefabricadas) causante de la «ruina constructiva», fue adoptado por un cambio parcial del Proyecto del Arquitecto. Esto no es así, y lo refiere claramente la Sentencia de autos, al decir que, aunque se tuvo que modificar el Proyecto a tal fin, en realidad fue aprobado el cambio, en su beneficio, por la Promotora y la Constructora. En definitiva, y en otro aspecto, se mantiene también la solidaridad en el «facere» en que consiste la condena,

del que se responsabiliza, en su ejecución, en esa forma, a todos los partícipes condenados, por imposibilidad de atribución de cuotas entre ellos, y por haber coadyuvado conjuntamente al daño producido. (STS de 16 de diciembre de 2005; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—Tras constatar que el edificio llamado «Cala-Nyas» presentaba distintos defectos constructivos, la comunidad de propietarios interpuso demanda contra la promotora *Promociones Nyas, S. L.*, la constructora *Naves y Asfaltos, Empresa Constructora, S. L.*, los socios administradores de ambas empresas don F.L.F. y don F.M.C., el arquitecto don F.P.S. y el arquitecto técnico don A.L.M., en que reclamó indemnización del daño causado por vicios ruinosos en la edificación. Al parecer, el edificio presentaba defectos estructurales que produjeron movimientos, deformaciones y grietas en distintos elementos constructivos, así como defectos debidos a los trabajos de ejecución de la obra realizados, como el levantamiento y rotura de baldosas. Asimismo, la empresa constructora había promovido un expediente de suspensión de pagos en una fecha cercana a la finalización de la obra y la promotora había reducido drásticamente su capital social. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Benidorm estimó la demanda parcialmente, mediante sentencia de 2 de noviembre de 1995, condenó solidariamente a las empresas promotora y constructora, los socios administradores y el arquitecto a ejecutar las correspondientes obras de reparación de los defectos y absolvió al arquitecto técnico. Interpuesto recurso de apelación por los socios administradores, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante dictó sentencia desestimatoria el día 25 de febrero de 1999. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

46. Acción directa contra la Administración pública. Competencia de la jurisdicción civil.—La Sala sigue la doctrina que ya formuló la anterior sentencia de 12 de mayo de 1994, cuyo fundamento segundo dice literalmente: «La tesis del motivo parte de que el contrato de ejecución de obras concertado con el Estado por las dos empresas mencionadas, como principales y contratistas, reviste la condición de contrato administrativo, lo que no se discute, por resultar correcta tal calificación, conforme a los textos legales que se aportan. Ahora bien, los contratos que relacionan a los contratistas y la cadena de subcontratistas son de naturaleza indiscutible civil y la acción de reclamación contra el Estado, como comitente, es acción de naturaleza también civil, prevista en el artículo 1597 del Código, que se acumuló a la ejercitada contra los dos contratistas y subcontratista primero, por reunir los requisitos del precepto 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por tanto corren idéntica suerte procesal, determinativa de la Jurisdicción competencial para su conocimiento, que excluye la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por no dirigirse única y exclusivamente contra el Estado, conforme a la reiterada doctrina de esta Sala (sentencias de 2-2-2987, 10-11-1990, 17-2-1992, 28-4-1992-que refiere unas antiguas de 15-10-1976, 22-11 y 17-12-1985, 14-10-1986 y 2 de junio de 1993), que proclama la «vis atractiva» y preferencial de la Jurisdicción civil, toda vez que se trata de acceso al proceso, en la

condición de partes interpeladas, del Estado conjuntamente con personas jurídicas privadas, en vinculación relacionada de solidaridad contractual, determinante de la responsabilidad que surge por imperativo legal del referido precepto 1597 y convierte a los acreedores en titulares de una acción, que no es precisamente sustitutiva de la del contratista, sino que se sobrepone a la misma, para hacer valer su crédito por vía directa, mediante el logro de su satisfacción a cargo del comitente o dueño de la obra, en razón a que éste retiene sumas dinerarias y resulta deudor de las mismas al contratista o subcontratistas que generaron el débito reclamado por razón de los trabajos encargados y materiales que se aportaron».

Carga de la prueba.—El motivo tercero del recurso de casación, también formulado al amparo del número 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se articula por infracción del artículo 1214 del CC, relativo a la doctrina de la carga de la prueba y doctrina y jurisprudencia. Se basa en que la sentencia recurrida impone la carga de la prueba de la cantidad que éste (dueño de la obra) adeude a aquél (contratista), como dispone el artículo 1597 del CC no a la sociedad demandante, que es el subcontratista, sino al dueño de la obra, que es la Administración del Estado. El motivo se desestima porque la cantidad que se adeuda no la puede conocer el subcontratista y, al contrario, el dueño de la obra puede con toda facilidad acreditar, si es así, que nada adeuda. Es decir, se invierte la carga de la prueba por la simple razón de que, de no hacerse así, quedaría sin aplicación la acción directa del artículo 1597 del CC. Así lo ha entendido la reiterada jurisprudencia de esta Sala, desde que se le planteó este tema de forma directa: sentencias de 2 de julio de 1997, 6 de junio de 2000 y 18 de julio de 2002; esta última dice literalmente: «La jurisprudencia de esta Sala ha destacado que el hecho de existir deuda o haber sido ésta satisfecha es algo que puede probar el dueño de la obra, pero es imposible o muy difícil probar al subcontratista; en consecuencia, se ha reiterado que es el dueño de la obra quien debe probar que nada debe; así, las sentencias de 2 de julio de 1997 y 6 de junio de 2000 dicen: uno de los presupuestos de la presente acción directa que conforma el contenido de la misma es la cantidad que el dueño de la obra (o contratista anterior) deba al contratista (o subcontratista anterior). En principio, aplicando la doctrina de la carga de la prueba, si no se prueba, debería sufrir las consecuencias de la falta de la prueba el demandante que ejercita la acción directa. Pero a éste le puede ser imposible tal prueba, pues no conoce ni puede conocer las relaciones internas entre uno y otro; por el contrario, el demandado sí tiene en sus manos la sencilla prueba de lo que ha pagado o si ha pagado totalmente lo debido a su contratista y, por tanto, que no concurre tal presupuesto. En consecuencia, se invierte la carga de la prueba y es el dueño de la obra (o el contratista anterior) el que sufre las consecuencias de la falta de prueba de que ha pagado y, por tanto, de que no concurre este presupuesto». (STS de 16 de enero de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.— La Administración del Estado encargó a la empresa *Dragados y Construcciones, S. A.*, una obra relacionada con la construcción de una carretera. Con fecha 6 de julio de 1993, la contratista subcontrató a la empresa *Migec Somafer Española, S. L.*, con el fin de realizar unos trabajos de perforación y voladuras. Con posterioridad, la obra fue paralizada más de seis meses, por lo que *Migec Somafer Española, S. L.*, interpuso demanda dirigida contra

Dragados y Construcciones, S. A., en que solicitó la resolución del contrato, de acuerdo con lo establecido en una de sus cláusulas, así como contra la Administración del Estado en ejercicio de la acción directa (art. 1597 CC). El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valladolid dictó sentencia el día 23 de diciembre de 1997, que declaró resuelto el contrato, condenó a *Dragados y Construcciones, S. A.*, a pagar a la subcontratista el importe correspondiente a los trabajos realizados y a devolver la cantidad retenida como garantía y absolvió a la Administración del Estado. La empresa *Migec Somafer Española, S. L.* recurrió en apelación. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid dictó sentencia estimatoria el día 25 de marzo de 1999 y condenó a la Administración del Estado a abonar a la subcontratista el importe por los conceptos mencionados, como deudor solidario. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos, respectivamente, por la contratista *Dragados y Construcciones, S. A.*, y la Administración del Estado. (*J. M. B. S.*)

47. Responsabilidad civil del Abogado: Doctrina general.—La responsabilidad contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato (SSTS de 28.01.98, 23.05. y 27.06.06, entre otras muchas); el cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias; en la relación del abogado con su cliente, si el primero de ellos incumple las obligaciones contratadas, o las que son consecuencia necesaria de su actividad profesional, estamos en presencia de una responsabilidad contractual, teniendo en cuenta que el deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis*, pero no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta como regla general la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria (SSTS 14.07 y 14.12.05 y 30.12.06, entre otras). Esta Sala, no sin ciertas vacilaciones, tiene declarado que, cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño debe calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades: SSTS de 26.01.99, 08.02.00, 08.04.03 y 30.05.06). El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando hay una razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado; la responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas de 27.07.06).

Acción por culpa extracontractual prescrita: dudas sobre el *dies a quo*: lesiones por causa de accidente de circulación: persistencia de

secuelas.—El alta inicial emitida por el médico forense no registraba secuelas permanentes en la lesionada, sino que afirmaba que ésta había curado de sus lesiones, las cuales habían precisado únicamente de la primera asistencia y no habían requerido tratamiento médico, y las secuelas de dolor en la rodilla derecha no impedían su actividad y desaparecerían progresivamente sin requerir tratamiento curativo. De tales antecedentes se infiere que la aportación de posteriores informes médicos y psicológicos obtenidos por la recurrente trataba de demostrar la existencia de una evolución negativa de las secuelas que, de haber efectivamente persistido, únicamente hubiera podido determinarse en momentos muy posteriores; ahora bien, la desestimación de la demanda en primera instancia, fundada en la prescripción partía de considerar que no había existido dicha persistencia. En la sentencia de apelación, igualmente desestimatoria, se infiere que la prescripción se examina bajo la hipótesis de la existencia de un nexo de causalidad con el accidente de tráfico al que se imputaba la responsabilidad, incluso aunque se diera por bueno que tales padecimientos de alguna manera sean asociados o tengan por causa más o menos próxima el accidente en cuestión. De todo ello cabe deducir con alto grado de probabilidad que planeaba la duda razonable sobre la concurrencia del nexo causal entre el accidente y el trastorno psíquico alegado, y por ello aun cuando se hiciera abstracción de la excepción de prescripción, cabe inferir que la apreciación por parte del tribunal de que las secuelas no habían persistido, unida a las distintas argumentaciones en torno a su alcance y etiología, hubiera conducido a aceptar en último término la valoración efectuada por el primer informe forense y a denegar sustancial o totalmente la indemnización por secuelas reclamada.

Costas.—La imposición de costas en apelación procede según la ley cuando la sentencia es confirmatoria, aun cuando los argumentos utilizados por la Sala sean distintos a los esgrimidos por la recurrente (**STS de 26 de febrero 2007**; no ha lugar.) [Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (*G. G. C.*)

48. Contrato de mandato. Regla general de la revocabilidad. Mandato irrevocable. Requisitos: pacto expreso. Naturaleza causal del mandato irrevocable.—Constituye un principio tradicional, sentado ya por el derecho romano y recogido por el CC francés y la generalidad de los modernos, el que el mandato es revocable a voluntad del mandante, sin que el hecho de que se trate de un apoderamiento recíproco impida el ejercicio por cualquiera de los mandantes de tal facultad de revocación. Y ello porque la irrevocabilidad del mandato constituye una excepción a la regla general de revocabilidad. De modo que la irrevocabilidad del mandato será admisible cuando así se hubiese pactado expresamente con una finalidad concreta que responda a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que estén interesados no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario o terceras personas, es decir, cuando el mandato es en definitiva, mero instrumento formal de una relación jurídica subyacente bilateral o plurilateral que le sirve de causa o razón de ser, y cuya ejecución o cumplimiento exige o aconseja la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente por la voluntad de uno de los interesados (SSTS de 24 de diciembre de 1993, de 26 de noviembre de 1991 y de 31 de octubre de 1987). (**STS de 17 de enero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El actor interpuso demanda contra su esposa y sus dos hijos, instando la declaración de inexistencia de diversos negocios jurídicos, consistentes en la donación de un local comercial de la propiedad privativa del demandante, así como en la venta de dos pisos pertenecientes a la sociedad de gananciales del matrimonio; transmisiones que habían tenido lugar a favor de los hijos demandados y que había llevado a cabo la esposa amparándose en un poder general otorgado tiempo atrás, que luego habría sido revocado. La demandada opuso el desconocimiento de la revocación al tiempo de llevar a cabo las operaciones impugnadas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, condenando a los demandados a la devolución de los bienes y a la cancelación de las inscripciones registrales correspondientes. Los condenados interpusieron recurso de apelación que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Madrid. Igualmente interpusieron recurso de casación, alegando entre otras cosas la irrevocabilidad del mandato conferido, al tratarse de un mandato recíproco. El Tribunal Supremo rechazó el motivo por constituir una cuestión nueva que no había sido sometida a debate en la instancia. Con rechazo de los demás motivos, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

49. Apoderamiento para actos de disposición. Necesidad de carácter expreso y especial.—El apoderamiento no puede ser entendido como un consentimiento de presente a cualquier acto de disposición de bienes que se le ocurra al apoderado, lo que es coherente con la línea jurisprudencial que exige para los actos de riguroso dominio no sólo el carácter expreso, sino además el carácter especial (SSTS de 1 de marzo de 1990, de 3 de noviembre de 1997 y de 6 de marzo de 2001).

Contrato de vitalicio. Nulidad del contrato consistente en recepción de alimentos y atenciones a cambio de la cesión *post mortem* de los bienes del alimentista.—El contrato de vitalicio consistente en la prestación de asistencia y alimentos a cambio de ser instituido heredero de los bienes del alimentista integra un pacto sobre herencia futura, prohibido por el artículo 1.271,2 CC, en la medida en que quede sujeto el alimentista y vinculado en la designación de heredero. Pues el alimentista, en función de tal convenio habría de quedar trabado por la designación de sucesor *mortis causa*, y ello llevaría el pacto a la nulidad, toda vez que el sentido del precepto se encuentra en «evitar sujeciones insuperables de los bienes constitutivos de la herencia que vinculen al testador» (SSTS de 29 de octubre de 1960 y de 1 de diciembre de 1955). Esta ineficacia habría de ser entendida como inexistencia, dentro las nulidades radicales, como se desprende del artículo 1.261 CC; y debería poder ser declarada de oficio.

Enriquecimiento injusto. Atribuciones patrimoniales originadas en la ejecución de un contrato nulo. Apreciación de oficio.—Los demandados reconvincientes ejercen una pretensión de restitución del enriquecimiento sin causa que constituye un claro caso de *condictio* de prestación, que ha sido delineada como la pretensión de restitución de un aumento patrimonial que tiene su fundamento en una actividad o comportamiento realizado con la finalidad de ejecutar un plan jurídico-obligatorio. El autor de la prestación ha realizado determinados desplazamientos patrimoniales para cumplimiento de

una obligación negocial. La frustración de la relación priva de causa a los desplazamientos patrimoniales y determina la necesidad de restitución. En este campo se encuentran las prestaciones derivadas de un contrato nulo o de un contrato anulado. Por razones históricas la mayor parte de los casos quedan embebidos en las reglas de restitución de los artículos 1.303 a 1.308 CC. La obligación de restitución nace de la ley, por lo cual no requiere petición expresa y puede ser apreciada de oficio por el juez. En el caso de autos ha de ser objeto de restitución también las expensas e inversiones realizadas en atenciones y cuidados al beneficiario de los alimentos durante el tiempo de la convivencia. (STS de 8 de enero de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penades.]

HECHOS.—El actor, don B. pasó a vivir con la familia H., cediéndole la administración de sus bienes y otorgando testamento a favor de sus miembros, instituyéndoles herederos universales. Tiempo después el Sr. B otorgó apoderamiento, a favor del cabeza de familia, con facultades de gestión; y días después otorgó un segundo poder, a favor del mismo sujeto, en el que le confería licencia para autocontratar, así como facultades de administración y disposición. El apoderado utilizó este segundo poder para otorgar escritura notarial de constitución de contrato de vitalicio, por la que cedía los bienes del representado a su propio favor, así como al de su esposa e hijos. Poco tiempo después el Sr. B. abandona la casa de la familia H. e interpuso demanda pidiendo la declaración de nulidad del mencionado contrato de vitalicio en el que el demandado había actuado a la vez como cedente y cesionario. La familia demandada formuló reconvencción solicitando el reintegro de las cantidades invertidas en la atención y mantenimiento del Sr. B. El Juzgado de Primera Instancia declaró la nulidad del contrato de vitalicio al estimar la existencia de abuso de poder y la actuación contraria a la buena fe. Y desestimó la reconvencción al considerar que, no obstante la realización de determinados gastos, los demandados-reconvinientes habían tenido la administración de todos los bienes e ingresos del Sr. B. La Audiencia Provincial de Pontevedra desestimó el recurso de apelación de los demandados. El Tribunal Supremo acogió el recurso de casación en lo relativo al reintegro a los demandados de las cantidades invertidas en la atención del actor. (L. A. G. D.)

50. Contrato de «vitalicio».—«[...] no es una modalidad de renta vitalicia, regulada en los artículos 1802 y 1805 del CC, sino un contrato autónomo, innominado y atípico, susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones incorporadas al mismo en cuanto no sean contrarias a la ley, la moral y el orden público «artículo 1255 del CC», y al que son aplicables las normas generales de las obligaciones» (FJ 2.º) (STS de 27 de febrero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Se otorga escritura pública de cesión de bienes mediante la cual un matrimonio recibe las fincas descritas en la escritura, obligándose a abonar una renta vitalicia, cuya cuantía

debía ser incrementada en un 10% los sucesivos años. A su vez, el matrimonio se obliga a prestar a la otra parte del contrato sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según su posición social. El matrimonio incumple el contrato, puesto que desde el otorgamiento de la escritura pública no ha pagado pensión alguna. El matrimonio es demandado, y el Juzgado de Primera Instancia le condena al abono de la pensión acordada. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial, considerando que existía incumplimiento por parte de los cesionarios, declaró resuelto el contrato, con base en lo dispuesto en el artículo 1124 CC. Los demandados interponen recurso de casación al considerar que, al tratarse de un contrato unilateral, no resultaba de aplicación al caso el artículo 1124. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—El contrato denominado «de vitalicio», tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, no posee una naturaleza asimilable a la renta vitalicia, puesto que mezcla obligaciones propias de los alimentos y otras atenciones, junto con las propias de la renta vitalicia. Se trata, por tanto, de un contrato atípico, al que resulta de aplicación, según reiterada doctrina jurisprudencial, las cláusulas contractuales contenidas en él, siempre que no sean contrarias a la ley, a la moral y al orden público, y las normas generales de las obligaciones (SSTS de 17 de julio de 1998 [RJ 1998/6602], 9 de julio de 2002 [RJ 2002/5904], 1 de julio de 2003 [RJ 2003/4321], entre otras).

A partir de la modificación introducida en el CC, mediante Ley de 18 de noviembre de 2003, estas situaciones aparecen ya reguladas bajo la denominación de «Contrato de alimentos». Señala el artículo 1791 CC que *«Por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos»*. Bajo esta regulación encontramos también el régimen relativo al incumplimiento. Señala el artículo 1795 CC que en los casos de incumplimiento de la obligación de alimentos, el alimentista podrá exigir el cumplimiento, incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda, o la resolución del contrato, con aplicación en ambos casos de las reglas generales de las obligaciones recíprocas. (L. Z. G.)

51. Sociedad civil. Extinción.—Tanto la doctrina como la jurisprudencia han interpretado el artículo 1.700 del CC, y la definición del capítulo III del título VIII que reza «De los modos de extinguirse la Sociedad» en el sentido que, pese a la dicción de los mismos, se ha de entender que la extinción propiamente tal de la sociedad no se produce sino hasta el momento en que se han realizado todas las operaciones necesarias para aislar a la sociedad del tráfico en que se hallaba inserta y, por ello, dentro del proceso extintivo de la sociedad, se han de diferenciar tres momentos principales: la disolución que consiste en la concurrencia de una causa que determina la apertura de la liquidación; la liquidación que es el proceso a través del cual se libera a los socios y al patrimonio social de los vínculos contraídos con motivo de la

sociedad; y la extinción en sentido estricto, que se produce al cierre de la liquidación con la distribución del remanente, si lo hubiere, entre los socios. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia (sentencias de 24 de octubre de 1975, y la de 6 de marzo de 1984, ambas citadas por el recurrente en el acto de la vista). (STS de 31 de enero de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.— Don J.I.A. solicitó la ejecución de una sentencia que había declarado la extinción de una sociedad civil denominada *Tapicerías Iragui*. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Guernica dictó auto el 23 de enero de 1997, en que estimó la demanda y acordó que el periodo de rendición de cuentas comprendía desde el año 1972 hasta el 1986. Tras ser estimado parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don J.I.A., el auto dictado el 23 de marzo de 1999 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya extendió el periodo de rendición de cuentas hasta el 31 de diciembre de 1994, por lo que las cantidades a pagar por parte de los demás socios demandados por la participación del demandante en la sociedad, así como en concepto de valor del negocio, resultaron sustancialmente superiores. El Tribunal Supremo declara que no ha lugar al recurso de casación de don J.L.A.O., uno de los socios. (*J. M. B. S.*)

52. Sociedad irregular. Relación interna entre sus miembros: aplicación de las reglas de la sociedad y no de la comunidad de bienes. Distinción entre sociedad civil y sociedad mercantil irregular. Determinación por razón de la materia: tiene naturaleza mercantil cuando se dedica a la realización de actos de comercio. Disolución y liquidación: aplicación de las normas del Código de comercio sobre sociedades colectivas.—No cabe estimar existente entre las partes una mera comunidad de bienes, pues el inmueble era destinado a la explotación conjunta de un negocio de ferretería. En cuanto a la naturaleza de esta sociedad, no cabe considerarla de carácter civil dada su dedicación a una actividad comercial. En la jurisprudencia se impone la tesis que distingue las sociedades civiles y las mercantiles atendiendo al criterio de la materia, de manera que serán mercantiles las sociedades constituidas para la realización de actos de comercio, y civiles cuando no concurre tal circunstancia. Desde el momento en que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro, ello denota la existencia de una sociedad de naturaleza mercantil, dada la naturaleza de las operaciones que la sociedad había de desarrollar, con lo que se viene a aplicar el criterio objetivo que la doctrina científica mayoritariamente contempla para llegar a establecer la naturaleza civil o mercantil de la sociedad (STS de 11 de octubre de 2002). Igualmente, se admite la existencia de sociedad irregular mercantil concertada en documento privado y aun de forma verbal, siempre que su objeto sea mercantil, remitiendo como legislación aplicable a tal tipo de sociedades a las colectivas, con aplicación de la normativa específica del Código de comercio (STS de 20 de febrero de 1988 y R.D.G.R.N. de 28 de junio de 1985). (STS de 20 de noviembre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Los actores don E. y doña A. demandaron a doña L., viuda de don C.A., y a los hijos de estos últimos, don J. y don R., en ejercicio de una acción de división de cosa común, pidiendo la disolución de la comunidad existente sobre un inmueble propiedad de los actores y del fallecido don C.A. Los demandados se opusieron y reconvinieron, alegando la existencia de una sociedad entre el fallecido y los demandantes, a la que pertenecía el inmueble, así como el negocio de ferretería regentado por don E., y otras explotaciones económicas que eran gestionadas por don C.A. De manera que pidieron la disolución de dicha sociedad y la liquidación del patrimonio social entre las partes. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, y declaró extinguida la comunidad de bienes pero sólo sobre una de las plantas del inmueble. Asimismo estimó parcialmente la reconvención y declaró extinguida la sociedad civil existente. La parte actora interpuso recurso de apelación que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Soria. Los demandantes plantearon recurso de casación. El Tribunal Supremo estimó el mismo al considerar que la sentencia, al declarar la disolución de la comunidad de bienes sólo sobre una de las plantas del edificio, había incurrido en incongruencia. Por lo que, resolviendo sobre las acciones planteadas, desestimó la demanda principal y estimó, por el contrario, la reconvencional, aceptando la existencia de una sociedad entre las partes y declarando la extinción y consiguiente liquidación de la misma. (L.A.G.D.)

53. Reintegro entre cofiadores. Cofianza asumida solidariamente.—*«Esta Sala ha considerado que el fiador que paga está legitimado para reclamar la parte que le corresponde a los restantes cofiadores en virtud de la solidaridad de acuerdo con las disposiciones generales (sentencias de 2 de diciembre 1988, 29 de septiembre 1997 y 28 de septiembre 1997), sin tener en cuenta las limitaciones del artículo 1844.3 (sentencias de 24 de enero de 1989 y 4 de mayo de 1993, entre otras) y siempre que sea beneficiario para los cofiadores. La acción de repetición se ejercita para evitar situaciones de enriquecimiento que se producirían, según afirma la sentencia de 29 septiembre de 1997, cuando quien ha pagado en beneficio de todos los obligados, no pudiera resarcirse de la cuantía proporcional correspondiente»* (FJ 4.º STS de 5 de febrero de 2007).

Presunción de igualdad en la división de la deuda.—*«El artículo 1138 CC establece una presunción de igualdad en la división de la deuda, que puede destruirse por cualquier medio de prueba»* (FJ 5.º STS de 5 de febrero de 2007); **(STS de 5 de febrero de 2007;** no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—La mercantil R.C. contrató una póliza de crédito con una entidad bancaria, como deudora principal, existiendo, a su vez, varios avalistas. Tras el impago del préstamo, el acreedor instó juicio ejecutivo contra todos los avalistas. Tras abonar uno de los avalistas la cantidad debida, éste se dirigió contra el resto en ejercicio de la acción de regreso. Los demandados se opusieron a la demanda, alegando que la fianza se había asumido de acuerdo con las participaciones sociales de cada uno de ellos, y que la demanda

se había interpuesto con mala fe y abuso del derecho porque no se había dirigido antes contra la sociedad deudora. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—El artículo 1844 CC permite que el cofiador se dirija contra todos los cogarantes, sin necesidad de demandar al deudor principal, ya que el pago de la deuda avalada entraña un interés común que beneficia a todos los obligados, los que resultan así liberados de la carga deudora asumida. Una interpretación adecuada a la realidad social del referido precepto autoriza a admitir la acción de repetición a quien pagó justificadamente por verse constreñido a ello, debiendo evitarse siempre situaciones de enriquecimiento injusto, que se producirían en el caso de que quien afronte con sus bienes la satisfacción de la deuda, en beneficio de todos los obligados, no pueda resarcirse de la cuantía proporcional correspondiente.

Por lo que respecta a la distribución interna de la responsabilidad en la fianza, tal y como establece el artículo 1138 CC, existe una presunción de igualdad en la división de la deuda, por lo que, mientras no se demuestre un acuerdo sobre otro modo de distribución interna, la deuda deberá distribuirse por partes iguales entre todos los cogarantes. (L.Z.G.)

54. Responsabilidad extracontractual. Competencia de la jurisdicción civil para conocer de reclamaciones contra la Administración y contra particulares.—El Tribunal Supremo reitera su doctrina sobre la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer, en el marco de las acciones de responsabilidad extracontractual, de los juicios que tienen por objeto pretensiones resarcitorias fundadas en responsabilidad patrimonial de la Administración que concurra con la de los particulares (*v. gr.*, SSTS de 22 de julio de 2004, 24 de noviembre de 2005 y 8 de junio de 2006). No es relevante a este respecto la existencia de un contrato administrativo de ejecución de una obra pública, cuando la responsabilidad que se reclama no deriva de una actividad administrativa, ni tiene lugar en el marco de la obra pública (entre otras, SSTS de 26 de noviembre de 1999 y 7 de marzo de 2002). El fundamento de esta doctrina reside, por un lado, en la fuerza atractiva y el carácter residual de la jurisdicción civil; por otro, en la finalidad de evitar un peregrinaje de jurisdicciones, así como, finalmente, en la necesidad de no dividir la continenencia de la causa, evitando con ello el riesgo de resoluciones contradictorias.

El Tribunal Supremo afirma que esta doctrina se mantiene siempre que se ejerciten estas acciones de responsabilidad con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de la Ley 2/1998, de 13 de junio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y de la reforma de la Ley 30/1992, llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero. En cambio, a partir de estas normas, se produce un punto de inflexión en el mantenimiento de la citada doctrina, en la medida en que, con ellas, se configura un marco competencial, material y jurisdiccional claro que sitúa en el orden contencioso-administrativo la competencia para conocer de las pretensiones de responsabilidad patrimonial deducidas conjuntamente contra las

Administraciones Públicas y los particulares. (STS de 22 de diciembre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Un conductor falleció en un accidente de circulación causado por unas obras mal señalizadas que se estaban realizando en la carretera. La mujer y la hija del fallecido interpusieron demanda de responsabilidad civil extracontractual ante el Juzgado de Primera Instancia contra la empresa contratista adjudicataria de las obras, el ingeniero Jefe del correspondiente centro directivo del departamento ministerial encargado de la dirección y del control de las obras y el Ministerio de Fomento.

El Juzgado de Primera Instancia no entró a conocer del fondo del asunto objeto de la demanda, por estimar la excepción de incompetencia de jurisdicción formulada por el Abogado del Estado. Interpuesto recurso de apelación por las demandantes, la Audiencia Provincial declaró no haber lugar al recurso y confirmó la sentencia apelada. La mujer y la hija del fallecido interpusieron entonces recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 1902 y 1903 CC, así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la *vis atractiva* de la jurisdicción civil. El Tribunal Supremo estima el recurso, casa y anula la sentencia recurrida y revoca y deja sin efecto la de primera instancia, reenviando la contienda al Tribunal *a quo*, para que resuelva sobre el fondo del asunto. (A. M. M.)

55. Responsabilidad civil. Principio de unidad de culpa. Existiendo un daño imputable a la conducta culpable del agente, es indiferente el origen contractual o extracontractual de la culpa. No se incurre en incongruencia por fundar la decisión en normas de culpabilidad distintas a las invocadas por la parte.—La unidad de culpa, tanto tenga un origen contractual como extracontractual, está admitida no sólo por la jurisprudencia sino también por la mayoría de la doctrina científica civilística. La doctrina actual sostiene que sería erróneo considerar que si el perjudicado ha fundamentado su demanda de indemnización sólo en normas de responsabilidad extracontractual o sólo en normas de responsabilidad contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia por cambio de la causa de pedir si funda la decisión en normas de culpa distintas de las invocadas (STS de 8 de abril de 1999). De suerte que no es anómalo el ejercicio alternativo o subsidiario de acciones basadas en culpa contractual y extracontractual. De ahí que, no obstante la relación jurídica material de fondo sea un contrato, si se produce un efecto lesivo a consecuencia del incumplimiento de dicho contrato con una negligencia extraña a lo que era materia propia del mismo, que se proyecte sobre entes extraños a la vinculación estricta contractual, nada obsta a que se invoque correctamente tanto el artículo 1.101 CC, como el artículo 1.902 CC (STS de 20 de junio de 1995).

Doctrina jurisprudencial de la equivalencia de resultados. No puede producir efectos casacionales la estimación de un motivo que no lleva aparejada la alteración del fallo de la sentencia recurrida.—Con la estimación de los motivos y, por ende, del núcleo esencial del recurso de casación, surge la paradoja de que con ello no se modifica el fallo de la sentencia recurrida. Es así por efecto de la doctrina de la equivalencia de resultados, que

parte de la base de que no puede producir efectos casacionales la estimación de un motivo que no determine una alteración del fallo recurrido. Doctrina ya consolidada y que se expresa, entre otras, en las SSTs de 4 de octubre de 2005 y de 31 de enero de 2006. (**STS de 29 de noviembre de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Los actores demandaron a los propietarios del local situado en la planta baja del edificio que ocupaban, pidiendo se declarase que las obras llevadas a cabo por los demandados contravenían el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal al que estaba sometido el inmueble, y se ordenase la demolición de las mismas, reponiendo la finca al estado anterior a las obras, así como a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con dichas obras. Los demandados se opusieron, alegando que el título constitutivo de la propiedad horizontal permitía la segregación de esta propiedad y la realización de tales obras sin recavar el consentimiento de la comunidad. El Juzgado de Primera Instancia estimó la íntegramente la demanda y condenó a la demolición de las obras realizadas y a la indemnización de los daños y perjuicios. La Audiencia Provincial de Málaga estimó parcialmente el recurso de apelación de los demandados y revocó la sentencia de instancia en lo tocante a la indemnización de daños y perjuicios. Los actores interpusieron recurso de casación. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación, al considerar válido fundar la reclamación de responsabilidad en causas de naturaleza contractual y extracontractual indistintamente. Sin embargo, al no quedar acreditada la entidad del daño, ni las bases para su determinación, no modificó el fallo de la sentencia recurrida. (*L. A. G. D.*)

56. Culpa extracontractual: muerte en accidente laboral agrario: caída de maquinaria por causa del viento: responsabilidad del encargado de la recogida de algodón.—Esta Sala mantiene la calificación de negligente de la conducta del encargado de las tareas de recolección de algodón, al no haber adoptado las precauciones que hubiesen podido evitar el daño producido por el vuelco de la máquina, al encargar a los trabajadores accidentados la recogida del algodón que estaba caído debajo y alrededor de aquella, no siendo imprevisible que, ante el viento reinante, las características y dimensiones de la cesta recogedora del algodón y la altura a que ésta se hallaba, se produjese el vuelco de la máquina lo que, necesariamente, había de producir el alcance de los obreros que faenaban junto a ella. Se da nexo de causalidad, pues de haber sido adoptadas medidas de precaución por el encargado de la finca, director de las labores de recolección las medidas adecuadas, no se hubiera producido el daño que se manifiesta.

No hay concurrencia de culpas.—En ningún momento se ha atribuido a la víctima una conducta culposa o negligente que haya influido en el curso causal de los hechos. Tanto aquella, como otros operarios, algunos lesionados pero que no son parte en el pleito, realizaban su trabajo siguiendo las instrucciones del encargado de la empresa codemandada y carecían del dominio de la máquina cuyo vuelco originó el daño, dominio que en uno u otro sentido correspondía exclusivamente al encargado y al propietario de la máquina.

Responsabilidad del dueño y conductor de la máquina cosechadora de algodón: responsabilidad del empresario agrícola.—Es cierto que el accidente no se produjo durante su manejo por el recurrente, pero no es menos cierto que el mismo, como propietario de aquélla, debió adoptar las precauciones necesarias para que, ante el viento que se había levantado, éste no afectase al equilibrio de la máquina, lo que era previsible dadas las características de aquélla. Aunque la recolección del algodón era dirigida por el encargado de la S.A.T codemandada, el ahora recurrente, como propietario y conductor de la máquina que prestaba sus servicios, no como asalariado, sino como arrendador de los mismos, era el responsable de la máquina tanto durante su funcionamiento como mientras permanecía parada, situación ésta en la que, igualmente, debía procurar que en ella no se pudiese causar daño a tercero.

Cuantía de la indemnización: inaplicación de los baremos establecidos por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre.—Es doctrina reiterada de esta Sala la de que la fijación del *quantum* indemnizatorio es cuestión de hecho reservada al tribunal de instancia, y sólo procede su revisión en casación cuando las bases resultan erróneas o se hayan modificado por error en la valoración de la prueba, lo que no sucede en este caso. La STC de 29.06.00, declaró el carácter vinculante del sistema de baremos establecido por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, pero única y exclusivamente en el ámbito propio de la circulación de vehículos de motor, y no en los demás propios de la responsabilidad civil, doctrina que ha aplicado ya la STS de 22.07.04 (STS de 29 de diciembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

NOTA.—Aunque la causa física última determinante del accidente mortal fue el fuerte viento desencadenado en una localidad sevillana el 09.10.93, el TS detecta varias responsabilidades jurídicas imputables a la empresa agraria S.A.T. titular de la empresa productora de algodón, al encargado de la misma que dirigía personalmente las tareas de recolección y al propietario de la máquina que volcó por causa del viento y que también la conducía en dichas faenas. Responsabilidades no homogéneas y de cuantificación harto difícil, por lo que la sentencia condenatoria opta razonablemente por la solidaridad. La responsabilidad es claramente omisiva ya que, ante la fuerza del viento, el encargado ordena parar a la máquina y a la cuadrilla de empleados; pero también activa por cuanto manda a los componentes de ésta, que se dediquen a recoger el algodón caído en el suelo en torno a la máquina cosechadora. Mientras tanto la cestilla de la máquina seguía situada a su máxima altura y, por tanto, directamente expuesta a la fuerza del viento que terminó por derribar la máquina y aplastar a uno de los obreros. Éstos se limitan a obedecer órdenes y en modo alguno puede hablarse de compensación de culpas. Está claro que ni el Encargado, ni, por supuesto la empresa, ni el propietario-conductor de la cosechadora adoptaron precauciones en vista del previsible vuelco de aquélla. A mi juicio a ello debe sumarse la inadecuada orden de recoger el algodón caído, precisamente, junto a la cosechadora. Sentencia plena de aprobar, de la que sólo cabe lamentar que se dicte al cabo de trece años de producirse el accidente. (G. G. C.)

57. Responsabilidad extracontractual. Doctrina del riesgo: se exige que el daño derive de una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios.—La aplicación de la doctrina del riesgo, como fundamento de la responsabilidad extracontractual, exige que el daño derive de una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios (SSTS de 6 de noviembre de 2002 y de 24 de enero de 2003), circunstancia que requiere un juicio previo de valoración sobre la actividad o situación que lo crea al objeto de que pueda ser tomado en consideración como punto de referencia para imputar o no a quien lo crea los efectos un determinado resultado dañoso.

La creación de riesgo no es suficiente para declarar responsabilidad, se requiere, además, un elemento de culpa.—En la responsabilidad por riesgo nunca se ha llegado al extremo de erigir a éste en fuente única de responsabilidad con fundamento en el artículo 1.902 CC (STS de 17 de octubre de 2006), al no ser la creación de un riesgo elemento suficiente para decretar la responsabilidad (SSTS de 13 de marzo de 2002 y de 6 de septiembre de 2005, entre otras), se requiere, además, la concurrencia del elemento subjetivo de culpa, o lo que se ha venido llamando un reproche culpabilístico, que sigue siendo básico en nuestro ordenamiento positivo a tenor de lo preceptuado en el artículo 1.902 CC (STS de 26 de abril de 2006).

El reproche culpabilístico en la doctrina del riesgo ha de referirse a un incumplimiento de los deberes exigidos o a la falta de diligencia exigible.—Esto significa que la actuación ha de contener un elemento de imprevisión, de falta de diligencia o de impericia (STS de 6 de septiembre de 2005), que, en definitiva, se ha de deducir de la relación entre el comportamiento dañoso y el requerido por el ordenamiento, como una conducta llevada a cabo por quien no cumple los deberes que le incumben, o como una infracción de la diligencia exigible, que en todo caso habría que identificar con un cuidado normal y no con una exquisita previsión de todos los posibles efectos de cada acto.

Límites a la objetivización de la responsabilidad por riesgo: referencia a las actividades de ocio, recreativas o deportivas.—Esta objetivización se limita, fuera de los supuestos legales, a las actividades que impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios (STS de 21 de marzo de 1996). (STS de 19 de diciembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El demandante, el día 21 de agosto de 1991, en una playa de Ibiza, alquiló una embarcación Zodiac. Dicha embarcación, había sido cedida por su propietario en favor de una Asociación, para la que prestaba sus servicios en calidad de empleado. La embarcación se encontraba en perfecto estado de funcionamiento, habiendo sido informado el actor de su manejo y peligros a evitar. El actor que ya había utilizado la embarcación con anterioridad y admitido que conocía perfectamente su manejo, cedió, sin autorización para ello, el pilotaje de la misma a un amigo, y la evidente inexperiencia de este último causó el siniestro: el actor cayó al agua y fue alcanzado por la hélice, sufriendo lesiones y secuelas cuya indemnización reclamó al propietario de la Zodiac (empleado de la empresa arrendadora), a la Cía. de Seguros que había asumido la responsabilidad civil del riesgo de accidentes que el alquiler de la

embarcación suponía, y a una tercera persona a la que le atribuyó el manejo de la embarcación cuando ocurrió el siniestro. La cantidad reclamada, con carácter solidario, ascendía a 26.679.428 pesetas. EL Juzgado estimó parcialmente la demanda al condenar al propietario de la Zodiac y a la entidad aseguradora a abonar al actor la suma de 12.190.993 pesetas. La sentencia fue recurrida por la aseguradora, y la Audiencia la revocó y absolvió a todos los codemandados. El TS no da lugar al recurso de casación. (*I. D.-L.*)

58. Responsabilidad extracontractual por accidente causado en la práctica del esquí. No es reprochable al empresario explotador de la pista la no adopción de medidas de seguridad superiores a la normal en el ejercicio de su actividad empresarial.—La esencia de la culpa consiste en no prever lo que pudo y debió de ser previsto o en la falta de adopción de las medidas necesarias para evitar el evento dañoso; como dice la sentencia de 10 de julio de 2003, «la previsibilidad del resultado es el presupuesto lógico y psicológico de la evitabilidad del mismo (sentencia de 9 de abril de 1963). La diligencia exigible ha de determinarse en principio según la clase de actividad de que se trate y de la que puede y cabe esperarse de la persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso» y la sentencia de 9 de octubre de 1999 afirma que «según reiterada doctrina jurisprudencial es esencial para generar culpa extracontractual el requisito en la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias del momento, no en abstracto, en la que puede estimarse previsible lo que no se manifiesta con constancia de poderlo ser».

Atendidas las circunstancias concurrentes, que la pista por la que discurrían los accidentados y su compañero era una pista calificada como «negra», reservada su utilización a esquiadores expertos, que el accidente se produjo al inicio de la pista en un tramo recto, con poca pendiente y con un ancho considerable de pista (25 metros), no es previsible, en la explotación normal de esta actividad en un tramo de pista de esas características, no existiendo ningún obstáculo que aumente el riesgo propio de ese deporte, sino que a consecuencia de la caída se produzca un desplazamiento del accidentado fuera de la pista, que obligara al explotador de la pista a adoptar medidas de seguridad tendentes a evitar las consecuencias dañosas de esa salida de la pista, habida cuenta, por otra parte, de la configuración del terreno adyacente a la misma. No puede exigirse, por tanto, a la codemandada recurrida, la empresa explotadora de la pista una previsibilidad superior a la normal en el ejercicio de su actividad empresarial.

Inexistencia de relación de causalidad entre el daño y la conducta omisiva de la demandada.—La recurrente parte de que existía una obligación por parte de la sociedad explotadora de la pista de colocar sistemas de cerramiento de la pista que impidieran la salida de la misma. Como señalan las sentencias de esta Sala de 13 de junio y 28 de octubre de 2005, la dirección de la entidad explotadora «no puede cercar con vallas las pistas, aun las cerradas»; en el lugar en que concurrieron los hechos no existían condiciones topográficas que hiciesen prever la existencia de peligro o de un riesgo anormal para la práctica del esquí y que hiciese necesaria la colocación de barreras de cualquier clase para evitar sucesos de esta naturaleza; no se puede apreciar, por tanto, la existencia de una relación de causalidad entre el daño sufrido por el demandante y una conducta omisiva de la demandada, ya que

no ha existido tal conducta omisiva, entendida ésta como abstención de hacer aquello a que se venía obligado.

También es necesario que exista relación de causalidad en la responsabilidad objetiva o cuasi-objetiva regulada en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.—En cuanto a la invocación que se hace del artículo 25 de la Ley 26/1984, aun en los supuestos de responsabilidad puramente objetiva o cuasi-objetiva es necesaria la existencia de un nexo causal entre la acción u omisión y el resultado dañoso; inexistente en este caso esa relación de causalidad entre omisión atribuida a la recurrida y el daño sufrido por el ahora recurrente, cae por su base la pretendida aplicación del artículo 25 invocado. **(STS de 15 de febrero de 2007; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—El demandante había tenido un accidente en una pista de esquí reservada para esquiadores expertos, al tropezar con otro esquiador que había caído y precipitarse hacia el lateral de la pista e impactar con un tronco. Demandó a la sociedad explotadora de la pista de esquí y la Compañía Aseguradora imputando a la primera que no hubiera colocado vallas para impedir la salida de la pista. El juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda condenando solidariamente a las demandadas a abonar al demandante una indemnización por los daños sufridos. Interpuesto el recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó, desestimando íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. *(M. C. B.)*

59. Responsabilidad extracontractual. Daños que las explotaciones mineras provocan en los edificios que se encuentran en su área de influencia. Omisión de la diligencia debida y nexo causal.—No cabe duda que las explotaciones mineras son una actividad de riesgo, no sólo para quienes realizan las labores propias de las mismas, sino también para las personas y bienes de quienes se encuentran en su área de influencia, como son las que resultan afectadas por la subsidiencia minera, como es el caso litigioso. Ello obliga a las empresas que las explotan a observar un plus de diligencia en el ejercicio de su actividad a fin de evitar posibles y previsibles daños a terceros. La sentencia a quo no basa su pronunciamiento condenatorio en una pura responsabilidad objetiva fundada en la existencia de una relación de causalidad material, sino en la omisión de aquella diligencia debida atendida la clase de industria extractiva de que se trataba. Así ni la demandada, ni el ingeniero director de la explotación tuvieron en cuenta que en la vertical de la explotación minera se encontraban las instalaciones de la actora y de otras personas, que también resultaron dañadas, y a las que podía afectar el fenómeno de la subsidiencia; tampoco tuvieron en cuenta la presencia de un lecho de anhídrita modular, la cual al hidratarse experimenta una dilatación del 40%, con las consecuencias que recoge la sentencia de primera instancia. La falta de atención a estas circunstancias es lo que justifica, atendida la clase de actividad generadora de evidentes riesgos, el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

La prueba de la culpa se desplaza cada vez más a la prueba del nexo causal.—La sentencia de 25 de septiembre de 2003 recoge la doctrina jurisprudencial sobre la necesidad de un nexo causal entre la acción u omisión

imputada al agente y el daño producido; así la sentencia de 30 de abril de 1998, citada en la de 2 de noviembre de 2001, dice que «como ha declarado esta Sala (sentencia de 22 de febrero de 1946 y otras posteriores) en el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de declararse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo; queda así expresado que la relación de causalidad, como es el caso debatido, es más bien un problema de imputación; es decir, que los daños y perjuicios se deriven o fueren ocasionados por un acto u omisión imputables a quienes se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicios resultan consecuencia necesaria del acto u omisión del que se hace dimanar». Por otra parte, la sentencia de 10 de octubre de 2002 dice que «el artículo 1902 del CC ha sufrido una evolución jurisprudencial acorde con la realidad siempre cambiante (art. 3.1 del CC) que, manteniendo un fondo de reproche culpabilístico, desplaza cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexo causal y se subsume en la causa del daño la prueba de la culpa»; asimismo tiene declarado esta Sala que «corresponde la carga de la prueba de la base fáctica (del nexo causal) y por ende las consecuencias desfavorables de su falta al demandante» y «en todo caso es preciso que se pruebe la existencia de nexo causal, correspondiendo la prueba al perjudicado que ejercita la acción (sentencia de 6 de noviembre de 2001, citada en la de 23 de diciembre de 2003); «siempre será requisito ineludible la existencia de una relación de causalidad entre la conducta activa y pasiva del demandado y el resultado dañoso producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido constatarse (sentencia de 3 de mayo de 1995, citada en la de 3 de octubre de 2002»; «como ya ha declarado con anterioridad esta Sala la necesidad de cumplida demostración del nexo referido que haga patente la culpabilidad del agente en la producción del daño que es lo que determina su obligación de repararlo –no puede quedar desvirtuada por una aplicación de la teoría del riesgo o de la inversión de la carga de la prueba, soluciones que responden a la interpretación actual de los artículos 1902 y 1903 en determinados supuestos pues el cómo y el porqué se produjo el accidente siguen constituyendo elementos indispensables en la identificación de la causa eficiente del evento dañoso» (sentencia de 27 de febrero de 2002).

Acreditada en el presente caso la base fáctica del nexo causal, resulta igualmente acreditada la causalidad jurídica en cuanto que tal resultado dañoso es imputable a los ahora recurrentes por la imprevisión de los efectos de la subsidiencia en las edificaciones situadas en la vertical de la explotación minera y la omisión de toda medida tendente a evitar la producción de esos previsibles daños. (**STS de 9 de febrero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—Una entidad mercantil demandó a varias sociedades y particulares solicitando que se les condenase a reparar los daños causados en diversas edificaciones por las explotaciones mineras llevadas a cabo por los demandados. El juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a los dos demandados citados en primer lugar y absolviendo al resto de los demandados. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo ratificaron esa decisión. (*L. F. R. S.*)

60. Causalidad jurídica.—«El nexo entre acción y daño no puede reducirse a una *quaestio facti*, sino que, a partir de una constatación de un cierto hecho/conducta que es objeto de prueba, se ha de determinar qué daños causalmente ligados han de ponerse a cargo del presunto responsable, utilizando para ello criterios que han de extraerse del sistema normativo de la responsabilidad, a través de la operación que se denomina en la doctrina imputación objetiva y consiste en la determinación de una causalidad jurídica de los daños.» «Cabe concluir que sin la actuación imprudente del piloto no se hubiera producido el evento dañoso, cumpliendo así la exigencia básica que, de acuerdo con la teoría de la *condicio sine qua non*, se exigiría para determinar el nexo causal, y mucho más si se considerara desde la perspectiva de la llamada *causalidad adecuada*».

Inexistencia de caso fortuito.—Cuando el acontecimiento fue debido al incumplimiento de un deber relevante de previsibilidad no puede darse la situación de caso fortuito, pues entonces falta la adecuada diligencia por omisión de atención y cuidado requeridos con arreglo a las circunstancias del caso. La culpa es incompatible con el caso fortuito, y para la exoneración con motivo de un caso fortuito se requiere que el deudor o el agente se estén comportando correctamente en el desarrollo de la actividad de que se trate, salvo que el comportamiento negligente o culposo no haya producido un incremento del riesgo de que se produzca el evento dañoso en cuestión, o, en otras palabras, no se producirá imputación cuando aún en el caso de haber obrado diligentemente el agente, el concreto evento dañoso se hubiera producido con total seguridad o con una total probabilidad que haya de ser tenida por equivalente a la certeza.

Responsabilidad por hechos de los auxiliares.—«Más que un arrendamiento de cosa, se trata de un arrendamiento de obra o *locatio operis*, que obliga al propietario de la aeronave, a la obtención de un resultado. El aquí arrendatario, HELISOL, S. A., tuvo atribuida durante un tiempo la gestión comercial de la aeronave, pero en ningún caso la gestión y control de la navegación, que queda en poder de la propietaria. La responsabilidad por hecho de los auxiliares o dependientes corresponde a la propietaria ahora recurrente.» (STS de 2 de enero de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—*Viprom Televisión, S. A.*, contrató a don J.L.A., Cámara profesional, para la grabación de un reportaje de vídeo sobre una estación de esquí en Sierra Nevada. La aeronave en la que viajaban Don J.L.A. y otros se precipitó sobre el terreno, falleciendo el piloto y produciendo graves heridas en los pasajeros. La demanda de reclamación de daños y perjuicios interpuesta por Don J.L.A. y otros se dirigía contra el propietario de la aeronave *Heliswiss Iberica, S. L.*; la arrendataria de la misma *Helisol, S. A.*; y la aseguradora *La Unión y El Fenix Español, S. A.*, El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó solidariamente a los demandados a pagar una indemnización por los daños materiales. La Audiencia Provincial desestimó el recurso interpuesto por *Heliswiss Iberica, S. L.*; estimó en parte el recurso del actor Don. J.L.A. fijan-

do una indemnización superior, y estimó en parte también el recurso interpuesto por *Helisol, S. A.*, absolviéndola de las pretensiones aducidas contra ella. *Heliswiss Iberica, S. L.* presentó recurso de casación en apoyo a los siguientes motivos: aplicación indebida del artículo 1902 del CC, así como la jurisprudencia que lo interpreta; aplicación indebida del artículo 1105 CC; e infracción del artículo 1903. 1.º y 4.º del CC, puesto que, según el recurrente, sólo cabría exigirle responsabilidad a la propietaria-recurrente en cuanto al funcionamiento de la aeronave o a la idoneidad del piloto, y no respecto de la actuación del piloto, ya que *Helisol, S. A.*, fue la que como arrendataria de la aeronave aceptó tener bajo su dependencia jerárquica al piloto. El Tribunal Supremo desestima el recurso. (*E. C.V.*)

61. Asunción del riesgo creado.—Culpa exclusiva de la víctima. Concorre la circunstancia de «culpa exclusiva».

Causalidad jurídica. En el aspecto causal es necesario que quepa atribuir a quienes se pretende hacer responsables, en todo o en parte, de un evento dañoso, algún tipo de comportamiento, activo o pasivo, que haya incidido en el desencadenamiento del resultado, y en el presente caso lo único que cabe atribuir a las codemandadas es la organización del festejo, lo cual, si bien es relevante en el ámbito de la causalidad material o física, no es suficiente, por sí sólo, para generar la causalidad jurídica, la cual es imputable únicamente al propio perjudicado. (**STS de 27 de enero de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—D.P.S.G. interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de Picassent (Valencia), siendo parte demandada la Asociación Local de Jubilados y Pensionistas de Picassent, la Compañía *Aseguradora General Europea, S. A.*, (GESA), y el Ayuntamiento de Picassent. En su demanda el actor reclamaba una indemnización por los daños y perjuicios sufridos al haber sido corneado por una vaquilla en un encierro que tuvo lugar con ocasión de los festejos taurinos de su localidad. Las sentencias del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial desestimaron, respectivamente, la demanda y el recurso de apelación. Posteriormente, se interpuso por el actor recurso de casación articulado en un único motivo, en el que denunciaba la violación de los artículos 1902 y 1903 CC y de la doctrina jurisprudencial. El Tribunal Supremo desestima dichas pretensiones. (*E. C.V.*)

62. Responsabilidad extracontractual. Carga de la prueba.—La jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 del CC. Es procedente prescindir de una supuesta objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. La inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, sólo es aceptable en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está

especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole.

La asunción de los riesgos generales de la vida, de los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar o de los riesgos no cualificados, pues riesgos hay en todas las actividades de la vida es un criterio de imputación del daño al que lo padece. En los supuestos en que la causa que provoca el daño no supone un riesgo extraordinario no procede una inversión de la carga de la prueba respecto de la culpabilidad en la producción de los daños ocasionados.

Responsabilidad extracontractual. Comunidad de propietarios.—

Existe responsabilidad de la comunidad de propietarios o de los titulares del negocio cuando es posible identificar un criterio de responsabilidad en el titular del mismo, por omisión de medidas de vigilancia, mantenimiento, señalización, cuidado o precaución que debían considerarse exigibles. Por el contrario, no puede apreciarse responsabilidad en los casos en los cuales la caída se debe a la distracción del perjudicado o se explica en el marco de los riesgos generales de la vida por tratarse de un obstáculo que se encuentra dentro de la normalidad o tiene carácter previsible para la víctima. (STS de 22 de febrero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.]

HECHOS.—Como consecuencia de la acumulación de agua que existía en el suelo debido al goteo de los paraguas proveniente de la lluvia caída en el exterior y de la falta de limpieza del mismo, D.^a Susana se cayó al suelo en un supermercado. La caída le provocó una fractura del cuello del fémur izquierdo, lesión que determinó sucesivas intervenciones quirúrgicas, consistentes en la implantación de sucesivas prótesis en la cadera y baja prolongada. Interpuesta la demanda, en la que D.^a Susana reclamaba 9.000.000 pesetas, el Juzgado de Primera Instancia condenó al supermercado y a la aseguradora a abonar a D.^a Susana 6.767.628 pesetas. La responsabilidad que la sentencia les imputa se basa en no haber adoptado las medidas de seguridad y limpieza que las circunstancias concurrentes exigían para evitar un siniestro que se consideró previsible y evitable. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial revocó esta sentencia y desestimó la demanda.

NOTA.—El Tribunal Supremo coincide en la sentencia anotada con la Audiencia Provincial en que no existe elemento alguno de orden fáctico que permita identificar la existencia de negligencia por parte del titular del establecimiento. Afirma que los materiales empleados para la construcción del suelo no sólo resultaban adecuados, sino que presentaban un grado suficiente de seguridad y adherencia. Finalmente, la sentencia desecha el carácter imprevisible, como accidente u obstáculo, del estado húmedo o mojado del suelo en zona próxima a la entrada del mercado en día de lluvia, para quien penetra en el local provisto de un paraguas.

La sentencia aplica correctamente a los hechos que declara probados un criterio de imputación causal que implica poner a cargo de quienes lo sufren aquel daño que se produce como consecuencia de los riesgos generales de la vida inherentes al comportamiento humano en la generalidad de los casos, según la regla «*id quod plerumque accidit*» (lo que sucede normalmente). Para ello tiene en

cuenta que el estado húmedo o mojado del suelo del establecimiento próximo a la entrada como consecuencia de la lluvia constituye un acontecimiento previsible por parte de los clientes, que deben tomar las medidas de precaución adecuadas para evitar las caídas. (M. C. L. J.)

63. Culpa extracontractual: lesiones sufridas por subcontratista al derrumbarse un balcón no apuntalado: responsabilidad eventual del dueño de la obra al carecer de licencia municipal.—Sólo podría declararse ésta si la falta de licencia municipal fuera causa determinante del accidente, o que la selección del contratista no hubiera sido adecuada, por recaer en persona sobre la que no se hubiera vigilado la concurrencia de las aptitudes necesarias para la realización de la obra; pero estas suposiciones resultan incompatibles con las conclusiones que en el terreno fáctico sienta la sentencia recurrida.

Responsabilidad eventual del técnico director de la obra.—Sólo sería aplicable en el caso de que la falta de previsión de medidas de seguridad en el proyecto hubiera sido la causa del accidente o el técnico hubiera tenido participación en la dirección de la obra conforme al proyecto que en su día confeccionó; sin embargo, la sentencia afirma que la causa del accidente fue la falta de apuntalamiento del balcón, y que no existe prueba de que se comunicase la iniciación de la obra al arquitecto técnico que debía hacerse cargo de su dirección y fiscalización.

Responsabilidad del contratista.—En principio le corresponde adoptar las medidas de seguridad como encargado de la obra, pero la sentencia afirma que el subcontratista, a quien se le encomendó el vaciado del inmueble, como titular de empresa especialista en la materia, actuó con plena autonomía en la dirección de la obra y en la adopción de medidas de seguridad.

Responsabilidad del subcontratista.—La subcontratación se hizo se hizo a favor de una empresa especializada en las labores de vaciado que llevaba años realizando dichos trabajos y que contaba con número suficiente de trabajadores para ello, la cual asumió la realización de la obra con autonomía plena y respecto de la cual no constaba que no reuniera los mínimos necesarios para hacerse cargo de la obra; el subcontratista se había responsabilizado directamente de la dirección de la obra, como titular de una empresa especializada en la materia, por lo que asumía una posición prevalente respecto de la adopción o promoción de las medidas de seguridad suficiente para desplazar a su cargo, en función de criterios de causalidad adecuada, la imputación por la falta de medidas respecto de quien le encargó la dirección de la obra, pues resulta improcedente apurar el regreso de la cadena causal hasta el concedente de la obra si la conducta omisiva del subcontratista no se demuestra que se ha visto significativamente favorecida por la actuación de aquél; frente a la situación prevalente del subcontratista nacida de su acreditada experiencia y especialización, no puede atribuirse relevancia a la conducta omisiva de quien, como contratista no especializado y sin experiencia, confiaba la realización de la obra a quien en virtud de estas circunstancias estaba llamado a asumir una situación de dominio de la actividad potencialmente dañosa. (STS de 7 de diciembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Supuesto de hecho complejo que muestra a un grupo de «personajes en busca de responsable». Don Bruno es titular de una acreditada empresa de excavaciones quien subcontrata la obra y empieza a trabajar en el vaciado de la finca siendo alcanzado por un balcón que se derrumba y le lesiona gravemente (240 días de baja). Don José M.^a es el dueño del edificio que actúa frente al Ayuntamiento de modo claramente irregular pues no logra licencia para el vaciado y reconstrucción, y sí en cambio para restauración. Don Gaspar es el contratista que, inicialmente, se iba a encargar de la restauración, pero que al cambiar de opinión el dueño de la obra, busca un subcontratista especializado. Don José Manuel es el arquitecto técnico que realizó el proyecto de restauración, pero que no intervino en la subcontrata. Hay un procedimiento penal contra todos los luego civilmente demandados, que termina con la absolución de los imputados, y que abre lógicamente la vía civil. Don José M.^a ha cometido un ilícito administrativo pues, careciendo de licencia municipal, acomete las obras de vaciado y reconstrucción ¿deberá además responder por los daños extracontractuales que se causen durante la ejecución de la obra no autorizada administrativamente?. En principio Don Gaspar ha actuado sensatamente pues ignora todo sobre las tareas de excavación y, por ello, busca a un especialista; pero sigue vinculado con el dueño de la obra y asume las obligaciones del subcontrato de obra ¿debe informar al subcontratista que la obra no está municipalmente autorizada? Don José parece que debe ser inicialmente exonerado pues el subcontratista no contó con él para iniciar las obras ni para dirigir las. La s. extractada exculpa a todos los demandados y viene a concluir: sibi imputet.

NOTA.—El recurso se plantea en el ámbito extracontractual y la sentencia depura al máximo las posibles responsabilidades de esta clase, pero ¿es posible una total desvinculación de las relaciones contractuales que median entre los sujetos? La misma sentencia invoca la doctrina jurisprudencial sobre las relaciones entre contratistas y subcontratistas. El dueño de la obra no puede ocultar que carece de licencia municipal al tratar con el contratista, ni éste al hacerlo con el subcontratista; y de haberlo sabido ¿hubiera éste iniciado con prisa las obras de demolición? ¿No resulta paradójico que la víctima resulte ser la única culpable? (G. G. C.)

64. Responsabilidad extracontractual derivada de accidente acaecido por la presencia indebida de una línea de alta tensión próxima a una edificación. Obligación de indemnizar solidaria de la entidad para la que trabajada el obrero fallecido y la Compañía eléctrica.—En el caso enjuiciado, atendiendo a los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, no puede, en puridad, determinarse cuál es el grado de participación de los distintos agentes que, mediante su conducta consistente en la omisión de las medidas de seguridad adecuadas, originaron el daño causado. Por consiguiente, procede, de acuerdo con la jurisprudencia, la condena solidaria de las dos entidades causantes del daño.

El principio *iura novit curia* permite que el juez pueda fijar el carácter parciario o solidario de las obligaciones sin necesidad de que lo solicite la

parte demandada.—El principio *iura novit curia* [el tribunal conoce el Derecho] permite al juzgador determinar el carácter parciario o solidario de la responsabilidad declarada por daños sin necesidad de que la parte demandada lo solicite, siempre que tal declaración se produzca en el ámbito de la pretensión deducida en la demanda, como ocurre en el caso examinado. (STS de 2 de enero de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Cuando estaba desplazándose por la cubierta de un edificio, un trabajador recibió una descarga eléctrica de un cable de alta tensión situado a una distancia de 1,39 metros de la cubierta y que causó su muerte por electrocución. La viuda del trabajador fallecido demandó a la sociedad para la que trabajaba su marido y la Compañía eléctrica. El juez de primera instancia estimó íntegramente la demanda, condenando a las demandadas a indemnizar solidariamente a la demandante. Interpuesto el recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente y condenó a las demandadas a satisfacer partes desiguales de la indemnización, ya que la entidad para la que trabajaba el fallecido contribuyó en mayor proporción al daño. Interpuesto el recurso de la casación por la demandante, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo y condenó solidariamente a las demandadas. (*M. C. B.*)

65. Culpa extracontractual: responsabilidad de la Junta Constructora de un Museo por fallecimiento de menor aplastado por escultura exhibida, mal ensamblada.—La sentencia recurrida considera indiscutible la responsabilidad de la entidad demandada sobre la base de que «los encargados del recinto museístico no sólo omitieron la adopción de unas razonables medidas de seguridad, sino que consintieron la creación de un riesgo superior al normal, ya que toleraban el tocamiento de una escultura de estabilidad precaria, como lo prueba que la fuerza de un niño de cinco años de edad la descompusiera apenas un año después de su colocación y fijación». Pero si tal es la razón de la imputación a la demandada del daño y de la atribución de responsabilidad, no puede admitirse la relevancia causal que el tribunal de instancia aprecia en la conducta de los progenitores del menor fallecido, pues no contribuyó eficazmente a la producción del daño en la medida en que, habida cuenta de las circunstancias que rodearon al desgraciado accidente, aun cuando el menor se encontrara sometido a la más estrecha vigilancia de sus progenitores, no quedaba excluida la causación del desgraciado accidente. Este se produjo, en el plano de la causalidad física, por la acción del menor, pero en la vertiente jurídica de la causalidad la creación de aquel riesgo extraordinario por parte de la demandada, colocando una escultura de inestabilidad acusada e integrada por las tres piezas simplemente ensambladas unas sobre otras y rejuntadas con yeso, y accesible para los visitantes del museo sin impedimento alguno, se erige en la única causa, con relevancia y eficacia en la producción del daño, dejando sin transcendencia a los restantes actos que, como sucede con la conducta de los progenitores del menor fallecido, se presentan como antecedentes.

Ausencia de responsabilidad de los padres.—No se discute que el 30.07.94, los actores entraron en el Museo acompañando a su hijo Lorenzo de la mano, quien nada más de comenzar la visita al recinto se desasíó de la

misma, al parecer por llamarle atención una réplica de yeso de las constelaciones, asíéndose, colgándose o balanceándose en la misma, lo que provocó el desamblaje y posterior caída de los tres módulos que constituían la escultura, cayendo sobre el menor, quien resultó con fractura de la base del cráneo lo que provocó su muerte. Los actores han acreditado fehacientemente que la causa del hecho determinante del fallecimiento de su hijo no puede ser razonablemente otra que la estructura por trozos de la escultura que cayó encima del niño. Por el contrario, no puede razonablemente concurrir a dicho nexo causal circunstancia distinta de que el niño no estuviera cogido de la mano en lugar cerrado, sin que la demandada tampoco aclare quien de sus familiares había de cogerle la mano. Siendo normal y no exigible que dentro de un recinto cerrado un menor no pueda deambular por sí sólo, la conducta de sus padres no concurre en modo alguno a la producción del hecho y mucho menos con el resultado de que tuviera que sufrir la posible y negada conducta negligente la hermana menor de edad del niño fallecido.

Cuantía de la indemnización: no hay incongruencia si se fijan en la sentencia.— Conforme a pacífica jurisprudencia, es en la fase declarativa del proceso cuando deben ser alegados y acreditados los perjuicios, cuya reparación se postula, y sólo en el caso de que durante el proceso sea imposible demostrar la cuantía de los daños y perjuicios, cabrá hacer la reserva del artículo 360 Lec.1881. Tampoco cabe apreciar vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por haber determinado y concretado el importe de los perjuicios indemnizables en esta fase declarativa, si se tiene en cuenta que los daños y perjuicios que cabe reclamar son los que tienen causa generadora a la fecha de la demanda, pues una condena respecto de los hipotéticos posteriores implicaría una inadmisibles condena de futuro viciada por la incertidumbre acerca de la realidad de los mismos. En el presente caso, la Sala, asumiendo la instancia, ha de tener en cuenta que se ha rechazado la concurrencia de culpa por parte de los padres que estimó la Audiencia. **(STS de 26 de enero 2007; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

NOTA.—Un desgraciado accidente en un museo barcelonés obliga a replantear algunos temas cuya actualidad viene determinada, de un lado, por la creciente afluencia de público a los Museos y Exposiciones, y, de otro, por la también mayor presencia entre aquél de padres con hijos menores. ¿Hasta dónde deben llegar las medidas de seguridad, relativas a las personas, en relación con el material expuesto? ¿Cómo organizar la visita de menores de edad a dichos lugares, ya se verifique con sus profesores, ya sea en compañía de sus familiares? En el caso concreto parece clara la negligencia del Museo que expone una escultura formada artificialmente por tres piezas simplemente ensambladas con escayola, colocada en situación inestable, figurando en ella al parecer las constelaciones, y que llama la atención de un menor de cinco años, quien, acercándose, se balancea colgándose de aquélla, hasta que la escultura exhibida se fragmenta y el menor resulta aplastado por sus trozos. El thema debatendi que llega a la casación es la de si hay, o no, concurrencia de la responsabilidad de los padres (la AP la había fijado en un tercio del total del daño) con la indudable del Museo. La s. extractada rechaza contundentemente la co-responsabilidad de los padres y fija una indemnización por daño moral de diez

millones de pts a cada progenitor y de tres millones a su hermana menor, aparte de otra suma inferior por daños materiales. En adelante aquellas entidades tendrán que atender a la naturaleza de los objetos expuestos, así como a su situación en el interior o en el exterior del edificio, sin desdeñar la presencia eficiente de vigilantes en cada sala si la exposición es en el interior; todo ello sin descuidar una cuidadosa reglamentación para la visita de menores de edad. ¿Habrán que fijar una edad mínima para que los menores acudan a un museo? ¿y a partir de qué edad podrán acudir solos? (G. G. C.)

66. Responsabilidad por hecho ajeno. Responsabilidad del promotor de la obra por los hechos de la empresa constructora.—Existe una jurisprudencia reiterada (v. gr., SSTS de 4 de enero de 1982 y de 8 de mayo de 1999) conforme a la cual, cuando se encarga a un contratista la realización de una obra, la responsabilidad corresponde exclusivamente a éste, como contratista independiente, siempre que este contrato no sea determinante de una relación de subordinación o dependencia entre la empresa promotora y la contratista. En este sentido, se entiende que existe dependencia, y que el contratista no actúa formalmente como autónomo, cuando está sujeto al control de la promotora de la obra o se encuentra incardinado en su organización y es a la promotora a quien le corresponde el control, la vigilancia y la dirección de las labores encargadas.

Responsabilidad por hechos propios. Selección de contratista inadecuado.—Según el TS (SSTS de 18 de julio de 2005, 3 de abril y 7 de diciembre de 2006 y 25 de enero de 2007), cuando se demuestra que la elección de una empresa, a la que se contrata para la realización de una obra, ha sido hecha negligentemente —puesto que dicha empresa no reúne las características necesarias para ofrecer las debidas garantías de seguridad—, el comitente puede ser declarado responsable por hecho propio, por incumplimiento del deber de diligencia en la selección del contratista.

Pacto de limitación de la responsabilidad por hecho ajeno. Inoponibilidad frente a tercero.—En virtud del principio de la relatividad del contrato, no es oponible frente a terceros ajenos al ámbito contractual el pacto que establezcan entre sí la empresa promotora y la constructora de una obra para exonerar de responsabilidad a la primera por los daños causados por la segunda.

Excepción de prescripción de la acción de responsabilidad civil en caso de pluralidad de responsables.—De acuerdo con reiterada jurisprudencia (sirvan de ejemplo las SSTS de 23 de junio de 1993, 30 de noviembre de 2000 y 13 de diciembre de 2005), la estimación o desestimación de la excepción de prescripción de la acción de responsabilidad civil respecto de alguno de los responsables no vincula al juzgador en cuanto a la posible estimación o desestimación en relación a otro, ya que cada uno de ellos se encuentra en distinta posición procesal respecto de la parte actora, en cuanto a posibles relaciones sustantivas o materiales con la misma, y ya que la existencia o no de interrupción del plazo de prescripción ha podido operar respecto de unos y no de otros responsables.

Cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil en caso de proceso penal previo.—La acción civil sobre el hecho que motiva la apertura de un proceso penal no puede ejercitarse hasta que sea resuelta la cuestión penal, bien sea por sentencia o por auto de sobreseimiento

firme (arts. 111 y 114 LECrim); consiguientemente, no comienza a computarse hasta ese momento la prescripción de la acción. Por tanto, mientras el proceso penal esté subsistente –cualquiera que sean las personas implicadas–, la víctima de un daño derivado de los hechos objeto del proceso penal no puede formular demanda civil ni contra ellas, ni contra otras distintas, siempre, eso sí, que el proceso penal y el civil correspondiente versaran sobre el mismo hecho y se asentaran sobre iguales presupuestos (SSTS de 12 de abril de 2004 y 7 de febrero de 2006).

Seguro de responsabilidad civil frente a terceros. Exclusión de los asalariados del tomador del seguro.—El Tribunal Supremo considera que la cláusula de un seguro de responsabilidad civil frente a terceros, conforme a la que se define expresamente a los terceros como cualquier persona física o jurídica «distinta de los asalariados y personas que, de hecho o de derecho, dependan del tomador del seguro o del asegurado, mientras actúen en el ámbito de dicha dependencia», delimita y no limita el objeto y el ámbito del seguro. Por ello, no puede aplicarse a este tipo de cláusulas el tratamiento que prevé el artículo 3 LCS (necesidad de que sean destacadas de modo especial y aceptación específica por escrito).

Pluralidad de responsables del hecho dañoso. Responsabilidad de la aseguradora de uno de ellos.—Cuando en la producción del daño existen varios agentes, sin que sea posible especificar el grado de participación de cada uno de ellos, la responsabilidad frente a la víctima es solidaria entre los mismos. Ahora bien, si resulta condenada también solidariamente la aseguradora de uno de los responsables, ésta no responderá de más de lo que, de acuerdo con la condena, deba hacer efectivo su asegurada.

Interpretación del artículo 20 LCS y del concepto de justa causa.—Son numerosas las sentencias en las que se interpreta lo que debe entenderse por justa causa en el contexto del artículo 20 LCS (*v. gr.*, SSTS de 8 de noviembre de 2004 y 21 de diciembre de 2005). En este sentido, el Tribunal Supremo considera que la posible iliquidez de la indemnización no exonera a la compañía aseguradora de acudir a algo tan simple y efectivo para liberarse del pago como es el ofrecimiento de pago y, en su caso, la consignación judicial de lo que se entendía adecuado.

Doctrina de los actos propios. Requisitos.—Para aplicar el efecto vinculante de la doctrina de los actos propios es necesario, por un lado, que los actos considerados sean válidos, resulten probados, provengan de una determinación espontánea y libre de la voluntad y se exterioricen de forma expresa o tácita, pero de modo indubitado y concluyente. Por otro lado, es preciso que estos actos tengan una significación jurídica inequívoca, de manera que exista una incompatibilidad o contradicción entre la conducta desarrollada y la pretensión ejercitada. Con ello, lo que se pretende es que en ningún caso puedan contradecir a los anteriores, provocando una situación de incertidumbre que desconcierte a terceros afectados por los mismos y que rompa el principio de confianza y de buena fe que debe presidir las relaciones privadas, de acuerdo con el artículo 7 CC. (STS de 1 de febrero de 2007; ha lugar en parte al recurso de los demandantes, no ha lugar al recurso de los demandados.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Un obrero falleció en un accidente mientras trabajaba en la construcción de un edificio. La grúa instalada en la obra se desprendió de su base, se precipitó sobre el inmueble y cayó sobre el trabajador. La empresa que promovía la obra, a su vez,

había subcontratado la construcción con otra empresa, propietaria de la grúa. No obstante, la empresa promotora se había reservado la dirección técnica de la obra, por lo que realizaba visitas periódicas de inspección y control de las obras y quedó encargada igualmente de solicitar de la Administración los permisos necesarios para la puesta en funcionamiento de la grúa causante del siniestro.

Instruidas diligencias penales por estos hechos, sólo se personó como perjudicada la madre del trabajador. En el juicio de faltas que siguió, recayó sentencia absolutoria, que fue confirmada por la Audiencia Provincial en sentencia de 10 de diciembre de 1994. Posteriormente, el 3 de noviembre de 1995, ambos progenitores del fallecido interpusieron demanda de responsabilidad extracontractual contra la empresa promotora y su aseguradora, la empresa constructora (subcontratista) y su aseguradora, contra la aseguradora de la responsabilidad de los profesionales encargados de la dirección superior de la obra, la aseguradora de la responsabilidad civil profesional de los técnicos intervinientes en la construcción y contra el instalador de la grúa. En su demanda solicitaban que se declarara la responsabilidad solidaria de todos los demandados y la condena a la indemnización que solicitaban, indemnización que, en el caso de las aseguradoras debía, incrementarse en el veinte por ciento, de acuerdo con el artículo 20 LCS.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó solidariamente a la empresa constructora y a su aseguradora al pago de parte de la indemnización solicitada por los demandantes, más los intereses del veinte por ciento a cargo de esta última. Contra la sentencia interpusieron recurso de apelación tanto los demandantes, como la empresa constructora y su aseguradora. La Audiencia Provincial estimó parcialmente ambos recursos, resultando de ello la absolución de la aseguradora de la constructora —por estimar que el contrato de seguro sólo cubría la responsabilidad civil frente a terceros y no frente a los profesionales de la obra—, así como la estimación de la excepción de prescripción de la acción ejercitada por el padre del fallecido y la condena solidaria de la constructora, la promotora y la aseguradora de esta última al pago a la madre de parte de la indemnización solicitada, sin incluir los intereses del artículo 20 LCS. Esta sentencia fue recurrida en casación por los progenitores del fallecido, así como por la empresa promotora y su aseguradora. El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de los progenitores y desestimó los otros dos recursos. (A. M. M.)

67. Responsabilidad extracontractual. Accidente debido a la falta de cuidado de una estación de servicios, que permitió que se filtrara combustible al sótano del local contiguo. El plazo de prescripción comienza a contarse desde que se notifica el auto de sobreseimiento libre a la hoy demandante.—Atendida esta reiterada jurisprudencia ha de tenerse, en este caso, como día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de un año del artículo 1968.2.º del CC, el día 7 de noviembre de 1995 en que el Juzgado de Instrucción de Gernika-Lumo notificó, personalmente, a la hoy actora y recurrente el auto de sobreseimiento libre dictado por la Audiencia

Provincial en el proceso penal. La notificación hecha en la persona del Letrado don José Ricardo Palacio no tiene la virtud interruptora del plazo prescriptivo que le da la Sala de instancia; aunque el citado Letrado había intervenido en defensa de la aquí actora en las diligencias penales seguidas ante el Juzgado de Instrucción y fue esa parte la que recurrió en apelación ante la Audiencia, aquél no ostentaba ante ésta la representación de la señora María Purificación. En el recurso de apelación contra los autos del Juez de Instrucción en el procedimiento abreviado, la fase de alegaciones tiene lugar ante el propio Juzgado (art. 787.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), sin que las partes hayan de personarse ante la Audiencia que resuelve a la vista de las alegaciones de las partes ante el Juzgado. La notificación del auto de sobreseimiento al repetido Letrado no puede encontrar amparo en el artículo 788.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, referido a la defensa del imputado; tal notificación carece, se repite, de *virtualita interruptiva* por no tratarse de notificación personal a la actora en este procedimiento.

Nexo causal entre la conducta omisiva de los demandados y el resultado lesivo, sin perjuicio de que concurriera la culpa de la víctima.—Como señala la sentencia de esta Sala de 27 de enero de 2006, cuando en la producción de un daño puede haber incidido una pluralidad de causas, no es suficiente la acreditación de que se ha sufrido realmente aquel detrimento personal o patrimonial para la imputación de responsabilidad a cualquiera de los sujetos que han llevado a cabo una de las conductas antecedentes o a todos ellos, pues no todos los acontecimientos que preceden al evento dañoso tienen la misma relevancia, se hace preciso demostrar, en efecto, la existencia de un nexo causal entre los actos llevados a cabo por las personas contra las que se dirigió la demanda y la lesión o perjuicios inferidos y que la relación de causa a efecto no ha sido interrumpida por la intervención de otros sujetos.

Establece la sentencia de 16 de mayo de 2001 que «esta Sala se basa en la doctrina jurisprudencial de la causalidad adecuada o eficiente para determinar la existencia de relación o enlace entre la acción u omisión —causa— y el daño o perjuicio resultante —efecto— pero siempre termina afirmando que opta por soluciones que permitan valorar en cada caso que el acto antecedente que se presente como causa tiene virtualidad para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, y que la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las conductas o circunstancias que el buen sentido señala en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal»; asimismo tiene declarado esta Sala que no cabe considerarse como no eficiente la causa que, concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de esta última (sentencia de 24 de mayo de 2004 y las en ella citadas).

Desde estos parámetros valorativos, ha de afirmarse la existencia de un nexo causal directo entre la conducta omisiva de Canal Motor, S. A., y de su administrador don Jesús Carlos y el resultado lesivo acaecido, pues la causa de la acumulación de gases altamente combustibles en el sótano en que se produjo la explosión, es a ellos imputable.

Es cierto que a dicho evento dañoso concurrió causalmente la conducta de la propia víctima que, no obstante su condición de experto, permitió que le acompañasen en su labor de inspección personas legas en la materia; bien sea, por una actuación directa del fallecido en la provocación del foco de ignición, o porque éste lo produjese alguna de las personas que, negligente-

mente, permitió que le acompañasen, la víctima contribuyó a la producción del resultado aunque no de forma que interrumpiese el curso causal de los hechos imputados a los codemandados condenados en la primera instancia.

(**STS de 9 de febrero de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—La falta de cuidado de una estación de servicios dio lugar a su estado corrosivo, encontrándose con perforaciones que permitieron la salida de los combustibles almacenados y su llegada al sótano del local contiguo, cuyo propietario realizó negligentemente una labor de inspección que contribuyó a la producción del luctuoso resultado. La viuda de la víctima demandó a ocho personas cuando no había transcurrido aún un año desde que la demandante fue notificada del auto de sobreseimiento del procedimiento penal, pero más de un año después desde que el sobreseimiento fuera comunicado al que fue abogado de la hoy demandante. El juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda, condenando al dueño de la estación de servicios, al administrador de la misma, al Gobierno vasco y otra persona más a indemnizar a la demandante y absolviendo a los otros demandados. Interpuesto el recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó, desestimando íntegramente la demanda por apreciar la prescripción de la acción. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, confirmando la sentencia del juez de primera instancia. (*M. C. B.*)

68. Responsabilidad extracontractual derivada de accidente piro-técnico en festejo popular. El juez puede fijar la indemnización en su sentencia, a pesar de que el demandante hubiera solicitado que se cuantificara en la ejecución de sentencia.—El principio de congruencia no impide en este punto que la respuesta judicial se produzca con flexibilidad (STS de 18 de marzo de 2004), de modo que cuando se estima que es imposible la fijación del quantum o incluso de las bases de la liquidación, el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [LEC 1881], aplicable a este proceso por razones temporales, permite dictar la condena a reserva de fijar su cuantía y hacerla efectiva en ejecución de sentencia. Es, pues, facultad discrecional del tribunal de instancia diferir a la ejecución de sentencia las determinaciones de la cuantía o saldos de liquidaciones que deben practicarse por las partes. A la inversa, dicha facultad permite fijar la cuantía en la propia sentencia si se cuenta con elementos para ello a juicio del tribunal de instancia en el ejercicio de las facultades de valoración de la prueba que le son propias. Como dice la STS de 21 de julio de 2000, acordar si una cantidad está determinada, o debe determinarse en período de ejecución de sentencia, pertenece al campo de la *quaestio facti* [cuestión de hecho], que no tiene acceso a la casación por el cauce de incongruencia.

Aplicación a otros sectores de la actividad del baremo que se aplica en la tasación de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor.—En virtud de este principio (que informa los precedentes de esta Sala sobre inadmisibilidad de recursos o motivos de casación fundados en la falta de aplicación analógica del sistema de tasación legal de daños corporales derivados de accidentes de circulación: vgr., ATS de 5 mayo 1998, recurso de casación núm. 2418/1997 y STS de 19 de mayo de

2006), la jurisprudencia más reciente (rectificando criterios iniciales) ha aceptado que los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas basados en la tasación legal, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, pueden resultar orientativos para la fijación del pretium dolores y las consecuencias patrimoniales derivadas de daños corporales acaecidos en otros sectores de la actividad, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso (STS 11 noviembre de 2005, recurso de casación núm. 1575/99, de 10 de febrero y la citada de 19 de mayo de 2006).

Este criterio hermenéutico se funda en la necesidad de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad; aunque, como recuerda la STS de 10 de febrero de 2006, su reconocimiento está muy lejos de admitir la existencia de una laguna legal que imponga la aplicación analógica de las normas de tasación legal con arreglo a lo establecido en el artículo 4.1 CC, puesto que la fijación y determinación de determinadas cuantías en el ejercicio de funciones de apreciación o valoración por el juzgador de las circunstancias concurrentes en cada caso, difícilmente previsibles en pormenor por el legislador, constituye una facultad que entra de lleno en la potestad o función jurisdiccional que atribuye el artículo 117.1 de la Constitución a los jueces y magistrados y, por otra parte, como ha subrayado el Tribunal Constitucional, la existencia de distintos sectores de la actividad social en que puede producirse la actividad dañosa determina la existencia de distinciones objetivas y razonables que justifican la posible desigualdad derivada de la existencia en algunos de ellos e inexistencia en otros de criterios legales de valoración del daño (SSTC 181/2000, 241/2000, 242/2000, 244/2000, 267/2000, 21/2001, 37/2001, 9/2002, 19/2002, 49/2002, 102/2002 y 104/2005, entre otras muchas), circunstancia que por sí sola impide afirmar que entre unos y otros sectores exista identidad de razón en la fijación de las indemnizaciones consecuencia de la actividad productora de daño en cada uno de ellos.

Cuantificación y actualización de los daños corporales causados.—En el caso examinado la comparación con los criterios establecidos en el sistema de tasación legal correspondiente a los daños causados como consecuencia del uso y circulación de vehículos de motor en relación con los daños corporales sufridos por el demandante —según la descripción de los que la sentencia estima acreditados de acuerdo con la prueba practicada—, ponen de manifiesto la existencia de una desproporción en la indemnización fijada, puesto que, teniendo en cuenta la fecha de la sentencia de primera instancia, que se toma como punto de referencia para la fijación de la indemnización en función del principio de deuda de valor —dado que la sentencia recurrida toma en consideración esa fecha, aplicando a partir de ella los intereses procesales del artículo 1921 LEC 1881— se advierte que las previsiones de la tabla VI del Anexo de valoración introducido por la Ley 30/1995, aplicable a la sazón con las actualizaciones correspondientes, para la amputación de la mano a nivel de metacarpiano y con carácter unilateral, en concurrencia con la limitación de la movilidad de la muñeca, en relación con la tabla III, habida cuenta de la edad del menor en el momento del accidente, arrojan una cuantía próxima a los 10 millones de pesetas, a lo que cabría añadir, teniendo en cuenta la trascendencia de las cicatrices sufridas y la necesidad de operaciones y de implantación de una prótesis, una puntuación correspondiente a perjuicios estéticos de carácter importante, que a su vez arrojarían un importe adicional

superior a los 3 millones de pesetas, los cuales, unidos al factor de corrección previsto e la tabla III de incapacidad parcial de carácter permanente, mínima que puede aplicarse al accidentado a tenor de las circunstancias, permitiría elevar la cantidad fijada en una cuantía máxima de 2.064.000 pesetas, con lo cual el resultado final, añadiendo la indemnización por días de baja con arreglo a la tabla V, giraría en torno a los 15 millones de pesetas.

Estas consideraciones, teniendo en cuenta que el carácter orientativo de las normas sobre valoración de los daños corporales por accidente de circulación que opera como presupuesto de la estimación de este motivo, circunstancia que no obliga a atenerse estrictamente al mismo, permite considerar equilibrada una cantidad de 90.000 €, dadas las circunstancias de la reducida edad del menor y la proyección sobre su vida futura de la amputación sufrida en términos de pérdida de oportunidades, sin perjuicio de lo que se dirá en el siguiente fundamento en cuando a la aplicación del principio de concurrencia de conductas y la consiguiente moderación del importe total de la indemnización.

Dado el carácter de deuda de valor de la indemnización establecida, que ha sido calculada con arreglo a la fecha de la sentencia de primera instancia, resulta procedente su actualización a la fecha de esta sentencia con arreglo al IPC, sin perjuicio del abono de los intereses procesales a partir de este momento.

Fijación de la compensación de culpas derivada de la negligencia de la víctima.—A los demandados les es imputable una omisión concreta y específica de medidas de seguridad que debieron adoptar y no adoptaron y que adquirió relevancia respecto del resultado en virtud de un descuido evidente que se añadió a dicha omisión. La relevancia de esta omisión y posterior descuido, a efectos de la imputación objetiva de la responsabilidad, resulta de un grado muy elevado en relación con los posibles accidentes por acceso de menores a los explosivos, dadas las circunstancias existentes, que la sentencia describe, de concurrencia de menores por la zona a los que resultaba «especialmente permeable», el cierre del recinto, lo que comporta que, resultando atractiva la manipulación de los explosivos para los menores, era previsible que su abandono podía originar accidentes. Por el contrario, al menor accidentado únicamente se le imputa el conocimiento de la peligrosidad de los artificios que cabe presumir dada su edad, por lo que resulta evidente que la relevancia causal de su conducta resulta notoriamente inferior, dado que a dicha edad cabe suponer aún en el menor de edad, junto con cierta autonomía respecto a los titulares de la patria potestad, un grado considerable de inclinación lúdica y desprecio de los peligros, y, en consecuencia, la distribución al 50% de la responsabilidad comporta un desconocimiento de la relevancia primordial de la conducta de los demandados. El juicio acerca de la distribución de responsabilidades a que este razonamiento conduce en la sentencia impugnada debe ser, en consecuencia, revisado en casación y debe ser sustituido (ya que no es posible apreciar la falta de nexo causal que concurriría en edades inferiores: STS de 26 de marzo de 2004) por una moderación de la responsabilidad que corresponde a los demandados en una proporción del 10%, que esta Sala estima adecuada a la relevancia causal respectiva de las conductas de los demandados y de la víctima. (STS de 20 de diciembre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Un menor, de 13 años de edad, resultó gravemente lesionado al manipular un cohete, que explotó después de haber-

lo retirado de un lugar en el que no había vigilancia adecuada. La madre del menor, actuando en representación de su hijo, demandó al Ayuntamiento del lugar, a la Comisión Directiva de la Falla y a la Compañía Aseguradora en solicitud de la indemnización por lo daños corporales causados. El juez de primera instancia estimó íntegramente la demanda, condenando a los demandados a que abonasen solidariamente la cantidad que se fijase en ejecución de sentencia. Interpuestos diversos recursos de apelación, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el presentado por la Compañía Aseguradora, en el sentido de deducir la franquicia pactada y fijó el importe de la indemnización. La madre del menor interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, con aumento de la cuantía de la indemnización y reducción del porcentaje atribuido a la concurrencia de culpa del menor. (*L. F. R. S.*)

69. Interrupción de la acción civil por el seguimiento de causa penal.—«Son distintos los hechos por los que se siguió el proceso penal y los que sustentaban la posterior demanda civil, a excepción de la acción ejercida contra el Director Gerente, ya que respecto del mismo, sí cabe considerar que el proceso penal produjo los efectos interruptivos de la prescripción a que se ha hecho referencia, pues allí se le imputaba, como también se ha hecho en la demanda civil, la falta de contratación de aval bancario suficiente o contrato de seguro que garantizara la devolución del importe de las cantidades recibidas para destinar a la construcción.»

Responsabilidad civil.—«La omisión por el demandado de una obligación legal, cual era la que le imponía garantizar mediante aval bancario o contrato de seguro la devolución de las cantidades anticipadas por los cooperativistas, ha causado a éstos un daño evidente derivado de la pérdida de dichas cantidades.»

Imprudencia del daño moral.—«No cabe extender el daño moral a cualesquiera supuestos. Según sentencia de 31 de octubre de 2002 *no cabe alegarlo siempre que se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial*». (**STS de 7 de febrero de 2006**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Los actores, los Sres. D. Luis L. M. y otros, integrados en la Cooperativa de Viviendas «Padre Pérez del Pulgar», interpusieron una demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra los miembros del Consejo Rector, en ejercicio de una acción de responsabilidad que se afirmaba contraída por los miembros del Consejo Rector en el ejercicio de su cargo, interesando que se les condenara solidariamente a indemnizarles los daños y perjuicios por sus actos y omisiones, que consideraban muy graves, y que cifraban en la cantidad desembolsada por cada uno de ellos para la construcción de las viviendas proyectadas, más el interés del doce por ciento y un tanto igual a la referida cantidad más el interés devengado en concepto de daño moral. Con fecha 4 de febrero de 1982, el demandado Don Juan Luis F. E., Director Gerente de la Cooperativa, celebró en representación de ésta un contrato de compraventa del solar en que había de llevarse a cabo la construcción

del edificio proyectado por la Cooperativa, figurando como vendedor Don Carlos S. B., que actuaba en representación de los propietarios del solar. Desde ese momento, los demandantes hicieron entrega de diversas cantidades a la Cooperativa, que se destinaron al pago del precio del solar. Ante la falta de cooperativistas en número suficiente para sufragar el precio del referido solar, se celebró un nuevo contrato con fecha 1 de septiembre de 1983 entre las mismas partes en el que intervino, además, don Antonio P. A., en virtud del cual se dio por resuelto el anterior contrato, y con la finalidad de que los cooperativistas obtuvieran las viviendas y plazas de garaje previstas, la Cooperativa cedía al Sr. Antonio P. A. los derechos del expediente de calificación de viviendas de protección oficial y compró a éste veintiséis viviendas y otras tantas plazas de garaje. Ante la falta de obtención de las viviendas y plazas de garaje, los actores ejercieron una acción penal contra Don Juan Luis F. E., contra Don Carlos S. B. y Don Antonio P. A. por presuntos delitos de estafa y apropiación indebida. El Juzgado de Primera Instancia n.º55 de Madrid desestimó la demanda por considerar que la acción había prescrito con anterioridad, y recurrida en apelación dicha sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. Los actores interpusieron recurso de casación, que fundamentaron en los siguientes motivos: infracción del artículo 1973 CC; aplicación indebida del artículo 1969 CC; infracción de la doctrina jurisprudencial que establece la interrupción de la prescripción por la acción de pendencia de proceso penal; e infracción de la doctrina jurisprudencial sobre interpretación restrictiva de la prescripción. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso y declara interrumpida la prescripción respecto a uno de los demandados con motivo del proceso penal seguido contra el mismo. (E.C.V.)

70. Responsabilidad médica. La demora en diagnosticar las nuevas dolencias, tras la práctica de un intervención de riesgo medio-alto, supone infracción de la *lex artis ad hoc*.—Las complicaciones derivadas de la intervención se presentaron inmediatamente, una vez finalizada la operación, lo que prueba que hubo un actuar negligente pues era previsible que las complicaciones surgidas en el postoperatorio inmediato trajeran causa de una operación que por sus concretas circunstancias, era originadora de un riesgo importante. Desde la aparición de la sintomatología, el diagnóstico y tratamiento debió ser lo más precoz posible para garantizar la recuperación sin secuelas del paciente desde la idea de que el retraso supone empeorar el pronóstico y las posibilidades de recuperación.

Consentimiento informado del paciente. Condiciones de validez de su cumplimiento. Efectos de su incumplimiento.—El consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la «*lex artis*» y como tal forma parte de toda actuación asistencial (SSTS de 23 de julio de 2003 y de 21 de diciembre de 2005), constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, y se contempla en la Ley como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad. Debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el

proceso asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado. Por esta razón no sirve el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado (SSTS de 27 de abril de 2001 y de 29 de mayo de 2003). Son documentos inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente pero no le proporcionan la información que le interesa y exige la norma (STS de 15 de noviembre de 2006). Sin embargo, el mero incumplimiento de este deber no genera derecho a indemnización, a no existir un daño real y efectivo; en cuyo caso no pasaría de constituir una simple infracción de los deberes profesionales. (**STS de 21 de diciembre de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—A consecuencia de un accidente laboral el actor sufrió diversas lesiones en las vértebras lumbares, de las que fue atendido por el demandado Dr. F. Tras las exploraciones pertinentes don F. Intervino quirúrgicamente a don A. para evitar que tales lesiones afectaran a la médula espinal. En el postoperatorio aparecieron síntomas de agravación de las lesiones, por lo que un mes después de la primera fue sometido a una segunda intervención, procediendo a limpiar la zona de un hematoma y a cambiar y recortar un fragmento del injerto previamente colocado. Como resultado de estas complicaciones, surgidas a consecuencia de la primera operación, don A. quedó con diversas secuelas permanentes. El actor demanda al Dr. F y a la compañía aseguradora W.,S.A. pidiendo la condena solidaria al abono de la una indemnización de 85.000.000 pts. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Girona acogió parcialmente el recurso de apelación del actor y condenó solidariamente a los demandados al pago de 60.000.000 pts. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de los condenados, pero sólo en cuanto a la condena en costas; dejando incólume el resto de los pronunciamientos de la sentencia combatida. (C. O. M.)

71. Responsabilidad extracontractual. Profesionales sanitarios. Culpa. Carga de la prueba.—La responsabilidad del médico en virtud del artículo 1902 del CC solo puede fundarse en su culpa o negligencia, razón por la que habrá de responder incluso del riesgo típico si el daño se debió a su actuación descuidada o a la aplicación de técnicas inadecuadas, pero en cambio no lo hará de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si hay una causa que explica la producción del resultado (SSTS 23 de marzo de 2002; 11 de abril 2002; 21 de octubre 2005).

En la valoración de la conducta del profesional sanitario queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba. Por tanto, el paciente tiene la carga de la prueba de la culpa o negligencia correspondiente, en el sentido de que ha de dejar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo, «*lex artis ad hoc*» (SSTS 8 de sep-

tiembre de 1998; 26 junio 2006); (STS de 14 de febrero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El día 30 de marzo de 1989, Doña Elena fue intervenida quirúrgicamente de un bocio recidivado, practicándose tiroidectomía subtotal, respetando un pequeño trozo del lóbulo superior izquierdo. Veinte años antes se le había practicado una tiroidectomía parcial, a resultas de la cual le quedaron diversas secuelas, distintas de las que sufre a partir de la segunda intervención (hipotiroidismo y parálisis de la cuerda vocal derecha por afectación del nervio recurrente). Como consecuencia de estos hechos, Doña Elena formula demanda contra Don Eduardo, Don Antonio y el INSALUD. Confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial desestima la demanda con el argumento de que *«en modo alguno ha resultado probado que las secuelas que quedaron a la demandada hayan sido debidas a la utilización de una técnica defectuosa en la práctica de la intervención quirúrgica a que fue sometida»*.

NOTA.—La parálisis recurrencial de la cuerda vocal es una complicación previsible en la cirugía tiroidea, que trae causa de una inadecuada identificación del nervio durante la intervención, y que en la mayoría de los casos resulta de una inadecuada extensión de la cirugía realizada en primer lugar, provocando una disfonía que puede ser leve cuando se compensa por la cuerda vocal del otro lado, o grave o muy grave con disfonía completa. El TS descarta en la sentencia anotada que hubiera culpa teniendo en cuenta tres factores: *«1.º la difícil localización del nervio y despegamiento, consecuencia de la intervención anterior del bocio, pues si bien se visualizan ambos recurrentes, no es sencilla la disección; 2.º Se trata de una intervención necesaria para eliminar un mal mayor del que padecía la propia demandante, y 3.º Aunque implica una pérdida fisiológica, no produce dificultad respiratoria, ni afecta de manera importante a la fonación, ya que la cuerda vocal izquierda compensa la parálisis de la cuerda vocal derecha»*.

El Alto Tribunal destaca en esta sentencia que en la demanda no se hizo referencia alguna a ningún acto de los profesionales médicos que pudiera considerarse negligente, tampoco a través de la prueba era posible reprocharles que utilizaran una técnica quirúrgicamente incorrecta, ni presumir a partir del resultado dañoso, con origen en una intervención de riesgo en la que el paciente fue informado previamente, que algo se dejó de hacer, o se hizo mal, de modo que con otro comportamiento, más ajustado a la «praxis» médica, se hubiera evitado o limitado la entidad del resultado lesivo (STS 2 de julio 2002 [RJ 2002, 5514]). Por consiguiente, aunque sin duda el daño existió, para el Alto Tribunal no es posible poner este daño a cargo del facultativo. (*M. C. L. J.*)

72. Diligencia exigible al médico en el control de la ficha técnica del medicamento.—La Ley del Medicamento, en su artículo 19, hace referencia a la ficha técnica, no dirigida al usuario, sino al médico y al farmacéutico. «Conocer los efectos negativos para la salud de la paciente vinculados al

tratamiento aplicado y no adoptar las medidas oportunas, siendo así que, como profesional de la medicina, conoce a la enferma y la enfermedad, y sabe las indicaciones contenidas en la ficha técnica del medicamento, y los males que podía generar en el curso de su evolución, es un comportamiento contrario a la diligencia propia del acto médico.»

Vigencia de la póliza.—«El contrato estaba vigente al momento de producirse los daños, y ello es suficiente para obligar a la aseguradora a hacer frente a los mismos dentro de los límites de lo pactado, aunque la denuncia se produzca más tarde (cuando la póliza ya no está vigente), pues ello afecta al ejercicio del derecho y sus consecuencias, y no a su nacimiento.» (**STS de 8 de febrero de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Doña M. M. S. interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra el facultativo D. R. P. F. así como contra su Compañía Aseguradora, Allianz, ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Valencia. La actora fue atendida en junio de 1991 por el facultativo demandado, el cual le prescribió un medicamento al padecer una hipertensión severa. En septiembre de ese mismo año, modificó el tratamiento. En esas mismas fechas, dado que la actora presentaba un cuadro de decaimiento, y al no encontrarse bien, sus familiares llamaron al Dr. R. P. F., quién acudió a su domicilio, y al observar que estaba siguiendo tratamiento dado por un psiquiatra, se abstuvo de recetarle, limitándose a tomar la tensión de Doña M. M. S. A finales de septiembre de ese año, la demandante cayó al suelo, presentando un habla gangosa. Llamado el médico de urgencia, restó importancia a la caída. En cambio, vista por otros dos médicos de urgencia, fue ingresada en el Hospital Clínico Universitario, siéndole diagnosticada una hiponatremia envolémica que la precipitó en una incapacidad física de grado IV, necesitando ayuda para casi todos los actos de la vida diaria. La sentencia del Juzgado desestimó las pretensiones de la actora, y fue recurrida en apelación, condenándose en esa instancia a Don R. P. F. y a la Compañía de Seguros a indemnizarla conjunta y solidariamente por los daños y perjuicios materiales y personales causados. La sentencia imputó al Dr. R. P. F., de un lado, no haber sabido interpretar los síntomas que padecía la demandante cuando en el mes de septiembre de 1991 acudió a visitarla a su domicilio, asociando su estado a un cuadro depresivo, sin acordar la práctica de analítica alguna, ni relacionar el mismo con el tratamiento diurético que le estaba administrando; y de otro, omitir determinadas exigencias contenidas en el prospecto del medicamento que le recetó, a las que debió atender, efectuando un reconocimiento más completo. La Compañía Aseguradora interpuso recurso de casación que fundamentó en los siguientes motivos: vulneración del artículo 1281 párrafo 1.º del CC, al interpretar incorrectamente las condiciones particulares de la póliza suscrita entre Allianz Ras y el Colegio de Médicos de Valencia; e infracción del artículo 1285 por inaplicación indebida. Por la representación procesal de D. R. P. F. se interpuso recurso de casación por considerar infringido el artículo 1902 del CC y la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia. Ambos recursos fueron desestimados. (*E. C. V.*)

73. Responsabilidad extracontractual: culpa del establecimiento sanitario: infección hospitalaria: secuelas por intervención oftálmica: prueba pericial: valoración.—No puede atribuirse un valor inconcuso a las conclusiones de los dictámenes médicos, puesto que la función del perito es la de auxiliar al Juez, ilustrándolo sobre las circunstancias del caso, pero sin privar al juzgador de la facultad de valorar el informe judicial, la cual está sujeta a los límites inherentes al principio constitucional de proscripción de la arbitrariedad, al mandato legal de respetar las reglas de la lógica que forman parte del común sentir de las personas y a la obligación de motivar las sentencias; estas facultades de valoración son inherentes al ejercicio de la potestad jurisdiccional y están justificadas por las posibles discrepancias hermenéuticas provenientes del nivel relativo alcanzado por la ciencia, del diverso grado de conocimiento que sobre ella tienen los distintos peritos, de la posibilidad de que el dictamen se ajuste con mayor o menor rigor al método científico y formule conclusiones asequibles de ser apreciadas desde el punto de vista de su posible refutación o aceptación general y frecuencia estadística, y de la necesidad de que el juez considere las aportaciones de los expertos en su conexión con la realidad social que debe ser tenida en cuenta en la interpretación de las normas, y desde el punto de vista de su trascendencia jurídica en armonía con los principios y valores que informan el ordenamiento jurídico en su conjunto. En el presente caso, la valoración crítica de los dictámenes periciales, en relación con el conjunto de las pruebas aportadas, afirma: *a*) que se produjo una infección causada por la bacteria *stafilococo aureus* resistente en el interior del Hospital Virgen del Rocío, la cual existe en el medio hospitalario; *b*) que consta que la contaminación de dicha bacteria fue una infección quirúrgica que provocó la pérdida de la visión del ojo izquierdo; *c*) que aparece acreditado que en dicho centro se ha producido en relación de causa a efecto un daño al actor; y *d*) que el daño ocurrió en contra de lo inicialmente previsto, que era la mejoría en la visión del ojo, por la concurrencia, al menos de un factor exógeno, como fue la infección de la bacteria mencionada. En consecuencia, no se han infringido las reglas de la sana crítica a que se refiere el artículo 632 Lec. 1881.

Nexo de causalidad.—*a*) De la declaración de hechos probados se desprende que concurre un nexo fenomenológico entre la actuación del servicio hospitalario y el daño producido como consecuencia de un infección sufrida por una bacteria que, con un grado de probabilidad cualificada, suficiente para entender establecido el nexo de causalidad, se encontraba en el hospital, como demuestra que se había hecho resistente por la administración de antibióticos; y *b*) El daño producido resulta imputable al servicio hospitalario, por cuanto era éste el que, en una posición de dominio y exclusividad, estaba obligado a instrumentar las medidas profilácticas adecuadas para evitar la contaminación, y, en último término, las medidas diagnósticas posteriores encaminadas a la detección de la infección y a su tratamiento. La adopción de estas medidas hubiera evitado objetivamente el daño, por lo que concurre nexo de causalidad su omisión y la producción de éste.

Criterio de imputación: protección de consumidores.—No se trata de que se acuda a criterios de imputación de carácter objetivo, pues la responsabilidad en estos casos se funda en la falta de una actuación diligente o de medidas de prevención o de precaución, independientemente de que la omisión pueda residenciarse en un sujeto determinado: y tampoco de una inversión de la carga de la prueba, puesto que la exigencia de responsabilidad no comporta imputar las consecuencias desfavorables a una de las partes, sino

admitir que existen hechos cuya evidencia queda demostrada por sí mismos (*res ipsa loquitur*) en tanto no sean refutados. Bien entendido que la aplicación en algunas sentencias de esta Sala de la doctrina del daño desproporcionado no comporta, en sentido propio, un criterio de imputación por responsabilidad objetiva. A su vez, la invocación por diversas sentencias de la LGDCU respecto de los servicios sanitarios - que debe proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario y no puede alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos - tiene un sentido análogo al que resulta de los criterios que esta Sala viene aplicando (así en SSTs, entre otras, de 01.07.97, 09.06.98, 26.11.99, 05.02.01, y 18.03 y 26.03.04) ya que el artículo 26 de aquélla establece la responsabilidad de los productores o suministradores o servicios por los daños y perjuicios ocasionados «a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad», y el artículo 28 vincula la derivada de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios al hecho de que «por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario». El principio culpabilístico al que se articula la responsabilidad extracontractual en el CC, no se opone a un criterio de imputación que se funda en la falta de diligencia o de medidas de prevención o de precaución que, al hilo de la normativa específica de protección de los consumidores, debe entenderse ínsita objetivamente en el funcionamiento de un servicio cuando éste se produce de forma diferente a lo que hay derecho y cabe esperar de él en tanto no concurren circunstancias exógenas aptas para destruir este criterio de imputación, anteponiendo las legítimas expectativas de seguridad del servicio a la valoración de la conducta del empresario.

Responsabilidad exclusiva del Servicio Andaluz de la Salud.—En el caso enjuiciado no se plantea cuestión alguna en relación con la responsabilidad de los profesionales sanitarios, sino sólo en relación con el S.A.S. Es aplicable el criterio de imputación cifrado en que la legítima expectativa de seguridad inherente a la realización de una intervención quirúrgica en un centro hospitalario dependiente de aquél, comprende la evitación de infecciones nosocomiales subsiguientes a la intervención, en tanto no obedezca a uno de los factores de excepción que han sido reseñados. La sentencia impugnada, aunque su argumentación pueda ser discutible en alguno de sus aspectos, se atiende en resolución a este criterio, por lo cual no puede apreciarse la infracción que se denuncia; por otra parte, no se apoya únicamente en los preceptos de la LGDCU, sino también en el artículo 1903 CC, suficiente para fundamentar el juicio de responsabilidad formulado; la desestimación del motivo se justifica en el principio de la equivalencia de resultados, que se funda en el principio de economía procesal y en el respeto al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, proscribiendo estimar un motivo de casación que carezca de efecto útil, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, ya que hacerlo comportaría sacrificar el *ius litigatoris* al *ius constitutionis*, rompiendo el equilibrio que debe existir entre ambos, expresado en el principio anglosajón *cases or controversies* (el proceso judicial solo puede versar sobre un caso o controversia verdadera e inmediata), e implícito en nuestro Derecho en la concepción de la jurisdicción como

potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, incluida la función de casación que corresponde a este Tribunal como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes.

Costas en primera instancia: Vencimiento.—La existencia de una sustancial discrepancia entre la solicitud de la suma solicitada a título de indemnización y la cantidad concedida debe ser considerada, según reiterada jurisprudencia, como excluyente de una situación del vencimiento del demandado y de la consiguiente imposición de las costas. Sin embargo, en el caso examinado debe estimarse concurrente dicho vencimiento, dado que la oposición de la demanda se fundó de manera sustancial en la negación de la existencia de responsabilidad por no aceptar el carácter nosocomial de la infección, y esta pretensión ha sido rechazada íntegramente (STS de 5 de enero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G.G.C.)

74. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: acción declarativa de negligencia profesional por incumplimiento de normas deontológicas: defecto de jurisdicción.—El defecto de jurisdicción se produce cuando el órgano jurisdiccional ante el que se promovió el litigio deja de conocer el mismo por razón de la materia, por estimar atribuida la competencia a otro de distinto orden, a la Administración, a un Tribunal extranjero o a un árbitro o institución arbitral. En el presente caso la AP no ha dejado de conocer la pretensión ejercitada, dejándola imprejuzgada y difiriendo su conocimiento y decisión a la Administración corporativa - el correspondiente Colegio de Médicos -, como parecen entender los recurrentes, sino que, si bien con cierta imprecisión en sus términos, ha entrado a resolver la cuestión objeto del litigio, rechazando la declaración impetrada en la demanda al considerar que, en esencia, los deberes en cuyo incumplimiento se sitúa el origen de la responsabilidad presentan un neto carácter moral o ético que quedan al margen de aquéllos de carácter jurídico que conforman el más amplio deber de diligencia profesional, y cuya vulneración corresponde analizar a otras instancias - las colegiales -, a quienes incumbe, asimismo, establecer la sanción-consecuencia jurídica del incumplimiento.

Enfermo terminal que pide regreso al domicilio: supuesto incumplimiento de deberes morales y éticos que repercuten en deberes profesionales: doctrina general sobre diferencia entre deberes ético-morales y jurídicos.—Frente a la posición de los recurrentes que se resume en que la actuación de la médico demandada constituye un incumplimiento de sus deberes profesionales, pues el deber de medios que caracteriza la actividad médica no se agota solamente en conocer y aplicar la técnica, sino en cumplir las normas éticas y humanas que imponen el mayor respeto a la dignidad del enfermo, al que hay que amparar también psicológica y moralmente; de forma que, habiendo producido dicho incumplimiento un daño moral al enfermo y a sus familiares, causalmente enlazado con dicha infracción de los deberes profesionales, procediendo, en consecuencia, declarar la responsabilidad de la médico, la Sala 1.^a alude a la no siempre fácil delimitación entre los deberes morales y éticos y los deberes jurídicos o jurídicamente relevantes; asimismo a la determinación y delimitación del contenido de los deberes profesionales del personal facultativo, y si entre las reglas que conforman la *lex artis*, y junto con las de estricto carácter técnico, se encuentran otras de contenido moral, reglas de conducta y comportamiento que trascienden el plano científico para situarse en la esfera del *ethos*, y que se resumen en la actitud del médico en el desarrollo de su actividad ante la

enfermedad y el dolor del paciente, integrando junto con aquéllas el deber de diligencia exigible en la adecuada praxis médica.

Responsabilidad sanitaria como modalidad de la responsabilidad profesional dentro del campo de la culpa extracontractual.—La responsabilidad sanitaria constituye una modalidad de responsabilidad profesional —a su vez, especie dentro del género que constituye la responsabilidad extracontractual— que se caracteriza por la condición profesional del agente y por su mayor intensidad, en la medida en que la actuación médica exige un deber de diligencia superior a la común del buen padre de familia; mayor grado de diligencia que es correlativo a la formación y preparación de quien ejerce la profesión médica al tiempo que se justifica por el destinatario de la actividad, el ser humano, y por su objeto y finalidad, la preservación de la salud, el tratamiento y la prevención de la enfermedad y del dolor; la prestación asistencial presenta, ante todo, un marcado carácter técnico, tratándose de una actividad regulada por las reglas del arte de la profesión, la *lex artis ad hoc*, y, salvo los casos de medicina voluntaria o satisfactiva, se configura como una prestación de medios, no de resultado, que se encamina a la consecución de un fin, la curación del paciente, del cual no responde el facultativo, sino que lo hace exclusivamente de la conveniente y oportuna utilización de los conocimientos y técnicas adecuadas para el logro de dicha finalidad.

Marco jurídico de los deberes profesionales del personal sanitario: su relación con el Código Deontológico.—Dicho marco se integra, ante todo, por la Constitución, artículos 10.1 (que proclama de forma genérica la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social), 43 (que reconoce el derecho a la salud), y 51.1 (que dispone la defensa de los consumidores y usuarios por los poderes públicos, protegiendo la salud de los mismos mediante procedimientos eficaces). El siguiente escalón lo forma el conjunto de preceptos reguladores de la responsabilidad, ya contractual, ya extracontractual, contenido en el CC, y, a partir de ahí, se encuentran la Ley General de Sanidad de 1986 y las diversas leyes especiales que tienen por objeto regular un específico campo o ámbito de la actividad sanitarias (profesiones sanitarias, biomedicina, biotecnología o bioética, utilización de embriones y fetos humanos, utilización de organismos modificados genéticamente, derechos de los pacientes, consentimiento informado etc). Ahora bien, este marco normativo y, por tanto, el contenido del deber profesional que regula, no se encuentra de espaldas al conjunto de normas de carácter moral que forma el Código Deontológico o de conducta profesional. Que tales reglas, por su contenido ético o moral, carezcan, en sí mismas de fuerza coactiva no significa que no sirvan para configurar principios jurídicos que descansan sobre determinados valores o concepciones éticas, que inciden en la praxis médica y sirven para definir el contenido de los deberes profesionales que deben cumplirse en la actividad sanitaria. De este modo, las normas de deontología profesional y los estatutos de los Colegios profesionales que sirven de guía, y, de modo decisivo, no solo para fijar los protocolos de actuación médica, sino especialmente para valorar la conducta del facultativo y su adecuación a la diligencia de un buen profesional, a los dictados, en suma, de la *lex artis ad hoc*. No puede desconocerse que el sistema de responsabilidad por culpa descansa en un concepto ontológico o ético, cual es la diligencia, y que desde la LGS de 1986 y, más recientemente, desde la ley del Paciente de 2002, se aboga por la integración de tales principios morales en el conjunto de reglas que regulan la actividad médica y, por ende, por su integración en el contenido obligacional propio de ella. En el mismo sentido la STS

de 07.02.90 precisa que el médico ejerce su profesión cumpliendo un imperativo deontológico, y la STS de 12.07.94 recuerda que según una muy mantenida doctrina científica y jurisprudencial, la Medicina como Arte, como Ciencia y como Técnica, va dirigida a la atención de la humanidad doliente en cuanto su *thelos* no es otro que procurar al enfermo la mayor atención y mejor tratamiento, con objeto de lograr, o, cuando menos, intentar, además de su sanidad tanto material como psicológica, un adecuado y humano amparo psico-asistencial, aun cuando no siempre se consiga dicha esencial finalidad.

Eficacia de los deberes morales en el campo sanitario.—La referida incorporación de los deberes éticos, en forma de principios jurídicos, al deber asistencial de los facultativos no permite considerar que tengan *per se* autonomía para constituir deberes jurídicos exigibles aisladamente del deber profesional en que se integran. La obligación de respeto y de humanidad que proclaman las normas deontológicas, no puede desconectarse de la actividad sanitaria y de su finalidad, que es la procura de la curación y sanación del enfermo, del restablecimiento, y aun del mantenimiento y preservación de su salud, y la evitación del dolor y de los padecimientos que son indeseables compañeros de la enfermedad; de manera que tales reglas de comportamiento se han de proyectar necesariamente sobre los deberes de actuación conforme a la *lex artis* para el logro de esos fines, hasta el punto de que se funden con las reglas de carácter técnico para conformar en su conjunto la *lex artis ad hoc*, sirviendo de guía en la actuación médica y en parámetro de valoración de su comportamiento conforme a las reglas del arte de la profesión, pero en modo alguno expanden el contenido del deber de diligencia del profesional sanitario en función de obligaciones distintas de las que pesan sobre la actuación sanitaria orientada a la finalidad que le es propia. Así, las reglas de orden moral que se incorporan a la prestación asistencial se reflejan en el deber de obtener del paciente el consentimiento informado, en la confidencialidad en la práctica clínica, en las limitaciones al esfuerzo terapéutico, en el deber de no abandonar al paciente y al uso racional de los recursos. En cambio no le es exigible al médico un comportamiento que, más allá del cumplimiento de sus obligaciones profesionales, consideradas, incluso, desde la perspectiva de las modernas ramas de la medicina del dolor o paliativa, y sin que tenga una clara incidencia terapéutica, le imponga conductas cuya finalidad trasciende a la procura de la salud y el bienestar, aun psicológico, del paciente, y que tienden únicamente a confortarlo anímica o espiritualmente o a hacer más benigno el trance de la muerte desde un punto de vista estrictamente humanitario, solidario o espiritual; tales comportamientos no derivan de la *lex artis* ni se enmarcan en la esfera de los deberes profesionales y de la responsabilidad de este carácter, sino que se sitúan de manera decidida en la esfera moral, en cuyo ámbito han de ser valorados.

Facultativo que cumple sus deberes profesionales: falta de prueba del incumplimiento.—En el presente caso, la médico demandada se ajustó a las reglas científicas y técnicas de la profesión y se orientó a paliar los padecimientos y sufrimientos que conllevaba el proceso de insuficiencia respiratoria que sufría el paciente, así como a evitar posibles complicaciones en su precario estado de salud. Ninguna tacha merece, en este aspecto, el comportamiento de la demandada, y ningún reproche hacen los recurrentes de su conducta, examinada desde esta perspectiva. No se ha probado que, avisada la demandada, el 06.03.97, acudiendo al domicilio, se negara a verlo; lo propio ocurre con el supuesto aviso al día siguiente, con idéntica falta de

prueba, cuya carga correspondía a los actores. No hay constancia de una desatención al paciente, al contrario la médico demandada ha cumplido con los deberes terapéuticos que le imponía una adecuada *praxis*, según el estado del paciente y las circunstancias que le rodeaban, y con el deber más amplio de respeto a la vida humana y a la dignidad de la persona que debe guiar la prestación de la actividad médica, que se ha orientado a cumplir los fines a que debe servir. A partir de estos hechos, no cabe apreciar un incumplimiento de los deberes jurídicos que conforman el más genérico deber de diligencia profesional; cualquier reproche que pudiera merecer su comportamiento queda fuera de la antijuridicidad de la conducta y, en consecuencia, del ámbito de la responsabilidad civil, en la medida en que no se ha incumplido ninguna obligación ni se ha omitido ningún comportamiento que fuera jurídicamente exigible al facultativo, de forma que no cabe reproche culpabilístico alguno, quedando solo, si acaso, el reproche en el orden moral, al que es ajena la jurisdicción y la competencia de sus órganos (STS de 5 de diciembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

NOTA.—La SJPI de 17.11.98 estimó en todas sus partes la demanda presentada por los dos hijos de un enfermo terminal ya fallecido, que estuvo asistido por la médico demandada, sentando en su fallo que «la intervención de la demandada en su asistencia como médico al padre de los actores fue negligente, por vulnerar el Estatuto General de la Organización Médico Colegial y el Código de Ética y Deontología Médica en los artículos citados en el FJ 2.º de la demanda, al no examinar personalmente al padre de los actores, cuando para ello fue requerida, los días 6 y 7 de marzo de 1997, ocasionando con ello un daño moral, tanto al enfermo como a los actores, hijos del mismo, debiendo estar y pasar la demandada por esta declaración». Obsérvese que no se ejercita una acción de condena, sino meramente declaratoria (supuesto, ciertamente, infrecuente). La AP dictó s. de 30.09.99, revocando la apelada, contra la cual se interpuso recurso de casación que resuelve la s. aquí extractada. El Ponente, ya fallecido al extractar esa s., era un reputado especialista en responsabilidad civil en general, con abundante bibliografía publicada y gran número de sentencias sobre el mismo tema en las que ha sido ponente o ha intervenido. Aunque, en definitiva, el recurso se resuelve por defecto de prueba de los hechos básicos, parece que se quiso aprovechar la ocasión para dictar una sentencia pedagógica profundizando sobre la relación entre normas morales y éticas en el terreno de la Medicina, tema de gran actualidad a nivel de debate público y no poca dificultad por su intrínseca delicadeza.

El transfondo parece reflejar una radical discrepancia entre la decisión del paciente y su familia de *morir en casa*, y la del equipo médico que le estaba asistiendo en el centro sanitario, cuando aquél se encontraba en fase terminal. Quisieron los primeros que el padre retornara a su domicilio, para lo cual solicitaron y obtuvieron el traslado del enfermo al mismo, petición a la que, al parecer, se opusieron los médicos que le asistían, y discutieron posteriormente. Transcurridos once años desde los hechos, cabe decir que la experiencia demuestra que aquel deseo no resulta insólito o raro actualmente, según las circunstancias del enfermo y su familia. Pero lo

que deben saber las familias es que la asistencia domiciliaria de tales enfermos no puede ser idéntica a la que se dispensa normalmente en los centros sanitarios a los mismos enfermos terminales. Desafortunadamente no se transcribe el texto literal de la sentencia del JPI, de modo que desconocemos el detalle de las circunstancias en que se prestó tal asistencia domiciliaria y que, al parecer, llevó a la estimación de la demanda en primera instancia. Advuértase que a los actores no parece animarles un ánimo lucrativo pues se limitan en su demanda a una mera *condena moral* de la médico asistente. Lo cierto es que la sentencia elabora una doctrina general, que, sin embargo, no resulta fácil de aplicar al caso por falta de datos fácticos. (G. G. C.)

75. Responsabilidad médica. Solidaridad impropia.—Siempre que se genere una concurrencia causal única en la producción del resultado dañoso, con tal de que no pueda determinarse la parte del daño que es atribuible a cada uno de los sujetos, estaremos ante una solidaridad impropia (SSTS de 30 de septiembre de 1999, de 17 de marzo y 18 de abril de 2006).

Valoración de los daños: el baremo para los daños causados por hechos derivados de la circulación de vehículos de motor es de aplicación orientativa a otros ámbitos.—La jurisprudencia más reciente (rectificando criterios iniciales) ha aceptado que los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de estos sistemas de valoración del daño, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, pueden resultar orientativos para la fijación del *pretium doloris* teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y la necesidad de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías, para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad (STS de 10 de febrero de 2006). (STS de 20 de diciembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Debido a una intervención quirúrgica de carácter ginecológico, consistente en una laparoscopia, la paciente sufrió una serie de lesiones y secuelas. Por ello, demandó al cirujano, a la clínica donde se le practicó la intervención y a la aseguradora del centro médico, reclamándoles en concepto de indemnización la cantidad de 73.031.000 pesetas, con carácter solidario. Quedó demostrado que el facultativo no formaba parte de la plantilla de la clínica, la cual sólo se limitó a permitir la utilización de sus instalaciones; que los daños se debieron exclusivamente a una mala praxis médica y que la actora fue quien eligió libremente al médico. El juzgado estimó parcialmente la demanda al condenar a los demandados a pagar solidariamente la cantidad de 11.582.228 pesetas. La Audiencia revoca la sentencia de primera instancia, al absolver a la clínica y a la aseguradora, estableciendo que la suma a abonar a la actora por el médico-cirujano asciende a 13.068.951 pesetas. El TS no da lugar al recurso de casación. (I. D.—L.)

76. Responsabilidad civil de jueces y magistrados. Requisitos generales para su apreciación. Doctrina jurisprudencial.—Para que concurra el presupuesto determinante de la responsabilidad de los jueces y magistrados es necesario que éstos hayan procedido con infracción manifiesta de la Ley o que hayan omitido un trámite cuya inobservancia lleva aparejada la nulidad del mismo. La norma infringida debe tener un carácter rígido y no dejar lugar a una posible apreciación de las circunstancias del caso, pues entonces daría lugar todo lo más a un error judicial. Igualmente, la infracción debe ser manifiesta como única manera de responder a una negligencia grave o ignorancia inexcusable del juez o magistrado (SSTS de 23 de septiembre de 1994, de 5 de octubre de 1990 y de 20 de enero de 1972). La negligencia ha de ser grave, de acuerdo con la naturaleza de la obligación que imponía la norma infringida y las circunstancias en que se desempeña la función judicial en relación con el sistema de recursos, la unificación jurisprudencial existente y el margen de error admisible en una tarea de esta naturaleza; lo que obliga también a tomar en consideración la preparación y situación profesional del juez o magistrado y la carga de trabajo a que se encuentra sometido (SSTS de 10 de mayo de 2000 y de 13 de septiembre de 2000). La responsabilidad civil de jueces y magistrados exige asimismo la producción de un perjuicio económico efectivo, evaluable y susceptible de ser individualizado; debiendo existir un ineludiblemente un ligamen causal entre la acción u omisión productoras del daño o perjuicio y el resultado acaecido; y sin que el perjuicio o daño pueda ser reparado en otra forma, por lo que el juez o magistrado deviene responsable en último término. O, expresado en sentido negativo, la reclamación formulada a los magistrados no puede prosperar, por falta de requisitos, sin el agotamiento de los remedios hábiles para revisar la resolución a la que se imputa el perjuicio.

Devolución de aval constituido para evitar el embargo de bienes, sin audiencia de la parte en cuyo beneficio fue constituida la garantía bancaria. Imposibilidad de hacer efectivo de otro modo el fallo de la sentencia estimatoria. Responsabilidad civil del juez o magistrado.—La devolución del aval a la parte que lo prestó antes de finalizar el período previsto para su cancelación, sin oír a la parte interesada, supone una infracción manifiesta y grave de los deberes del juez, pues se omite un trámite que originaba indefensión a ésta, que no admite interpretación alguna, y cuya infracción determinaba la nulidad de la providencia. La infracción debe ser calificada como manifiesta y grave, pues la devolución anticipada del aval ofrecía al demandado la posibilidad de cancelar la garantía sustitutoria sin dar oportunidad a la parte actora para solicitar que se hiciera efectivo el embargo preventivo que se había acordado con anterioridad ante el riesgo objetivo de que el demandado eludiese el cumplimiento de la sentencia. La atención a las circunstancias concurrentes permite afirmar que la infracción observada supera el margen de error o desacierto aceptable en la actividad jurisdiccional, puesto que la decisión pronunciada no requería apreciación alguna, sino simplemente advertir el grave perjuicio que un alzamiento anticipado del aval podía originar al actor, lo cual era posible con el simple examen de la petición en relación con el contenido del proceso y el tenor literal del aval constituido. Se aprecia claramente la concurrencia de una grave negligencia por parte del magistrado, el cual, por circunstancias que carecen de explicación en el proceso, no advirtió los graves perjuicios que podían seguirse para el demandante como consecuencia del alzamiento del embargo y omitió el trámite obligado de dar traslado de la petición antes de acordar sobre ella a

quien podía causarse perjuicio como consecuencia de no haber comprobado mediante un adecuado examen del documento., el verdadero alcance de la vigencia de la garantía y las consecuencias extintivas ligadas a la devolución del documento. (**STS de 20 de diciembre de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don P. interpuso demanda de protección jurisdiccional del derecho al honor contra don E., decretándose a virtud de la misma el embargo de los bienes del demandado para cubrir la posible condena. Don E., para evitar el embargo, presentó aval bancario por importe de 10.000.000 pts, y por un periodo de tres años, que fue aceptado por el Juzgado tras notificar a la otra parte. Cuando se acercaba la fecha de vencimiento don E. solicitó al Juzgado la devolución del aval con el fin de renovarlo. El Juez accedió a lo pedido sin dar traslado ni oír a la otra parte al respecto. Una vez se le notificó a don P., éste se opuso dados los perjuicios que la ejecución de dicha diligencia podrían depararle, habida cuenta de que había obtenido una sentencia favorable condenando al demandado al pago de 15.000.000 pts. El Juzgado comunicó al banco emisor el bloqueo del aval, pero ya don P. había retirado el importe del mismo. De manera que no se pudo obtener nada de dicho aval y tan sólo 500.000 pts, del embargo posteriormente practicado. Don P. interpuso demanda de responsabilidad civil contra el magistrado encargado de dictar las providencias, al estimar que su error había provocado un perjuicio patrimonial en el demandante. La Audiencia Provincial de Málaga desestimó la acción por considerar que el actor pudo recurrir la admisión inicial del aval. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación del actor y condenó civilmente al Magistrado. (*L.—A. P. M.*)

77. Responsabilidad extracontractual por daños causados por productos defectuosos. Revisión de la valoración de la prueba pericial.—De este examen del informe pericial se pone de manifiesto lo ilógico de la conclusión a que llega la Sala a quo afirmando apodícticamente que la explosión fue debida a un defecto de montaje, ya que al no tener en cuenta todo el contenido del informe, tergiversa sus conclusiones, que no son otras que la de no poderse determinar con precisión la causa de la explosión.

Carácter defectuoso del producto, por adolecer de la falta de seguridad que legítimamente cabría esperar.—Atendido el resultado probatorio que se establece en el anterior fundamento de esta resolución, ha de entenderse que la explosión del piloto de la batería fabricada por DNA Energía, S. A., fue debida a un defecto del producto, aunque no haya podido acreditarse en autos en qué consistía tal efecto; como establece el artículo 3.1 de la Ley 22/1994, «se entenderá por producto defectuoso aquel que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación». Atendida esta definición legal de producto defectuoso, en ella encaja la batería suministrada por DNA Energía, S.A; dado el destino y uso que era razonablemente previsible de la misma, es claro que adolecía de la falta de seguridad que legítimamente cabría esperar, pues, como afirma el perito judicial, caso de

producirse un cortocircuito lo normal es que se funda el piloto de señalización, no que se produzca una explosión de tal intensidad que desprenda la carcasa y el piloto de la puerta metálica en la que estaba encajado. Asimismo es de tener en cuenta que DNA Energía, S. A., había suministrado a Distribuciones Reus S.A. otras baterías idénticas a la que motiva este litigio, algunas de ellas instaladas por Rayolid, S. A., en los establecimientos de la compradora, respecto de las cuales, la que nos ocupa no ofrecía las condiciones de seguridad de aquéllas. (STS de 19 de febrero de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—El perjudicado por la explosión de un producto demandó al empresario instalador al que prestaba servicios, al fabricante y a la compañía aseguradora solicitando que se les condenase a indemnizar al demandante por los daños causados, ejercitando contra el fabricante la acción al amparo de la Ley 22/1994 sobre responsabilidad por productos defectuosos y alternativamente se ejercitaba la acción de responsabilidad extracontractual contra todos los codemandados. El juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda, condenando al instalador y al fabricante a indemnizar solidariamente al demandante, absolviendo a la aseguradora. Interpuesto recurso de apelación, fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial, que absolvió al fabricante. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, confirmando el pronunciamiento del juez de primera instancia. (L. F. R. S.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

78. Acciones de tutela de la posesión. Interdicto de recobrar la posesión. Acción reivindicatoria. Plazos de prescripción.—No puede desconocerse, como punto de partida, que toda acción tendente a la tutela de la posesión como tal derecho real ha de incardinarse, en principio, en una acción real recayente sobre bienes inmuebles; por lo tanto, no existen razones para excluirlas del plazo general de prescripción que establece respecto de ellas el artículo 1963 del CC.

Si se acude a una interpretación auténtica, para captar el recto sentido de la expresión del artículo 1968-1.º del CC —«prescripción por el transcurso de un año para recobrar o retener la posesión», deviene inconcusa la remisión al marco de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, que contempla la regulación de los llamados interdictos en su Título XX, Libro II, artículos 1631 y siguientes, donde, como es bien sabido, se abordan tanto los aspectos procedimentales de estos juicios como otros propios del derecho sustantivo; en particular, en la Sección 2.ª de dicho Capítulo —artículos 1651 y siguientes—, se habla del «interdicto de retener o recobrar», esto es, se regula «ad hoc» procedimentalmente la acción que corresponde para recobrar o retener la posesión, empleándose las mismas modalidades verbales, por lo que esa acción indudablemente habrá de sujetarse a lo dispuesto para estos interdictos en los artículos 1651 y siguientes de la Ley de ritos. Avala lo expuesto la

repetición de las mismas expresiones verbales «recobrar o retener la posesión».

El artículo 1653.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la posibilidad de que la acción interdictal se haya interpuesto después del transcurso del año que se sanciona en su párrafo primero, al disponer que en el caso de que la demanda se presentase después se reservará la acción al actuante para que la ejercite en el juicio que fuera procedente.

En el propio artículo 1658, último párrafo, de la misma Ley procesal se hace constar que las sentencias que recaigan en los procesos interdictales se dictarán sin perjuicio de tercero, y se reservará a las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad o sobre la posesión definitiva, que podrán utilizar en el juicio correspondiente. En la misma línea cabe destacar que el artículo 447.2 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil dispone que no producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión, entre otras.

De todo ello se deriva que la tutela posesoria, aun cuando persigue la finalidad de recobrar o retener la posesión a la que se contrae el repetido artículo 1968-1.º del CC, no solo puede encauzarse a través de las vías interdictales, sino también se faculta al poseedor para que pueda acudir al juicio declarativo ordinario correspondiente, sobre todo cuando haya transcurrido el plazo del año; consiguientemente, si la propia Ley de Enjuiciamiento Civil posibilita que, transcurrido dicho año, se pueda acudir para recobrar o retener la posesión al juicio declarativo ordinario correspondiente, el acogimiento de la tesis contraria supondría cerrar a todo poseedor la posibilidad de promover ese juicio ordinario, ya que, cuando se hubiese ejercitado la acción tras el transcurso de ese año, no solo no se podría ejercitar la vía interdictal, sino que tampoco sería posible el ejercicio de la tutela posesoria en el declarativo ordinario correspondiente. En caso contrario, quedaría muy endeble la tutela del poseedor, pues el que es perturbado en su derecho, si bien está asistido del privilegio de acudir tras la perturbación a las vías interdictales en los términos previstos en los artículos 1651 y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedaría perjudicado o afectado en su propio interés cuando se le impone la necesidad de que su acción, tendente a recobrar la plenitud de su derecho, deba necesariamente ejercitarse dentro del año, tanto sea en vía interdictal como a través del juicio declarativo correspondiente; con lo cual, se concluye, la persistencia de ese año para ambos cauces procedimentales implicaría necesariamente la eliminación de la vía declarativa y el mantenimiento en exclusiva de la vía interdictal, y entonces se estaría a un paso de defender insólitamente que la tutela de todo poseedor únicamente puede realizarse a través de los interdictos, que embebería de suyo por ese corsé de la anualidad de su ejercicio judicial la general tutela a través del juicio declarativo correspondiente, cercenándose entonces las referencias expuestas en los artículos 1653-2.º y 1658, in fine, de la Ley de ritos.

La vía interdictal dirime los conflictos de posesión como un hecho, la vía declarativa ordinaria lo hace en su otro polo de la posesión como derecho, prevaleciendo, respectivamente, en la primera, la continuidad de la situación fáctica que ha sido perturbada, y en la segunda, el mejor derecho a poseer. El plazo establecido en el artículo 1968-1.º del CC para el ejercicio de las acciones de retener o recobrar la posesión se revela como una excepción del plazo general establecido en el artículo 1963 del mismo cuerpo legal para ejercitar las acciones reales, de cuya naturaleza participan aquéllas; y ese mismo carácter excepcional exige una interpretación restrictiva del plazo

corto anual de prescripción, por más que una mayor brevedad de algunos plazos para el válido ejercicio de las acciones pudiera resultar actualmente más acorde con las exigencias del tráfico jurídico, en consonancia con la realidad social actual, pero esta es cuestión reservada al legislador, de «lege ferenda», y no puede obstar a la recta aplicación de la norma vigentes —«lege data».

Acción Publiciana.—La acción publiciana, denominada por los antiguos prácticos «actio in rem utilis», ha sido doctrinal y jurisprudencialmente definida como una faceta de la reivindicatoria que permite al actor probar su mejor título, reclamando la cosa de quien la posea con menor derecho (Sentencias de 12 de mayo de 1992, y las que ésta cita, y más recientemente, Sentencia de 5 de febrero de 2004, que también cita otras anteriores)—, y el plazo para el ejercicio de la acción sería el que establece el artículo 1963 del CC con carácter general para las acciones reales. **(STS de 8 de noviembre de 2006;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Interpuesta demanda por la entidad «A, 2000, S. L.» contra la entidad «J, S.L.», se solicita la condena a reintegrar la posesión de parte de un local, que fue objeto de despojo por parte de la entidad demandante, devolviéndolo a su costa al estado que tenía en el momento de producirse éste, es decir, libre y expedito, así como al pago de indemnización por las rentas e impuestos satisfechos correspondientes a la parte del local que no ha sido posible disfrutar, y el lucro cesante desde el momento en que la entidad demandante adquiere la posesión del referido local.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a realizar el reintegro de la posesión de la parte de local en cuestión, libre y expedito y desestimando el resto de peditos.

La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación por considerar prescrita la acción entablada por el actor en orden a recobrar la posesión del local.

Interpuesto recurso de casación por ambas partes, el Tribunal Supremo declaró haber lugar, casando y anulando la sentencia anterior y confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (R. D. R.)

79. La usucapión consumada provoca que la acción reivindicatoria quede extinguida a pesar de no haber transcurrido el plazo de treinta años que establece el artículo 1963 CC para la prescripción extintiva de las acciones reales sobre bienes inmuebles.—«[...] el plazo que establece el artículo 1963 del CC opera sin perjuicio de lo establecido para la usucapión, y así de haberse consumado la usucapión entre presentes o ausentes la acción quedaría extinguida antes del transcurso de los treinta años que establece el precepto».

«El artículo 1963 distingue la prescripción de las acciones reales sobre bienes inmuebles de la pérdida del dominio por consecuencia de la usucapión consumada, puesto que coexisten ambos supuestos, tratando el referido artículo de la prescripción de las acciones que perecen por el transcurso del tiempo sin su ejercicio y entre las mismas ha de incluirse la acción reivindicatoria al resultar precepto en el que la prescripción se enuncia en términos

generales, presentándose como efecto distinguible, separable y autónomo la pérdida inmediata del dominio que tiene lugar a través de la usucapión» (FJ 1.º) (STS de 28 de diciembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—La parte actora ejercita acción reivindicatoria sobre un trozo de terreno que poseía el demandado, y sobre el que la actora aseguraba tener el derecho de propiedad. El demandado contesta a la demanda y formula, a su vez, demanda reconvenzional, mediante la cual ejercita una acción declarativa de dominio, al considerar que había adquirido por usucapión extraordinaria el trozo de terreno objeto de litigio. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta. Sin embargo, la Audiencia Provincial le da la razón al demandado, al haber apreciado prescripción extintiva de la acción reivindicatoria ejercitada. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—La Sentencia que anotamos plantea el problema de la posible coexistencia de la prescripción extintiva de acciones reales sobre bienes inmuebles y la pérdida del dominio como consecuencia de una usucapión consumada. A través de esta Sentencia, podemos ver la posición del Supremo en relación al tema objeto de debate. Considera el Supremo que cuando se haya consumado la usucapión extraordinaria en la persona del demandado, hay que entender automáticamente extinguida la acción reivindicatoria del demandante a pesar de que no hubiesen transcurrido los treinta años que establece el artículo 1963 CC.

Señala el artículo 1963 CC, en su párrafo primero, que «*Las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los treinta años*». Seguidamente, en su párrafo segundo, establece que «*Entiéndese esta disposición sin perjuicio de lo establecido para la adquisición del dominio o derechos reales por prescripción*». El legislador deja claro, a través de la redacción de este precepto, que coexisten la prescripción extraordinaria treintenaria y la prescripción extintiva de las acciones reales, incluidas las dominicales, y destacadamente la reivindicatoria, por igual tiempo de treinta años.

Señala el Tribunal Supremo, en la conocida Sentencia de 29 de abril de 1987, que de la redacción del citado precepto se debe concluir la contradistinción entre la usucapión de una parte, y, de otra, la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria, no debiendo extraerse del precepto que se deban exceptuar de entre las acciones reales sobre inmuebles, la acción reivindicatoria, o que «se unimismen la prescripción extintiva del dominio y la usucapión (STS de 29 de abril de 1987 [RJ 1987/2731]).

Nuestra doctrina parece mostrarse conforme con esta distinción, puesto que considera que no sólo es distinta la naturaleza y función de ambos institutos, sino que distintos son también sus requisitos y sus efectos. Mientras la prescripción extintiva determina la extinción de derechos o acciones por su falta de ejercicio en el tiempo, la usucapión convierte a determinado poseedor en titular del derecho poseído. Esta tesis se identifica con lo que se ha venido a denominar tesis dualista. No obstante, ello no impide que se pueda entender que existe una cierta relación estrecha entre prescripción

extintiva y usucapión, de tal modo que podamos pensar que ambas deben coincidir en el tiempo, es decir, que si alguien ha consumado una usucapión extraordinaria es porque del otro lado se ha producido una prescripción extintiva de la acción reivindicatoria y a la inversa, es decir, que puede hablarse de una usucapión en cierto modo liberatoria cuando se produce una prescripción extintiva de acciones reales. Así, cuando con anterioridad al transcurso del tiempo previsto por el legislador para la prescripción extintiva, un tercero haya ganado el derecho por usucapión, la adquisición del derecho por el usucapiente supone que el mismo se pierda para el anterior dueño, y con ella el mecanismo protector en que la acción consiste (Yzquierdo, M., *Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*, Madrid, 1998, pp. 39 y 40.). De hecho, podría afirmarse que la acción reivindicatoria no prescribe mientras el poseedor demandado no haya completado los requisitos de la usucapión.

El hecho que pone en marcha la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria es el comienzo de una posesión *ad usucapionem* de otra persona, porque únicamente este supuesto supondría una clara violación del derecho de propiedad, y es la falta de defensa del dueño frente a esta violación lo que determina el comienzo de la prescripción. Por otra parte, si existiera una prescripción extintiva de la acción reivindicatoria independiente de la usucapión se podría llegar a una solución absurda: o la cosa deviene *res nullius*, o el demandado no usucapiente, al ser su posesión irrevindicable, se convierte en usucapiente antes de tiempo (Sobre esta cuestión, *vid.* Díez-Picazo, L., «Las relaciones entre usucapión y prescripción extintiva y la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria (Reflexiones en torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1987)», *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989; Albaladejo, M., *La usucapión*, Madrid, 2004, pp. 15 y 16). (L. Z.G.)

80. Edificación de buena fe en terreno ajeno.—«No se trata de una simple acción reivindicatoria, sino de un supuesto de accesión consistente en edificación o más bien construcción en terreno ajeno de buena fe. No se aplica el principio general de modo de adquirir la propiedad que proclama el artículo 358 del CC, superficies solo cedit, sino de la norma especial de la accesión inmobiliaria de buena fe que contempla el artículo 361 del CC [...] en virtud de la cual la demandante, propietaria del terreno, no tiene el derecho de recuperar íntegramente y sin más la posesión del terreno, como interesa en la demanda, sino menos: tiene, o bien el derecho a recuperar la posesión con lo construido, indemnizado conforme a ley, o bien a que se le pague el precio del terreno [...]» (STS de 15 de diciembre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La actora solicita se declare su derecho de propiedad sobre la finca en la que se ha edificado por un tercero, y su derecho a recuperar la posesión, así como, su derecho a ser indemnizada por tal ocupación. La parte demandada contesta a la demanda, suplicando se desestime íntegramente la misma o, subsidiariamente, se determine su obligación de indemnizar el valor de la

superficie ocupada; y para el supuesto de que las anteriores peticiones no fueran estimadas, se obligue a la actora a indemnizar a la demandada el valor de las construcciones realizadas en la parcela objeto de litigio. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial lo estima en parte, considerando que la finca rústica es de legítima propiedad de la demandante. Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por la parte demandada en la instancia.

NOTA.—La Sentencia que anotamos aborda la problemática de la construcción en suelo ajeno. En esta ocasión es el demandado quien construye en el terreno propiedad de la demandante, aunque de buena fe, según queda probado en la instancia. A pesar de ser un claro caso de accesión inmobiliaria de buena fe, la demandante ejercita acción reivindicatoria, y solicita la retirada de las obras e instalaciones que la demandada ha ejecutado sobre su finca. Aunque el Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, la Audiencia, sin embargo, le da la razón a la demandante, resolviendo como si de una accesión de mala fe se tratase, ya que ordena el desalojo de parte de la finca ocupada por la demandada, con la obligación de retirar las obras e instalaciones, y sin derecho a que se le indemnice por la pérdida de lo edificado (art. 362 CC). Sobre esta cuestión, es doctrina jurisprudencial reiterada que si nos hallamos ante un supuesto de accesión previsto en el artículo 361 CC no puede el dueño del terreno ejercitar directamente la acción reivindicatoria, sin antes haber hecho uso de la opción que el citado precepto establece. De no ser así, la estimación de la reivindicatoria promovida, habría de calificarse de construcción de mala fe (SSTS de 18 de marzo de 1948 [RJ 1948/467], 17 de diciembre de 1957 [RJ 1957/535], 2 de diciembre de 1960 [RJ 1960/3782], 22 de julio de 1993 [RJ 1993/6275], 26 de octubre de 1999 [RJ 1999/8163], 15 de junio de 2004 [RJ 2004/3842]). (L. Z.G.)

81. Régimen jurídico aplicable en caso de construcción sobre suelo ajeno.—No cabe hablar de accesión invertida cuando se produce la construcción íntegramente sobre terreno ajeno, caso en el que, en general, rige el principio «*superficies solo cedit*» establecido en el artículo 358 del CC. Según este precepto lo edificado en terreno ajeno pertenece, en principio, por accesión al dueño de éste último, con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes, entre los que se encuentra el 361 que, de forma excepcional, establece, sólo en el supuesto de que haya buena fe por parte del que edifique sobre suelo ajeno, un derecho de opción a favor del titular del terreno para hacer suya la obra, previa indemnización, u obligar al que edificó a pagarle el precio del terreno. Hay además un requisito esencial para que se aplique este precepto, que se encuentra ínsito en la propia formulación de la norma, cual es el de que la construcción suponga un beneficio patrimonial para el dueño del terreno, y ello no ocurre cuando el titular dominical del suelo adquiere la propiedad, por título oneroso, cuando la obra se encuentra ya incorporada al mismo y, por tanto, su existencia ya se tiene en cuenta para fijar su prestación en el negocio de transmisión. Es decir, la construcción que genera derechos para el constructor de buena fe ha de llevarse a cabo una vez

adquirida la propiedad por aquel del que se pretende la indemnización por la obra construida. (STS de 28 de febrero de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Una entidad mercantil interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra otra entidad mercantil, constructora, y dos particulares. La actora es actual propietaria de una finca urbana, que pertenece en propiedad a los particulares demandados hasta el 27.1.1986, fecha en la que éstos la transmiten a otro particular mediante escritura pública de compraventa. El 2.12.1993, mediante escritura pública de dación en pago, este último particular transmite a su vez el dominio de la referida finca a la entidad hoy demandante, quedando inscrita la transmisión en el Registro de la Propiedad con fecha de 25.1.1994. Cuando la parte actora va a tomar posesión de la finca se encuentra con que está ocupada por la entidad mercantil constructora y los particulares codemandados. La entidad actora solicita en su demanda que se declare que la posesión que ostentan los demandados se ejerce sin título y de mala fe, así como el derecho de la actora a poseer la finca; que se condene a los demandados a entregar la posesión de la finca a la demandante y que se les condene a indemnizar a ésta los daños y perjuicios ocasionados en virtud de la posesión de mala fe. Los demandados formulan reconvencción en la que solicitan que se declare el pleno dominio de la mercantil demandada sobre la finca litigiosa obtenida en virtud de accesión invertida y, de forma subsidiaria, que se declare el derecho de dicha entidad mercantil a ser indemnizada en el valor de lo construido. El JPI estima la demanda acogiendo las peticiones de la actora, aunque concede una indemnización de menor cuantía a la solicitada en la demanda por los daños y perjuicios. También estima la demanda reconvenccional y condena a la actora a indemnizar a los demandados en el valor de la bodega que se encuentra sita en la finca. Contra la anterior sentencia interponen recurso de apelación ambas partes, si bien sólo se persona ante la AP como recurrente la entidad mercantil actora. La AP dicta sentencia por la que estima parcialmente el recurso y revoca en parte la sentencia impugnada a los solos efectos de fijar una cantidad mayor que los demandados deben satisfacer a la actora en concepto de indemnización. La entidad mercantil demandante formula recurso de casación y el Tribunal Supremo entiende que los demandados poseen la finca sin título que ampare dicha posesión, que están obligados a entregar dicha posesión a la actora y que deben indemnizar a ésta última los daños y perjuicios causados por la indebida posesión de la finca. (*Alma R. G.*)

82. Acción reivindicatoria. Requisitos de ejercicio.—La jurisprudencia exige la concurrencia de los siguientes tres presupuestos para la estimación de la acción reivindicatoria fundada en el párrafo segundo del artículo 348 CC: a) que el actor pruebe cumplidamente el dominio de la finca que reclama; b) la identificación exacta de la misma; y c) la detentación o posesión de la misma por el demandado. Como ejemplo de esta constante y

reiterada línea jurisprudencial, el Tribunal Supremo cita las SSTS de 28 de septiembre de 1999 y 25 de junio de 1998.

Acción reivindicatoria. Importancia de la identificación de la finca.— Entre los presupuestos exigidos por la jurisprudencia para la estimación de la acción reivindicatoria ex artículo 348 II.º CC, el Alto tribunal se detiene especialmente en el relativo a la identificación exacta de la finca reivindicada. La importancia que la jurisprudencia atribuye a este requisito es evidente a la luz de las numerosas sentencias que el Alto Tribunal recoge en la sentencia ahora analizada: SSTS de 25 de mayo de 2000, 7 de mayo de 2004 y 17 de marzo de 2005. Esta última, que, a su vez, recoge otras muchas sentencias, sintetiza la línea jurisprudencial a la que nos venimos refiriendo en los siguientes términos: «La identificación de las fincas ha de concurrir de forma totalmente evidenciada para que no ofrezca duda alguna a las que se reivindican, debiendo fijarse con la debida precisión su cabida, situación y linderos, y con la cumplida probanza que son las que se refieren los títulos y los demás medios probatorios en los que los actores fundan su derecho y tal identificación exige un juicio comparativo entre la finca real y la titular». (**STS de 14 de noviembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La parte demandante, una empresa municipal, ejercita acción reivindicatoria de una finca que forma parte de otra mayor llamada «Monte de Cullera» y que había sido ocupada y poseída por los codemandados, recurrentes en casación. En Primera Instancia se desestima la demanda. La Audiencia, estimando el recurso de apelación interpuesto por la demandante, revoca la sentencia de primera instancia, pues considera acreditados todos los presupuestos exigidos para el éxito de la acción reivindicatoria. Y así, en primer lugar, tras realizar un análisis de la génesis histórica, que arranca de época anterior a las leyes desamortizadoras del S. XIX, declara que la empresa municipal dispone de título de adquisición anterior a los conflictivos de los codemandados, una escritura de 25 de octubre de 1982 y un documento privado de 7 de enero de 1983, que declara parcialmente nulos, en cuanto afecten a la parcela reivindicada. En segundo lugar, y tras estudiar la identificación de la finca, la Audiencia afirma que de la prueba practicada resultan con claridad los linderos de las fincas en discusión. En tercer y último lugar, el tribunal declara que la parcela discutida se encuentra en poder y posesión de los codemandados.

Los recurrentes en casación apoyan su recurso en cuatro motivos. El primero invoca la doctrina de los actos propios, que considera vulnerada por haber mantenido la parte demandante una posición en el escrito de conclusiones, que modifica en la segunda instancia. El Alto Tribunal desestima este motivo invocando argumentos a los que, por su marcado carácter procesal, no nos vamos a referir. Los tres motivos de casación restantes combaten esencialmente la identificación de la finca objeto de reivindicación desde un punto de vista probatorio (valoración de la prueba y carga de la prueba). (*B. F. G.*)

83. Modificación de la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal.—Del tenor imperativo del artículo 5 LPH se deriva que, si en la escritura de obra nueva y constitución del régimen de propiedad horizontal no aparece un elemento independiente, y no existe acuerdo unánime de los copropietarios para la modificación de la misma, habrá de acordarse judicialmente la subsanación y rectificación de la citada escritura.

Propiedad horizontal. Existencia.—La propiedad horizontal surge necesariamente y de forma automática siempre que se dé una pluralidad de propietarios en un mismo edificio, bien por adquisición de alguno de los pisos o locales del inmueble, por cualquiera de los modos establecidos en la legislación civil (STS de 28 de junio de 1986), o bien por adjudicación de pisos o locales en la división de un edificio entre comuneros. De hecho, según el Tribunal Supremo, la existencia de esta figura jurídica es independiente de que se haya formalizado o no previamente el título constitutivo, documento que constituye la necesaria investidura jurídica formal al presupuesto fáctico ya señalado.

Propiedad horizontal. Derecho imperativo.—En la propiedad horizontal, junto a una propiedad exclusiva sobre un espacio concreto, coexiste una copropiedad obligada, necesaria e indivisible sobre unos elementos comunes. La consiguiente interconexión que existe entre los copropietarios por razón de la cosa incrementa el riesgo de conflicto entre los mismos en las relaciones de vecindad (STS de 19 de febrero de 1971), motivo por el cual la regulación de esta figura jurídica pretende conseguir una coexistencia pacífica entre copropietarios. A tal fin, se trata de dotar de una ordenación completa y eficaz a los derechos que corresponden a los distintos copropietarios, así como de proporcionar unas normas de derecho necesario para la ordenación de esta convivencia (propiedad singular, elementos comunes, cuota, título, estructura o seguridad del edificio, obligaciones y derechos, etc.).

Derechos de los copropietarios en régimen de propiedad horizontal.—De acuerdo con el artículo 3 LPH, el dueño de un piso o local en propiedad horizontal tiene, fundamentalmente, dos derechos: el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente y la copropiedad sobre los elementos comunes. Cada dueño de un piso o local ha de tener asignada una cuota de participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad. (STS de 1 de febrero de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Don J. y doña M.^a C. demandaron a la comunidad de propietarios de un edificio y a cada uno de los dueños de los pisos y locales en que se distribuyó el mismo, solicitando que se declarara que los demandantes eran propietarios de parte de la superficie de la planta baja, no incluida en la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal, así como que ésta pasara a ser considerada como un local comercial o industrial independiente, con la cuota de participación en las cosas comunes que se determinara en el proceso. Para ello, pedían la subsanación y rectificación del error padecido en el otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva y constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, así como la modificación correspondiente de la cuota de participación en la comunidad asignada inicialmente al resto de los pisos y locales.

La demanda fue estimada en primera instancia. Interpuesto recurso de apelación por parte de los propietarios de los demás pisos y locales, la Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia, por considerar que lo solicitado por los demandantes estaba en evidente contradicción con lo previsto en la licencia de edificación concedida para la construcción del edificio respecto del cerramiento de la planta baja. So pretexto del error padecido en el otorgamiento de la escritura de obra nueva y constitución de la propiedad horizontal, lo que pretendían los demandantes llevaba a convertir la superficie prevista como diáfana en un local independiente, lo cual infringía lo establecido en la licencia urbanística. Por ello, la Audiencia Provincial se limitó a declarar la propiedad de los demandantes sobre la superficie de la planta baja en litigio, aclarando que ésta no configuraba un local cerrado, sino una zona diáfana. Don J. y doña M.^a. C. interpusieron entonces recurso de casación, alegando, entre otros motivos, la vulneración de los artículos 3 y 5 LPH. (A. M. M.)

84. Propiedad horizontal. Modificación de cuota.—Puede instarse la modificación de los coeficientes asignados a cada piso o local del inmueble, cuando en la fijación de éstos no se hubieran respetados los criterios establecidos en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal. Como se dice en la STS de 5 de julio de 2005, «entre los modos de fijar la modificación del sistema de cuotas de participación, fuera del acuerdo unánime de los copropietarios, se puede, precisamente, cumpliendo los requisitos legales exigibles al respecto, determinar aquellas conforme al artículo 5.º de la dicha Ley, por «resolución judicial»».

Doctrina de los actos propios.—El principio del derecho que prohíbe ir contra los actos propios encuentra apoyo legal en el artículo 7.1 del CC y está actualmente sancionado en el artículo 111-8 de la Ley Primera del CC de Cataluña. La jurisprudencia sobre este principio es muy abundante. Como resumen, se deben citar los requisitos que se han venido exigiendo para que pueda aplicarse este principio general, que son los siguientes: a) que el acto que se pretenda combatir haya sido adoptado y realizado libremente; b) que exista un nexo causal entre el acto realizado y la incompatibilidad posterior; c) que el acto sea concluyente e indubitado, por ser «expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar y extinguir algún derecho generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto» (STS de 21 de abril de 2006).

Esta doctrina significa, en definitiva, que quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede además pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real». (STS de 29 de enero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—D. Álvaro interpuso demanda contra una Comunidad de Propietarios en la que solicitaba la declaración de nulidad de los estatutos de la mencionada Comunidad, por falta de la unanimidad necesaria para su aprobación, así como por contravenir los criterios establecidos en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizon-

tal, para determinar las cuotas de participación de los diferentes pisos y locales del edificio. Subsidiariamente, solicitaba en la demanda la declaración de ineficacia e inoponibilidad de tales estatutos, por no haber intervenido en su aprobación, ni haberlos conocido ni admitido, instándose también la modificación de las cuotas de participación de cada uno de los pisos y locales. A estas pretensiones se añadió la reclamación de las cantidades correspondientes a los gastos de comunidad, no satisfechas por el demandante, que la Comunidad de Propietarios dedujo a través de la correspondiente demanda, después acumulada al proceso promovido.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la primera demanda, por considerar que no concurrían las causas de nulidad de los estatutos alegadas por el demandante, y acogió la demanda formulada por la Comunidad de Propietarios, condenando a D. Álvaro a pagar las cantidades por ésta reclamadas en concepto de gastos de comunidad adeudados.

La Audiencia estimó el recurso de apelación interpuesto por D. Álvaro y revocó la sentencia de primera instancia, y, estimando en parte la demanda, declaró haber lugar a la rectificación de las cuotas de participación correspondientes a las fincas integrantes de la Comunidad de Propietarios demandada, debiendo fijarse las nuevas cuotas por perito arquitecto en fase de ejecución de sentencia.

NOTA.—La sentencia anotada reitera la línea jurisprudencial que interpreta la doctrina de los actos propios (SSTS de 21 de febrero de 1997 [RJ 1997, 1906]; 16 febrero 1998 [RJ 1998, 868]; 9 mayo 2000 [RJ 2000, 3194]; 21 mayo 2001 [RJ 2001, 3870]; 22 octubre 2002 [RJ 2002, 8777] y 13 marzo 2003 [RJ 2003, 2582], entre muchas otras).

En síntesis, considera el Alto Tribunal, al igual que el tribunal de instancia, que no procede declarar la nulidad de los estatutos de la Comunidad puesto que fueron aprobados por unanimidad de los entonces comuneros, y por cuanto la ineficacia no fue hecha valer oportunamente por el demandante en el plazo y por el cauce de impugnación establecido en el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal en la redacción entonces vigente. Sin embargo, estima que procede modificar las cuotas de participación de los distintos pisos y locales del edificio, al haberse fijado contraviniendo los criterios que, para su determinación, se establecen en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, debiendo establecerse nuevamente los coeficientes tomando en consideración, combinadamente, los parámetros de superficie útil de cada piso o local, en relación con el total del inmueble, así como su ubicación interior o exterior.

Pese a que D. Álvaro admitió haber conocido los estatutos por su protocolización notarial del año 1975, y que los aceptó cuando adquirió mediante escritura pública sus respectivos inmuebles en la finca, para el Alto Tribunal no cabe desconocer que el actor se dirigió a la Comunidad de Propietarios, con anterioridad a interponer la demanda con el fin de que se modificasen las cuotas de participación, del mismo modo que en los procedimientos entablados por la Comunidad, en reclamación de las cuotas impagadas el referido actor formuló reconvencción solicitando que se prescindiera de los estatutos de la Comunidad a la hora de fijar la contribución a los

gastos comunes, y que se fijasen nuevos coeficientes de participación de acuerdo con los criterios legales. Para el Tribunal Supremo todos estos actos impiden apreciar en éstos la inequívoca voluntad de crear una determinada situación, que defina de forma indubitada e inalterable su posición respecto de la cuestión que es objeto de controversia. (*M. C. L. J.*)

85. Propiedad horizontal. Elementos comunes.—De conformidad con lo dispuesto en el artículo 396 del CC, los balcones del inmueble, las galerías y miradores, además de formar parte inseparable de su fachada hacen la función de muro delimitador de los pisos al exterior, y son, obviamente, elementos necesarios para el uso y disfrute del edificio, razón por la cual gozan de igual protección que ésta en cuanto a sus posibles modificaciones y alteraciones, por más que el espacio que delimitan sea privativo. Lo anterior determina la responsabilidad directa de la Comunidad sobre este elemento común de cierre del edificio, en lo que se refiere a su conservación y, en su caso, reparación o sustitución, y la de quien lo disfruta en lo demás, en la forma que establezca el título constitutivo o resuelvan en forma legal los comuneros sobre el uso y disfrute de los mismos. (**STS de 18 de enero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Según el acuerdo primero contenido en el acta de la Junta de Propietarios del inmueble x, celebrada el día 23 de octubre de 1998, y que fue aprobado con el solo voto en contra de D. Antonio, se sustituye por «cotegran» todas las placas de los balcones del inmueble. El presupuesto aprobado por la Junta de 27 de noviembre siguiente valora en un coste aproximado de 2.850.000 pesetas, más IVA. Este presupuesto se aprueba con el voto también en contra de D. Antonio y de otros dos comuneros, por entender que es contrario a los estatutos que rigen la Comunidad, que considera a los mismos elementos privativos correspondientes a cada uno de los pisos de los que forman parte íntegramente.

Ante estos hechos, Don Antonio formuló demanda impugnatoria de estos acuerdos. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial revoca la sentencia dictada en primera instancia.

NOTA.—En la sentencia anotada el Tribunal Supremo confirma la sentencia dictada por la Audiencia que declara que «*tal acuerdo no contraviene el título constitutivo de la propiedad horizontal ni de sus estatutos, pues ni recae sobre elementos privativos, ni supone modificación del título, ni es contrario al mismo*» pues «*aunque el artículo 4.º de los estatutos designe como elemento privativo de las respectivas viviendas y locales, de los que forman parte integrante, a los balcones salientes del edificio.. tal designación privativa ha de entenderse como exclusivamente afectante a la superficie interior del balcón y a su uso ordinario, no así a lo que como tal elemento constructivo, constituye fachada del inmueble, cerramiento y sustentación del mismo, delimitadores perimetrales y revestimiento exterior. lo que confirma, como ineludible consecuencia, que los balcones en su apariencia exterior son elementos comunes, compitiendo a la Comunidad de propietarios la toma de*

medidas oportunas y consecuencias -así impetradas por el perito actuante- encaminadas al debido cuidado y conservación de los mismos.. Por lo demás, resulta manifiesto que la obra a realizar.. no afecta a la configuración ni al estado exterior del edificio, al tratarse meramente de una técnica constructiva». (M. C. L. J.)

86. Propiedad horizontal. Desafectación de elementos comunes.—La descripción, no de «*numerus clausus*», sino enunciativa que el artículo 396 CC hace de los elementos comunes no es, en la totalidad de su enunciación, de «*ius cogens*», sino de «*ius dispositivum*». Lo anterior permite que bien en el título constitutivo originario del edificio en régimen de propiedad horizontal, bien por acuerdo posterior de la Comunidad a ciertos elementos comunes que no siéndolo por naturaleza o esenciales, como el suelo, las cimentaciones, los muros, las escaleras, lo sean sólo por destino o accesorios, como los patios interiores, las terrazas a nivel o cubiertas de partes del edificio, etc. Mientras no se produzca la desafectación en el propio título constitutivo o por acuerdo unánime posterior de la Comunidad ha de mantenerse la calificación legal que, como comunes, les corresponde también a los elementos de la segunda clase expresada. (STS de 22 de enero de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—D. Francisco y D.^a Ana realizaron obras en lo que se denomina sótano, consistentes en la instalación de un solado, vaciado de tierras, así como a la construcción de paredes de ladrillo en una extensión aproximada de 160 m², al cual se accede a través de una escalera que se halla instalada en el local de su propiedad. La comunidad de vecinos formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don Francisco y doña Ana solicitando que se declarase: a) El carácter de elemento común de los suelos y bajos del edificio; b) La inexactitud y error en la descripción del local 2 o letra A, en cuanto a la expresión «y sótano» teniendo dicha expresión por no puesta, tanto en la declaración de obra nueva y división horizontal como en el Registro de la Propiedad; c) Condena a D. Francisco y a doña Ana a abandonar la posesión de dichos bajos y a dejarlos libres y a disposición de los vecinos y la comunidad, estableciendo a la vez la obligación de demoler las obras efectuadas que impiden el libre acceso y a reparar los desperfectos causados, devolviendo el bien reivindicado a su estado original.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial revocó la de primera instancia y estimó la demanda.

NOTA.—En el presente caso, para el TS si bien en el proyecto de construcción del edificio no figura como elemento constructivo el sótano en cuestión y tampoco figura en la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal, de 6 de noviembre de 1981, en la descripción general del edificio, no puede desconocerse la realidad física de ese espacio, resultante de la solución constructiva al situar las dos viviendas de la planta baja en una cota más elevada respecto a la calle, para que las ventanas de esas viviendas no estuviesen a la vista de los peatones, como señala el informe pericial. Esta realidad física fue la que motivó la rectificación de la primera inscripción registral de local propiedad de los demandados

recurrentes, cuando éstos todavía no habían adquirido el mismo, haciéndose constar en el Registro de la Propiedad que la finca número 42 de que se trata consta de una nave diáfana con sótano, W.C. y aseo; así figura descrita la finca 42 en la citada escritura de 6 de noviembre de 1981. Para el Alto Tribunal existió por tanto un acto de desafectación de ese espacio físico en el propio título constitutivo, que convierte dicho sótano en elemento privativo como anejo del local 2. (*M. C. L. J.*)

87. Propiedad horizontal. Obras necesarias. Obligaciones de la comunidad.—El artículo 10.1 LPH impone a la comunidad de propietarios la obligación de realizar las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad, accesibilidad y seguridad.

La obligación de sostener y reparar los elementos comunes que corresponde a la comunidad no puede limitarse a una mera conservación de aquéllos cuando presenten defectos que afecten a la estructura, estanqueidad, habitabilidad, accesibilidad y seguridad del edificio, como ocurre en el caso de humedades, sino que comporta la realización de las obras pertinentes para superar los expresados defectos con arreglos a las técnicas constructivas en cada momento vigentes, con independencia de las acciones que pudieran proceder respecto de los agentes de la construcción para exigir responsabilidad por los daños materiales sufridos por el inmueble. Las únicas obras que no pueden exigir los propietarios son las que constituyan nuevas instalaciones, servicios o mejoras que no se requieran para la adecuada conservación, habitabilidad, seguridad y accesibilidad del inmueble según su naturaleza y características (LPH 11.1). (**STS de 3 de enero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Los propietarios de diversas viviendas sitas en el edificio X promovieron frente a la Comunidad de Propietarios del referido inmueble un juicio declarativo de menor cuantía, solicitando que se la condenase a reparar a su costa todos los desperfectos, deficiencias y daños existentes en sus viviendas (humedades), así como a las indemnizaciones que fueran procedentes.

El Juzgado de Primera Instancia, tras desestimar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, desestimó la demanda por entender que los desperfectos no eran debidos a la falta de conservación de los elementos comunes y que no había incumplimiento por la comunidad, salvo con respecto de un concreto propietario, que había obstaculizado la reparación.

La Audiencia Provincial revocó la sentencia del Juzgado por considerar que el origen de las anomalías se encontraba en el estado de determinados elementos comunes, la cubierta, canalón y fachada, y, en consecuencia, condenó a la comunidad a que reparase los desperfectos y deficiencias existentes en las viviendas de los recurrentes, efectuando para ello las obras que fueran precisas en los elementos comunes.

NOTA.—El núcleo del debate se centra en discernir si las humedades tenían como causa la falta de conservación de los elementos

comunes. En la sentencia anotada el Tribunal Supremo coincide con la Audiencia Provincial en que la eliminación de las humedades que padece el inmueble exige realizar obras de aislamiento térmico en los elementos comunes y de reparación de la cubierta.

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo la que entiende que a efectos de la calificación de la ruina como funcional, que la existencia de humedades por defectos de estanqueidad o impermeabilización afectan a la funcionalidad y habitabilidad del inmueble (entre otras, SSTs de 26 de septiembre de 2005 [RJ 2005, 8883], 27 de septiembre de 2005 [RJ 2005, 8887], 17 de octubre de 2005 [RJ 2005, 8593], 22 de marzo de 2006 [RJ 2006, 5652]). (M. C. L. J.)

88. Adaptación de zonas comunes a propietarios con minusvalías.—

El artículo 47 CE contiene el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Por su parte, el artículo 49 CE establece que los poderes públicos realizarán una política de integración de los disminuidos físicos. En este sentido se han orientado las sucesivas modificaciones de la Ley de Propiedad Horizontal. Además, con ese fin se dicta la Ley 15/1995, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad. En ella se viene a establecer un procedimiento específico que tiene por objeto que el interesado y la mancomunidad de propietarios lleguen a un acuerdo sobre la forma de ejecución de las obras de adaptación necesarias, a cuya realización la Ley obliga cuando haya personas que lo necesiten y así lo soliciten.

Naturaleza de los acuerdos para regular el uso de un elemento común.—Los acuerdos que se limitan a regular el uso de un elemento común por parte de los vecinos, son actos de administración (art. 6 LPH), que no suponen alteración del título constitutivo. Por ello, basta que se adopten por mayoría, sin necesidad de unanimidad. (STS de 28 de febrero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don V. M., afectado por una minusvalía, interpuso demanda contra una comunidad de propietarios, solicitando la nulidad de un acuerdo adoptado por mayoría, por el que se denegaba la autorización para el uso de una vía peatonal como aparcamiento para vecinos con minusvalías, al existir señales que prohíben el tráfico rodado, sin que los estatutos ni el título constitutivo digan nada sobre el uso de tales elementos comunes.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, por lo que se recurre en apelación. La Audiencia confirma la validez del acuerdo. Según la Audiencia, el acuerdo sobre la regulación del uso de un elemento común no implica alteración del mismo en el sentido del artículo 11 LPH, siendo tan sólo una manifestación de simple acto de administración. Como tal, se haya sometido al régimen de mayoría del artículo 16.2 LPH. En casación, el TS declara no haber lugar al recurso por entender igualmente que el acuerdo es válido. Considera que no existe una vulneración del derecho a una vivienda digna, pues la comunidad no negó ni limitó ese derecho, sino que, simplemente ese derecho fue sometido libre y voluntariamente a normas comunes y estatutarias aceptadas. Si querían pedir reformas para garantizar la compatibilidad del uso de la vivienda y

su minusvalía, el actor debería haber utilizado el procedimiento específico que contempla la ley. (*S. L.M.*)

89. Propiedad horizontal: invalidez de los acuerdos que no figuran en el orden del día y plazo de caducidad de la acción.—La línea jurisprudencial mayoritaria (entre otras, las SSTs de 10 de marzo de 1997, 5 de mayo de 2000, 14 de febrero y 27 de mayo de 2002 y 10 de noviembre de 2004) limita la ineficacia por nulidad radical a aquellos acuerdos de la Junta de Propietarios contrarios a la moral, al orden público o a las disposiciones imperativas o prohibitivas que establezcan esta consecuencia y no otra; o aquéllos que se lleven a cabo en fraude de ley. La toma de un acuerdo sobre una materia no prevista en el orden del día, o que se adopte en contracción a la regla de unanimidad, tan sólo implica la posible declaración de invalidez del acuerdo mediante la acción correspondiente, cuyo ejercicio está sometido a un plazo de caducidad.

Antes de la reforma de la Ley 8/1999, de 6 de abril, este plazo era de treinta días naturales que debían computarse de fecha a fecha. En la actualidad este plazo oscila de tres meses a un año, según el acuerdo sea contrario a la ley o a los Estatutos. No obstante, producida la caducidad conforme a la ley anterior, no es posible una renovación del plazo conforme a la nueva ley, pues esto iría en contra de la seguridad jurídica. Si bien es cierto que, según establece en la Disposición Transitoria Cuarta de la citada reforma, la disposición que afecte al modo de ejercicio, a la duración y a los procedimientos para hacerla valer es una disposición retroactiva; también lo es que cuando se ha producido la consumación de un plazo de caducidad bajo la vigencia de la norma anterior no es posible aplicar esta nueva regla para ampliar o renovar dicho plazo. (**STS de 20 de noviembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—Doña A. interpone demanda contra su Comunidad de Propietarios para solicitar que se declare la nulidad del acuerdo sobre la distribución de terrazas a los locales comerciales y la parquización de zonas comunes por no figurar este punto en el orden del día. La Comunidad se opone a la demanda formulando la excepción de caducidad de la acción.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda en virtud de los Estatutos por falta de unanimidad del acuerdo y desestima la excepción, por lo que declara nulo y sin efecto el acuerdo impugnado. En la apelación, la Audiencia Provincial revoca la sentencia, desestima la demanda y considera que el vicio del acuerdo implica una mera anulabilidad, por lo que ya ha transcurrido el correspondiente plazo de impugnación de treinta días. La actora interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima y confirma la resolución de la Audiencia. (*S. E. M.*)

90. Derecho transitorio de la Ley 22/1987, de Propiedad Intelectual.—La DT quinta de la Ley 22/1987 establecía que los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior surtirán todos sus efectos de conformidad con la misma. Además, según la DT cuarta, lo dispuesto en los

artículos 14 a 16, relativos al derecho moral del autor, será de aplicación a los autores de las obras creadas antes de su entrada en vigor.

El derecho moral de autor. En particular, el derecho a la integridad de la obra.—El derecho moral del autor, regulado en los artículos 14 a 16 LPI, está integrado por un conjunto de derechos inherentes a la persona del autor, caracterizados por las notas de irrenunciabilidad e inalienabilidad. Corresponde, por tanto, a éste exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella, que suponga un perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación (art. 14.4.º LPI).

La demolición del muro donde se encuentra plasmada una obra plástica (como puede ser una pintura), en principio, puede ser constitutivo de una violación de ese derecho moral del autor y dar lugar a una indemnización por la lesión producida. Sin embargo, hay que tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, sin que quepa estimar que se ha producido un acto antijurídico cuando concurre una causa de justificación. En este sentido, es especialmente relevante las circunstancias del edificio. Si está en una situación de deterioro tal que exige su reconstrucción, puede llegar a ser imposible la conservación de la obra. Además, este tipo de obras no nacen con vocación de perennidad, sino con una vida efímera. (**STS de 6 de noviembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La cooperativa L., con la colaboración del Ayuntamiento de La Coruña, convocó un concurso de pinturas murales, cuyas bases estaban depositadas ante Notario. Como resultado de una votación realizada por los lectores de la prensa diaria, los premios fueron adjudicados a don I., don J., don G., don J. D., y don H. Los murales se realizaron en un edificio propiedad de la cooperativa L., y conforme a la base 18, tanto los bocetos como los murales pasan a ser propiedad de la cooperativa L., pudiendo ésta hacer el uso que estime más conveniente de los mismos. L. vendió los murales a la entidad R., a través de escritura pública otorgada ante Notario, libre de cargas y de arrendamientos, sin comunicación alguna a los pintores del mural y sin advertir a la adquirente de la cualidad artística de los mismos. La nueva propietaria del edificio llevó a cabo obras de reforma para su rehabilitación, cuya realización implicó la desaparición de las pinturas, al quedar tapadas por el tratamiento realizado para el revestimiento de la fachada.

Al tener conocimiento de la desaparición de los murales, los autores (don I., don G., don H. y don J.) interponen demanda contra la entidades L. y R. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda respecto de L. por falta de legitimación *ad causam* y la estima parcialmente respecto de R., condenándola a indemnizar a cada uno de los actores por los daños morales ocasionadas por la destrucción de los murales de los que son autores.

La Audiencia Provincial entiende que el deficiente estado del edificio, precisando reparaciones y reconstrucciones, justifica la demolición del mismo y, por tanto, del conjunto en el que se integra la obra, adherida inseparablemente al inmueble sin posibilidad de extracción sin daño. No cabía la reforma del edificio sin que se produjera menoscabo de la obra. Por tanto, desaparece cualquier base legal que impida la demolición.

A idéntica conclusión llega el TS. No habiendo existiendo un acto ilícito dañoso, no cabe indemnizar nada. (S. L. M.)

91. Infracción del derecho de distribución en exclusiva.—El derecho de distribución en exclusiva de fonogramas no se agota cuando la primera cesión tiene lugar en un país extracomunitario sino cuando la primera comercialización tiene lugar en un país de la Unión Europea. De este modo, las entidades con licencia exclusiva pueden oponerse a la distribución en país no comunitario y ejercitar la acción de cesación derivada del derecho de prohibición inherente al derecho de distribución exclusiva de las obras de creación intelectual (**STS de 29 de noviembre de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.]

HECHOS.—Las sociedades demandantes ejercitan acción de cesación en la actividad de distribución y comercialización de fonogramas, alegando su condición de legítimas titulares de los derechos y licencias exclusivas de distribución de fonogramas producidos por sus casas matrices, en virtud de los contratos de cesión en exclusiva y licencias de distribución celebrados entre ellas y sus compañías matrices, vulnerados por la entidad demandada al comercializar a lo largo de un año, en determinado establecimiento, musicassetes y discos compactos procedentes de países no pertenecientes a la Unión Europea, sin autorización expresa ni tácita de las actoras. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, al considerar acreditado que las actoras son titulares exclusivas en España del derecho de distribución de fonogramas producidos por sus casas matrices. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación, al considerar que la atribución de los derechos concedidos en los contratos de cesión de derechos de explotación no les otorga derechos ejercitables *erga omnes*, además de que no se han establecido limitaciones en la adquisición de los fonogramas por la entidad demandada, por lo que ha de estimarse agotado con la primera venta el derecho de distribución en exclusiva alegado por las entidades actoras. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—La Sentencia que anotamos plantea el problema de determinar si se produce o no en este caso el llamado agotamiento del derecho de distribución en exclusiva que prevé la Ley de Propiedad Intelectual respecto de fonogramas cuando la primera cesión tiene lugar en un país extracomunitario. Sobre esta cuestión, es importante tener en cuenta que la interpretación sobre la incompatibilidad del agotamiento internacional con el comunitario del derecho de marca es aplicable al caso de los derechos de distribución de obras protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual, y, por tanto, el agotamiento de los derechos de distribución de la obra de creación sólo se produce cuando la cesión de los derechos de distribución mediante venta o transmisión de la propiedad se ha efectuado en un país de la Unión Europea. (L. Z. G.)

92. Legitimación activa de la Sociedad General de Autores y Editores para la gestión y reclamación en juicio de derechos de autor por exhibición pública de películas cinematográficas en determinadas salas de cine.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que la SGAE posee legitimación activa para la defensa en juicio de los derechos a que se extiende su actividad, sin necesidad de acreditación documental de su relación contractual con cada uno de los titulares del derecho de comunicación pública (**STS de 12 de diciembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—La SGAE interpone demanda reclamando derechos de autor correspondientes a la exhibición cinematográfica de determinadas películas. La SGAE solicita se le abone un porcentaje de los ingresos obtenidos por la demandada mediante tal exhibición pública. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—La SGAE posee legitimación activa para la defensa en juicio de los derechos de autor. A ésta le basta simplemente con aportar la autorización administrativa que le habilita para gestionar esta modalidad de derechos de autor. Pero, además, no es que la acreditación documental individualizada para la defensa de los derechos de cada autor no sea necesaria, sino que, ello no sería tampoco posible, en aras a la garantía de la efectiva gestión de los derechos de autor. (*L. Z. G.*)

93. Legitimación activa de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.—SGAE, como entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual, ostenta legitimación activa para defender en juicio tales derechos. Para ello, basta con aportar la autorización administrativa que la habilita para gestionarlos y los Estatutos aprobados por el Ministerio de Cultura, sin que tenga que aportar de forma individualizada los contratos con cada uno de los miembros en los litigios en que sea parte, pues ello constituiría una dificultad extremadamente gravosa para este tipo de entidades.

Interrupción del plazo de prescripción de la acción para reclamar los derechos de autor.—Conforme al entonces artículo 125 LPI (actual artículo 140.3 LPI), el plazo de prescripción de la acción para reclamar derechos de autor es de cinco años. Dicho plazo puede quedar interrumpido con la reclamación extrajudicial de lo adeudado. (**STS de 24 de noviembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—El Ayuntamiento de L., con ocasión de las fiestas populares, ha comunicado públicamente obras musicales, sin contar con la licencia correspondiente de SGAE. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta por la entidad de gestión. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación promovido por el Ayuntamiento. A idéntica conclusión llega el TS, afirmando, en primer lugar, la legitimación activa de SGAE y, en segundo lugar, indicando que no ha prescrito el plazo para la reclamación de la indemnización, pues dicho plazo se interrumpió desde

el momento en que se celebraron varias reuniones entre las partes implicadas para resolver la cuestión. (S. L.M.)

94. Constitución de servidumbre de paso esporádico y sin vía permanente ex artículo 564.3 CC.—En el actual estado de la agricultura y los medios que para ella se utilizan, puede afirmarse que el supuesto contemplado en el párrafo tercero del artículo 564 CC ha quedado prácticamente sin vigencia dado que, tanto las labores de preparación de la tierra para el cultivo como las de la extracción de las cosechas, se realizan en la generalidad de los casos mediante el empleo de vehículos que precisan de una vía de tal carácter para su tránsito. La anchura de dicha vía ha de ser, según dispone el artículo 566 CC, la que baste a las necesidades del predio dominante, imponiéndose así el criterio de la necesidad sobre el de la mayor comodidad o mera conveniencia para lograr el menor perjuicio al predio sirviente. (STS de 15 de febrero de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don G. interpone demanda contra don C. por la que solicita que se declare la existencia de una servidumbre permanente de paso de una anchura de cuatro metros y una longitud de ciento cuarenta metros aproximadamente, señalando como predio dominante una finca de su propiedad «dedicada al cultivo del manzano para posterior elaboración de sidra» y como predio sirviente una parcela del demandado «que se dedica a la explotación pecuaria con presencia de ganado vacuno». El actor solicita igualmente la posibilidad de cercar dicho camino a su costa con alambre de espiño y estacas por ambos linderos o, alternativa y subsidiariamente, que se admita la posibilidad de que aquél sea pavimentado con asfalto o cemento.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda en su integridad; posteriormente, la Audiencia Provincial acoge parcialmente el recurso y acuerda la constitución de una servidumbre forzosa de paso con una anchura de tres metros a favor del fundo propiedad del demandante; además, permite al propietario de dicho terreno cerrar ese camino con trancas abatibles para evitar que se escape el ganado que pasta en dicha parcela. El Tribunal Supremo, pese a declarar que ha lugar al recurso interpuesto por don G. y constituir en consecuencia una vía permanente de paso, accede únicamente a la petición subsidiaria de pavimentar el camino con asfalto o cemento. Asimismo, condena al titular del predio dominante a indemnizar al del sirviente, tanto por el valor del terreno que se ocupe, como por el de los perjuicios que se le causen. (M. C. C. M.)

95. Aprovechamiento de leñas y pastos: naturaleza jurídica.—La Sala Primera del Tribunal Supremo en relación con la configuración del aprovechamiento de leñas y pastos como servidumbre o como comunidad mantiene una doctrina uniforme desde su sentencia de 2 de febrero de 1944 (doctrina reiterada en las SSTs de 24 de febrero de 1984 y 16 de febrero de 1987). Afirma nuestro Alto Tribunal que la nota distintiva entre ambas figuras radica en el hecho de que la titularidad dominical de la finca en cuestión per-

tenezca a uno o varios de los interesados en su aprovechamiento o a la totalidad de quienes se reúnan para disfrutarla comunitariamente. En el primer caso existe una servidumbre, mientras que en el segundo caso estamos ante una comunidad, pues hay dominio compartido por todos los interesados sobre cosa propia e indivisible.

Asimismo el Tribunal Supremo afirma que en ocasiones el aprovechamiento de leñas y pastos se ha configurado «como una limitación del dominio, siempre que se haya impuesto por la Ley a determinados predios y en determinadas condiciones, en cuyo caso habrá que estar al texto de la ley que la imponga».

Menciones registrales: régimen jurídico.—La Sala Primera del Tribunal Supremo recuerda que, conforme a lo dispuesto en los artículos 29 y 98 LH, la fe pública del Registro no se extiende a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial, pues no tienen la consideración de gravámenes a efectos de la Ley Hipotecaria y deben ser cancelados por el Registrador a instancia de parte interesada. (STS de 7 de noviembre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xabier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La Junta Vecinal de Vivero de Omaña interpone una demanda contra la sociedad agraria de transformación V. y la entidad *DMB-93, S. L.*, solicitando se dicte una sentencia por la que se declare: *a*) el derecho de los vecinos de Vivero de Omaña, representados por su Junta Vecinal, a inscribir en el Registro de la Propiedad el aprovechamiento de leñas y pastos para toda clase de ganados de su propiedad sobre determinados terrenos; *b*) la obligación de las demandadas de suprimir las cercas de dichos montes o puertos, pues constituyen un obstáculo insalvable para practicar dichos aprovechamientos; *c*) la obligación de las demandadas de suprimir las barreras que han colocado en varios puntos del Camino del Valle que impiden circular libremente por el mismo; y *d*) que las demandadas carecen de todo derecho para introducir ganados de su propiedad o de propiedad de terceros en los montes y pacerderos comunales del pueblo de Vivero de Omaña.

El Juzgado de Primera Instancia estima la excepción de falta de legitimación activa alegada por la codemandada *DMB-93, S. L.*, y desestima la demanda sin entrar a conocer del fondo del asunto. La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y entrando en el fondo del asunto, estima parcialmente la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación, casa la sentencia recurrida y desestima la demanda. (*M. J. P. G.*)

96. Hipoteca en garantía de títulos al portador.—Los requisitos que exigen los artículos 154 LH y 247 RH para la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador es el objeto de este pronunciamiento, en el que se considera que el título garantizado con hipoteca es exclusivamente el que circula. En la duda acerca de si se trata de aquel que lleva adheridos los cupones para el pago de los intereses o aquel en el que figuran los datos de la garantía hipoteca que exige el artículo 154 LH, el Tribunal

Supremo se decanta por esta última posibilidad (STS de 20 de noviembre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—El 28 de septiembre de 1988, los cónyuges don Eloy y doña Natalia emitieron catorce títulos al portador: seis por importe de un millón de pesetas (Serie A) y el resto de quinientas mil (Serie B), que fueron garantizados con una hipoteca sobre una finca por importe de diez millones de pesetas de principal y dos millones más para gastos de ejecución. En la escritura de la hipoteca se establecía que el pago de los intereses que devengara la deuda se haría anualmente «mediante la entrega por parte del tenedor del cupón correspondiente a los emitentes». Las cédulas hipotecarias emitidas constaban de una doble matriz, una de las cuales se depositó en el Registro de la Propiedad y la otra debió quedar en disposición de los emitentes según lo dispuesto en el artículo 247 RH. El litigio que da lugar a este recurso enfrentaba, de un lado, a la entidad «Ruíz y Camacho, S. A.» (Ruycasa) y, de otro, a «Creativos de Publicidad, S.A», cada una de las cuales alegaba su cualidad de tenedora legítima de las cédulas hipotecarias, esto es, del título destinado a la circulación, único apto para fundar la acción ejecutiva. «Ruycasa» entendía que el suyo era el válido, pues era el único en el que figuraba el sello del Registro de la Propiedad, así como los datos de inscripción de la garantía. En cambio, «Creativos de Publicidad, S. A.» sostenía que el válido era precisamente el que carecía de esas indicaciones (a saber, sello del Registro y datos de inscripción de la garantía), debiendo el título de circulación llevar adheridos los cupones de pago de intereses, tal y como sucedía con el que ella tenía en su poder. «Ruycasa» entabló demanda contra «Creativos de Publicidad, S. A.» solicitando que se declarase la nulidad del juicio ejecutivo —tramitado con arreglo al artículo 131 LH—, la de la inscripción registral que pudiere haber sido practicada a resultas de la adjudicación en subasta pública de los bienes hipotecados, así como que se declarase su derecho como único y legítimo tenedor de las obligaciones emitidas por don Eloy y doña Natalia. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en todos sus extremos. La entidad «Creativos de Publicidad» interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial de Cádiz, quedando revocada la sentencia apelada. Contra esta sentencia la demandante interpuso recurso de casación, que fue estimado en su totalidad. El Tribunal Supremo revoca en esta sentencia el pronunciamiento previo de la Audiencia Provincial de Cádiz por considerar errónea la conclusión del órgano de apelación acerca de que el título que circula (y que, por tanto, puede dar lugar al procedimiento de ejecución hipotecaria) es necesariamente el que lleva adheridos los cupones de pago de intereses. El razonamiento empleado por la Audiencia era doble: de un lado, consideraba que esto debía ser así porque «sólo su tenedor [el del título que lleva adheridos los cupones] está legitimado para cobrar los intereses representados por ellos» y, de otro, porque «sólo así puede [el título] seguir siendo talonario» [exigencia, esta última, contemplada tanto en el artículo 154 LH como en

el artículo 247 RH sobre hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador]. El Tribunal Supremo no comparte estas argumentaciones que, a su juicio, carecen de sustento legal, ya que ni el artículo 154 LH ni el artículo 247 RH aluden a los cupones de pago de intereses de la deuda, ni mucho menos lo exigen como circunstancia de los títulos a que se refieren. Al contrario, lo que el precepto de la LH prevé para garantizar hipotecariamente los títulos es la constancia en los mismos de «la fecha y Notario autorizante de la escritura, y el número, folio, libro y fecha de su inscripción en los respectivos Registros de la Propiedad y en el Registro Mercantil, cuando así proceda, con arreglo a lo prevenido en el artículo 21, número 10 del Código de Comercio» (art. 154.III LH). Según el Alto Tribunal, aunque materialmente no exista ninguna diferencia entre el título que consta en las dos matrices y el destinado a la circulación, la lógica de las cosas conduce a entender que la norma hipotecaria se refiere a este último, pues sólo la constancia de los datos del artículo 154 LH permitirá al tenedor comprobar la exactitud de lo que va a adquirir. Por todo ello, da lugar al recurso de casación, casando y anulando la Sentencia de la Audiencia Provincial y confirmando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia (*N. M. I.*)

97. Hipoteca mobiliaria sobre establecimiento mercantil. Local de negocio arrendado. La intervención del propietario-arrendador del local en la escritura de constitución de la hipoteca mobiliaria tiene distintas consecuencias, según que se limite simplemente a notificarse de la constitución de la hipoteca o consienta la misma.—La norma legal es clara, y parte de la distinción entre los casos en que el arrendador ha consentido la hipoteca mobiliaria (art. 31 LHM), de aquellos otros en que no lo ha hecho (art. 32 LHM). En el caso de que haya consentido la hipoteca, se produce una serie de repercusiones para él, dirigidas a disminuir los supuestos de extinción del arrendamiento para asegurar la mayor estabilidad de la hipoteca, y que justifican la necesidad de la notificación de la sentencia declarando la resolución del contrato para que el acreedor pueda hacer efectiva la acción hipotecaria. Por el contrario, en el supuesto en que el arrendador no haya intervenido en la escritura, ni la haya consentido ulteriormente, sus derechos no deben sufrir alteración alguna, por lo que no está obligado a efectuar ninguna notificación al acreedor en el caso de ejercicio de la acción de resolución. (**STS de 23 de febrero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—En noviembre de 1995 la sociedad L. otorgó un préstamo a la entidad G., garantizando su devolución con la constitución de una hipoteca mobiliaria sobre el establecimiento mercantil donde la prestataria desempeñaba su actividad, y que ocupaba como arrendataria, en virtud de contrato suscrito con los propietarios Srs. C. y L. El Sr. C compareció al otorgamiento de la escritura de constitución de la hipoteca mobiliaria, notificándose sin más de dicho acto, pero sin manifestar su consentimiento a dicha constitución. En marzo de 1997 los arrendadores inician juicio de desahu-

cio por falta de pago de la renta contra la locataria G., de lo cual informaron al letrado de L. Meses después la prestamista instan el procedimiento judicial sumario para la ejecución de la hipoteca mobiliaria, notificando igualmente al propietario del local. No obstante, cuando se iba a proceder a la subasta se comprobó que el local se encontraba vacío, habiendo desaparecido de allí toda la maquinaria y enseres, que fueron depositados a disposición de la ejecutante L. en un almacén. La mercantil L. demanda a C. y L. reclamando el importe de los daños sufridos como consecuencia de haber sido imposible sacar a subasta el establecimiento mercantil sobre el que estaba constituida la hipoteca mobiliaria y la consiguiente pérdida de del derecho real. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (*L. A. G. D.*)

98. Retracto de colindante. Fundamento.—La justificación del retracto de colindantes está basada en el interés público de evitar la excesiva división de la propiedad. No se trata, por tanto, de satisfacer aspiraciones de mejoramiento económico, más o menos legítimas, de los particulares. Esta clase de retracto actúa, pues, como carga de Derecho público que limita la propiedad, motivada por el interés general. La finalidad indicada es la que debe presidir la interpretación del artículo 1253 CC, tal y como ha declarado en reiteradas ocasiones el Alto Tribunal (STS de 12 de febrero de 2000, que cita, a su vez, las de 25 de noviembre de 1895, 11 de febrero de 1911, 5 de junio de 1945, 17 de diciembre de 1958 y 31 de mayo de 1959). La STS de 20 de julio de 2004, con cita de la sentencia de 18 de abril de 1991, se expresa en los siguientes términos: «es doctrina jurisprudencial de esta sala la que determina que la finalidad del retracto de colindantes es facilitar con el transcurso del tiempo algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial rústica-minifundio—allí donde tal exceso ofrece obstáculo insuperable al desarrollo de riqueza; finalidad la expresada que debe presidir la interpretación del artículo 1253 CC y que como todos los retractos legales, y lo es el de fincas rústicas colindantes, son limitaciones de tal clase de propiedad a modo de cargas de Derecho público, pues aunque puedan redundar en provecho de particulares están motivadas por el interés general por lo que habrá de orientarse a cada caso concreto a fin de que se obtenga el resultado querido por el legislador». (**STS de 2 de febrero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—El actor, ahora recurrente en casación, ejercitó frente a los demandados la acción de retracto de colindantes sobre la finca adquirida por éstos, quienes se opusieron a dicha pretensión negando, en síntesis, el carácter de finca rústica de la que era objeto de retracto, y rechazando el precio de compraventa afirmado por el actor. En Primera Instancia se estima la demanda. La Audiencia desestima la demanda por haberse ejercitado la acción con fines contrarios a los perseguidos por el instituto. En el caso concreto, de hecho, la finca adquirida por los demandados no era objeto de cultivo y el actor era de profesión taxista y residente en

localidad distinta de aquella en que se halla el predio, por lo que no se considera que el uso que, en su caso, fuera a darle, fuese agrícola.

El recurrente en casación invoca dos motivos de casación: uno de ellos de carácter procesal (abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción) y uno de carácter sustantivo (infracción de los artículos 1216 y ss. CC y 1253 y 1525 en relación con el 1518). El Tribunal Supremo desestima ambos motivos. (*B. F. G.*)

99. Certificaciones expedidas por funcionarios de la Iglesia Católica.—La exigencia que impone el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, de que la certificación la libre el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los bienes que se inscriben, y el artículo 304 del Reglamento Hipotecario, que aclara que tratándose de bienes de la Iglesia, las certificaciones serán expedidas por los Diócesanos respectivos, no resta validez a la certificación librada por el Canciller-secretario de la Diócesis, porque aún careciendo de facultad de administración, tiene en exclusiva la de expedir certificaciones, conforme a su legislación propia (Código de Derecho canónico, cánones 482, 1.º y 484.3.º) que es la aplicable como regulación interna de la Iglesia católica, conforme al artículo 1.4 que le reconoce la personalidad jurídica civil y plena capacidad de obrar, del Acuerdo sobre asuntos jurídicos suscrito por la Iglesia y el Estado de fecha 3 de enero de 1979. Tratado internacional integrante del ordenamiento jurídico español conforme al artículo 96 de la Constitución Española.

Inmatriculación de fincas.—Lo dispuesto en el artículo 53.7 de la Ley 13/1996, de 30 diciembre, acerca de que «en lo sucesivo, no se inmatriculará ninguna finca en el Registro, si no se aporta junto al título inmatriculador certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en dicho título», no da lugar a la nulidad de la inscripción porque va dirigido al Registrador de la Propiedad y su infracción puede dar lugar a responsabilidad pero no a nulidad, tanto más cuanto es una infracción que puede subsanarse y por razón de que el Catastro no proclama, ni garantiza, ni siquiera protege, el derecho de propiedad.

Accesión.—La declaración de propiedad sobre el suelo implica también la adquisición de la propiedad, por accesión, de lo edificado sobre dicho terreno. (**STS de 16 de noviembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El Ayuntamiento de Alzira interpone demanda contra el Arzobispado de Valencia, ejercitando acción reivindicatoria respecto a una ermita situada en terreno inscrito en el Registro de la Propiedad a favor del Ayuntamiento en 1944, por pertenecerle desde tiempo inmemorial y tener la posesión quieta y pacífica sin constar fecha de adquisición ni procedencia. Esta inscripción de posesión pasó por conversión a ser inscripción de dominio en 1987. Por su parte el Arzobispado mantiene que obtuvo inscripción de dominio sobre «finca rústica, edificio» en 1997, en virtud de la certificación que prevé el artículo 206 de la Ley Hipotecaria por posesión inmemorial de la misma.

El Ayuntamiento solicita que se declare su derecho de propiedad sobre la finca en cuestión, se condene al cese de actos posesorios y a la cancelación de la inscripción registral de dominio a favor del Arzobispado.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y declara que la propiedad del monte sobre el que se levanta la Ermita pertenece al Ayuntamiento, que éste tiene posesión inmemorial sobre la misma, y que le pertenece por accesión la propiedad sobre la ermita edificada, careciendo el Arzobispado de título de dominio sobre la ermita-santuario.

La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación. Reconoce que los títulos de dominio invocados por una y otra parte son el mismo: la posesión inmemorial por más de treinta años, y considera que el Ayuntamiento nunca ha tenido reconocidos derechos dominicales sobre el santuario y el título de dominio del Arzobispado se acredita, no tanto por él sino más bien por no considerar acreditado el del Ayuntamiento.

Interpuesto recurso de casación por la parte demandante el Tribunal Supremo declaró no haber lugar y confirmó en todos sus pronunciamientos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. (R. D. R.)

100. Fe pública registral. Requisitos.—El Tribunal Supremo interpreta en esta sentencia el principio de fe pública registral, ofreciendo algunas conclusiones sobre el concepto de tercero y de buena fe, así como sobre el momento en que este elemento subjetivo ha de ser apreciado. Los demandados en este procedimiento alegaban su condición de terceros protegidos *ex* artículo 34 LH, al tratarse de los adquirentes a título oneroso de un derecho de uso exclusivo sobre un anejo dentro de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, que habían recibido de manos de su titular registral. En efecto, la apariencia merecedora de protección provenía de la inscripción de tal dependencia a nombre exclusivo de la persona que les había transmitido el derecho, quien a su vez la había adquirido del promotor (otrora titular registral de esa finca). El Tribunal Supremo considera que los demandados, subadquirentes en esta relación lineal, debían quedar protegidos en virtud del principio de fe pública registral contenido en el artículo 34 LH. En primer lugar, porque se trataba de *terceros* en el sentido de *adquirentes jurídicamente ajenos a aquellos actos que contradicen la titularidad del transmitente* [en este caso, la compraventa entre el promotor y la primera adquirente] y, *en consecuencia, a la formación defectuosa, resoluble o meramente ficticia de su derecho, o a los actos por los que se despoja de una titularidad que antes tenía* [alusión a la posibilidad de incluir dentro de este precepto tanto las relaciones angulares –doble venta– como las lineales –transmitente/primer adquirente/subadquirente–]. Por otro lado, la buena fe necesaria para *mantener al tercero en su adquisición*, al margen de los avatares jurídicos de la titularidad del vendedor, también se entendía cumplida en este caso. El Tribunal Supremo advierte que este elemento subjetivo ha de apreciarse en el momento de la adquisición (*mala fe superveniens non nocet*) y que, en este supuesto concreto, la presunción de su concurrencia no había quedado desvirtuada por no existir una clara discordancia entre lo proclamado por el Registro y la realidad física. Por otro lado, frente a la alegación de la recurrente de que los adquirentes lo habían sido a *título gratuito*,

al haberse incluido el anejo en una escritura posterior en la que no se había pactado precio, el Tribunal Supremo mantiene el carácter oneroso de la adquisición: «El dato de que la transmisión del uso del elemento controvertido a los demandados se incluyera en una escritura pública posterior –de 10 de abril de 1978- (*sic*) que aclaraba y subsanaba la anterior –de 2 de mayo de 1978- no afecta a la naturaleza onerosa del único negocio jurídico celebrado que fue el de compraventa, aunque en la escritura posterior no se fijara un precio nuevo o distinto por ello, ya que se limitó a incluir lo que, regístralmente, constituía un derecho inseparable del dominio que se transmitía» (STS de 7 de noviembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.–La Comunidad de Propietarios de un edificio sito en la Albufereta de Alicante instó demanda contra don Joaquín y doña Carolina, propietarios de uno de los elementos privativos [en los antecedentes de hecho se habla de la propiedad de una *finca*], solicitando la nulidad y posterior cancelación de la inscripción registral [a su nombre] de una dependencia de unos 19 metros cuadrados, situada a un nivel un poco más alto que el sótano, que era calificada como *elemento anejo de uso y conservación exclusiva de la finca* para servicios de vestidor, aseo y cocina. Alternativamente, la Comunidad solicitaba que se condenara a los demandados a no transmitir ese derecho de uso, absteniéndose de efectuar cualquier acto de disposición o arrendamiento a favor de terceros. En este procedimiento se dan como hechos probados los siguientes: la dependencia se hallaba inicialmente inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre del promotor, como finca independiente, tal y como figuraba en el título constitutivo de la Propiedad horizontal, otorgado el 12 de abril de 1969 (e inscrito en el Registro de la Propiedad el 21 de octubre de ese mismo año). El promotor la enajenó posteriormente –como anejo de uso y conservación exclusiva- a doña Mari Trini –casada con don Juan Pablo- el 2 de febrero de 1976. Dos años más tarde, los compradores la vendieron nuevamente a don Joaquín y doña Carolina –los demandados en este procedimiento- mediante escritura pública otorgada el 2 de mayo de 1978. Aunque el citado anejo de uso y conservación exclusiva no quedó inicialmente incluido dentro de la venta, este defecto fue posteriormente subsanado a través del otorgamiento de una nueva escritura el 10 de abril siguiente. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando la nulidad parcial de la inscripción registral en cuanto al elemento anejo y ordenando consecuentemente su cancelación. Contra esta sentencia los demandados interpusieron un recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial de Alicante en su totalidad. Con base –entre otros- en la vulneración del artículo 34 LH, párrafos primero y segundo, la Comunidad de Propietarios entabló un recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo (*N. M. I.*)

DERECHO DE FAMILIA

101. Régimen económico matrimonial: confesión de privatividad.–

La doctrina ha venido considerando que la expresión *confesión* contenida en el artículo 1324 CC no puede tomarse en el sentido que tenía en la Lec. 1881, ni en los ahora derogados artículos 1231-1239 CC; ciertamente la confesión recae sobre hechos y también puede hacerlo sobre situaciones jurídicas, como ocurre en el caso presente, en que se confiesa sobre titularidades jurídicas y también puede destruirse por prueba en contrario; pero confesado por uno de los cónyuges que los bienes objeto de la confesión son privativos del otro, ello confiere una titularidad, no sólo *inter partes*, sino *erga omnes*, con la excepción de los acreedores y legitimarios. Como afirma la STS de 25.09.01, el artículo 1324 atribuye eficacia probatoria sólo *inter partes*, es decir en el ámbito de las relaciones entre los cónyuges, y más concretamente del uno frente al otro, al preservar los intereses de los herederos forzosos del confesante y de los acreedores, para no blindar situaciones de posibles fraudes.

Requisitos: efectos.–Los requisitos para que esta confesión produzca efectos entre los cónyuges son: 1) que el autor de la declaración sea uno de los cónyuges; 2) que el confesante sea aquel a quien deba perjudicar la confesión; 3) que el confesante tenga la capacidad de obrar y poder de disposición, y 4) que la confesión se haya efectuado constante matrimonio. Concurriendo estos requisitos tal confesión de privatividad es válida y eficaz y desvirtúa la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC, produciendo «plena eficacia entre los cónyuges a quienes afecta» (STS. 15.01.01), añadiendo la STS. de 25.09.01 que «el artículo 1324 contempla una prueba lícita que se presenta perjudicial a los intereses económicos del que la presta, pero refuerza su autonomía y libre decisión, que ha de relacionarse con su voluntad expresada de poner de manifiesto la realidad de las cosas, por lo que la privatividad de la finca se presenta plenamente en todos sus efectos, ya que la manifestación tuvo lugar vigente el matrimonio, pues los litigantes se divorciaron por sentencia muy posterior».

En el presente caso: 1.º) La confesión vincula a la esposa, de modo que independientemente del origen de los bienes invertidos y de si existió, o no, un negocio subyacente, los bienes objeto de la misma, un paquete de acciones, tienen la cualidad de privativos del marido. 2.º) El origen ganancial de los bienes invertidos en la adquisición de acciones no implica que éstas tengan la condición de gananciales, ya que son posibles las relaciones entre las masas privativas y gananciales, pudiéndose generar válidamente un crédito de la sociedad contra un cónyuge. 3.º) La confesión de privatividad no tiene eficacia traslativa ni atribuye un título, sino que se limita a constatar que unos determinados bienes tienen como titular exclusivo a uno de los cónyuges.

Reembolso del valor satisfecho a costa del caudal común: interpretación del artículo 1358 CC.–Este precepto está estableciendo una deuda de valor respecto del nominal de la cantidad debida por el marido, que debe actualizarse corrigiendo las alteraciones del valor de la moneda, de modo que la cantidad que se reembolse tenga el mismo valor adquisitivo que la que se obtuvo como préstamo por parte de la sociedad; por tanto, el artículo 1358 no obliga a computar el valor de lo adquirido - en este caso, un paquete de acciones -, sino el préstamo actualizado, cosa esta última comprensible porque normalmente se pagará años después de haberse efectuado y también

porque, por regla general, no genera intereses. Adviértase, por último, que el préstamo que ha hecho la sociedad de gananciales al marido no es, técnicamente, una inversión.

Carácter privativo de una remuneración extraordinaria.—La Junta General de una sociedad a la que pertenecía el marido acordó concederle una remuneración extraordinaria por «sus actuaciones y diligencia en estos últimos días para llevar a término y organizar adecuadamente los procesos que se están desarrollando en la reestructuración interna de la sociedad». Esta remuneración extraordinaria debe tener la consideración de acto a título gratuito, más cercano a las donaciones remuneratorias aunque este último carácter no ha ido probado, por lo cual debe aplicarse el artículo 1346-2.º (STS de 29 de noviembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G. G. C.)

102. Sociedad de gananciales: extinción por separación o divorcio: fecha de la liquidación: doctrina general.—Es la establecido en la sentencia, según lo dispuesto en el artículo 95 CC sin que puedan determinarla las medidas provisionales, ni la separación de hecho de los cónyuges. Deben distinguirse dos tipos de medidas durante la tramitación de los procesos de separación. 1. Las que se producen automáticamente una vez admitida a trámite la demanda, que están contenidas en el artículo 102 CC y que consisten en la separación personal de los cónyuges y el cese de la presunción de convivencia, así como la extinción de los poderes que se hubieren otorgado mutuamente. 2. Las medidas que pueden acordarse previa petición de los cónyuges y, en su defecto, por el Juez, que son las contenidas en el artículo 103 CC, estableciendo el artículo 104 que «el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos artículos anteriores». Entre éstos, el artículo 103.4 CC permite al Juez «señalar atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que se han de observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que se reciban y los que adquieran en lo sucesivo». Por tanto, esta regla no determina la extinción del régimen de gananciales, sino que lo que en realidad señala es su continuación, a pesar de una interposición de una demanda de separación y está destinada a proteger los intereses del cónyuge que no tenga la administración de estos bienes, pero nada más. La jurisprudencia (SSTS de 17.06.88, 23.12.92, 27.11.98 y 11.10.99) está admitiendo que la separación de hecho consentida por ambos cónyuges produce la extinción del régimen económico matrimonial de los gananciales; pero también en este caso la extinción debe ser declarada por el Juez (art. 1393-3.º CC) que determinará que sus efectos se produjeron en el momento en que se inició la separación libremente consentida.

Plan de pensiones: calificación.—Son hechos probados: 1. Que el plan de pensiones cuya ganancialidad se discute, fue constituido en 1990, constante matrimonio. 2. Que se trata de un Plan perteneciente al sistema de empleo. 3. Que los partícipes no han aportado ninguna cantidad al Plan, tal como establece en el reglamento que lo regula y según el certificado que consta en los autos. Se discute por la doctrina la naturaleza de las aportaciones que los empresarios efectúan a los Planes de pensiones el sistema de empleo, y si se aceptara la cualidad que lo considera una forma de salario, deberían ser considerados como bienes gananciales, mientras si se opta por

la otra alternativa, deben quedar excluidos de tal condición pasando a convertirse en privativos. La primera nota distintiva respecto de los salarios radica en que, si bien se trata de una prestación económica a favor del trabajador, no produce un incremento de su patrimonio, sino que pasan a formar parte de un Fondo de pensiones que será gestionado por un tercero, de manera que los partícipes no tienen ningún control sobre las cantidades que lo integran. En el presente caso, el marido sólo podría beneficiarse del Plan en caso de jubilación, invalidez absoluta y permanente, viudedad y orfandad; además la empresa efectuaba la totalidad de las aportaciones. Por todo ello, debe concluirse que no entran dentro de las prestaciones salariales que deben tener la naturaleza de bienes gananciales. Puede invocarse por analogía la doctrina jurisprudencial a propósito de la pensión de jubilación como bienes privativos, tal como han establecido las SSTS de 20.12.03 y 20.12.04, pues la función del Plan de Pensiones es completar las pensiones de jubilación a que tendría derecho el partícipe/trabajador en el momento de su retiro (**STS de 27 de febrero de 2007**; ha lugar en parte.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Interesante declaración jurisprudencial sobre el carácter privativo de este tipo de planes de pensiones cuyo patrimonio está formado exclusivamente por aportaciones empresariales, cuya atribución al beneficiario se condiciona a alcanzar la jubilación u otras situaciones similares. Calificación razonable que, no obstante, puede variar cuando el beneficiario colabora, incluso exclusivamente, a su formación con bienes de distinta procedencia, privativa o ganancial (*G. G. C.*)

103. Gananciales: separación de hecho prolongada: carácter privativo de bien adquirido con bienes propios después del cese de convivencia: doctrina jurisprudencial.—Es sólida la corriente jurisprudencial que señala que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida entre los cónyuges, con lo que se viene a mitigar el rigor literal del núm. 3.º del artículo 1393 del CC, y ello al objeto de adaptarlos a la realidad social y al principio de la buena fe. Así, es la separación de hecho la que determina, por exclusión de la convivencia conyugal, que los cónyuges pierdan sus derechos a reclamarse como gananciales bienes adquiridos por éstos después del cese efectivo de la convivencia, siempre que ello obedezca a una separación fáctica (no a una interrupción de la convivencia) seria, prolongada y demostrada por los actos subsiguientes de formalización judicial de la separación y siempre que los referidos bienes se hayan adquirido con caudales propios o generados con su trabajo o industria a partir del cese de aquella convivencia (STS de 27.01.98); entenderlo de otro modo significaría un acto contrario a la buena fe, con manifiesto abuso de derecho, al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos; pero lo anterior no obsta, por otra parte a considerar persistente la naturaleza ganancial de los bienes que tuvieran la condición de gananciales antes del inicio de la separación de hecho, cuando la sociedad estaba fundada en la convivencia (STS de 18.11.97). La aludida orientación jurisprudencial no puede ser mitigada ni condicionada en función de la duración del periodo de separación de hecho previo a la adquisición del bien en cuestión, siendo el único dato determinante, como sentó la STS de 26.04.00,

la efectiva e inequívoca voluntad de romper la convivencia conyugal, extremo éste sobradamente acreditado en autos, ya que la separación de hecho operada fue radical, hasta el extremo de iniciar cada cónyuge la residencia en países diferentes, sin que se volviese a reanudar la convivencia, rompiendo incluso, pese a la existencia de un hijo en común, cualquier tipo de comunicación; significativo a este respecto resulta también el hecho de que en la muy posterior demanda de separación judicial ninguna referencia hiciese la hoy actora al inmueble en cuestión. Esta doctrina jurisprudencial, que no exige ninguna declaración judicial para declarar extinguida la sociedad de gananciales, pugna con la letra de los artículos 1393-3.º y 1394 CC (**STS de 23 de febrero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

NOTA.—El matrimonio se celebró el 15 enero 1970 y al poco se traslada a Alemania, naciendo un hijo; a los dos años el matrimonio se separa de hecho, retornando la esposa a España con el hijo, sin haberse reanudado la convivencia conyugales en ningún momento. En 1974 el marido adquiere en documento privado, un piso en Cataluña, que inscribe a su nombre como presuntivamente ganancial en 1996 después de haber abonado los plazos del precio pendiente de pago. En 1990 la mujer insta, en España, la separación judicial que se declara, en rebeldía del marido. En 1998 la mujer solicita que se declare el carácter ganancial del mencionado piso, a lo que se opone su marido. El JPI estima la demanda, pero la AP admite el recurso de apelación y declara el carácter privativo del piso con base en la doctrina jurisprudencial, que confirma la s. extractada. La aplicación al caso de la mencionada doctrina no suscita duda. En cambio la generalización de la innecesariedad de declaración judicial para que se extinga la sociedad legal por el mero hecho de la separación de hecho, no deja de suscitar dudas y también resulta contradictoria, al menos en apariencia, con la STS de 27 de febrero 2007. La situación de hecho, como tal, es difícil de constatar y valorar jurídicamente; hay que atender a las motivaciones de quienes se han separado, ya las exterioricen ya puedan deducirse de sus actos concluyentes; la propia s. extractada excluye la mera interrupción o cese de la convivencia (incluso -añado - aunque ocurra en los prolegómenos de una crisis, por ej. como medio de permitir una mayor reflexión a los cónyuges). Requiere, sin duda, la separación de hecho una consolidación fáctica - valga la redundancia -, que implica que cada cónyuge haya construido su vida al margen del otro, de modo concluyente, como así ocurrió efectivamente en el caso de esta s. ¿Puede sostenerse que, acaecido lo anterior, cada cónyuge está en su derecho el dar por extinguida la sociedad? Cabe un acuerdo a este respecto, previo o a posteriori, de ambos; pero en caso de discrepancia razonada por alguno, parece imprescindible que se logre una declaración judicial que así lo establezca y sigue ordenando el CC. (*G. G. C.*)

104. Filiación no matrimonial: reclamación de paternidad: negativa no justificada del padre a someterse a prueba biológica: amparo constitucional prestado al presunto padre: prueba: requisitos de los

indicios relevantes: doctrina jurisprudencial.—Ofreciendo una especial relevancia como indicio la negativa a la práctica de la prueba biológica, al menos cuando, como ocurre en el presente caso, esta negativa no ha sido acompañada de ninguna razón significativa que la justifique, los demás indicios concurrentes no es exigible que generen una virtualidad probatoria plena por sí mismos, ni siquiera que sean aptos para jugar un papel preponderante en la construcción de la presunción, sino que basta que tengan una eficacia coadyuvante en términos de normalidad o razonabilidad desde el punto de vista del orden acostumbrado en las cosas, acreditado por la experiencia, para corroborar el indicio especialmente significativo derivado de la negativa a la práctica de la prueba pericial biológica. Así la existencia de indicios de este carácter, según la orientación que se ha consolidado en nuestra jurisprudencia, priva de justificación a la negativa y colma su eficacia indiciaria. Desde esta perspectiva, la plataforma fáctica que demuestran la observación por diferentes personas que los conocen de actitudes de familiaridad, compañía y expresión de una relación de cariño durante un periodo de tiempo significativo entre los litigantes, anterior y coincidente con el de la concepción que permiten reconocer la verosimilitud, en términos de razonabilidad, de la existencia de relaciones sexuales entre los litigantes, integra un conjunto de hechos desde luego insuficientes para fundar por sí mismos la determinación de la paternidad en virtud de una presunción *hominis*, pero a los que es fuerza reconocer un valor coadyuvante de relevancia suficiente para colmar una presunción de paternidad apoyada solidariamente en la negativa injustificada del afectado a someterse a la prueba biológica como indicio especialmente cualificado en el concierto jurídico de los derechos afectados—, pero necesitado para su plena virtualidad —en el sistema constitucional de derechos fundamentales, interpretado por el TC— del apoyo de otros indicios, como los que en este caso se han extraído de la prueba practicada en el proceso con todas las garantías, hemos ponderado racionalmente según las reglas del derecho humano (**STS de 27 de febrero de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.]

HECHOS.—La demanda ejercitada por la madre contra el presunto padre se interpone en 1991, siendo desestimada por el JPI en 1995; igual suerte corre el recurso de apelación interpuesto por aquélla, por sentencia de la AP dictada en 1996; pero la Sala 1.ª TS estima el recurso de casación, por s. del 2001, declarando la paternidad no matrimonial del demandado, frente a la cual el declarado padre recurre en amparo ante el TC, que se le otorga por sentencia del 2006, declarando que se ha vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva, ordenando anular la s. del TS con retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse aquélla, para que se pronuncie una nueva resolución que sea respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva del actor. En resumen: sobre el mismo tema se han dictado seis resoluciones de distintos órganos jurisdiccionales, prevaleciendo en definitiva las emanadas del TS (en términos matemáticos: dos frente a cuatro, lo que extraña un tanto cuando el *vencido* —por decirlo gráficamente— ha sido el TC). El debate gira en torno a la aplicación del artículo 135 CC, procedente de la reforma de 1981, a cuyo tenor: «Aunque no haya prueba directa de la generación o del parto, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la

posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción o *de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo*». Un especialista en la materia como Rivero Hernández (*Comentarios Min. Justicia*, I, pg. 504) advirtió que «esta especie de cláusula general de cierre es no sólo nueva en nuestra historia legislativa, sino insólita en Derecho comparado», y, prudentemente, discurre sobre «actitudes posibles y defensas del demandado ante la acción de reclamación de filiación» (loc. cit. pg.505; expresiones que literalmente se recogen en Lacruz *et alri*, *Elementos*, IV, Madrid, 2005, pgs. 358 s.). La reforma de 1981 no prece llegó a prever la difusión de la negativa de los presuntos padres a practicar la prueba biológica, obligando al TC a elaborar una doctrina que luego ha sido aceptada por el TS, y normativizada en la nueva Lec.2000, que ha recogido literalmente el primitivo artículo 135 CC en el nuevo artículo 767.3 de aquélla, añadiendo el ap. 4 en los siguientes términos: *La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al Tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios*. En el presente caso sigue aplicándose el derogado artículo 135 CC y la doctrina jurisprudencial recaída abundantemente. La accidentada historia del caso aquí resuelto obliga a plantearse algunos interrogantes: ¿Estamos ante un nuevo enfrentamiento entre el TC y el TS? ¿Qué utilidad ha tenido para el presunto y, en definitivo, declarado legalmente padre, el amparo constitucional otorgado? ¿No cabe entender como motivo fundado para la negativa del demandado la absoluta convicción de no ser el padre?

El TC, con referencia a la inicial STS de 27.12.01, concede el amparo por entender que «la respuesta que ofrece el órgano judicial no cuenta con una motivación suficiente desde la perspectiva de la exigencia constitucional contenida en los artículos 24.1 y 120.3 CE, en tanto no exterioriza los aspectos más esenciales del razonamiento que han llevado a la adopción de la decisión, ni permite al justiciable conocer las bases sobre las que se asienta el proceso lógico que condujo al Tribunal a concluir afirmando la verosimilitud de la existencia de relaciones sexuales al tiempo de la concepción, o deducir cuál ha sido la *ratio decidendi* para resolver en los términos antes expuestos la cuestión que se planteaba en el recurso de casación. En efecto, la frase sobre la que se basa la decisión del Alto Tribunal, según la cual ‘las pruebas aportadas a los autos, singularmente la prueba testifical practicada, permiten afirmar la verosimilitud de la existencia de relaciones sexuales entre los litigantes’, no resulta suficiente para desvirtuar el análisis que hizo la sentencia de instancia al respecto.»

Parece claro que el amparo se otorga por *falta de motivación* de la sentencia de la Sala 1.^a TS impugnada, defecto de singular relevancia cuando las dos sentencias de instancias son concordes en rechazar la demanda de la madre, pese a la negativa del padre presunto a la práctica de la prueba biológica, por carecer los indicios alegados de entidad suficiente, después de una minucioso análisis de la prueba practicada. Interpretando ahora la sentencia del TC, la

s. extractada afirma que la sentencia de éste *no presupone un criterio de resolución sobre el fondo del asunto, sino que nos obliga a dictar una nueva sentencia respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva, y acompañada, por consiguiente, de una adecuada motivación*. Acaso habría que precisar que tal sentencia, no impone, pero tampoco prohíbe, una nueva resolución contraria a la primera. Lo esencial será proporcionar al fallo que se dicte la adecuada motivación. Si de sabios es rectificar, a nadie puede extrañar que *res melius perpensa* el TS modifique el sentido de su sentencia anterior como resultado de una nueva argumentación sobre los mismos hechos. Pero ello no ha ocurrido así, y en una prolija argumentación contenida en los FD 4.º a 8.º de la s. aquí extractada trata de las siguientes cuestiones: 1) Valor de la negativa a la prueba biológica de la paternidad. 2) Valor de los indicios coadyuvantes. 3) Facultad de calificar los hechos en este grado jurisdiccional. 4) Valoración de la prueba efectuada en ambas instancias. 5) Examen de la existencia de indicios sobre la paternidad reclamada en el proceso. 6) Conclusión. (recogida en la doctrina extractada).

Pocas veces el TS ha descendido al terreno de la interpretación de los meros indicios en las relaciones hombre-mujer con tanta minuciosidad como en este caso, y, todo ha de decirse, no siempre de modo convincente. En mi opinión, una, al parecer prolongada relación con alternativas, de amistad, de carácter laboral e incluso afectiva, pero no traducida en convivencia, ni siquiera temporal, no induce necesariamente la existencia de relaciones sexuales de las que derivar la filiación no matrimonial reclamada; una prueba exclusivamente testifical, escasa y titubeante, que es reinterpretada un tanto artificiosamente en la nueva sentencia, tampoco es factor de convicción; dos telegramas dirigidos por la madre al demandado con motivo del nacimiento y del bautismo del hijo que alumbrió, no parecen probar mucho. En resumen, una nueva sentencia del TS que confirma su postura ampliamente aperturista a la hora de interpretar el antiguo artículo 135 CC., y ahora el artículo 767.ap. 3 y 4 Lec.2000 (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

105. Testamento: interpretación de la voluntad testamentaria: medios extrínsecos.—La finalidad de la interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador - que es la manifestada en el momento en que realizó el acto de disposición, es decir, en el instante del otorgamiento del testamento (SSTS 29.12.97 y 23.01.01) - sin que el intérprete pueda verse constreñido por las declaraciones o por las palabras, sino que su objetivo ha de ser descubrir dicha intención, que prevalece sobre aquéllas porque constituye el fin de la hermenéutica testamentaria según el artículo 675 CC, y ha sido recogida por abundante doctrina jurisprudencial concerniente a este precepto (SSTS entre otras de 09.03.84, 09.06.87, 03.11.89, 26.04.97, 17.07.98, 24.05.02, 18.07 y 28.09.05). Entre los medios de interpretación testamentaria se encuentran primordialmente los siguientes: elemento literal o gramatical, del que procede partir según el artículo 675 y,

además, con la presunción de que las palabras utilizadas por el testador reproducen fielmente su voluntad (STS 18.07.05); los elementos sistemático, lógico y finalista, empleados de forma conjunta o combinada, sobre la base de la consideración del testamento como unidad (STS del 31.12.92); los elementos de prueba extrínsecos, que son admitidos por la doctrina científica y jurisprudencial (entre otras SSTs de 29.12.97, 18.07.98, 24.05.02 y 21.01.03), ya sean coetáneos, previos o posteriores al acto testamentario.

Testamento ológrafo redactado en tarjeta de visita remitida por correo urgente: validez como testamento ológrafo.—Interpretado el manuscrito de Don Marco Antonio de 16.02.94, obrante en la tarjeta de visita, conforme a los criterios recién mencionados, y, principalmente, según los elementos literal o gramatical y de prueba extrínsecos, esta Sala considera la existencia de la voluntad real en éste de la disposición de todos sus bienes para después de su muerte a favor de Don Pedro, lo que se confirma con el propio texto de la carta de 17.02.94, amén de que aparecen acreditados en las actuaciones, los hechos de la ruptura, desde tiempos atrás, de las relaciones sentimentales habidas entre el firmante de esos documentos y D.^a Irene; el conocimiento que de su última voluntad han tenido varios de los testigos que declararon en el proceso; el cambio de titularidad de la cuenta corriente abierta en la sucursal bancaria, realizado después de su regreso de París, con la sustitución del nombre de la demandada, determinado conjuntamente con el del fallecido en la misma, por el de Don Pedro; la contratación de dos pólizas de seguro de vida por don Marco Antonio, asimismo a su vuelta de París, en que nombraba beneficiario a Don Pedro; y la amistad que desde la infancia unía a uno y otro.

Interpretación.—En la tarjeta de visita se utiliza la expresión *mi deseo de sustituir*, y, según el Diccionario de la Lengua Española, el vocablo *desear* significa *aspirar con vehemencia al conocimiento, posesión o disfrute de una cosa*; para el Diccionario de María Moliner, *desear es tener con el pensamiento al logro o realización de algo que proporcionaría alegría o pondría fin a un padecimiento o malestar*; y *deseo*, entre otras acepciones, quiere decir *intención* o *interés*; lo que representa una actitud similar a *voluntad*, de la que es sinónima y, en la práctica, es utilizada, a veces, en este sentido, en testamentos notariales. Además, la circunstancia de que don Marco Antonio no acudiera a la notaría para otorgar nuevo testamento con la nominación del actor como heredero, configurada como trascendental para la sentencia de apelación desde el regreso de aquél a Madrid, no era precisa en este caso, en virtud de que el negocio jurídico formal determinado en la tarjeta de visita se había canalizado de acuerdo con las normas prescritas en el CC para el testamento ológrafo, y el testador no tenía que validar su voluntad mediante otro testamento notarial. (STS de 19 de diciembre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La cuestión litigiosa se centra primordialmente en la determinación de si la tarjeta de visita y la carta que la acompañaba, remitidas por don Marco Antonio al demandante, don Pedro, su amigo de infancia, desde Francia por correo urgente, a cuya capital se había desplazado en 1994 para el tratamiento facultativo de una gravísima enfermedad, constituían o no testamento ológrafo; de serlo resulta que instituyó heredero en él a don Pedro, y dejaba sin efecto su anterior testamento notarial otorgado en 1986 en favor de doña Irene como heredera exclusiva; el testador falleció

en Madrid en enero de 1995. Obra en los autos la fotocopia de una carta manuscrita con el siguiente contenido literal: «17.02-94.- 95110 Sannois (France). Sr. D. Pedro - Se adjunta una tarjeta de visita, con orden de cambio notarial, del nombre de Irene por el de: Pedro X. Firmado: Marco Antonio (sigue una firma) DNI». También se encuentra en las actuaciones la fotocopia de una tarjeta de visita de Marco Antonio, Ingeniero Industrial, Diplomado en Economía de Empresas, Dpto de Ingeniería, Empresa Nacional de Gas SA (sigue dirección postal) cuyo texto manuscrito dice textualmente lo siguiente: »Querido Pedro: Dado el adverso y persistente clima, que para mí lesión cardíaca domina en España, me vine a París sin conseguir salir de la gran borrasca. En espera de que esto lo podamos comentar con una gran dosis de humor, te anticipo, y disculpa la faena, mi deseo de sustituir el nombre de Irene, por el de Pedro, único testamento notarial - Araceli y R (sigue una firma) con la confianza de que des un aire alegre a eso que Don F. de Q. y V. llama «Poderoso Caballero D..». Las llaves del estratégico pisito, las tiene Estela (Faramec.) quien ha tenido a bien custodiar, a quien agradecerás, y te/me pondrás a su entera disposición,- Recuerdos y un abrazo (sigue una firma)». El expediente de protocolización terminó denegado por auto de sobreseimiento, dejando a las partes el derecho para ejercitarlo en el juicio que les correspondiera. El JPI estimó la demanda interpuesta por don Pedro, siendo revocada la s. por la AP.

NOTA.-Hasta ahora la litigiosidad entre los miembros de las parejas de hecho que dejaban de serlo giraban habitualmente en torno a las consecuencias de la ruptura inter vivos, aunque las demandas pueden presentarse, incluso, después de la muerte de alguno de sus miembros. Pero aquí tenemos otro escenario en el que Irene tiene a su favor nada menos que un testamento abierto en el que se le designa heredera exclusiva de los bienes de Marco Antonio. Nada hay en los autos que aluda a discusiones entre ellos en el momento de la ruptura; por tanto: *separation à l'amiable!* Por otra parte, Marco Antonio carece de herederos legitimarios o abintestato, y así quien litigue con Irene va a ser un amigo de la infancia. Nos enfrentamos a un auténtico testamento ológrafo epistolar (como calificó Teodora F. Torres, *El testamento ológrafo*, [Madrid 1977] p. 254, núm. 61, al contemplado en la famosa STS de 08.0618, que no lo era realmente sino que estaba redactado sobre la primera carta de novios), que, sin embargo, no logró ser protocolizado por la oposición de Irene, y que tiene la singularidad de estar escrito, con los requisitos legales, en una tarjeta de visita del testador, escrita en mesurado y elegante tono humorístico y, en cierto modo, en clave. La frase fundamental es *te anticipo .. mi deseo de sustituir el nombre de Irene, por el de Pedro*. A mi juicio, sólo acudiendo a la prueba extrínseca podía atribuirse sentido a la misma. Dada la formación que posee el testador no cabe excluir que le fueran familiares el concepto y los requisitos del testamento ológrafo, y ello permite dar un sentido al hecho de no haber otorgado nuevo testamento ordinario al regresar a su domicilio en España, durante el tiempo relativamente amplio de que dispuso para hacerlo antes de su muerte (pero ¿cuál era, entonces, su estado de salud?), y sí,

en cambio para modificar titularidades de cuentas bancarias y contratar un seguro de vida en beneficio de Pedro. Un ejemplo de la vitalidad perenne del testamento ológrafo (G. G. C.)

106. Usufructo legal del cónyuge viudo. Extinción en el Derecho civil catalán si su titular contrae nuevo matrimonio: no procede aplicar por analogía el artículo 107 LH.—Conforme a lo dispuesto en el artículo 250 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña, el usufructo legal del cónyuge viudo se extingue si éste contrae nuevo matrimonio. En relación con esta cuestión, el Tribunal Supremo rechaza la aplicación por analogía de lo previsto en el artículo 107.1 LH para el caso en que el usufructo se extinga por voluntad del usufructuario, pues considera que el citado precepto se refiere exclusivamente al derecho de hipoteca y es una excepción a lo dispuesto con carácter general en el artículo 480 CC.

Usufructo: ámbito de aplicación del artículo 498 CC.—Afirma la Sala Primera del Tribunal Supremo que el citado precepto resulta aplicable cuando se ejercitan acciones indemnizatorias y no cuando se ejercita una acción real de restitución como consecuencia de la extinción del usufructo.

Por otra parte, nuestro Alto Tribunal considera que el artículo 498 CC, interpretado conjuntamente con lo dispuesto en el artículo 480 CC, no elimina las obligaciones que tiene el usufructuario al que se ha cedido onerosamente el usufructo con el nudo propietario, sino que refuerza la protección de éste permitiéndole actuar también contra el usufructuario cedente. (**STS de 27 de noviembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—Don R. era titular de un derecho de usufructo sobre determinada finca en virtud de la enajenación que del mismo realizó a su favor la madre de doña L., titular del usufructo de la mitad de la herencia de su esposo que falleció sin otorgar testamento.

La madre de doña L. contrae nuevo matrimonio y su hija doña L. (en su condición de nudo propietaria), al amparo del artículo 250 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña, considera que el usufructo se ha extinguido e interpone una demanda contra don R. solicitando se dicte una sentencia con los siguientes pronunciamientos: *a)* que se declare la plena eficacia de la extinción del usufructo sobre la mitad indivisa de la finca litigiosa, del que es titular don R., con consolidación del pleno dominio a favor de doña L., titular de la plena propiedad de una mitad indivisa y de la nuda propiedad de la restante mitad indivisa, ordenando la práctica de las inscripciones necesarias en el Registro de la Propiedad donde se halla inscrita la finca; *b)* que se condene a don R. a restituir a doña L. la posesión de la finca, en la forma y sustancia en que se hallaba en el momento de la adquisición del usufructo por parte del primero, en especial con las paredes divisorias de las fincas colindantes, con la escalera de acceso a la planta alta de la finca y con la puerta de entrada a la vía pública; *c)* subsidiariamente, para el caso de que la restitución se realizase en estado diferente al que tenía la cosa en el momento de la adquisición de usufructo por parte de don R., que se condene a don R. a indemnizar a doña L., en la suma necesaria para devolver la finca a dicho estado, a determinar en período de

ejecución de sentencia; y *d*) que se condene a don R. a indemnizar a doña L. los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación de restituir la posesión de la finca objeto del usufructo desde la fecha de la extinción de éste hasta la fecha en que se produzca efectivamente la entrega de dicha posesión, cuya cuantía se determinará en periodo de ejecución de sentencia sobre la base de la renta arrendaticia de una finca de características análogas a la que constituye objeto de este procedimiento.

El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial lo desestima. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que el artículo 250 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña está derogado. En la actualidad, la norma aplicable en esta materia es el artículo 442-4 del Libro cuarto del CC de Cataluña, relativo a las sucesiones (aprobado por el Parlamento de Cataluña en virtud de la Ley 10/2008, de 10 de julio), que establece la solución contraria a la prevista en la normativa anterior; esto es, el usufructo del cónyuge viudo «no se pierde aunque se contraiga nuevo matrimonio o se pase a convivir con otra persona». (*M. J. P. G.*)

107. Aceptación tácita de la herencia: partición: falta de consentimiento de uno de los coherederos.—La AP entendió que el actor había aceptado tácitamente la herencia de su difunta madre, derivada de los actos concluyentes consistentes en la recepción de títulos valores integrados en el caudal relicto y el percibo de su valor tras su vencimiento, lo que evidentemente no puede tener otra significación que la de su voluntad de adir la herencia, tanto más cuanto sólo habría derecho a ejecutar tales actos con la condición de heredero. Sin embargo no estimó concurrente el consentimiento del demandante a las operaciones particionales, preciso para la validez y eficacia de la partición por acuerdo de los herederos, rechazando la eventualidad de inferir éste de los actos demostrativos de la aceptación de la herencia habida cuenta de la imposibilidad de atribuirles una significación inequívoca en ese sentido, al no haberse demostrado que el heredero tuviera un cabal y completo conocimiento de aquellas operaciones particionales, y al apreciar la existencia de otros actos que evidenciaban una voluntad contraria a consentir dichas operaciones. Esta conclusión es la que debe ser mantenida en esta sede al no haber sido combatido oportuna y eficazmente el soporte de hecho que la sustenta, de manera que no puede reconocerse la existencia del consentimiento necesario para dotar de validez y eficacia al negocio particional y a la subsiguiente compraventa cuando falta el conocimiento de sus términos y concurren, además, hechos demostrativo de la falta de consentimiento a tales operaciones. (**STS de 18 de diciembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.] (*G.G.C.*)

108. Gananciales: embargo: tercería por tratarse de bienes privativos: defecto en la cita de la jurisprudencia.—El recurrente se limita a señalar determinadas sentencias simplemente por sus fechas, cuando es reiterada la doctrina de esta Sala en el sentido de que no es suficiente para que prospere un motivo de esta naturaleza la mención de determinadas sentencias

por sus fechas, sino que es preciso que se cite la doctrina coincidente contenida en las mismas y en qué sentido resulta conculcada por la sentencia recurrida (por todas STS 29.04.05); siendo así que únicamente se refiere expresamente el motivo a la doctrina sentada por una sola sentencia (la de 05.11.92), que además de referirse a un supuesto distinto al ahora examinado no cumple con la exigencia reiterada de la cita de dos o más sentencias de esta Sala que versan sobre cuestiones similares establezcan igual doctrina sobre el caso enjuiciado (así SSTs de 11.07 y 29.11.02, 04.06.04 y 04.02.05, entre otras).

Efectos de la partición hereditaria: artículo 1068 CC.—Si bien dicha norma establece que *la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados*, es lo cierto que esta Sala ha acogido la doctrina que atribuye a la partición efectos determinativos o especificativos de la propiedad sobre los bienes adjudicados a cada uno de los herederos, lo que resulta más acorde con el sentido de distintos artículos del propio código en cuanto establecen que la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante (art. 440), que los efectos de la buena fe del causante aprovechan al heredero desde el momento de su muerte (art. 442) y que los herederos suceden al difunto por el hecho solo del fallecimiento en todos sus derechos y obligaciones (art. 661). Así el artículo 1068 despliega sus efectos propios entre los coherederos atribuyendo la propiedad exclusiva del bien adjudicado al heredero, que antes de ella únicamente ostentaba un derecho abstracto sobre la totalidad de la herencia, por lo que ninguna infracción del precepto se produce cuando, verificada la partición, se le reconoce un efecto retroactivo referido al momento de la apertura de la sucesión, que coincide con el fallecimiento del *de cuius*.

Embargo de bienes presuntivamente gananciales: bien privativo por haberlo heredado de los padres.—Se estima que debe prosperar la tercería de dominio ejercida por un heredero para levantar el embargo trabado presumiendo la condición de ganancial cuando consta su carácter privativo (art. 1346-2.º) al haberlo adquirido por herencia de sus padres, aun cuando los efectos especificativos de la partición se hayan producido con posterioridad a la fecha del embargo, pues los herederos suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones por el hecho solo de su muerte (art. 661), y entre tales derechos se ha de comprender necesariamente el de su defensa frente a ejecuciones extrañas cuando el bien perteneció en propiedad inicialmente a los causantes, y luego se integró en la comunidad hereditaria para cuya defensa de intereses aparecía legitimado cualquiera de los herederos y, finalmente, ha sido adjudicado su dominio mediante la partición de la herencia a quien ahora acciona de tercería. La STS de 21.06.86 ya señaló que «deferida la herencia en el momento de la muerte del *de cuius* según dispone el artículo 657 CC, los bienes y derechos son adquiridos por los correspondientes beneficiarios desde tal fecha en virtud del efecto retroactivo de la aceptación (arts. 661 y 989 CC)». (STS de 12 de febrero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.] (G. G. C.)

109. Partición hereditaria: falta de equidad en la formación de lotes: doctrina general.—Al interpretar el artículo 1061 CC la jurisprudencia ha declarado que la partición ha de estar presidida por un criterio de equitativa ponderación, y debe hacerse respetando la posible igualdad deter-

minada por las circunstancias de cada caso. Sin embargo, también se ha precisado que no se trata de una igualdad matemática o absoluta, sino de una igualdad cualitativa; que la norma tiene carácter orientativo, y que está dotada de un grado de imperatividad sólo orientativo; no puede aplicarse cuando la infravaloración de los bienes se aplica en proporción semejante a todos los que integran el caudal relicto; y que la infravaloración u omisión de algunos bienes, en tanto no sea maliciosa o no tenga carácter sustancial, no es susceptible de originar la nulidad de la partición, sino que las atribuciones mal valoradas deben resolverse por vía de rescisión, y las omisiones de bienes o valores por el camino de la adición o complemento de la partición. En suma, la falta de equidad en la formación de los lotes a que dan lugar las operaciones particionales únicamente pueden considerarse como motivo de nulidad de la partición en los casos en que se pruebe que la desigualdad en la formación de aquéllos tiene suficiente relevancia para infringir el principio de igual distribución entre los herederos y excede de los presupuestos que pueden dar lugar al ejercicio de las acciones de rescisión, adición o complemento de la partición previstas en el CC. En el caso enjuiciado, la sentencia impugnada, acorde con la de primera instancia, únicamente admite la omisión de determinados valores en el cuaderno particional, pero en modo alguno refleja que la distribución de los lotes haya vulnerado de manera sustancial el principio de equidad, habida cuenta de la complejidad de las operaciones particionales, de la existencia de sucesivas operaciones de enajenación de bienes anteriores al momento del fallecimiento (mediante las cuales se distribuyó igualitariamente entre los herederos la mayor parte del patrimonio de la causante) y, en lo que al ajuar se refiere, la falta de prueba por parte de las demandantes en relación con su valor; en todo caso, las irregularidades no alcanzarían la cuarta parte del valor del caudal hereditario ni tienen relevancia suficiente para justificar la anulación de la partición.

Nulidad de la partición: Carácter restrictivo.—El CC carece de una regulación específica sobre nulidad de las particiones, fuera del singular precepto del artículo 1081, y la jurisprudencia ha entendido aplicables a la materia las normas sobre nulidad de los negocios jurídicos y, principalmente, de los negocios contractuales (entre la más reciente la STS de 12.12.05). En concreto se consideran casos de nulidad, la falta de consentimiento de la persona designada para realizar la partición, la inclusión de bienes no pertenecientes al causante, la ilicitud de la causa por deliberada ocultación de componentes del caudal, la invalidez del testamento, la infracción de normas imperativas, el error sustancial cometido por el testador al proceder a la valoración de los bienes, o haber omitido cosas importantes y no computar determinados inmuebles, además de la infracción del principio de igualdad ya examinado. Este tratamiento restrictivo de la invalidez comporta que la nulidad de la partición tiene carácter subsidiario. En los supuestos de omisión en el activo partible de alguno de los objetos de la herencia y en el de preterición de algún heredero, el CC tiende a conservar la validez y eficacia de la partición, sin perjuicio de subsanar el defecto de que adolece y el perjuicio irrogado (*favor partitionis*). (STS de 7 de noviembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.] (G.G.C.)

DERECHO MERCANTIL

110. Admisión de la excepción extracambiaria de falta de causa de la emisión de los pagarés.—«[...] Si concurren las pertinentes circunstancias, el deudor cambiario podrá alegar frente al tenedor en quien concurra la condición de tercero las excepciones fundadas en las relaciones personales que aquél tuviera con el librador o con anteriores tenedores de la letra. Tales excepciones constituyen modalidades de la denominada genéricamente *exceptio doli*.

A lo que se ha de añadir [...] que cabe en el pagaré, dentro de los límites que se señalan a continuación, la excepción fundada en la falta de causa, no obstante ser cierto que al tercero que no ha sido parte en el contrato causal sólo puede afectarle las excepciones nacidas de éste si hubiera intervenido de alguna forma en el contrato subyacente, aunque sea de modo encubierto o en connivencia con las partes o confabulado con el librador o como testafierro; pero, de no darse los supuestos a que se ha hecho alusión, la letra funciona como título causal en las relaciones entre librador y tomador, entre endosante y endosatario y entre librador y librado, y como título abstracto en las demás [...].» (FJ 3.º STS de 1 de diciembre de 2006).

Teoría del «levantamiento del velo».—Es doctrina jurisprudencial reiterada que cuando una sociedad carece de funcionamiento real e independiente respecto de otras personas que la controlan realmente, se ha de proceder al «levantamiento del velo» de la personalidad jurídica, para buscar a los sujetos y patrimonios realmente actuantes y responsables, lo que es procedente en todos los casos en los cuales se haya utilizado, con fines fraudulentos, la interposición de una persona jurídica para eludir la responsabilidad personal en perjuicio de derechos de terceros o para evitar una justa reacción de los terceros por vía de oponer excepciones personales que se tratan de evitar creando, a través del velo de la persona jurídica, un aparente tercero. **(STS de 1 de diciembre de 2006;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—La sociedad actora reclama el importe de determinados pagarés que han sido emitidos y firmados por la sociedad demandada, al resultar impagados a su vencimiento. El motivo de que los pagarés se encuentren en posesión de la sociedad actora se debe a la existencia de un préstamo convenido entre la actora, de un lado, y el apoderado de la sociedad actora y la madre de éste, del otro. Estos pagarés llegaron a poder de los prestamistas en una compraventa de acciones de una sociedad mercantil (CRUSA), en la que fueron vendedores el apoderado de la sociedad actora y su madre, y fue compradora la propia sociedad «CRUSA». Por otra parte, la sociedad demandada había sido constituida con otros por la sociedad mercantil CRUSA, de la que eran socios el apoderado de la sociedad actora y su madre. La sociedad demandada contesta a la demanda y opone la excepción extracambiaria de falta de causa que justifique la emisión de los pagarés. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda mediante sentencia que fue confirmada en Apelación, al considerar que no constaba la causa del recibo de los pagarés. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—La Sentencia que anotamos fundamenta su decisión desestimatoria en la concurrencia de dos elementos: la intervención de los actuales tenedores de los pagarés en el negocio causal que está en la base y la falta de causa en la emisión de los pagarés.

Cuando de un modo u otro los tenedores de los pagarés y los deudores hayan intervenido en el negocio causal, o hayan procedido a la adquisición del pagaré a sabiendas en perjuicio del deudor, no se pueden excluir las excepciones extracambiarias, puesto que no se estaría ante un auténtico tercero ajeno. En estos casos realmente no existe una verdadera transmisión onerosa. De este modo, sólo cuando el pagaré es entregado a un tercero ajeno, que es poseedor de buena fe, y donde no ha mediado una relación personal entre éste y el deudor cambiario no caben las excepciones causales. La doctrina científica propone, pues, la exclusión de la condición de tercero, con la consiguiente posibilidad de esgrimir frente a él la falta de causa del título por inexistencia o irregularidad del tráfico, en relación con la jurisprudencia que excluye de la condición de tercero a quien de alguna forma intervino en el contrato subyacente (SSTS de 4 de febrero de 1988 [RJ 1988/702], 24 de marzo de 1992 [RJ 1992/2278], 20 de noviembre de 2003 [RJ 2003/8083]).

Por otra parte, si además se ha interpuesto una persona jurídica para eludir responsabilidades o evitar que prosperen excepciones personales, creando, a través del velo de la persona jurídica, un aparente tercero, se habrá de proceder a aplicar la teoría del «levantamiento del velo» con la finalidad de determinar los sujetos realmente responsables. (*L. Z. G.*)

111. Contrato de agencia. Indemnización por clientela. Aplicación analógica a los contratos de distribución. Doctrina jurisprudencial.—Esta Sala ha venido diciendo que en los contratos de agencia la clientela supone una realidad económica que debe resarcirse por quien se aproveche de su aporte (SSTS de 26 de julio de 2000, de 3 de mayo de 2002, y de 9 de febrero de 2006); y precisa acreditación del incremento de compradores, aunque cabe una apreciación meramente potencial (SSTS de 19 de noviembre de 2003 y de 21 de noviembre de 2005), porque se trata de un pronóstico razonable acerca de la probabilidad de un comportamiento que también implica una estimación de probabilidad por parte de la misma clientela (SSTS de 7 de abril de 2003 y de 13 de octubre de 2004). Esta doctrina se ha aplicado analógicamente al concesionario (SSTS de 28 de enero de 1992, de 26 de junio de 2003 y de 21 de noviembre de 2005, etc.), pero en función de que se den las circunstancias de los artículos 28 y 30 L.C.A. No se dan aquí, ni de lejos, los presupuestos que justificarían la aplicación por analogía de los preceptos señalados.

Contrato de distribución. Derecho al desistimiento unilateral. Fundamento: especial elemento de confianza que subyace en esta clase de relaciones. Obligación sólo de respetar el plazo de preaviso.—La resolución unilateral de estos contratos no necesariamente implica la necesidad de una justa causa, pues el elemento de fiducia o confianza que subyace en las relaciones de colaboración conduce al desistimiento «ad nutum», sin que se exija una justificación basada en una especial situación de riesgo o en el incumplimiento por la otra parte de las obligaciones contractuales. Tal deci-

sión sobre la extinción de la relación por sí misma no genera un daño, ni por ende una obligación de reparar o indemnizar, salvo que pueda ser calificada como abusiva o contraria a la buena fe, lo que derivaría de circunstancias como las de haber operaciones en curso, aprovechamiento de ventajas circunstanciales o frustración de beneficios esperados de operaciones previsibles, etc. Esta regla principal se obtiene de preceptos dictados para regular relaciones de colaboración en las que la fiducia o confianza desempeña una función importante, como son, entre otras, el artículo 1.705 CC, artículo 224 C.com., o del propio artículo 25 L.C.A., en cuanto sólo exige respeto al plazo de preaviso. (STS de 27 de noviembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penades.]

HECHOS.—La mercantil S.A.E.A. demandó a la compañía V.H.S. L. y al banco BBVA, como avalista, pidiendo se les condenara solidariamente al pago de la cantidad de 11.756.493 pts., derivado de relaciones comerciales entre actora y demandada nacidas de un contrato de distribución de los productos de la demandante, y que habría resuelto unilateralmente a consecuencia de los graves y reiterados incumplimientos de la segunda. La demandada alegó que la cantidad debida era inferior, y reconvino solicitando diversos importes que la concedente adeudaría a la distribuidora. Asimismo, alegó que el contrato era de distribución para cierta zona geográfica y de agencia para otras zonas; entendiéndose que la resolución unilateral del contrato se había producido con mala fe y ocasionando una serie de daños cuya indemnización, igualmente, reclamaba. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda en una cantidad menor a la solicitada por al actora y absolvió al Banco. También estimó parcialmente la reconvención en cuanto al coste de almacenaje, y desestimó el resto de pedimentos indemnizatorios. Recurrida en apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial de Oviedo estimó el de la actora inicial y condenó también al Banco avalista. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (L.—A.—P.M.)

112. Cesión de contrato. Para la efectividad de la cesión de contrato es necesario que en el negocio concurren las tres partes contractuales: el cedente, el cedido y el cesionario.—Para que la cesión sea efectiva, la jurisprudencia ha exigido que en el negocio jurídico concurren las tres partes, es decir, el contratante cedente de su posición contractual, el nuevo que la adquiere y el contratante que va a resultar afectado por el cambio de deudor (STS de 19 de septiembre de 2002). Sin el consentimiento de éste, no existe cesión, o como afirma la STS de 9 de diciembre de 1999: «la necesidad de mediar consentimiento es requisito determinante de la eficacia de la referida cesión contractual».

Diferencias entre el contrato de agencia y el de distribución.—La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ha encargado de distinguir los contratos de agencia y de distribución. Según la STS de 31 de octubre de 2001, el contrato de agencia tiene por objeto la promoción de actos u operaciones de comercio y es básica la independencia del agente, mientras que en el de distribución, el concesionario o distribuidor actúa en su nombre y por cuenta propia. El agente es, pues, un intermediario y, en cambio, el distribuidor

compra y revende, siendo un contrato no asociativo, por lo que la clientela no forma un patrimonio común (STS de 10 de julio de 2006).

Contrato de distribución: indemnización por clientela. Doctrina sobre la posible aplicación analógica del artículo 28 de la Ley de Contrato de Agencia.—El contrato de distribución no conlleva por sí mismo la creación de clientela, por ello, no procede la aplicación analógica del artículo 28 L.C.A. salvo que se pruebe, por el distribuidor, que por su actuación se ha creado una clientela que resulte de aprovechamiento para el principal. (STS de 6 de noviembre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En 1982 la entidad A.A. acordó con la mercantil B.B. la distribución en exclusiva de unos productos de cosmética. Posteriormente se constituyó la sociedad CC a la que B.B. transmitió los registros de las especialidades que representaba, cesando B.B. su relación con A.A. Ésta última continuó su actividad distribuidora con CC A partir de 1994 comienzan a surgir desavenencias entre ambas compañías. Finalmente, CC extingue unilateralmente el contrato de distribución y procede a la venta directa de los productos de cosmética. La entidad A.A. demandó a CC en relación al cumplimiento del contrato inicial y las correspondientes indemnizaciones. La demandada negó que estuviera aún ligada por el contrato inicial de 1982, manifestando que, en todo caso, existiría un contrato verbal nuevo. Asimismo, formuló reconvencción en la que pedía que se declarara resuelto el contrato y que la demandante le pagara unas facturas que le debía. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a CC a indemnizar a A.A. con 3.000.000 de pesetas. De igual manera, estimó parcialmente la reconvencción y declaró resuelto el contrato de distribución exclusiva entre las partes. Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial de Las Palmas la revocó y, estimando parcialmente la demanda, declaró que la actora tenía derecho a ser indemnizada en concepto de clientela; asimismo, con estimación también parcial de la reconvencción, condenó a aquella a pagar a la demandante reconvenccional la cantidad de 3.747.967 de pesetas (22.525,73 euros). Interpuesto por ambas partes sendos recursos de casación, el Tribunal Supremo desestima el formulado por A.A. y estima el de CC dejando sin efecto la sentencia de la Audiencia únicamente en cuanto a la indemnización por clientela acordada a favor de la primera. (C. O. M.)

113. Contrato de agencia y contrato de distribución. Inexistencia de derecho a indemnización por extinción cuando el contrato es de duración definida.—Es cierto que, pese a las diferencias existentes entre los contratos de agencia y distribución, en los casos en que estimó concurrente la «identidad de razón» que exige el artículo 4.1 CC para la «analogía legis», la jurisprudencia, tras ponderar la significación jurídica de las condiciones de hecho concurrentes, utilizó ese método de integración del ordenamiento para aplicar al segundo, como atípico, alguna norma reguladora del primero (SSTS de 12 de junio de 1999, de 28 de enero de 2002, de 21 de noviembre de 2005 y de 31 de mayo de 2006). Pero mal cabe afirmar la concurrencia de dicha

«eadem ratio decidendi», cuando el artículo 29 L.C.A. sólo es aplicable a «los contratos de agencia de duración indefinida» y el contrato celebrado por las partes litigantes contenía la expresa previsión de una vigencia determinada de la reglamentación; y de otro lado, en la hipótesis de que el contrato litigioso hubiera sido calificado como de agencia, el artículo 29 de la Ley 12/1992 no hubiera sido aplicable a la relación jurídica nacida de él, ya que se celebró con anterioridad a la fecha en que entró en vigor dicha Ley (art. 2 CC).

Contrato de distribución. La resolución unilateral del contrato no lleva siempre aparejado el derecho a indemnización.—La jurisprudencia no atribuye a la indemnización el carácter de consecuencia necesaria de todos los supuestos de extinción del vínculo contractual nacido del contrato de distribución. Así, la ha estimado procedente cuando la resolución unilateral resultaba arbitraria (STS de 12 de junio de 1999), pero no cuando la misma estaba justificada (SSTS de 2 de diciembre de 2005 y de 1 de febrero de 2006), o no resultaba abusiva (STS de 10 de julio de 2006). Lo que acontece en el supuesto en que la denuncia o desistimiento del contrato se hace llegada la fecha de vencimiento del mismo, como sucede en el caso de autos. **(STS de 23 de enero de 2007; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La actora M.L.,S.A. había concertado un contrato de distribución integrada (subdistribución) con T.G.,S.A. y tiempo después demandó a su distribuidora alegando la extinción de la relación contractual por vencimiento del plazo previsto en el contrato; solicitando la condena de la demandada a no utilizar los signos distintivos de los productos que vendía, ni a utilizar la red comercial en la que estaba insertada. Por su parte la demandada formuló reconvencción, al considerar que la extinción se había producido por desistimiento unilateral de la actora sin justificación, por lo que pidió la condena a la indemnización de los daños y perjuicios por razón de clientela. Ambas partes habían pedido igualmente la liquidación del contrato. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, revocando la de instancia, acogió la demanda principal y desestimó la reconvencción. Así, condenó a T.G.,S.A. a no usar los signos distintivos y red comercial de la actora, y defirió para el trámite de ejecución de sentencia la liquidación del contrato, pero desestimando las pretensiones indemnizatorias por clientela instadas por la demandada. (C. O. M.)

114. Contrato de distribución en exclusiva. Duración indefinida. Resolución unilateral.—Para que se admita la posibilidad indemnizatoria de daños y perjuicios en el caso de resolución unilateral de un contrato de distribución de duración indefinida, es necesario que haya habido deslealtad constitutiva de mala fe o ejercicio abusivo del derecho.

Los sucesivos cambios en el personal de la sociedad actora, particularmente en sus áreas de administración y dirección comercial, hicieron quebrar la confianza en que se sustentaba el contrato, que por su naturaleza «intuitu personae» impide calificar de abusiva la denuncia unilateral, al ser causa de la misma la del esencial principio en que se basa la relación, que por ello ha de calificarse como justa (causa) (FD. 4.º). **(STS de 22 de diciembre de 2006; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Central Agrícola X, SA interpuso demanda de reclamación de cantidad por resolución unilateral injustificada de contrato de distribución en exclusiva para la provincia de Lleida contra la también entidad mercantil Ibérica, SA solicitando la condena de la demandada al pago de la suma de 80.496.323 pesetas por los conceptos de daños y perjuicios, daño emergente y lucro cesante e indemnización de clientela. A ello se opuso la demandada alegando que la resolución tuvo lugar de mutuo acuerdo y que se había producido una pérdida de confianza en la actora como consecuencia de la muerte del fundador de esta última empresa.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda en relación con la indemnización de daños y perjuicios y la estima en cuanto a la indemnización por clientela en la cantidad de 1.483.949 pesetas. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial confirma la resolución del Juzgado de Primera Instancia.

NOTA.—La sentencia anotada sigue la doctrina jurisprudencial que considera como requisito necesario la existencia de deslealtad constitutiva de mala fe o ejercicio abusivo del derecho para conceder indemnización en los supuestos de resolución unilateral del contrato de distribución de duración indefinida (SSTS, entre otras, de 17 de mayo de 1999 [RJ 1999, 4046], 13 de junio y 31 de octubre de 2001 [RJ 2002, 227], 28 de enero [RJ 2002, 2305] y 3 de octubre de 2002 [RJ 2002, 9789]). (M. C. L. J.)

115. Carta de patrocinio. Requisitos para que se le atribuya el efecto propio de un contrato de garantía.—La STS de 16 de diciembre de 1985, en doctrina que sigue la de 30 de junio de 2005, establece a tal efecto los siguientes requisitos o presupuestos, necesarios para que pueda atribuirse a una carta de patrocinio el efecto propio de un contrato de garantía: 1) que exista intención de obligarse la sociedad matriz a prestar apoyo financiero a la filial o a contraer deberes positivos de cooperación a fin de que la Compañía subordinada pueda hacer efectivas las prestaciones que le alcanzan en sus tratos con el tercero favorecido por la carta, careciendo de aquella obligatoriedad las declaraciones meramente enunciativas; 2) que la vinculación obligacional resulte clara, sin que pueda basarse en expresiones equívocas, por aplicación analógica de los requisitos de la declaración constitutiva de la fianza del artículo 1827 CC; 3) que el firmante de la carta tenga facultades para obligar al patrocinador en un contrato análogo al de fianza; 4) que las expresiones vertidas en la carta sean determinantes para la conclusión de la operación que el patrocinado pretenda realizar; y 5) que la relación de patrocinio tenga lugar en el ámbito o situación propia de sociedad matriz de sociedad filial, lo que es algo distinto de la posición de accionista mayoritario de la patrocinadora en la patrocinada, haciendo referencia además a que la traslación de responsabilidad —sólo admisible en casos excepcionales— que dichas cartas significan tienen su actuación propia en la esfera de los créditos bancarios solicitados por la sociedad filial, con promesa de garantía asumida por la sociedad cabeza de grupo.

Expresiones equívocas acerca de la obligación de prestar apoyo financiero a la operación crediticia.—No se cumple, por el contrario, el requisito que antes ha sido recogido bajo el número 2, consistente en que las expresiones en virtud de las cuales el otorgante de la carta de patrocinio se

obliga a prestar apoyo financiero o de colaboración para el buen fin del préstamo no pueden ser equívocas.

Aisladamente considerada, la expresión según la cual «(y) en cualquier caso, pondremos por nuestra parte todos los medios y medidas necesarias para la operación tenga buen fin», con la que se cierra la carta, podría ser determinante de la citada obligación de colaboración para el buen fin de la obligación y en sí no puede ser considerada equívoca.

Sin embargo, dicha expresión debe ser, en función del llamado criterio de la totalidad («canon hermenéutico de la totalidad del área contractual», según la STS de 26 de octubre de 1998), reflejado en el artículo 1285 CC, interpretada en relación con el conjunto de las cláusulas de la carta otorgada, la cual en los párrafos antecedentes contiene una expresión, para el caso de que el firmante de la misma junto con el grupo de empresas que le pertenece contemple la posibilidad de desprenderse de la posición mayoritaria en la sociedad patrocinada, del siguiente tenor literal: «nos comprometemos a informarles y a estudiar con ustedes las medidas pertinentes para que dicha operación crediticia pudiera llegar a feliz término». Se admite, en consecuencia, para el caso de contemplar la pérdida de la posición mayoritaria en la sociedad, un compromiso que se concreta únicamente en un deber de información y de estudio con los representantes del banco (con la consiguiente necesidad de un acuerdo posterior entre ambas partes) de medidas encaminadas al buen fin de la operación, cosa que no comporta la expresión de un deber resolutorio de garantizar dicho resultado.

Una interpretación racional de la cláusula con la que concluye la carta, puesta en relación con la que acaba de examinarse, conduce a la conclusión de que, a pesar de la expresión con que el último párrafo se introduce («en cualquier caso»), no puede interpretarse que en éste se contrae con eficacia resolutoria un compromiso inequívoco de llevar a buen fin la operación cuando el párrafo anterior, para el caso de contemplar la pérdida de la mayoría absoluta de las acciones, que constituye el presupuesto necesario para el cumplimiento de un compromiso de garantía, el deber contraído es únicamente de información y estudio de medidas, que hay que entender lógicamente condicionadas a un posterior acuerdo con el banco, con el que únicamente se compromete el estudio mutuo para, hay que suponer, el mantenimiento del *statu quo*.

El conjunto de la carta resulta, así, equívoco en cuanto al carácter resolutorio del compromiso contraído, y, en consecuencia, incumple el requisito del carácter inequívoco del compromiso resolutorio para el buen fin de la operación que la jurisprudencia contempla como requisito para reconocer a las cartas de patrocinio la eficacia propia de un contrato de garantía sujeto al régimen de la fianza, del mandato de crédito o del propio de una forma de contrato de garantía atípico. Debe considerarse, en consecuencia, siguiendo las categorías propuestas doctrinalmente, como una carta de patrocinio débil, entre las que paradigmáticamente figuran aquellas en las que el emitente se limita en su declaración de voluntad a ofrecer información relativa a su porcentaje de participación en el capital de la sociedad filial, a expresar el conocimiento o consentimiento del crédito otorgado a ésta y al compromiso de mantener una buena gestión para hacer frente al crédito o, todo lo más, como una carta de patrocinio que únicamente añade a estos extremos un compromiso que no alcanza más allá que el de informar al banco y adoptar junto con él medidas para el buen fin del crédito en el caso de que se contemple la pér-

dida de la mayoría absoluta en la sociedad. (STS de 13 de febrero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Una entidad bancaria y una sociedad promotora inmobiliaria celebraron un contrato de préstamo. Como anexo al citado contrato y en garantía del pago, se pignoraron unos bonos de D. Benjamín y su esposa. En una carta fechada el mismo día que las operaciones anteriores, D. Benjamín, que era socio mayoritario de la sociedad promotora prestataria, se comprometía a informar al banco en caso de que desapareciera tal situación de mayoría de capital, añadiendo que «en cualquier caso, pondremos por nuestra parte todos los medios y medidas necesarias para que la operación tenga buen fin». Impagada la deuda, la entidad prestamista tuvo por resuelto el contrato de préstamo, ejecutó la garantía pignoratícia y reclamó a D. Benjamín el saldo pendiente de pago, por considerar que la carta suscrita por el demandado era una carta de patrocinio que suponía una garantía personal. El juez de primera instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo ratificaron esa decisión. (M.C.B.)

116. Contrato de descuento bancario. Se acuerda siempre «salvo buen fin».—El contrato de descuento se acuerda siempre «salvo buen fin», por lo que, siempre fuera del ámbito cambiario estricto, si la letra no es cobrada a su vencimiento sin culpa del tenedor éste puede reclamar del «dans» la suma que recibió.

Contrato de descuento bancario: la mera entrega y recepción de las cambiales por el banco que las descontó no produce los efectos del pago.—Si no se prueba la culpa del acreedor, en el perjuicio de la letra, no es procedente la aplicación del párrafo segundo del artículo 1.170 CC en el sentido de producir aquélla los efectos del pago por su mera entrega al banco que las descontó (STS de 24 de junio de 1986). La entrega y recepción de las cambiales solo opera, conforme a la doctrina que se está exponiendo, dejando en suspenso, hasta su efectiva realización, la acción derivada de la primitiva obligación (STS de 16 de marzo de 1981). (STS de 15 de noviembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—La entidad A., representada por don Alfredo, y figurando como garantes solidarios el propio don Alfredo y su esposa doña Francisca, suscribió un contrato de apertura de crédito con una entidad bancaria. Al cierre de dicha cuenta, la misma tenía un saldo deudor de 9.440.773 pts. Por otro lado, en las fechas de 6 de mayo y de 5 de octubre de 1993 se otorgaron dos escrituras de dación en pago entre A. y la también mercantil B., en las que don Alfredo actúa como administrador único de la primera y en su representación, y su esposa doña Francisca como administradora solidaria de la segunda y en su representación, siendo además don Alfredo, en dicha fecha, administrador solidario de la entidad B. El contrato de apertura de crédito fue objeto de cesión a otro banco que quedó subrogado en el mismo. El nuevo banco procedió a notificar a la sociedad A. y a los garantes solidarios la cesión de crédito y la deuda, resultando inútil las gestiones efectuadas para el cobro.

Por todo ello presenta demanda en la que solicita la declaración de nulidad, por simulación, de los dos contratos de dación en pago y que se condenara a los demandados, en virtud de la póliza de apertura de crédito, al pago a favor de la demandante de la cantidad de 9.440.743 pts. La sentencia de instancia estimó la demanda, dando lugar a la declaración de nulidad de las dos escrituras de dación en pago. De la misma manera condena a los demandados a abonar a la demandante la cantidad de 9.440.743 pts, más el interés legal. Formulado recurso de apelación la Audiencia Provincial de Madrid lo desestimó y confirmó la sentencia. El Tribunal Supremo desestima igualmente el recurso de casación. (C. O. M.)

117. Intereses moratorios del artículo 20 LCS.—Conforme al artículo 20 LCS, la Ley hace recaer los efectos del retraso del pago sobre el deudor, sin que sirva el requisito tradicional de la liquidez de la deuda a estos efectos. La iliquidez o no de la deuda carece de trascendencia definitiva para imponer el recargo contemplado en la Ley, teniendo en cuenta no la iliquidez de la deuda reclamada, sino más bien la conducta obstruccionista o reticente del asegurador en el cumplimiento de su obligación indemnizatoria. Más que del requisito de una deuda normal, se trata de un régimen especial para el caso de la demora en la liquidación del siniestro. Así, la mera iliquidez no es, por sí misma, excusa razonable para que el asegurador pueda demorar el pago.

Para que el asegurador incurra en mora se requiere que el incumplimiento de la obligación de satisfacer la indemnización en los plazos adecuados se deba a una conducta irresponsable del asegurador y que la causa de la mora no esté justificada. (STS de 1 de febrero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. D. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don G. demandó a la aseguradora G. I., S. A., El demandante había concertado un seguro de accidentes y un seguro multirriesgo por accidentes, hallándose al corriente de pago de ambas pólizas. El 24 de mayo de 1996, estando ambas pólizas en vigor, el asegurado sufrió un accidente que le produjo secuelas que quedaron probadas en el procedimiento. La aseguradora consideró que el porcentaje de invalidez era de un 10%, de acuerdo con los baremos establecidos en la póliza, y procedió a hacer efectivo el pago de la correspondiente indemnización de acuerdo con esa valoración. El actor aceptó este pago como anticipo a cuenta, manifestando su disconformidad con el porcentaje establecido y pidió que se pusieran en marcha los mecanismos previstos en el contrato para el caso de discrepancia. La aseguradora insistió en que sólo era aplicable el porcentaje del 10% y no accedió a realizar el arbitraje exigido por el asegurado.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declaró que el porcentaje de invalidez del demandante era de un 42%, según los informes periciales, y condenó a la aseguradora a pagar la cantidad que resultara de aplicar el porcentaje citado, junto con los intereses previstos en el artículo 20 LCS. Esta sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial, motivo por el cual la aseguradora plantea recurso de casación.

El TS declara no haber lugar al recurso, al entender que la conducta de la aseguradora es totalmente contraria a las peticiones del asegurado. Además, incurre en mora, si bien únicamente respecto de la cantidad que no se pagó, pues no aprecia que haya causa justificada para aplazar el pago. (*S. L. M.*)

118. Sociedades Anónimas. Ejercicio del derecho de información. Cuando se trata de datos muy específicos, deben ser solicitados por escrito con antelación a la celebración de la Junta.—La Sentencia de instancia, en este punto concreto, señala como probado que los accionistas, ahora recurrentes, solicitaron unos datos muy específicos, sin que fueran pedidos por escrito con carácter previo a la Junta. Los Administradores deben cumplir su obligación de información a los accionistas, atendiendo en cada caso a la pregunta formulada, y así en los supuestos en que la contestación requiera análisis particularizados las respuestas, no tienen por qué ser exhaustivas, puesto que el accionista ha tenido oportunidad de pedir previamente y por escrito las informaciones correspondientes. En el supuesto que nos ocupa, por la propia característica de las preguntas —datos muy específicos—, y por la propia naturaleza de una Junta General, no pueden ser respondidas sobre la marcha, si no son conocidas, debiendo la actora haber ejercitado su derecho por escrito con anterioridad a la Junta, o al menos, previendo la formulación de las preguntas tan concretas, solicitar la asistencia del auditor, no pudiendo olvidarse que la propia Sentencia declara que las cuentas anuales reflejaban la imagen fiel de la sociedad. (**STS de 22 de febrero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Tres entidades mercantiles demandaron a una sociedad anónima solicitando que se declarasen nulos determinado acuerdo adoptado por la Junta General de Accionistas, al haberse negado el derecho de información de los socios que se pretendió ejercitar verbalmente en la referida Junta. La demandada alegó que las respuestas efectuadas por los administradores no vulneraron el derecho de información de las demandantes. El juez de primera instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo ratificaron esa decisión. (*L. F. R. S.*)

119. Responsabilidad de los administradores de una sociedad anónima. Se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual que nace de la omisión del deber de promover la disolución en los supuestos legalmente previstos.—La acción para reclamar la responsabilidad solidaria de los administradores por incumplimiento de la obligación de instar la disolución de la sociedad es, según la calificación jurisprudencial más reciente, una acción de responsabilidad extracontractual (SSTS de 4 de abril de 2006 y 24 de abril de 2006) dotada de singularidad en cuanto al requisito general de la relación de causalidad (STS 27 de octubre de 2006), pues la jurisprudencia ha venido declarando que esta responsabilidad no depende de la existencia del daño mismo, pues constituye una responsabilidad formal de carácter solidario respecto de las deudas sociales, que ha sido frecuentemente descrita como objetiva o cuasi objetiva, pues nace de la omisión del deber de promover la disolución en los supuestos legalmente previstos (SSTS de 3 de

abril de 1998, 20 de abril de 1999, 22 de diciembre de 1999, de 20 de diciembre de 2000, 20 de julio de 2001, 25 de abril de 2002 y 14 de noviembre de 2002, entre otras).

La Junta Ordinaria es el momento en que se puso de manifiesto la situación de insolvencia de la sociedad y comienza el plazo de dos meses para pedir la disolución.— Nada permite suponer que en el caso enjuiciado pudiera considerarse acreditada la situación de insolvencia de la sociedad en el momento de finalización del ejercicio de 1994, como pretende la parte recurrente, pues la sentencia declara expresamente, al analizar el conjunto de pruebas, que la constancia de las pérdidas podía entenderse compensada en febrero de 1995 por las expectativas derivadas de la contratación y reformados aprobados respecto de la obra pendiente. De los hechos probados en la sentencia se infiere también que es en la Junta Ordinaria cuando se pone de manifiesto el balance negativo determinante de la situación de insolvencia de la sociedad. Contando a partir de este momento el plazo de dos meses para la convocatoria de Junta Extraordinaria, que en este caso acordó solicitar la declaración de quiebra, no se aprecia que los administradores hayan excedido el plazo de dos meses fijado en el artículo 261.5 LSA, pues, aun cuando el acaecimiento objetivo de la causa legal de disolución se produjera con anterioridad, el hecho determinante del inicio del plazo es el conocimiento de dicha circunstancia por parte de los administradores en términos de normalidad económica y contable, según el principio de exigencia de intencionalidad o negligencia que, ceñido a la conducta de omisión de la convocatoria para la disolución de la sociedad, rige en este tipo de responsabilidad y conduce a la necesidad de tener en cuenta el conocimiento —o deber de conocimiento— por los administradores de la situación de pérdidas. **(STS de 20 de febrero de 2007; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La entidad demandante, subcontratista de una obra, demandó a los administradores de la sociedad contratista en acción de responsabilidad por no haber procurado la disolución de la sociedad cuando ésta se encontraba en situación de insolvencia. Alegaba la demandante que aunque, según las cuentas anuales, el patrimonio de la demandada era positivo a finales de 1994, el patrimonio real era negativo y, cuando subcontrató en febrero de 1995 y se endeudó con la demandante, se encontraba ya en insolvencia definitiva. Los demandados alegaron que fue en la Junta Ordinaria celebrada en junio de 1995 cuando se constató la situación de insolvencia y entonces se decidió solicitar la declaración de quiebra. El juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por los demandados y desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. *(M. C. B.)*

120. Retroacción de la quiebra. No afecta a las operaciones de descuento bancario.—El motivo se desestima porque las operaciones de descuento a que se refiere la demanda no han causado ningún perjuicio —disminución económica— al patrimonio del descontatario ni a la masa activa de la quiebra, por lo que no hay daño alguno para los acreedores. La entidad *Oscá Pablo, S. A.*, percibió de la entidad descontante las sumas correspondientes a

los efectos descontados, sin que conste, ni se haya invocado, una liquidación abusiva de intereses o comisiones, siendo normal la deducción de aquellos habida cuenta la liquidez anticipada. La condena que pretende la Sindicatura supondría que el Banco tendría que devolver las cantidades cobradas de los librados de los títulos descontados, sin derecho a percibir las sumas que pagó a la descontataria en virtud del descuento, pues ni siquiera se pide en la demanda la nulidad de las operaciones, o del contrato, sino únicamente de los «cobros realizados». La pretensión carece de fundamento alguno, entraña un enriquecimiento injusto insostenible y es, en todo caso, abusiva, constituyendo incluso, como dice la Sentencia de 12 de noviembre de 1977, un «absurdo rechazable». Además, aunque procediera la nulidad de las operaciones, que no procede, esta Sala viene declarando a partir de la Sentencia de 13 de diciembre de 2005, ratificada entre otras por la de 22 de junio de 2006, con un cierto precedente en la de 11 de febrero de 2003, que «la nulidad por efecto de tratarse de un acto de disposición efectuado por el quebrado durante el período de retroacción, cuando se trata de un contrato sinalagmático implica la restitución en los términos establecidos en los artículos 1303, 1304 y 1308 CC, y la restitución es ajena a la masa de la quiebra, esto es, ha de ser tratada como una deuda de la masa»; y esto, en el caso, significa que la masa activa tendría que desprenderse de lo que *Oscá Pablo*, S.A. recibió en virtud de descuento, lo que prácticamente reduciría la diferencia a los intereses y comisiones.

Pero ni siquiera la diferencia antes expresada (intereses y comisiones) debe ser reintegrada. Esta Sala acoge en numerosas Sentencias la doctrina, aquí plenamente adecuada, que sostiene un criterio flexible de interpretación del párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio, con base en el artículo 1366 LEC y ausencia de connivencia fraudulenta, cuando las operaciones jurídicas –actos de dominio y administración– realizadas durante el período de retroacción han sido beneficiosas, o al menos no entrañaron perjuicios –disminución patrimonial–, para el patrimonio del quebrado, y, por consiguiente, para los acreedores (SS., entre otras, 20 septiembre 1993, 22 de enero de 1999, 22 de mayo de 2000, 8 de febrero de 2001, 3 de febrero de 2002, 12 de marzo y 20 de septiembre de 2003, 29 de enero de 2004, 13 de diciembre de 2005). Así sucede en el caso examinado toda vez que el importe de los títulos descontados, que posteriormente hizo efectivo la entidad descontante, se ingresó en el patrimonio de la entidad quebrada, sin que se aprecie una actuación fraudulenta por la anticipación de liquidez, ni conste una actuación abusiva en la cantidad descontada por intereses y comisiones, la cual se justifica por la naturaleza de la operación –liquidación adelantada respecto de la fecha de vencimiento de los efectos.

Finalmente, aunque en su día constituyó un tema doctrinal y jurisprudencialmente polémico, la doctrina de esta Sala, superando el criterio riguroso que había mantenido en algunas resoluciones (SS. 17 de febrero de 1909, 17 de marzo de 1958, 27 de mayo de 1973), se orientó por la solución consistente en que el párrafo segundo del artículo 878 C. Comercio no alcanza al descuento bancario (SS. 28 de mayo de 1960, 21 de junio de 1963, 20 de mayo de 1975, 10 de marzo y 15 de octubre de 1976 y 12 de noviembre de 1977), y ello con independencia de que el quebrado sea el descontatario (cedente de los efectos) o lo sea la entidad descontante, porque el criterio que fundamenta la respuesta jurídica toma como pauta si se ha producido, o no, una disminución en el patrimonio del quebrado, dado que la aplicación del párrafo segundo del ar. 878 C.Com. se conecta con los actos de dominio o

administración realizados por el quebrado durante el período de retroacción en detrimento de la «pars conditio creditorum» o principio de igualdad entre los acreedores. (STS de 15 de febrero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La Sindicatura de la Quiebra de una sociedad anónima demandó a una cooperativa de crédito solicitando la declaración de nulidad de los cobros realizados por la demandada dentro del período al que alcanza la retroacción de la quiebra, pero provenientes de descuentos concertados con anterioridad a ese período. El Juez de primera instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirmaron esa decisión. (L. F. R. S.)

DERECHO PROCESAL

121. Jurisdicción civil. Determinación de la jurisdicción competente para conocer de la ejecución de contratos celebrados por la Administración pública. Exigencia de una directa relación entre el objeto del contrato y el servicio o finalidad pública.—La diferenciación entre los contratos administrativos atípico —antes denominados especiales— y los contratos privados de las Administraciones públicas ha constituido una cuestión de no fácil solución, y ha merecido un tratamiento jurisprudencial no unitario en las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa. Por lo general, se ha atendido a la existencia de una relación relevante del contrato con el desempeño de las potestades administrativas específicamente atribuidas a la administración contratante, para cuyo ejercicio sirve aquél como instrumento o medio, y siempre orientado a la satisfacción de una finalidad o un interés público que constituye el elemento teológico definitorio de la naturaleza administrativa del contrato. El problema se encuentra en la amplitud con que quiera verse esa relación y en el modo de entender la vinculación del contrato al desenvolvimiento regular de un servicio público, o al giro o tráfico específico de la Administración contratante.

Contratos celebrados por la Administración pública con particulares para la ejecución de interpretaciones artísticas. Interpretación sociológica y teleológica de las normas. Competencia de la jurisdicción civil para conocer de los litigios relativos a sus efectos y extinción.—Estas dificultades conceptuales se aprecian claramente a la hora de precisar la naturaleza de contratos celebrados por una entidad de la Administración Local con un particular, cuyo objeto es la ejecución de una interpretación artística en el marco y en el desarrollo de un programa de festejos populares. El examen de su naturaleza ha de hacerse de acuerdo con una interpretación sociológica y teleológica de las normas, conforme a la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas (art. 3.º CC). Se comprueba así la evolución que ha experimentado el concepto legal de los contratos administrativos; habiéndose pasado del desenvolvimiento regular de un servicio público, o de la presencia de características intrínsecas que hagan necesaria la especial tutela del interés público en la ejecución del contrato, a la vinculación al giro o tráfico específico de la Administración contratante, y a la directa satisfacción de una nece-

sidad pública de la específica competencia de aquélla. Se aprecia así un abandono de las posiciones basadas en un concepto amplio del servicio público, para atender al específico ámbito de actuación y de competencia de la Administración contratante. Lo que, aplicado al caso, exige considerar esta clase de contratos como de carácter privado, sometido a la legislación administrativa sólo en cuanto afecta a los actos separables; mientras que en lo que se refiere a sus efectos y extinción se someten a las normas de derecho privado, correspondiendo a los órganos de la jurisdicción civil la competencia para conocer de los litigios relativos al cumplimiento contractual de los mismos. (STS de 24 de enero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La mercantil E.L.U. demandó al Ayuntamiento de L.A.C., en ejercicio de una acción de cumplimiento contractual, reclamando el precio adeudado correspondiente a los contratos de interpretación artística celebrados durante varios años, que se llevaron a cabo dentro del programa de actividades de las fiestas patronales del municipio. El Ayuntamiento demandado alegó la incompetencia de jurisdicción, considerando que el conocimiento del litigio correspondía a los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Valencia estimaron íntegramente la demanda, rechazando la incompetencia de jurisdicción alegada de contrario. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento demandado. (L. A. G. D.)

122. Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: ámbito material de aplicación.—Conforme al artículo 1.2 del Convenio de Bruselas de 1968, se excluirán del ámbito de aplicación del citado Convenio la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores, así como los demás procedimientos análogos, respecto de los cuales, el artículo 220 del Tratado de Roma previó la elaboración de un convenio específico, que finalmente cristalizó en el Reglamento número 1346/2000, del Consejo, sobre procedimientos de insolvencia.

El Tribunal de Justicia Comunitario ha elaborado un concepto autónomo de los procedimientos de insolvencia, considerando como tales, en términos amplios, los fundados, según las diversas legislaciones de las partes contratantes, sobre el estado de suspensión de pagos, la insolvencia o el quebrantamiento del crédito del deudor que implican desde un control de la autoridad judicial hasta una intervención de la misma, con el resultado de una liquidación forzosa y colectiva de los bienes. En consecuencia, la resolución que, con base a una declaración de concurso, acuerde ordenar al síndico que inste la constancia de dicha situación concursal en los registros públicos del Estado preceptor debe, sin ningún género de dudas, considerarse incluida en las excepciones del ámbito material de aplicación del mencionado convenio.

Paralelamente, el Tribunal de Justicia comunitario ha excluido del ámbito de aplicación del Convenio, las resoluciones de carácter cautelar o provisional que no se hayan dictado siguiendo un procedimiento contradictorio, es decir, aquellas en las que la parte contra la que vayan dirigidas no haya sido citada a comparecer y que estén destinadas a ejecutarse sin haber sido previa-

mente notificadas a esta última parte. (STS de 13 de diciembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don C.A., en su condición de síndico del concurso de acreedores de la mercantil H.N., presentó solicitud de reconocimiento y declaración de ejecutoriedad de la resolución dictada por el Tribunal de Quiebras, Concurso de Acreedores y Sucesiones, Tribunal Marítimo y de Comercio de Copenhague, con fecha 28 de julio de 1995. En la citada resolución, se acuerda solicitar al síndico que lleve a cabo la inscripción de la declaración del concurso de acreedores en el Registro de la Propiedad en donde figuran inscritos los tres inmuebles situados en España que pertenecen al concursado.

En octubre de ese mismo año, el Juzgado de Primera Instancia reconoce mediante auto la eficacia en España de la indicada resolución extranjera y acuerda, así mismo, librar mandamiento por duplicado al Registrador de la Propiedad competente, para que proceda a la anotación de la declaración de concurso de acreedores de don J. en las inscripciones de las fincas que se detallan en la misma resolución. Interpuesto recurso de alzada contra el señalado auto, la Audiencia Provincial estima el recurso interpuesto por don J. y ordena la cancelación de las anotaciones registrales practicadas de conformidad con el mismo. La Audiencia deniega la homologación de la resolución extranjera por haber sido dictada sin que el concursado hubiera sido citado, lo que le impide comparecer ante el tribunal del Estado de origen que adoptó las medidas. El Tribunal Supremo declara que no ha lugar al recurso interpuesto por don C.A. (*M. C. C. M.*)

123. Poder *apud acta* en favor de procurador. Por haberlo consentido previamente, una parte procesal, no puede impugnar el apoderamiento realizado por una persona que ya no ostentaba el cargo de administrador de una sociedad anónima a favor de un procurador.—Tratándose el denunciado de un vicio subsanable, la parte afectada lo consintió, no denunciándolo en su momento, dejando transcurrir numerosas diligencias referidas a actuaciones en el proceso del Procurador designado para el uso del poder que se dice cancelado o no existente, por falta de renovación del cargo social que correspondía al poderdante, y dado que, en definitiva, la permanencia en el proceso de la parte así apoderada (su Procurador) en nada es relevante, ya que sus intervenciones, en lo principal, son conjuntas con las de los otros dos demandados, respecto a los que su actuación, en su caso, sería la misma que la que ahora se pretende como nula.

Reconocimiento de deuda que prevalece sobre los títulos valores presentados por el demandante.—La Sentencia impugnada (y en cuanto también recoge lo dicho al respecto por la de primera instancia), no les da un valor absoluto y «abstracto» material a los documentos de que se trata, sino meramente procesal, y parte de ellos como única prueba existente sobre la deuda entre las partes y sobre su cancelación o pago, pero partiendo siempre de una prueba principal, y uniéndola a ella, cual es la de falta de prueba de la actora, en cuanto la misma hace derivar su crédito de una serie de documentos que no identifica, dentro de los numerosos que aporta con su demanda, y en cuanto también reclama menos de lo que se deduce del total presentado,

y a pesar de habersele requerido para que lo hiciera, sin hacerlo, y aparte de que, entre los documentos aportados los hay que están pagados, tras su renovación, por las partes. (STS de 9 de febrero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—La sociedad demandante reclamó una deuda pecuniaria, acompañando diversos títulos valores, algunos de los cuales habían sido pagados por la sociedad demandada. Los demandados se opusieron, aportando un documento que suponía un reconocimiento de deuda por un importe que fue satisfecho posteriormente a los demandantes. El juez de primera instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó. En su recurso de casación, la demandado recurrente alegada la falta de poder del procurador de uno de los demandados, que al realizar el apoderamiento ya no ostentaba el cargo de administrador de la sociedad demandada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. C. B.)