

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Ana M.^a CARRETERO SANTOS, Margarita CASTILLA BAREA, M.^a Carmen CRESPO MORA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACÍA MORILLO, Sara MARTÍN SALAMANCA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, César SEMPERE RODRÍGUEZ.**

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. Nulidad del contrato civil por actuar en fraude de ley administrativa (art. 6.3 CC).–Afirma el Tribunal Supremo que actuar de forma contraria a las normas imperativas administrativas puede suponer la nulidad del contrato civil. Si el negocio jurídico resulta incompatible con las normas administrativas una de las posibles consecuencias del negocio será su invalidez.

En el caso de las cooperativas, la sanción de la administración grave consistente en este caso en la descalificación de estas sociedades como tales, supone la corroboración de la nulidad civil de los contratos celebrados en fraude de ley administrativa y no la exclusión de ésta. (**STS de 31 de octubre de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.–La compañía mercantil SU., S.A., celebró un contrato de for-fait con la cooperativa ACCA, S.C.A.L., por el cual se comprometía a desmontar el algodón administrado de forma exclu-

siva por S.U., S.A. Como consecuencia de este contrato se anticipan ciertas cantidades por parte de esta última a la cooperativa andaluza.

Al mismo tiempo de la celebración del contrato, se ejecuta hipoteca que pesaba sobre la finca en la que se realizaban dichas labores, entrando en posesión y administración interina de la finca E.M.S., S.L., cesionaria del crédito hipotecario por el cual se había constituido garantía real sobre dicho inmueble.

Llegado el momento de iniciar la actividad, ACCA, S.C.A.L., incumple señalando que el contrato es contrario a los intereses de los cooperativistas y debe ser declarado nulo. Por su parte, E.S.M., S.L., considera dicho contrato nulo por ir en contra de la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas de 1985, que establecía un límite máximo en operaciones con terceros, siendo necesaria autorización administrativa para superar dicho límite, y siempre hasta un máximo del 40%, suponiendo la contravención de esos principios sanción grave. Por todo lo cual, dicho contrato se celebró en fraude de ley y con la única finalidad de que la cooperativa continuase con la administración de la finca.

La mercantil S.U., S.A., interpone demanda contra ACCA, S.C.A.L. y contra E.S.M., S.L., en la que se solicita la devolución de las cantidades anticipadas por ésta para el cumplimiento del contrato de *for-fait* más los intereses legales, y la indemnización por perjuicios y lucro cesante a E.S.M., S.L.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Se interponen sendos recursos de apelación que son desestimados por la Audiencia Provincial de Córdoba, confirmando íntegramente la decisión de primera instancia. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por E.S.M., S.L., y casa la sentencia recurrida. (*A. M. C. S.*)

2. Plazo de prescripción extintiva del crédito hipotecario.—La Sala Primera del Tribunal Supremo considera que un crédito garantizado con hipoteca no es un crédito ordinario y merece un régimen jurídico distinto. Por esta razón mantiene que la acción personal derivada del derecho de crédito, al estar éste garantizado con hipoteca, ve extendido su plazo de prescripción de los quince a los veinte años. (**STS de 10 de diciembre de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Habiendo transcurrido más de 15 años, pero menos de 20 años, desde el vencimiento de una obligación garantizada con hipoteca, se interpone una demanda solicitando se declare extinguida la hipoteca que garantiza dicho derecho de crédito.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y estima la demanda, declarando extinguida la hipoteca. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto, revoca la sentencia recurrida y confirma la resolución de primera instancia. (*M. J. P. G.*)

3. Acción de responsabilidad extracontractual: prescripción.—La yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual y la teoría de la unidad de la culpa civil no pueden llevarse hasta el extremo de rechazar la aplicabilidad del artículo 1968.2.º CC en favor de la empresa demandada que lo alegue frente a una reclamación de daños y perjuicios por culpa extracontractual en un accidente de trabajo, bajo el argumento de que la culpa no sería extracontractual sino contractual, y, al mismo tiempo, rechazar también la aplicabilidad del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores bajo el argumento de que, siendo contractual la culpa del empresario en la causación del accidente por inobservancia de las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo vigentes a la sazón, el cumplimiento de estas normas no dimanaría del «contenido literal» del contrato de trabajo, sino del principio general establecido para todos los contratos en el artículo 1258 CC, pues la propia sentencia impugnada razona, para rechazar la prescripción del artículo 1968.2.º CC, que «el daño generado se incardina dentro de la esfera de las obligaciones y derechos que integran el contenido de la relación contractual existente al tiempo de su producción entre el finado y las empresas constructoras». En consecuencia, el plazo de prescripción de la acción, si la responsabilidad del empresario no se considera extracontractual sino contractual, no será el general de 15 años del artículo 1964 CC., sino el específico de un año establecido en el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores. **(STS de 5 de enero de 2008; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—En junio de 1989, fallece D. D., un trabajador de la construcción, al precipitarse al vacío desde la primera planta del edificio en obras. El 17 de junio de 1993, 20 meses después de la última actuación interruptiva (24 de septiembre de 1991), su viuda e hijos interponen demanda de indemnización de daños y perjuicios contra técnicos, empresa contratista, empresa subcontratista (empleadora del fallecido) y aseguradoras de ambas. En primera instancia se condena a la empresa contratista y a la subcontratista. El fallo es recurrido por la empresa contratista y también por la parte actora. La Audiencia confirma la sentencia de primera instancia. La empresa contratista recurre en casación. (*S. M. S.*)

4. Responsabilidad extracontractual. El cómputo del plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad civil por enfermedad profesional se inicia en el momento en que queda determinada la incapacidad o los defectos permanentes originados.—Es reiterada la doctrina jurisprudencial, la que establece que no puede entenderse como fecha inicial del cómputo, *dies a quo*, la del alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la de la determinación invalidante de éstas, es decir, en el momento en que queda determinada la incapacidad o los defectos permanentes originados, pues hasta que no se sabe su alcance no puede reclamarse en base a ellas, ya que es en ese momento cuando el perjudicado tiene un conocimiento cierto, seguro y exacto de la entidad de los perjuicios. La doctrina relativa a que «en caso de reclamaciones por lesiones, se computa el plazo prescriptivo a partir de la determinación del quebranto padecido», constituye una constante en las declaraciones de esta Sala, y se encuentra recogida en numerosas sentencias (SS de 3 de octubre y 20 de septiembre de 2006, 22 de julio, 13 de febrero,

22 de enero y 13 de julio de 2003, que a su vez cita las de 22 de marzo de 1985, 21 de abril de 1986, 3 de abril y 4 de noviembre de 1991, 30 de septiembre de 1992, 24 de junio de 1993 y 26 de mayo de 1994).

En el caso concreto, tal y como señala la sentencia de la Audiencia Provincial, es el 10 de abril de 1991 cuando el Sr. Federico tiene un conocimiento cabal y exacto de su enfermedad por el informe del Doctor Carlos Daniel, del Instituto de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en que se diagnostica una enfermedad profesional con el nombre de Polineuropatía por N-Hexano, y en el que se estima que el grado de alteración en relación con su profesión puede calificarse como incapacidad permanente total para su profesión habitual.

Es más, aún si prescindieramos del citado informe, el plazo de prescripción del año del artículo 1968 CC nunca podría comenzar a correr más tarde del 4 de marzo de 1993, fecha en que se presenta la documentación solicitada por la Subdirección de Invalidez de la Dirección Provincial de Sevilla del INSS (folio 461), previa puesta en conocimiento de don Federico, del Dictamen emitido por la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades, en el que se estima la probable existencia de una invalidez permanente, habiendo declarado esta Sala, que se debe fijar el inicio del cómputo en el momento en que «la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades del Instituto Nacional de la Salud, dictaminó previo examen precedente, las secuelas derivadas del accidente laboral, y comunicó tal dictamen o valoración al lesionado» (S de 22 de julio de 2003, con cita de la de 13 de julio de 2000); que «cuando se propone por la comisión de valoración de la Dirección Provincial el grado de incapacidad permanente, es claro, pues, que a partir de esta fecha debe iniciarse el cómputo del año», como dice la S de 13 de febrero de 2003; que «hasta que la Comisión de Evaluación, en 24 de agosto de 1994, formuló propuesta de declaración “de Invalidez en grado de Incapacidad Permanente Absoluta por la contingencia de accidente de trabajo para todo tipo de profesión sin posibilidad razonable de recuperación (...)”, siendo, por tanto, en esta fecha cuando el lesionado pudo tener conocimiento del alcance de las secuelas de las lesiones sufridas» (S de 22 de enero de 2003); y, por último, que «si la parte se hubiera aquietado al dictamen emitido por la Unidad de Valoración Médica, respecto de la incapacidad no reconocida, hay que en tal caso habría que estar al informe propuesto» (S de 1 de febrero de 2006). Por todo ello el motivo perece. **(STS de 3 de diciembre de 2007; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El empleado de una empresa reclama a ésta una indemnización por haber contraído en su puesto de trabajo una enfermedad profesional que le causó una incapacidad total permanente para el desarrollo de su profesión habitual. Queda demostrado que cuatro meses después de cesar en su empleo, aparece el primer informe médico que determina el origen de la parálisis progresiva que sufría el trabajador: una intoxicación por inhalación de un producto tóxico empleado en su lugar de trabajo, que permite calificar su dolencia como enfermedad profesional. Estimada la demanda en primera instancia, tanto la sociedad empleadora, como la compañía aseguradora de ésta, interponen recurso de apelación, basado principalmente en la excepción de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual *ex* artículos 1968 y 1969 CC Revocada por la Audiencia la sentencia del Juzgado, el demandante interpone el recurso de casación, centrándose la cuestión en diluci-

dar si el *dies a quo* para el ejercicio de dicha acción se cuenta desde el momento en que el perjudicado tiene conocimiento por primera vez del origen y alcance de su dolencia, o si el cómputo se inicia en la fecha del Dictamen emitido por la Unidad Médica de Valoración de Incapacidades del INSS. El Alto Tribunal desestima el recurso de casación. (L. F. R. S.)

5. Interrupción del plazo de prescripción del artículo 1902 CC.—El Tribunal Supremo ha sostenido reiteradamente que la apreciación de la prueba suministrada por las partes acerca de la interrupción o no del plazo de prescripción es de la exclusiva soberanía del Tribunal de instancia, sin que pueda combatirse con éxito en casación si no se demuestra el error de derecho en la valoración de la prueba (SSTS de 25 de abril de 2000 y de 9 de marzo de 2006).

Por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia han venido entendiendo que el artículo 1973 CC contempla una causa natural de interrupción de la prescripción, de manera que estos actos son conservativos y de defensa del derecho del titular (STS de 23 de enero de 2007). Los casos de interrupción no pueden interpretarse en sentido extensivo, por la inseguridad e incertidumbre que llevaría consigo la exigencia y virtualidad del derecho mismo (SSTS de 31 de diciembre de 1917, 9 y 12 de mayo de 2006). Además, como requisito para su apreciación, la acción antes ejercitada y la que después se use han de ser siempre la misma y no otra con la que tenga mayor o menor analogía. Por tanto, para que pueda tenerse por interrumpida la prescripción, conforme al artículo 1973 CC, ha de darse una identidad de acciones. **(STS de 14 de febrero de 2008; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—A, hijo de los actores, se encontraba descargando un camión de muebles en un almacén de P, sufriendo una caída al introducir uno de sus pies en un palé allí existente, a consecuencia de la cual se golpeó la cabeza y falleció a primeras horas del día siguiente. Con motivo de dicho accidente, el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Ceuta incoó diligencias previas, concluyendo con auto donde se decretaba el sobreseimiento provisional de las mismas. Posteriormente, los actores interpusieron demanda ante el Juzgado de lo Social contra la empresa de P, suplicando que se dictara sentencia por la que se declarara que dicha muerte fue debida a accidente de trabajo y se condenara a la demandada a abonar una serie de prestaciones (subsidio por defunción, pensión del 85% de la base reguladora, indemnización). Dicho Juzgado de lo Social desestimó la demanda al declarar la falta de jurisdicción de dicho orden para conocer de la misma. Igualmente, se desestima el recurso de apelación formulado por los demandantes, al considerar la Audiencia Provincial la prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual, al transcurrir el plazo de un año desde la firmeza del auto de archivo penal (art. 1968.2 CC). Además, declara que la demanda interpuesta ante el Juzgado de lo Social no es apta, ni aún como reclamación extrajudicial, para interrumpir el plazo de prescripción, dada la distinta identidad de las acciones ejercitadas en aquel orden jurisdiccional en relación con la que pos-

teriormente se formula: en la demanda laboral se ejercitaba una acción basada en el contrato de trabajo y conforme a lo dispuesto en las normas laborales (se reclaman determinadas prestaciones amparadas en dicha legislación), en tanto que posteriormente se produce una reclamación civil derivada de un accidente de trabajo que nada tiene que ver con el contenido de la relación laboral entre A y la empresa demandada, sino con el deber general de no dañar a otro (art. 1902 CC).

Se interpone así recurso de casación, alegando la interpretación errónea de los artículos 1968, 1973 y 1975 CC. Sin embargo, el Tribunal Supremo viene a confirmar la sentencia de la Audiencia y considera que la acción aquiliana se ha extinguido por prescripción, al no haberla ejercitado antes del año transcurrido desde el archivo de las diligencias penales. (S. L. M.)

DERECHO DE LA PERSONA

6. Transexualidad: inscripción del cambio de sexo sin cirugía de reasignación sexual con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2007, de 15 de marzo.—Antes de la entrada en vigor de la Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, la jurisprudencia mayoritaria consideraba un requisito esencial e imprescindible para la rectificación registral que previamente se hubiera completado la cirugía de reasignación de sexo (SSTS de 2 de julio de 1987, 3 de marzo de 1989, 19 de abril de 1991, 15 de julio de 1998, 6 de septiembre de 2002 y 17 de septiembre de 2007 y RDGN de 8 y 31 de enero de 2001). No obstante, es oportuno destacar que la denominada jurisprudencia «menor» había admitido el cambio de sexo y de nombre, a pesar de que no se hubiera concluido dicha cirugía (SSAP Barcelona, 17 de febrero de 2004; Madrid, 15 de julio de 2004; Valencia, 30 de diciembre de 2004; Cádiz, 20 de abril de 2005 y Valladolid, 23 de mayo de 2005). Tras la citada Ley de 2007, la rectificación registral puede acordarse una vez la persona pruebe que se le ha diagnosticado disforia de género; y siempre y cuando haya sido tratada durante al menos dos años para acomodar sus características físicas al sexo reclamado, si bien no es necesario que el tratamiento médico haya concluido con cirugía de reasignación sexual.

En la actualidad, el Tribunal Supremo observa que existe un debilitamiento de la influencia del sexo en los comportamientos sociales y en las valoraciones jurídicas. Además la asunción de las pautas o roles de un sexo determinado van desapareciendo y se tiende hacia la uniformidad, incluso en las relaciones familiares. Desde esta perspectiva y teniendo en cuenta la última legislación citada, no parece adecuado seguir sosteniendo la relevancia de la determinación del sexo por razón de la aplicación de los caracteres del estado civil (orden público, inoperatividad, indisponibilidad, peculiaridades procesales...). En los casos de disforia de género, la intervención quirúrgica de reasignación de sexo no parece justificada como presupuesto necesario del tratamiento médico. Ahora se considera que la persona está afectada por un estado patológico que exige tratamiento, pero que éste no se dirige a corregir la tendencia sexual hacia el sexo fenotípico o genotípico, sino hacia el psíquico o anímico. Es por ello que el Tribunal considera que en este esta-

do de la cuestión impedir la inscripción del cambio de sexo por no someterse a la cirugía de reasignación supone un freno al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), pues en la disforia de género lo que priman son los factores psíco-sociales en la determinación del sexo, es decir, el derecho de la persona a dejar que el libre desarrollo de su personalidad se proyecte en su imagen y se desarrolle dentro de un ámbito de privacidad; su derecho a sostener la identidad sexual como expresión de la identidad personal.

Finalmente, respecto de la aplicación de la ley a supuestos previos a la entrada en vigor de la misma, el Tribunal Supremo aplica por analogía el contenido de la DT 4.^a, inciso 3.º, a los casos en los que se trate de un derecho solicitado conforme a la antigua ley. (**STS de 6 de marzo de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Desde 1989, doña B se encontraba en tratamiento para realizar un cambio al sexo masculino. Se le han efectuado algunas de las operaciones quirúrgicas de cambio de sexo (mastectomía, histerectomía...), pero tras múltiples complicaciones en una intervención de rodilla, los médicos le desaconsejaron que llevase a cabo la intervención genital dado su delicado estado de salud. La demandante solicita que se declare haber lugar al cambio de sexo y que en todos los documentos figure como don E.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. El tribunal entiende que no es posible afirmar la existencia de identidad morfológica plena de varón, ya que no se había completado el ciclo de intervenciones quirúrgicas de transexualidad, pues faltaba la implantación de los órganos genitales masculinos. Se interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial lo desestima y confirma la sentencia de instancia. La parte actora interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo, casa y anula la sentencia dictada en apelación y declara haber lugar a la rectificación del nombre y de sexo solicitada, procediendo a la inscripción en el Registro Civil.

NOTA.—En primer lugar, hay que destacar que existe una sentencia de la misma fecha y ponente de esta Sala del Tribunal Supremo con idénticos fundamentos jurídicos para un caso muy similar. Y, en segundo lugar, sobre esta materia *vid.*, entre otros, Enrique RUBIO TORRANO («Disforia de género: cambio de sexo y nombre», *Aranzadi Civil*, n.º 3, 2007, pp. 2553-2556 y «Transexualidad y Registro Civil», *Aranzadi Civil*, n.º 1, 2007, pp. 1826-1829) y Antonio Salas Carceller («La llamada disforia de género en la reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo», en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, n.º 21, 2008, pp. 11-14). (S. E. M.)

7. Valoración de la lesión del derecho al honor en un contexto político.—[...] entendemos que ha ejercido su derecho a informar y su libertad de expresar, que proclama el artículo 20 sin atentar contra el derecho al honor de la Diputación Provincial, que también proclama el artículo 18 [...]. A ello hay que sumar el contexto. En el ámbito de la política, no decae el derecho al honor, pero no se considera éste con un criterio rígido y aislado, sino en relación con la confrontación política, de la que no cabe aislarse. Y de la misma

manera que no es aceptable la politización de la justicia, tampoco es aceptable la judicialización de la política. Ya la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en situaciones en que el supuesto atentado al honor ha tenido lugar en un contexto político y ha rechazado que se tratase de un auténtico ataque al honor; no es cuestión de derecho, sino cuestión política. Así, la Sentencia de 6 de junio de 2003 que, casando la sentencia de instancia, desestimó la demanda de protección del derecho al honor que había interpuesto un político contra otro (curiosamente del mismo partido) en una violenta confrontación política y personal.

[...] el contexto, como ya se ha apuntado, es la confrontación política entre dos partidos adversos, el que domina la Diputación y aquel cuya portavoz era la demandada. El que ésta vierta información y opinión sobre la actuación del partido contrario, aparte de lo expuesto en líneas anteriores, forma parte del quehacer político y no puede considerarse en derecho en forma aséptica, sino precisamente en relación con el contexto. Todo ello lleva a la conclusión de que no hay colisión entre libertades y derechos constitucionales, sino simplemente, se concluye que no hay intromisión ilegítima en el honor de la Diputación demandante; en definitiva, como resalta la sentencia recurrida, «se trata de una crítica frente a una actuación que se estima políticamente incorrecta».

Derecho al honor de la persona jurídica.—[...] el concepto del honor, tantas veces repetido en doctrina y jurisprudencia, como trasunto de la dignidad de la persona en su aspecto interno inmanente y su aspecto externo trascendente, no se vislumbra en la Diputación Provincial, ente público al que no se han referido las informaciones y las opiniones de la persona demandada, sino a las personas del partido político oponente; si bien a la persona jurídica, después de muchas vacilaciones jurisprudenciales, se le reconoció el derecho al honor protegido constitucionalmente (no había duda de que si era afrentada, podía accionar basándose en el art. 1902 CC), no aparece en este caso ataque o menoscabo a la dignidad de un ente público, del que forman parte unas concretas personas, entre las cuales se halla la propia demandada y sus compañeros de partido, de la que era portavoz.

Lo cual enlaza con las palabras utilizadas en la rueda de prensa, transcritas en autos. Son manifestaciones de concretos datos fácticos no discutidos que han sido vertidos en aras del derecho a la información, que ha sido la base de opiniones formuladas como libertad de expresión, sin que en ningún caso se hayan empleado expresiones insultantes, vejatorias o difamatorias. Como tantas veces ocurre, se han entremezclado la información y la opinión y ni una ni otra han menoscabado la dignidad del ente público demandante. **(STS de 17 de enero de 2008; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La demandada en la instancia, miembro de una Diputación Provincial de Andalucía, había celebrado una rueda de prensa en la acera del edificio donde la entidad tenía su sede. El motivo de su llamada a los medios informativos fue informarles sobre irregularidades contables de la institución que, a su juicio, formaban parte de una trama de financiación ilegal. Sin utilizar expresiones insultantes, vejatorias o difamatorias calificó los hechos de incorrectos desde el punto de vista político. La Diputación interpuso demanda de protección jurisdiccional de su derecho al honor. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia que resol-

vió la apelación desestimaron la pretensión. Recurre en casación la Diputación Provincial y el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R. G. S.)

8. La existencia de información y opinión en principio legítimas en el párrafo dedicado a la demandante no impide ni justifica la inclusión de manifestaciones objetivamente ofensivas o despectivas.—Así planteado, este submotivo no puede ser estimado porque si bien es cierto que las referencias a la demandante, cuya identificabilidad (STC 69/06) por la sociedad murciana mediante los datos facilitados en el libro no se pone en duda, contienen una información (la asistencia a la tertulia de la esposa de quien ya por entonces tenía un importante cargo en el partido y luego sería alcalde de Murcia) y una opinión (el empeño u obsesión de la demandante en que su esposo fuera el presidente del Consejo Regional en lugar de don Matías) legítimas en sí mismas por su interés general en relación con la materia propia del capítulo correspondiente (la vida política regional desde la perspectiva del PSOE), no lo es menos que también se añaden dos opiniones objetivamente ofensivas sobre la demandante («la persona más venenosa que he conocido nunca» y «pequeño saco de maldades») que carecen de amparo en el artículo 20 CE, con arreglo a su ap. 4, por referirse a una persona que, casada por entonces con un político, no desempeñaba sin embargo ningún cargo público ni tampoco en el partido y, además, ejercía en la ciudad su propia profesión de farmacéutica. Si a ello se une su identificación como «Melones, una boticaria» y la información añadida de que al publicarse el libro ella no estaba ya casada con quien en ese momento era alcalde de Murcia, el juicio del tribunal sentenciador ha de ser compartido por esta Sala, porque la opinión e información en principio legítimas se acompañaron de unas opiniones objetivamente ofensivas a las que se añadían informaciones que, situadas en su contexto, tenían un cierto matiz despectivo («una» boticaria y no estar ya casada con quien había llegado a ser alcalde de Murcia), a modo de refuerzo de tales opiniones, ofreciendo así el párrafo dedicado a la demandante, dentro de las líneas que trataban de una tertulia no tanto política cuanto de amigos por más que en ella se hablase de política, un carácter global de ofensa gratuita a quien en tiempos había estado casada con un político pero tenía y seguía teniendo su vida propia, ejerciendo antes y después su profesión de farmacéutica en la ciudad de Murcia, de suerte que sobre el interés general que en un libro del año 1993 pudiera tener el párrafo dedicado a la demandante acaba imponiéndose su desmerecimiento en el entorno familiar y social (STC 76/95), dando pie a comentarios malintencionados más de diez años después de la época rememorada.

La teoría del «reportaje neutral» no puede aplicarse para eximir de responsabilidad al editor del libro en que se produce la intromisión ilegítima en el honor del perjudicado.—Por lo que se refiere al segundo submotivo, impugna la condena de la sociedad editora por no haberse aplicado en su favor la teoría del «reportaje neutral» por la que, en cambio, el tribunal sentenciador sí absolvió a la sociedad editora del diario «La Verdad», máxime cuando en la página 10 del libro el autor escribe que «es obvio que la responsabilidad de lo escrito es sólo mía». Pues bien, este submotivo ha de ser también desestimado por las siguientes razones: primera, porque la sentencia recurrida, por remisión a la de primera instancia, se funda en el artículo 65 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta, declarada en

su día acorde con la Constitución por el Tribunal Constitucional, y la parte recurrente no cita dicho precepto como infringido; segunda, porque la aclaración del autor atribuyéndose a sí mismo la responsabilidad de lo escrito no añade ni quita nada a la cuestión litigiosa, pues ni la autoría del texto publicado se ha puesto en duda ni el autor de un libro tiene potestad para eximir por adelantado a la editora de la responsabilidad que a ésta fuere exigible con arreglo a las leyes; tercera, porque un libro no es un «medio de comunicación» asimilable a un periódico diario; cuarta, porque en consecuencia no es equiparable la publicación de un libro a la noticia de un medio de comunicación sobre su aparición y su contenido; y quinto, porque de aplicarse al libro la teoría del «reportaje neutral», sí aplicable a los medios de comunicación, nunca habría lugar a la responsabilidad del editor contemplada en la ley, a no ser que hubiera publicado textos anónimos, o bien bajo seudónimo sin posterior identificación del autor o, en fin, entregados por el autor pero alterados por el propio editor. **(STS de 26 de febrero de 2008; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—En el libro que recoge las memorias de un político, el autor manifiesta sus opiniones sobre la que entonces era esposa de otro político destacado en la vida social de Murcia, ciudad de la que en fechas posteriores a los hechos rememorados, llegaría este último personaje a ser Alcalde. En dichas manifestaciones se tilda a la entonces esposa de este señor como «la persona más venenosa que he conocido nunca» y «pequeño saco de maldades», lo que motiva que ésta demande por intromisión ilegítima en su honor al autor del libro y a la sociedad editora del mismo, así como a la editora de un diario que se hizo eco del libro y del párrafo controvertido. La sentencia de Primera Instancia reconoce a la actora el derecho a obtener dos indemnizaciones: la primera a cargo del autor y de la editora del libro, a la que además se condena a retirarlo de la venta hasta que se suprimieran del mismo las manifestaciones relativas a la actora; y la segunda a cargo del autor y de la sociedad editora del diario en cuestión, a la que también se condenaba a publicar la sentencia una vez firme. La Audiencia Provincial desestima la apelación interpuesta por el autor y la sociedad editora del libro, pero estima el recurso presentado por la editora del periódico, absolviendo a ésta y al autor de la obra de la condena solidaria que el Juzgado les impuso por la publicación del artículo. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto conjuntamente por el autor y la editora del libro litigioso. *(M. C. B.)*

9. Colisión entre el derecho a comunicar información veraz y derecho al honor.—Cuando se produce una colisión entre ambos derechos debe prevalecer la protección del derecho a la información siempre que su objeto tenga interés general, es decir, verse sobre asuntos de relevancia pública por la materia y por las personas y la información sea veraz.

Libertad de expresión: extensión y campo de acción. No ampara un hipotético derecho al insulto.—La libertad de expresión, igualmente reconocida en el artículo 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio y 139/2007, de 4 de junio), porque en tanto ésta se refiere a la narración de hechos, la de expre-

sión alude a la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones.

La libertad de expresión no es sólo la manifestación de pensamientos e ideas, sino que comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 49/2001, de 26 de febrero, F. 4; y 204/2001, de 15 de octubre, F. 4), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe «sociedad democrática» (SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España, y de 20 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España). Fuera del ámbito de protección de dicho derecho se sitúan las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1.a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre, F. 2; 134/1999, de 15 de julio, F. 3; 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 11/2000, de 17 de enero, F. 7; 110/2000, de 5 de mayo, F. 8; 297/2000, de 11 de diciembre, F. 7; 49/2001, de 26 de febrero, F. 5; y 148/2001, de 15 de octubre, F. 4, SSTC 127/2004, de 19 de julio, 198/2004, de 15 de noviembre, y 39/2005, de 28 de febrero).

Requisitos de la libertad de información para que pueda prevalecer frente al derecho al honor.—Los requisitos que debe reunir la información para poder ser considerada prevalente al derecho al honor son los de interés público, veracidad y exposición no injuriosa o insultante.

Valoración contextualizada de las expresiones lesivas del derecho al honor: ámbito político. Extensión del criterio al contexto socio-laboral. La jurisprudencia admite que se refuerza la prevalencia de la libertad de expresión respecto del derecho al honor en contextos de contienda política, y así lo viene reconociendo esta Sala, entre otras, en las SSTS de 19 y 26 de febrero de 1992, y 29 de diciembre de 1995 (campana electoral); 20 de octubre de 1999 (clímax propio de campana política entre rivales); 12 de febrero de 2003 (mítin electoral; se consideró la expresión «extorsión» como mero exceso verbal); 27 de febrero y 6 de junio 2003, 8 de julio de 2004 (las tres sobre polémica política).

Sin embargo, estas consideraciones no deben limitarse al ámbito estricto del ágora política sino que la jurisprudencia viene aplicando idénticos principios a supuestos de tensión o conflicto laboral, sindical, deportivo, procesal, etcétera. Así, las SSTS de 9 de septiembre (que se refiere a expresiones de cierta agresividad permisibles en el contexto de la estrategia o dialéctica sindical); 13 de noviembre de 2002 (situaciones de tensión y conflicto laboral); 19 de julio de 2006 (sobre falsa imputación a otro sindicato de haber solicitado el voto para un partido político, entonces legal, que suscita un fuerte rechazo social por atribuírsele sintonía con una banda terrorista), 7 de julio de 2004 (a propósito de una rivalidad entre peñas deportivas) y 23 de febrero de 2006 (a propósito un comunicado en que se imputaba a un medio de comunicación haber exigido un canon periódico por mejorar la información de un Ayuntamiento, caso que guarda una notable similitud y estrechas relaciones con el aquí examinado).

Una de estas situaciones es la que se contempla en el caso enjuiciado. Las expresiones que resalta la demanda están en estrecha relación con los hechos denunciados y se producen en una situación de conflicto, con trascendencia pública, entre un equipo municipal y un medio de comunicación. Es cierto que una de las partes tiene carácter político y la otra no; pero de ello no

resulta el desequilibrio que la parte recurrente pretende demostrar, pues es notorio el poder de influencia en la opinión pública que en la sociedad actual ostentan los medios de comunicación; y que el amparo de las instituciones, salvo situaciones de abuso de poder, no garantiza por sí una situación de superioridad frente a la crítica pública ejercida por la sociedad civil. Dado que en la situación descrita por la sentencia de apelación no se advierten rasgos que conduzcan a estimar como producto del abuso de una situación de poder las expresiones vertidas por el alcalde recurrido, la Sala considera, en suma, aceptando con ello el parecer del Ministerio Fiscal, que, en las circunstancias que se han expuesto, no puede considerarse que las expresiones proferidas excedan la libertad de expresión, valor constitucional indispensable en todo sistema democrático que, como tal, debe prevalecer sobre el derecho al honor.

Compatibilidad del derecho de rectificación con las acciones de protección del derecho al honor.—El derecho de rectificación frente a un medio de comunicación no es incompatible con las acciones de protección del honor. Por otra parte, el ejercicio de ese derecho permite obtener la rectificación de informaciones que se consideren inexactas (art. 1 de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Rectificación), pero el objeto de las afirmaciones formuladas en la entrevista que constituyó el fundamento de la demanda era distinto, pues no se pretendía corregir informaciones ya publicada, sino dar conocimiento público de una petición de dinero para mejorar la imagen del Ayuntamiento.

No constituye límite de la libertad de información acerca de unos hechos el posible ejercicio de una acción penal para perseguirlos.—La posibilidad de ejercicio de la acción penal para perseguir los hechos denunciados no limita la libertad de información y de crítica sobre esos mismos hechos. (STS de 31 de enero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La sociedad editora del periódico de una provincia andaluza, el director comercial de la publicación y dos particulares ejercitaron una acción de protección del derecho al honor contra el alcalde y el Ayuntamiento de un pueblo de la provincia aludida. La razón era que el edil, entrevistado en la radio local, había manifestado que el periódico le había ofrecido mejorar su imagen y la del pueblo a cambio del pago de una cuota mensual. Se refirió luego a lo que denominó un «grupo de presión económico social afín a un partido político» involucrando en sus manifestaciones a los dos particulares reclamantes. El Juzgado acogió la demanda de la empresa editora y el director comercial contra el alcalde, desestimando las interpuestas por el resto de los demandantes y la dirigida contra el Ayuntamiento. La Audiencia revocó la sentencia inferior y desestimó íntegramente la demanda. Interponen recurso de casación los actores y el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R. G. S.)

10. Derecho al honor frente a derecho a la información.—Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 19 de julio de 2006 y 18 de julio de 2007) y del Tribunal Constitucional (SSTC de 15 y de 19 de abril de 2004), cuando se produce una colisión entre ambos derechos,

debe prevalecer la protección del derecho a la información, siempre que, por un lado, su objeto tenga interés general –es decir, que verse sobre asuntos de relevancia pública por la materia y por las personas– y que, por otro, la información sea veraz.

Derecho al honor frente a libertad de expresión.—Según el Tribunal Constitucional (STC de 17 de julio de 1986 y de 4 de junio de 2007), el ámbito de acción de la libertad de expresión (emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones), es más amplio que el de la libertad de información (narración de hechos), ya que así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existiría la sociedad democrática. Por tanto, la crítica de la conducta de otro queda amparada dentro de la libertad de expresión, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige (SSTC 17 de enero de 2000 y de 15 de octubre de 2001). No se protegen, sin embargo, las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a este propósito (entre otras muchas, SSTC de 15 de julio de 1999, 5 de mayo de 2000, 26 de febrero de 2001 y 19 julio de 2004).

Inclusión del prestigio profesional en la protección del derecho al honor. Límites a su protección.—El prestigio profesional, que es el que tiene toda persona cuando actúa dentro del área de su actividad laboral, artística, deportiva, científica o similar y que tiene repercusión en el ámbito social, forma parte del marco externo de trascendencia en que se desenvuelve el honor. De hecho, la jurisprudencia constitucional y ordinaria admiten su inclusión en la protección del honor, tanto respecto a personas físicas, como jurídicas. Sin embargo, no son necesariamente lo mismo (*vid.* SSTC de 30 de marzo de 1992, 27 de noviembre de 2000 y de 15 de enero de 2007) y, por ello, no todo ataque al prestigio profesional constituye una lesión del derecho al honor, sino que se requiere para ello cierto grado de intensidad (entre otras muchas, SSTC de 26 de junio de 2000, 19 de julio de 2004, 18 de junio de 2007). Así, no basta con la mera crítica de la actividad o a la pericia de un profesional en el ejercicio de una actividad concreta, sino que es necesario una descalificación injuriosa o innecesaria del comportamiento profesional de una persona, de manera que la hagan desmerecer en la consideración ajena de su dignidad como persona (SSTC de 14 de diciembre de 1992 y 22 de mayo de 1995). Tal es el caso, por ejemplo, de las infamias que ponen en duda o menosprecian la probidad del profesional o su ética en el desempeño de sus actividades.

Vulneración de derechos fundamentales. Facultad del tribunal de casación para valorar los hechos.—Cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, el Tribunal Supremo no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que, asumiendo una tarea de calificación jurídica, debe realizar una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados. Por tanto, no ha de limitarse a considerar si las conclusiones sobre los hechos obtenidas por el tribunal de instancia, además de no infringir las normas que integran el régimen de la prueba, simplemente soportan la aplicación de un test de razonabilidad (*vid.*, SSTC de 7 de diciembre de 2005 y de 27 de febrero de 2007). (**STS de 25 de febrero de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don V., portero-jardinero de un edificio, prestó sus servicios durante seis años. El 13 de octubre de 1998, la comunidad decidió rescindir unilateralmente el contrato laboral, lo que, tras la instancia del correspondiente expediente de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, llevó a que la comunidad debiera pagar a don V. una indemnización por despido improcedente. Posteriormente, don V. abandonó la vivienda que ocupaba por razón de su cargo, previo inventario del mobiliario de la misma.

Meses después, se publicó un artículo en la revista «Newsletter» en el que se indicaba que el nuevo portero ya se había instalado y se elogiaba al mismo por el trabajo realizado «para reponer el piso del portero en condiciones habitables tras la marcha de su anterior ocupante»; en ese sentido, se mencionaba que «la pared del baño en el piso del portero se hallaba en condiciones lamentables con humedades aparentemente ocasionadas por la falta de mantenimiento, de tal forma que puede resultar todavía necesaria una mayor restauración». Igualmente, en el artículo se señalaba que se había requerido al Administrador para usar todos los métodos disponibles para «recobrar el mobiliario perdido y las herramientas y material adquirido por la comunidad en los años recientes, que no había sido hallado». La revista en cuestión es una publicación interna de la comunidad, donde la junta directiva y el presidente informan a los copropietarios de la marcha de la misma.

Don V., tras haber remitido en febrero una carta a la comunidad, conminándola a publicar en la citada revista un texto afirmando que «está libre de toda sospecha respecto a la desaparición de diversas herramientas y utensilios de trabajo propiedad de la comunidad» —carta de la que no consta respuesta—, interpuso demanda contra la comunidad de propietarios solicitando que se declarase que se había vulnerado su derecho al honor, que se condenase a la demandada a publicar a su costa la sentencia en la mencionada revista y a abonarle la correspondiente indemnización por el daño sufrido a consecuencia del descrédito generado por el artículo mencionado. La demanda fue estimada en primera instancia y el recurso contra esta sentencia fue desestimado por la Audiencia Provincial, quien acogió la tesis del Juzgado de Primera Instancia de que el crédito profesional del demandante se había visto afectado, que la noticia se había publicado en una revista que, por su ámbito de difusión, tiene relevancia, y que la noticia adolecía de veracidad, ya que se habían silenciado ciertos hechos, dando con ello a entender —sutil y veladamente— que era imputable a don V. la pérdida del mobiliario y las herramientas, así como el mal estado de la vivienda que ocupó.

La comunidad de propietarios interpuso recurso de casación contra esta sentencia, alegando que el texto en que se funda la demanda no es objetivamente injurioso, ni hay pruebas de ocultación de información alguna, por lo que no ha existido vulneración del derecho al honor de don V., o, de considerarse que existe tal vulneración, ha de entenderse que queda amparada por la protección del derecho a la información y la libertad de expresión. (A. M. M.)

11. La doctrina del levantamiento del velo.—La doctrina del levantamiento del velo es un instrumento jurídico que se pone al servicio de una persona, física o jurídica, para hacer efectiva una legitimación pasiva distinta de la que resulta de la relación, contractual o extracontractual, mantenida con una determinada entidad o sociedad a la que la ley confiere personalidad jurídica propia, convirtiendo a los que serían «terceros» —los socios— en partes responsables a partir de una aplicación, ponderada y restrictiva de la misma, que permita constatar una situación de abuso de la personalidad jurídica societaria perjudicial a los intereses públicos o privados, que causa daño ajeno, burla los derechos de los demás o se utiliza como medio o instrumento defraudatorio, o con fin fraudulento y que se produce, entre otros supuestos, cuando se trata de eludir ciertas responsabilidades personales, como sucede con el pago de deudas. En definitiva, a través de esta doctrina se pretende descubrir y, en su caso, reprimir el dolo o abuso cometido con apoyo en la autonomía jurídica de una sociedad, sancionando a quienes la manejan. (**STS de 19 de diciembre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—En enero de 1989 un trabajador fallece cuando el andamio metálico en el que se encontraba hace contacto con una línea de alta tensión. La viuda en su propio nombre y en representación de su hija solicita judicialmente la pertinente indemnización de daños y perjuicios a la sociedad anónima en la que trabajaba el fallecido. La indemnización es concedida por el Juzgado de Primera Instancia. Con posterioridad a la sentencia condenatoria, se acuerda en junta general extraordinaria transformar la sociedad anónima condenada al pago de la indemnización, en sociedad de responsabilidad limitada. Dada la insolvencia de la mercantil inicialmente demandada, la viuda del fallecido reclama idéntica indemnización a los socios de la nueva sociedad de responsabilidad limitada, por considerar que se trata de la misma empresa inicialmente condenada.

La demanda, que es estimada por el Juzgado de Primera Instancia, resulta ratificada igualmente por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por las socias demandadas. (*M. C. C. M.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

12. Simulación absoluta: la acción para pedir su declaración no caduca ni prescribe.—[...] como refiere la S de 22 de febrero 2007, es constante la jurisprudencia de esta Sala al proclamar que la simulación contractual da lugar a la nulidad absoluta o radical del contrato simulado pues falta en el mismo la causa como elemento fundamental exigido por el artículo 1261.3.º CC: nulidad radical, sin posibilidad de sanación posterior, que 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 (art. 1276 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 (*rectius*: anulabilidad) establecen los artículos 1300 y 1301 del CC, pues ya el primero se refiere de modo expreso a «los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261», los cuales, siendo existentes, pueden ser anulados cuando adolezcan de alguno de los vicios que los invalida con arreglo a la Ley. En este sentido señala la S de esta Sala de 18 de octubre 2005, y reitera la de 4 octubre 2006, que «aunque ciertamente la literalidad del artículo 1301 CC podría llevar a un lector profano a considerar que la acción de nulidad caduca 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 con el paso del tiempo, habiendo declarado la S de 4 de noviembre de 1996, 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 S de 14 de marzo de 2000, entre muchas otras)».

Prueba de la simulación contractual: indicios a considerar.—La S de esta Sala de 11 de febrero de 2005, entre otras muchas, tras poner de manifiesto la dificultad de la prueba de la simulación contractual, acrecentada por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad (SS de 13 octubre 1987, 5 noviembre 1988, 27 noviembre 2000), señala que «la doctrina de esta Sala, admite como suficiente la prueba de presunciones, la cual se configura en torno a un conjunto de indicios, que si bien tomados individualmente pueden no ser significativos, e incluso cabe que sean equívocos, sin embargo, en conjunto, y en relación con las circunstancias, son reveladores de la actuación simulatoria. Y en tal orden se han tomado en cuenta, entre otros aspectos fácticos, la existencia de *causa simulandi* (tratar de sustraer el bien a una ejecución), relación de parentesco próximo entre los intervinientes en la operación; precio irrisorio; carencia de prueba de pago del precio; falta de capacidad económica del adquirente, etc. (SS, entre otras, de 29 de diciembre de 2000 y de 25 de septiembre de 2003)».

Donación de inmuebles encubierta.—[...] esta Sala se ha inclinado en su doctrina más reciente por sostener la invalidez de la donación de inmuebles encubierta bajo la forma de compraventa por faltar el requisito *ad solemnitatem* de constar la donación, y no cualquier otro negocio, en escritura pública y figurar también en ella la aceptación del donatario (SS de 11 de enero, 26 de febrero, 20 de junio y 10 de septiembre de 2007, que siguen la postura ya mantenida en otras anteriores, como las de 20 de diciembre de 1985, 11 de diciembre de 1986, 2 de diciembre de 1988, 20 de octubre de 1992, 31 de diciembre de 1993, 27 de junio de 1996, 4 de mayo de 1988, 2 de abril de 2001 y 23 de octubre de 2002).

Tercero hipotecario: buena fe.—[...] ha de estimarse la demanda y declarar la nulidad del referido negocio jurídico con las consecuencias inherentes a tal declaración, si bien ha de examinarse el alcance que la misma habrá de tener en relación con la hipoteca constituida a favor de la Caja de Ahorros que ha comparecido como demandada en el proceso.

En el presente caso ha de reconocerse a dicha entidad la condición de tercero hipotecario protegido por el Registro de la Propiedad (art. 34 LH) ya que adquiere a título oneroso un derecho real limitado, como es el de hipote-

ca, de quien aparecía en el Registro de la propiedad como titular dominical, y, por tanto, con facultades para su constitución y, a su vez, lleva a cabo la inscripción de su derecho, sin que se haya acreditado la existencia de mala fe en su actuación (SS de 28 de noviembre de 1997 y 4 de mayo de 2006, entre otras). Efectivamente, la buena fe del tercero hipotecario se presume y no existe en los autos prueba alguna de que actuara la entidad de crédito con mala fe a la hora de conceder el préstamo y ser constituida a su favor la garantía hipotecaria. La buena fe que ha de existir en el momento de la adquisición del dominio o derecho real (SS de 11 de julio y 30 de diciembre de 2005, 4 de mayo y 7 de noviembre de 2006) ha de ponerse en relación con el posible conocimiento de la realidad extrarregistral contraria a lo que proclaman las hojas registrales, sin que sea exigible al adquirente una diligencia especial en la averiguación de las circunstancias que afecten al derecho inscrito a cuyo contenido registral puede atenerse. Es más, dado que la Caja de Ahorros no fue inicialmente demandada y únicamente se le tuvo por tal tras la comparecencia previa, no se contiene en la demanda hecho alguno del que pudiera desprenderse que conocía la inexactitud del Registro y respecto del que pudiera formular alegaciones contrarias en su defensa. **(STS de 18 de marzo de 2008; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Una caja de pensiones alemana demanda a don J., doña E. y una Caja de Ahorros interesando del Juzgado la nulidad de la compraventa por la que don J. vendía a doña E. un inmueble de su propiedad y la de todos los actos que de tal negocio trajeran causa. Mantenía la actora que se trataba de una simulación concebida en su perjuicio en tanto que acreedora —así lo declaraba una sentencia dictada en Alemania— de don J. La acción contra la Caja de Ahorros se justificaba porque sobre la finca vendida se había constituido hipoteca para responder de un préstamo concedido por la entidad. El Juzgado desestimó la reclamación y la Audiencia rechazó la apelación de la actora considerando que el plazo transcurrido entre la celebración del contrato y la interposición de la demanda comportaba la caducidad de la acción. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante de modo que el Tribunal Supremo acoge su pretensión en la instancia si bien la Caja queda a salvo de las consecuencias de la nulidad declarada por ser tercero hipotecario. (R. G. S.)

13. Compraventa a carta de gracia. Negocio simulado. Simulación absoluta y relativa: negocio simulado vulnerador de norma imperativa de imposible subsanación por la fe pública registral.—La Sala tras señalar que el argumento del negocio fiduciario expuesto por el Juzgado y la Audiencia no fue alegado por las partes ni discutido en la instancia, pone de manifiesto que una reciente doctrina especializada sobre el negocio fiduciario niega la autonomía de tal categoría asimilándolo al negocio simulado con simulación relativa que solo será válido si el negocio disimulado reúne los requisitos para ser válido, posición esta que ha sido seguida también en ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo citando varias sentencias en este sentido. Excluyendo que los negocios base del pleito constituyan una fiducia *cum creditore* o una fiducia *cum amico* y analizando los contratos de compraventa llega a la conclusión que el negocio jurídico disimulado no es

más que un contrato de préstamo con garantía de pacto comisorio prohibido en los artículos 1859 y 1884 CC que acarrea la nulidad del negocio conforme al artículo 6.3 del CC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que cita, sin que tal nulidad pueda ser convalidada por la fe pública registral según el artículo 33 LH. (STS de 20 de diciembre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Se ejercita acción reivindicatoria por don A y don Al contra don Fran, poseedor en todo momento, y la mercantil Mont, S.L. sobre dos fincas rústicas, desistiéndose posteriormente respecto a la entidad mercantil. El demandado don Francisco, contesta oponiendo la nulidad del título de los demandantes por simulación de los contratos de compraventa suscritos por el mismo de los que traen causa, entre otros extremos, al tratarse de compraventas en garantía de un préstamo concedido al demandado.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona confirma la referida sentencia, apreciando ambos órganos judiciales la existencia de un negocio fiduciario. Se interpone recurso de casación basado en 4 motivos (infracción de los arts 609 y 1095 CC.; infracción del art. 1462 CC; infracción de la doctrina del Tribunal Supremo sobre negocio jurídico fiduciario e infracción del artículo 34 LH), todos ellos estimados. (C. S. R.)

14. Concepto y efectos del precontrato. Culpa in contrayendo.—El precontrato es el proyecto de contrato en el sentido de que las partes, por el momento, no quieren o no pueden celebrar los contratos definitivos y se comprometen a hacer efectiva su conclusión en tiempo futuro (STS de 4 de julio de 1991), conteniendo ya los elementos del contrato definitivo, pero cuya perfección las partes aplazan (STS de 3 de junio de 1994); es ya un contrato completo, que contiene sus líneas básicas y todos los requisitos, teniendo las partes la obligación de colaborar para establecer el contrato definitivo (STS de 23 de diciembre de 1995); la relación jurídica obligacional nace en el precontrato y en un momento posterior se pone en vigor el contrato preparado (STS de 11 de mayo de 1999). No necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales del convenio, bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto y en estado de ejecución, obligatorio para el cedente, sin necesidad de más actos, lo que la diferencia del *pactum de contrahendo* (SSTS de 11 de abril de 2000, 23 de diciembre de 1991 y 17 de marzo de 1993, 16 de octubre de 1997 y 15 de diciembre de 1997).

La culpa *in contrahendo*, a su vez, nace de la ruptura injustificada de unos tratos previos que han producido un daño probado a una de las partes, naciendo para la que ha ocasionado la ruptura la obligación de repararlo, basada en el artículo 1902 CC siempre que le sea imputable la misma.

Aplicando los conceptos al caso presente, no se trata de un precontrato porque le faltan los elementos mínimos para poder ejecutarse: no se concreta el objeto (no se determina con exactitud el terreno, los materiales y «demás que se acuerden» dice el pacto 2), no se fijan los presupuestos de las sociedades (estatutos, presidencia, órgano de administración, dirección...) ni el tipo de sociedad; y tampoco otros elementos (como coste financiero que «razona-

blemente» incurra). Es decir, se trata de un convenio o acuerdo que tiene por objeto la continuación (como efectivamente se produjo) de acuerdos (que no se obtuvieron) y que, si ambos actúan de buena fe y llegan a posteriores acuerdos, queda cumplido este primer convenio a modo de proyecto o acuerdo de bases, pero si no se obtienen, no se puede exigir su cumplimiento ni indemnización de daños y perjuicios. (STS de 30 de enero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Con fecha 19 de noviembre de 1991, CRE, S.A. (demandante y recurrente en casación) y el grupo C., celebran en Londres un acuerdo para trabajar conjuntamente, durante un plazo inicial de 10 años, prorrogable. Como se explicita en el acuerdo, para llevar a cabo esta colaboración, el grupo C constituirá una sociedad (Sociedad A) que comprará a CRE todos los activos de su propiedad, para la fabricación del producto. Y tal compraventa se haría por el precio que se indica en el acuerdo. Además, CRE y la Sociedad A constituirán, para la explotación, al 50% de participación cada una de ellas, otra Sociedad (Sociedad B). El texto de dicho convenio, en relación con esta colaboración contiene: plazo, procedimiento y precio, régimen de explotación, exigencia de concierto de un arrendamiento con opción de compra, entre la sociedad B y la Sociedad A, exigencia de un contrato de compraventa del producto a la Sociedad B, prórrogas, plazo de ejecución y consecuencias de incumplimiento. No se llega a acuerdo definitivo ninguno y CRE, S.A., interpone demanda que solicitaba declaración sobre cumplimiento y condena a otorgar escritura de compraventa de la instalación industrial, pago del precio e intereses e indemnización de daños y perjuicios y, subsidiariamente, resolución con indemnización.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La sentencia es confirmada, en apelación, por la Audiencia Provincial. (S. M. S.)

15. Interpretación del contrato: renuncia a royalties debidos y también futuros; infracción del artículo 1253 CC: no concurre.—La Audiencia Provincial se basa en la actitud pasiva del artista, pues desde el momento de la rescisión contractual y su adquisición por DIVUCSA y hasta la fecha de la demanda, se han venido distribuyendo canciones de L. F. de forma pública y notoria, no constando requerimiento alguno del mismo para que cesara en su actividad o para exigir el cobro de los cánones correspondientes. No se trata de una presunción en sentido propio, sino de razonamientos o juicios basados en la experiencia que permiten efectuar conclusiones con trascendencia jurídica.

Ley aplicable: LPI de 1879.—Los contratos entre el actor y D.B., S.A. se celebraron bajo la vigencia de la LPI de 1879 y los derechos adquiridos por dicha entidad discográfica se ajustan a dicha normativa. Y también bajo la vigencia de ésta tuvo lugar el contrato por el que el Sr. I. y la entidad acordaron dejar sin efecto la relación contractual a cambio de ciertas contraprestaciones. Y aunque la transmisión de los derechos reservados por Discos Belter S.A. se produjo bajo la LPI de 1987 no hay ningún obstáculo a que ello pudiera tener lugar, por lo que DIVUCSA actúa en el modo jurídico plena-

mente legitimada por su adquisición. (STS de 20 de diciembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—D. I., cantante conocido con el nombre artístico de L. F., llegó a un acuerdo con la discográfica D. B., S.A. que grababa y distribuía en exclusiva sus interpretaciones por el que rescindían la relación que les ligaba, pasando el intérprete a formalizar un nuevo compromiso con la casa RCA. Los derechos que tenía D.B., S.A. sobre las grabaciones musicales fueron adjudicados por un Juzgado de lo Social a los trabajadores de la empresa, los cuales a su vez vendieron las maquetas o másters a la aquí demandada DIVUCSA. Según esta entidad, como contraprestación de la resolución contractual y correspondiente libertad del artista para contratar con otra discográfica, por el Sr. I. se renunció no sólo a los royalties debidos (lo que el mismo acepta), sino también a los futuros (lo que el actor rechaza). El Juzgado de Primera Instancia desestimó los pedimentos de D. I. La Audiencia Provincial confirma la primera sentencia. (S. M. S.)

16. Compensación de deudas. La compensación puede ser alegada por vía de excepción, constituyendo una excepción reconvenzional o una reconvencción implícita, que permita constatar los requisitos del artículo 1196 CC. si éstos no concurren *a priori*.—Esta Sala ha dicho, en efecto, que la compensación puede ser alegada por vía de excepción, mediante alegación de los hechos que la generan, ya que se produce, como suele decirse, automáticamente (art. 1202). Hay entonces, bajo la vigencia de la LEC 1881, que es la aplicable al caso, una «excepción reconvenzional», cuando no una reconvencción implícita (ahora hay que acudir al art. 408.1 LEC 2000), es decir, «que no va acompañada de formulismo procesal que la exteriorice» (SSTS de 16 de noviembre de 1993, que cita y recoge la expresión de la de 6 de febrero de 1985, con cita de las de 25 de febrero de 1933, 6 de febrero de 1936, etc.). Aun cuando no pudiera hablarse de una verdadera reconvencción, implícita o explícita, siempre es necesario que se opongan los componentes de hecho para estimar la existencia y la liquidez de la deuda que se opone para operar la compensación (SSTS de 18 de diciembre de 2001, 26 de junio de 2002, 7 de febrero de 2006, etc.). El problema estriba en determinar si este modo procesal de oponer la compensación es también aplicable a la llamada compensación judicial, esto es, la que acordaría el tribunal a pesar de que al inicio del proceso no se dieran las condiciones exigidas por el artículo 1196 CC en el crédito que se opone para provocar la extinción total o parcial del que se reclama. Esta Sala comparte, en este punto, la posición de la sentencia recurrida: cuando los elementos o las circunstancias exigidas por el artículo 1196 CC no se dan *a priori*, y dependen de su adveración, constatación o determinación por el tribunal, se requiere un pronunciamiento del órgano judicial que ha de ser promovido por vía de reconvencción (SSTS de 24 de octubre de 1985, 11 de octubre de 1988, 2 de febrero de 1989, 12 de junio y 16 de noviembre de 1993, 24 de marzo y 9 de abril de 1994, 27 de diciembre de 1995, etc.). En todo caso, la parte a quien interesa debe realizar la aportación al proceso de los elementos que permitan la decisión del juzgador, pues en todo caso se requiere que las partes sean recíprocamente acreedoras y deudoras por derecho propio (SSTS de 23 de diciembre de 1991, 8 de

junio de 1998, 26 de marzo de 2001, etc.) y que los respectivos créditos, si no antes al menos como consecuencia del proceso, reúnan las condiciones que señala el artículo 1196 CC. Para llegar a establecer esta situación se requerirá una petición de la parte interesada, que puede ser implícita cuando se trata de una pura cuestión de liquidez, y obran en el proceso los elementos de hecho imprescindibles para la liquidación (SSTS de 9 de abril de 1994, 27 de diciembre de 1995, 26 de marzo de 2001, etc.), pero que, en otros casos, deberá haberse realizado de modo explícito.

La compensación no requiere aceptación o asentimiento del compensado, pero la fijación de la cuantía y la determinación misma de la existencia de la deuda no puede derivar de la mera apreciación subjetiva del acreedor.—En el segundo motivo, denuncian los recurrentes la infracción de los artículos 1156.5, 1195 y 1196.4 CC (los mismos que en el motivo anterior), para combatir esta vez que «la compensación legal requiera la aceptación o asentimiento del actor compensado para su eficacia y validez». El motivo ha de ser desestimado. Ante todo, porque la sentencia recurrida no dice lo que señala el recurso, por lo que el razonamiento de apoyo cae por su base. La sentencia tiene apoyo en el hecho de que la fijación de la cuantía y la determinación misma de la existencia de la deuda no puede derivar de la mera apreciación subjetiva del acreedor. Otra cosa sería —y es lo que apunta la sentencia— si las minutas hubieran sido aceptadas por el cliente. O, como también dice la sentencia, en otro pasaje, si se hubieran fijado mediante la intervención de los órganos del Ilustre Colegio de Abogados, o por medio de una decisión de los Tribunales en otro procedimiento, o incluso en éste, lo que requiere una petición que no se ha formulado y una prueba que ni siquiera se ha propuesto.

Si la deuda cuya compensación se opone carece de alguno de los requisitos del artículo 1196 CC al iniciarse el litigio, no basta oponerla por vía de excepción, sino que es preciso reconvenir.—La propia Sala de instancia ha destacado que, en efecto, cabe oponer la compensación por vía de excepción, lo que constituye doctrina jurisprudencial consolidada. Pero la cuestión no radica en este punto, sino en determinar si la deuda cuya existencia se opone ha de reunir las condiciones que señala el artículo 1196 CC en el momento de iniciarse el litigio y, en consecuencia, en apreciar si en tal momento el crédito que opone el demandado se encuentra vencido, es exigible y tiene cuantía determinada, es decir, es líquido. Si, por hipótesis, estuviéramos ante un crédito que reuniera tales condiciones, la mera oposición de ese crédito por vía de excepción sería bastante, sin necesidad de formular reconvencción explícita. Pero la Sala, con acierto, entiende que el crédito carece de una cuantía determinada, pues la mera formulación de la minuta por el Abogado demandado no es bastante para fijarla, en un supuesto en el que, además, los servicios que se minutan sólo han sido reconocidos en parte; y, aunque hubiera podido ser fijada la cuantía en este mismo procedimiento, ello requiere la formulación de un pedimento que el demandado no ha verificado. Tal es la razón de que no se acepte la compensación que se opone, y la razón de que no tenga viabilidad este motivo. (STS de 12 de diciembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—Uno de los dos prestamistas solidarios de cierta cantidad, reclama a los prestatarios la devolución del principal y de los intereses vencidos. A la reclamación oponen los demandados la compensación de las cantidades que el actor debía a uno de ellos

por los servicios profesionales jurídicos que se le habían prestado a consecuencia de la muerte de su madre, coprestamista. El Juzgado admite parcialmente la demanda y la reconvencción y la Audiencia revoca parcialmente la sentencia de instancia. Recurrida esta última resolución en casación por los demandados, la cuestión se centra en determinar si los honorarios profesionales –cuantificados mediante la simple minuta del abogado, remitida por correo al cliente y sin acto alguno de aceptación– constituyen un crédito líquido, vencido y exigible y, por tanto, susceptible de compensación. El recurso es desestimado. (L. F. R. S.)

17. Ámbito operativo del principio de identidad e integridad del pago.—Es de todo punto improcedente extrapolar el principio de la identidad e integridad del pago, que, en la regulación del Código civil se equipara al cumplimiento como modo de extinción de las obligaciones –artículo 1156 CC– a un escenario totalmente contrapuesto cual es, en efecto, la resolución contractual por incumplimiento, para cuyo caso [...] se ha previsto expresamente –art. 1124, en relación con los arts. 1295 y 1298, todos ellos del CC– la salvaguarda de los derechos de terceros adquirentes, en aquellos supuestos en que las cosas objeto del contrato que deben ser restituidas se hallen legalmente en poder de terceros de buena fe.

Concepto de incumplimiento a efectos de la eventual resolución del contrato.—[...] precisa la S de 31 de octubre de 2006 [...] «el incumplimiento es un concepto jurídico que como *quaestio iuris* [...] es revisable en casación, en tanto se trata de determinar la trascendencia o significación jurídica de los actos que constituyen su presupuesto (SSTS de 7 de junio de 1991, 21 de junio de 1968, 8 de octubre de 1980, 21 de marzo de 1986, 29 de febrero de 1988, 21 de julio de 1990, 31 de mayo de 1996, 22 de noviembre de 1995, 10 de marzo, 22 de julio y 3 de noviembre de 2000). Para que se produzca el supuesto de la resolución del artículo 1124 CC, además de que se trate de un contrato con prestaciones recíprocas, es preciso que se produzca un incumplimiento grave de la obligación. Esta Sala había venido manteniendo que sólo existía incumplimiento resolutorio cuando concurre una eventual voluntad deliberadamente rebelde del deudor (SSTS de 28 de febrero de 1980, 11 de octubre de 1982, 7 de febrero de 1983, 23 de septiembre de 1986, 18 de noviembre de 1994 y 5 de diciembre de 2002, entre muchas otras). Algunas sentencias han introducido matizaciones en este criterio, presumiendo que la voluntad de incumplimiento se demuestra «por el hecho mismo de la inefectividad del precio contraviniendo la obligación asumida» (STS de 19 de junio de 1985) o por la frustración del fin del contrato «sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren (...) las legítimas aspiraciones de la contraparte» (SSTS de 18 de noviembre de 1983, 31 de mayo de 1985, 13 de noviembre de 1985, 18 de marzo de 1991, 18 de octubre de 1993, 25 de enero de 1996, 7 de mayo y 11 de diciembre de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005 y 20 de septiembre de 2006, entre otras); exigiendo simplemente que la conducta del incumplidor sea grave (STS de 13 de mayo de 2004); o admitiendo el «incumplimiento relativo o parcial, siempre que impida (...) la realización del fin del contrato, esto es, la completa y satisfactoria autorización según los términos convenidos» (STS de 15 de octubre de 2002)».

Pues bien, la sentencia que ahora se impugna es estrictamente respetuosa con la doctrina jurisprudencial que se acaba de exponer, en la medida en que no cabe sino considerar frustrado el negocio inmobiliario concertado entre las partes litigantes a resultados del incumplimiento en que incurrió la vendedora, que impidió a la adquirente de los terrenos acometer la urbanización de los mismos, fin último del negocio transmisivo. Tal premisa permite concluir que la negativa de la mercantil compradora a hacer frente a los importes aplazados del precio en las fechas estipuladas se hallaba plenamente justificada, sin que dicha conducta pueda erigirse como causa de incumplimiento previo a fin de enervar la acción resolutoria ejercitada. **(STS de 31 de enero de 2008;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La mercantil actora en la instancia había adquirido a la entidad demandada dos parcelas. Asimismo adquiriría 15 fincas segregadas de otras dos registrales. La vendedora asumió en escritura pública el compromiso de acometer inmediatamente la ejecución de las infraestructuras precisas para que la compradora pudiese empezar la promoción, urbanización y construcción en los terrenos adquiridos. Ésta —la compradora— había abonado parte del precio pero ante el incumplimiento de aquélla —la vendedora— se negó a hacer frente al pago de las letras restantes. La vendedora promovió entonces el embargo de las fincas adquiridas que, al término del procedimiento, le fueran adjudicadas. En esa difícil coyuntura, la compradora acude al Juzgado para que declare la resolución del contrato más la restitución del importe abonado, el IVA y una cantidad correspondiente a gastos y obras acometidos en las parcelas antes de constatar el incumplimiento de su contraparte. La sentencia de instancia le fue desfavorable. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia lo estima en parte declarando resuelto el contrato y la obligación de las partes de reintegrarse las cosas y el precio que fueron su objeto. Interpone la vendedora recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R. G. S.)

18. Acción de resolución: compraventa.—El Tribunal Supremo tiene establecido en reiterada doctrina que la jurisprudencia, al interpretar el artículo 1124 CC ha abandonado hace tiempo la exigencia de una demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales o una voluntad obstativa al cumplimiento. Y afirma, en la actualidad, que basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento o producida por causa imputable al que pide la resolución, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato. En el caso es evidente que la compradora ha pagado poco más de un tercio del precio convenido, cuando el último pago del precio aplazado venció el 28 de julio de 1989. Es claro el incumplimiento por la compradora de la obligación básica de pago del precio aplazado, tanto desde la perspectiva temporal como cuantitativa, sin que quepa oponer falta de presentación al cobro de las cambiales cuando ella misma llegó al acuerdo de flexibilizar, en su beneficio, tal sistema de pago. Tampoco solicitó la elevación a escritura pública del contrato, salvo en la misma fecha en que recibió el requerimiento resolutorio.

Infracción de los artículos 1091 y 1258 CC: se desestima.—Se aduce que en el propio contrato se preveía la elevación del mismo a escritura públi-

ca cuando interesase al comprador. Según el Tribunal Supremo se hace supuesto de la cuestión, porque se ha concluido por la Sala *a quo* que la compradora sólo trató de requerir a los vendedores de manera fehaciente en la fecha en que se les notifica el requerimiento de resolución.

Infracción de los artículos 45, y 84 a 87 de la Ley Cambiaria y del Cheque: no se aprecia.—La parte compradora dejó de pagar las letras que le fueron presentadas al cobro, desde el año 1982, acordando con la parte vendedora ir pagando cuando podía y directamente a aquélla, de manera que no cabe que la compradora, después de haber acordado con la parte vendedora, en su beneficio, una flexibilización en los pagos de las letras presentadas al cobro, pretenda ahora el rígido cumplimiento de la presentación de las letras al cobro, cambiales por otra parte extraviadas mucho después de haber vencido la última de ellas, y transcurrido el plazo de prescripción de una posible acción cambiaria. (STS de 31 de enero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—En abril de 1980, don S. y su esposa, doña M., vendieron un piso, en documento privado, a doña A., casada en régimen de separación de bienes. Las partes convinieron que el pago del precio se haría mediante la entrega en el acto de 90.000 pesetas y el resto de 4.910.000 pesetas mediante 134 letras de cambio aceptadas por la compradora, con diversos vencimientos entre el 28 de mayo de 1980 y el 28 de julio de 1989. En el contrato también se estipula que se otorgará escritura pública de la venta cuando interese a la compradora.

La compradora cumplió con el pago mediante letras de cambio entre 1980 y 1981. Pero dejó impagadas las letras presentadas a partir del año 1982, de modo que la compradora las iba pagando cuando podía, existiendo acuerdo al respecto con los vendedores, constando acreditado el pago de 50 letras sobre las 134 aceptadas para pago aplazado. El 8 de marzo de 1995, los vendedores, por conducto notarial remitida el siguiente día y recibida por la compradora el 14 de marzo, dan por resuelto el contrato de compraventa. Ese mismo día 14 de marzo de 1995, y también en carta por conducto notarial, el hijo de la compradora trata de requerir a los vendedores para que procedan a elevar a público el contrato privado, carta que no llega a poder de estos, al devolver correos la carta por desconocidos en la dirección. La compradora presenta demanda contra los vendedores, exigiendo que se les condene a elevar a escritura pública el contrato privado. Por su parte, el día 7 de abril de 1995, los vendedores, interesan la resolución del contrato privado de compraventa por impago de parte importante del precio aplazado, demanda que es acumulada a la principal. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda principal y estima la acumulada. La compradora recurre en apelación y la Audiencia Provincial desestima su recurso. (S. M. S.)

19. Incumplimiento de contrato de arrendamiento financiero: contrato atípico sometido a la regulación pactada en el mismo; cosa juzgada: posibilidad de reclamar las cuotas adeudadas tras obtener en otro pleito anterior la resolución del contrato.—La Sala, tras recordar y recoger

la doctrina de la misma sobre el concepto y naturaleza del contrato de arrendamiento financiero, con especial cita de la STS de 20 de julio de 2000, destaca su carácter de contrato atípico y complejo con base en el principio de autonomía de la voluntad contractual, que, sin perjuicio de la normativa imperativa ciertamente escasa sobre obligaciones y contratos, se rige esencialmente por sus propias estipulaciones aunque se trate, como es el caso, de contratos de adhesión en el que la voluntad del usuario se limita a aceptar las condiciones redactadas por la empresa financiera. De tal modo, pactada en el contrato una cláusula reguladora del incumplimiento contractual por parte del arrendatario en caso de impago, en que se concede a la financiera entre optar por el cumplimiento, reclamando tanto el importe de las cuotas vencidas como de las futuras o la resolución del contrato, con la restitución inmediata de los bienes, pero dejando a salvo su derecho a exigir el pago de las cuotas debidas e impagadas, se debe estar a la misma. Tal cláusula no pugna en nada con la libertad consagrada en el artículo 1255 CC y se concilia perfectamente con la naturaleza y finalidad de este contrato de modo que la posibilidad de demandar la resolución y restitución de los bienes en caso de incumplimiento por falta de pago, se compadece perfectamente con dejar para después la reclamación de las cuotas adeudadas hasta esa fecha, ya que es un hecho indiscutido que hasta entonces el uso y disfrute de los bienes correspondió a la arrendataria y ese uso y disfrute también debe compensarse, conservando la arrendadora el derecho a percibir la prestación pactada. (STS de 4 de diciembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Tras estimarse en autos de menor cuantía por sentencia de 19 de julio de 1995 la acción resolutoria por incumplimiento contractual formulada por la arrendadora financiera BBV contra la mercantil JUGUETES, BBV promovió posteriormente otro pleito contra la misma mercantil en reclamación de las cuotas impagadas más el importe de los intereses moratorios que en su día se pactaron (37 millones de pesetas), dirigiendo su pretensión de condena solidaria también contra la mercantil COMERCIAL en su condición de avalista de la entidad deudora.

En el contrato de arrendamiento financiero suscrito entre BBV y JUGUETES y calificado como *leasing*, ambas partes pactaron el régimen de resolución del mismo en el que, para el caso de impago, se otorgaba a la entidad financiera la posibilidad de exigir bien el cumplimiento del contrato o bien la resolución del mismo con restitución inmediata de los bienes pero dejando a salvo su derecho a exigir el pago de las cuotas debidas e impagadas más el importe de los intereses por mora. Ambas mercantiles demandadas alegaron la excepción de cosa juzgada y la mercantil avalista además, su falta de legitimación pasiva y la prescripción extintiva de la deuda al haber transcurrido el plazo de tres años establecido en el artículo 1967.4 CC.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que tras desestimar la excepción de cosa juzgada planteada por las mercantiles demandadas, desestimó la demanda atendiendo a que la resolución se instó mucho tiempo más tarde de producirse el primer impago. Apelada la sentencia por BBV la Audiencia Provincial dictó otra por la que revocando la de instancia, condenó a las mer-

cantiles demandadas a abonar a la actora la cantidad de 21 millones de pesetas.

Contra esta sentencia tanto JUGUETES como COMERCIAL interpusieron sendos recursos de casación por infracción del artículo 1124 CC y de su jurisprudencia interpretativa, que el Tribunal Supremo rechaza. (C. S. R.)

20. Cláusula penal: naturaleza. Peculiaridades de la cláusula penal moratoria.—[...] en el contrato celebrado por los litigantes dirigido a la rehabilitación de la vivienda de la demandada, se pactó como estipulación tercera una cláusula penal por retraso, pues no otra cosa se desprende del claro tenor de los términos empleados: «la obra pactada deberá ejecutarse en el plazo de dieciocho meses, transcurrido el cual la empresa constructora pagará una penalización diaria de 20.000 pesetas hasta su conclusión o resolución del contrato por incumplimiento». Tratándose pues de una cláusula penal, de ellas se ha dicho por esta Sala, con carácter general, que son «accesorias, o sea de aquellas que se incorporan al negocio constitutivo de la relación obligatoria y con la finalidad de dar una mayor garantía al cumplimiento de la misma» (S de 13 de julio de 2006, con cita de otras), siendo definidas (S de 8 de enero de 1945, después citada por la de 12 de enero de 1999, que a su vez menciona la referida de julio de 2006) «como promesa accesoria y condicionada que se incorpora a una obligación principal, con doble función reparadora y punitiva, en cuanto no solo procura la indemnización en realidad procedente, sino que la vuelve más gravosa para el deudor y establece además un régimen de privilegio a favor del acreedor». Ahora bien, en el caso de autos, la pena se dirige exclusivamente a sancionar el retraso en el cumplimiento, por lo que nos encontramos ante una modalidad singular dentro de las penas convencionales, cuya particularidad radica en que la estrictamente moratoria, estipulada, como aquí acontece «exclusivamente para el supuesto del retraso en que incurra el deudor en el cumplimiento de la obligación» (S de 29 de noviembre de 1997). «ha de desenvolver ineludiblemente su eficacia sancionadora (por haberlo estipulado libremente las partes) por el mero y único hecho del retraso en el cumplimiento de la obligación» (S de 27 de febrero de 2002), sin atender a la existencia de cumplimiento parcial o irregular, excluyendo por este motivo la posibilidad de hacer uso de la facultad de moderación prevista en el artículo 1154 CC, habida cuenta que «...ésta se halla instituida solamente para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular de la obligación... (lo que) no puede ocurrir nunca en el caso de la cláusula estrictamente moratoria» donde el mero retraso, por sí solo, «es totalmente inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular, únicos para los que se halla instituida la facultad moderadora del repetido artículo 1154 CC».

El pacto de cláusula penal moratoria excluye el régimen legal de la mora.—Los argumentos impugnatorios expuestos por la entidad recurrente, intentando condicionar la eficacia de aquella sanción al cumplimiento de los requisitos legales de la mora, exigiendo tanto que el que interesa su cumplimiento practicase requerimiento previo, como que cumpliera previamente las obligaciones que le competen, carecen de relevancia pues dado el mencionado carácter convencional de la pena, «obligación preestablecida y prefijada en su nacimiento», esta Sala ha reiterado que sustituye al régimen general de las obligaciones, de modo que su efectividad, tal y como recoge la propia

sentencia de la Audiencia, «no precisa requerimiento o intimación» (S de 17 de enero de 1967 y 13 de marzo de 1987) sino que sólo depende de que se pruebe el retraso y la culpa del deudor, lo que aquí se ha hecho, careciendo de trascendencia el régimen legal de la mora en el cumplimiento de toda clase de obligaciones a que se refiere el artículo 1100 CC, que no sería pues aplicable al haber optado las partes por regular convencionalmente las consecuencias del retraso. A mayor abundamiento, no puede ignorarse que el propio artículo 1100 CC contempla el carácter automático de la mora, sin previo requerimiento, cuando así se pactase. (STS de 25 de enero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Una empresa dedicada a trabajos de rehabilitación de edificios reclama a doña A. parte del precio que por tal concepto le adeudaba. La demandada adujo que el impago estaba justificado como respuesta al previo incumplimiento por parte de la empresa del plazo de ejecución pactado. Además, por vía reconventional, exigió el importe de la cláusula penal acordada precisamente para ese supuesto. El Juzgado acogió la demanda y rechazó la reconvencción estimando que la operatividad de la cláusula penal exigía la mora de la empresa que no concurría por falta del preceptivo requerimiento. Doña A. apeló la sentencia y la Audiencia, que estimó su recurso, revocó la resolución del tribunal inferior moderando el importe de la pena. La empresa demandante interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima. (R. G. S.)

21. Cláusula penal. Significado de la facultad moderadora del juez prevista en el artículo 1154 CC.—Este precepto prevé la moderación por el juez de la pena pactada, pero no con la finalidad de rebajar equitativamente una pena pactada por las partes que resulte excesivamente elevada, sino para evitar la situación de injusticia que implicaría cumplir toda la pena cuando ésta se estableció para un caso de incumplimiento total y lo que existe es un incumplimiento parcial o irregular. Como ya tiene declarado el Tribunal Supremo (STS de 14 de junio de 2006 y las que cita), cuando la cláusula penal está prevista para un determinado incumplimiento parcial, no puede aplicarse la facultad moderadora prevista en el artículo 1154 CC si tiene lugar dicho incumplimiento parcial.

Cláusula moratoria. Inaplicabilidad de la facultad moderadora del juez.—Tratándose de una cláusula estricta y exclusivamente moratoria (retraso por más de dos meses en el pago de la renta), una vez que tiene lugar el incumplimiento por retraso, no puede pretenderse la aplicación de la moderación de la pena prevista en el artículo 1154 CC. Según declara la STS de 10 de mayo de 2001: «aplicar aquella facultad (...) sería ir contra el principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 CC y el principio de *lex contractus* del artículo 1091 CC». A la cláusula penal pactada exclusivamente para el caso de retraso en el cumplimiento de la obligación no le resulta aplicable la facultad moderadora del artículo 1154 CC, ya que ésta se prevé solamente para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular de la obligación (en comparación con el incumplimiento total para el que pudo ser estipulada la respectiva cláusula penal), pero ello no puede ocurrir nunca en el caso de la cláusula estrictamente moratoria, que desenvuelve ineludiblemente su eficacia sancionadora por el mero hecho del retraso, pues durante el

mismo, el incumplimiento de la obligación es total (STS de 29 de noviembre de 1997). (STS de 13 de febrero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Las partes habían celebrado un contrato de arrendamiento de varios apartamentos. Dicho contrato contenía en su estipulación novena una cláusula penal del siguiente tenor: «a partir de los dos meses de mora, y con independencia de los demás derechos y acciones que puedan corresponder al arrendador (...), la renta pactada se incrementará, mientras dura la mora, o no esté regularizada la situación, en un cincuenta por ciento».

La arrendadora presenta una demanda exigiendo la condena a la arrendataria al pago de una cantidad de dinero (49.175.569 ptas.) en varios conceptos: (1) 35.263.357 pesetas, en concepto de deuda reconocida por la arrendataria que trae causa de un contrato de arrendamiento anterior; (2) 16.471.497 pesetas por rentas impagadas; y (3) 1.508.895 pesetas en concepto de cuotas de comunidad y gastos por suministro eléctrico. La arrendataria contesta allanándose parcialmente a la reclamación en la cuantía de 42.936.893 pesetas y solicita que se declare la nulidad de la cláusula penal, por considerarla abusiva, y que se desestime la condena a parte de la cantidad reclamada en concepto de gastos de comunidad.

La Audiencia Provincial confirma la sentencia dictada en primera instancia, a excepción de la cantidad a pagar, que se establece en 49.175.569 pesetas como exigía la demanda, en lugar de los 46.321.677 que establecía la sentencia de primera instancia, que había moderado la cláusula penal que quedaba rebajada a un diez por ciento. La arrendataria presenta un recurso de casación cuyos motivos se centran en la infracción de los artículos 1152 y 1154 CC. (*L. P. S. M. P.*)

22. Rescisión de donaciones por fraude de acreedores. La hipoteca constituida por el donatario no se rescinde automáticamente por quedar rescindida la donación por fraude de acreedores: es preciso demostrar que el acreedor hipotecario no reúne las condiciones para la protección registral del artículo 34 LH.—Ambos motivos se examinan conjuntamente por abordar una misma cuestión desde dos puntos de vista: sustantivo y procesal respectivamente. Desde el primer punto de vista, la recurrente destaca que el donatario que hipoteque la cosa en garantía de un crédito, no realiza un acto o negocio jurídico cuya validez y eficacia dependa de que posteriormente la donación no se rescinda. El tercer adquirente de buena fe está protegido por el artículo 1295, párrafo 3.º, CC, y, tratándose de inmuebles inscritos, por el artículo 37 en relación con el artículo 34 LH. Ha de demostrarse, para que sea alcanzado por la rescisión de la donación fraudulenta, que carecería de buena fe, lo cual ha de hacerse en el proceso contradictorio correspondiente. De ahí que esté erróneamente aplicada la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario. Ambos motivos se estiman porque es errónea la premisa de que parte la Audiencia: el que la donación sea rescindible por fraude de acreedores no lleva consigo la rescisión de los actos o negocios llevados a cabo por el donatario si los adquirentes son de buena fe (art. 1295, párrafo 3.º). La Ley Hipotecaria también los desprotege cuando hubiesen sido cómplices en el

fraude (art. 37.4.º, párrafo b). Por tanto, es necesario ejercitar contra ese tercero la pretensión oportuna para que sea alcanzado por la rescisión que en primer término se solicita de la donación hecha al donatario-hipotecante. En modo alguno es indefectible que la rescisión de ésta alcance a la de la hipoteca constituida. Así las cosas, y no demostrándose por no haber accionado contra ella que la recurrente carezca de las condiciones legales requeridas para ser protegida en su adquisición, se revela totalmente gratuito el acogimiento de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, y totalmente acertado el criterio de la sentencia de primera instancia que no lo hizo. (**STS de 25 de febrero de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—Cierta entidad bancaria interpone demanda de rescisión de donaciones por fraude de acreedores contra un matrimonio y los hijos del mismo, a los que habían donado sus bienes, posteriormente hipotecados por los donatarios a favor de otras entidades bancarias. La entidad actora solicitaba la rescisión de dichas donaciones y de las hipotecas constituidas por los donatarios en favor de otras entidades de crédito, así como la anulación y cancelación de los asientos registrales causados. El Juzgado de Primera Instancia desestimó las excepciones de defecto legal en el modo de proponer la demanda y la de litisconsorcio pasivo necesario y estimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia apelada acogiendo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, porque no se había demandado a una de las entidades acreedoras hipotecarias de los bienes adquiridos por donación. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de apelación. (*M. C. B.*)

23. Créditos privilegiados. Interpretación del artículo 71 de la LGT de 1963.—El artículo 71 LGT 1963 (luego art. 71.1), que permaneció en vigor con idéntica redacción hasta el año 2004, disponía que «la Hacienda Pública gozará de prelación para el cobro de los créditos tributarios vendidos y no satisfechos en cuanto concurra con acreedores que no lo sean de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el correspondiente registro con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 73 y 74 de esta ley». La jurisprudencia del Tribunal Ssupremo declara que esta Sala mantuvo, en líneas generales, una «sua- vización» de la aplicación rigurosa del artículo 71 LGT 1963, tomando en consideración la referencia que el artículo 132 de la misma Ley hacía al artículo 44 LH, de manera, que la prelación tributaria quedaba enervada si, con anterioridad a su anotación en el Registro, había accedido a éste el embargo que garantizaba el crédito del particular. Sin embargo, esta línea jurisprudencial ya no cabe mantenerla, después de la Ley de 20 de julio de 1995 que dio, precisamente, para evitar la interpretación jurisprudencial aludida, nueva redacción al artículo 132, que se trocó en el artículo 134.2 eliminando la referencia al artículo 44 LH y remarcando que la anotación preventiva, practicada conforme indica el precepto, no alterará la prelación que para el cobro de los créditos establece el artículo 71 de la Ley.

Aplicación temporal de las normas; aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo al caso: irretroactividad.—A pesar de que la tercería de mejor derecho se insta con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 25/1995, debe aplicarse la interpretación previa a esa fecha. Las deudas tributarias respecto de las cuales se invoca el derecho de prelación absoluto derivado del artículo 71 LGT 1963 traen su causa de ejercicios fiscales anteriores a la entrada en vigor de la Ley 25/1995, por lo que deben sujetarse a los preceptos vigentes en el momento de su devengo. Además, toda norma tributaria como la cuestionada, que rebasa el ámbito de las normas procesales sobre prelación de créditos, está sujeta, cuando menos, al principio de irretroactividad relativa de las leyes (art. 3 CC y art. 10.2 LGT, vigente). La Ley de 1995 no contenía ninguna disposición de Derecho Transitorio que estableciese la aplicación retroactiva de sus preceptos, ni esta, a la vista de la jurisprudencia, resulta de su sentido o de la efectividad de los valores constitucionales (STS de 27 de octubre de 1993). **(STS de 20 de marzo de 2008;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—D.y N., S.L., ejerció una acción de tercería de mejor derecho haciendo valer la preferencia del crédito de que era titular frente a C. M., S.R.L., —reconocido en sentencia de remate de 9 de enero de 1991, que tenía su origen en una letra de cambio vencida el 30 de noviembre de 1990— frente al crédito que ostentaba contra el mismo deudor originado por una «Sanción de Tráfico del año 92 e IRPF, actas inspección año 1990-1992», que dio lugar a un mandamiento de embargo librado el 18 de julio de 1996 por el Jefe de la Sección de Recaudación de Vélez-Málaga y originó una anotación preventiva en el Registro de la Propiedad. El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia. Contra la sentencia interpone recurso de casación el abogado del Estado. El recurso se funda, básicamente, en que aun cuando, según la jurisprudencia, la remisión del artículo 132 LGT 1963 al artículo 44 LH llevaba, a la aplicación de los artículos 1923, 1924, 1925 y 1929 CC, el esquema normativo que sirve de soporte a la referida interpretación jurisprudencial se modifica con la reforma introducida en la LGT 1963 por la Ley 25/1995, aplicable porque la tercería de mejor derecho se insta con posterioridad a su entrada en vigor. (S. M. S.)

24. Débitos por cuotas de la Seguridad Social: orden de prelación.—Desde el 1 de enero de 1988, fecha de entrada en vigor de la Ley de Presupuestos 33/1987, hasta ahora, el orden de preferencia de los débitos por cuotas de la Seguridad Social viene siendo el del ordinal 1.º del artículo 1924 CC pero sin restringirse a la última anualidad vencida y no pagada. **(STS de 3 de enero de 2008;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El origen del recurso de casación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social se encuentra en una tercería de mejor derecho promovida por la recurrente en 1998, bajo el régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, para ser reintegrada de sus créditos contra el ejecutado, resultantes de la falta de cotización al Régimen General de la Seguridad Social y al Régimen

Especial de Trabajadores Autónomos en diversos períodos comprendidos entre julio de 1993 y diciembre de 1997, con preferencia a la ejecutante, una entidad de arrendamiento financiero que en julio de 1994 había promovido juicio ejecutivo del artículo 1429 LEC con base en una póliza de contrato mercantil de arrendamiento financiero del año 1990.

La cuestión que se plantea es si para los créditos por cuotas de la Seguridad Social rige o no la restricción a la última anualidad contenida en el artículo 1924.1.º CC. Tanto en primera instancia como en apelación se afirma tal restricción, que el Tribunal Supremo niega. (B. F. G.)

25. Pignoración de créditos. Pago por el deudor al acreedor distinto del nuevo. Conocimiento del deudor de la existencia de pignoración: distinto de consentimiento en el contrato de pignoración.—Está probado que el deudor don G. pignoró a favor del Banco BBVA (antes B.A) los derechos que tenía sobre el justiprecio en la expropiación de unas fincas de su propiedad y esta pignoración tenía como finalidad garantizar el pago de los intereses del préstamo otorgado por el Banco de Alicante a la sociedad E., S.L.. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido la validez de las prendas de derechos (entre otras, SSTS de 26 de septiembre de 2002, con cita de las anteriores; 20 de junio de 2007). El contrato concluido entre don G. y el banco prestamista constituye una cesión de crédito *pro solvendo* a la que debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 1527 CC, que establece que «el deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación», de donde hay que deducir que el deudor que tiene conocimiento de la cesión no queda liberado de su obligación si satisface a su primitivo acreedor y no al nuevo. El deudor cedido no es parte en el contrato de cesión y, por tanto, para la validez del negocio no debe concurrir prestando su consentimiento (SSTS de 15 de julio de 2002 y 11 de julio de 2005); pero si la conoce, debe pagar a quien resulta ser su nuevo acreedor para que se produzcan los efectos liberatorios del pago. Si se ha notificado la cesión, como ha ocurrido en este caso, y siendo cierta, como lo es, la fecha de la notificación, el deudor no se libera pagando al primitivo acreedor, sino que debe hacerlo al cesionario, porque la puesta en conocimiento del deudor cumple precisamente la función de impedir que se produzca la liberación prevista en el artículo 1527 CC. (STS de 11 de marzo de 2008; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sra. D.^a Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—El Banco BBVA, demandante, había concedido diversos préstamos a don G., a otros demandados y a E., S.L., mercantil representada por don G, para la construcción de una serie de viviendas. Se habían constituido una serie de garantías, entre otras, para diversos préstamos, por un total de 104 millones de pesetas, realizados a favor de E., S.L., se pactó garantía hipotecaria. Dicho préstamo fue prorrogado varias veces. Don G, el 23 de febrero de 1993, pignoró, a favor del banco prestamista, «los derechos de cobro que le corresponde percibir del Excmo. Ayuntamiento de Santa Pola derivados de la expropiación forzosa realizada de la finca de su propiedad denominada Cine Chapí. Dichos derechos conforme resulta del acuerdo de fijación del justiprecio ascienden a la can-

tividad de 85.050.000 pesetas, respecto a toda la finca. Siendo don G. propietario de 2/3 de la misma, los derechos al cobro se extenderán a la cantidad que se perciba correspondiente a dichas terceras partes». Se establecía, asimismo que, una vez recibida en el banco la cantidad derivada del justiprecio, esta se aplicaría al pago de todas las cantidades que adeudase la mercantil E., S.L. a dicho banco, derivadas de los intereses devengados por los préstamos concedidos. Posteriormente, D.G. vendió a la entidad P.A. M. y A., S.L. las fincas objeto del expediente de expropiación, que se realizó el 18 de enero de 1994. El Ayuntamiento pagó a dicha sociedad la correspondiente al justiprecio de la expropiación. El Banco interpone demanda, entre otros, contra el Ayuntamiento de Santa Pola, figurando entre los pedimentos, la exigencia al Ayuntamiento del abono de 2/3 del justiprecio abonado por la finca expropiada, primero propiedad de don G. y luego de P.A. M. y A., S.L. La pretensión fue desestimada en primera instancia y también en apelación. (S. M. S.)

26. Cesión de créditos. Posición jurídica del cedente.—La cesión del crédito la contempla el Código civil dentro del contrato de compraventa, artículos 1526 y siguientes aunque ciertamente no es una verdadera venta sino la cesión que puede tener como causa la venta u otro negocio jurídico (así, SS de 26 de septiembre de 2002 y 18 de julio de 2005) cuyo deudor no ha de consentir el negocio de cesión para que pueda llevarse a cabo (S de 1 de octubre de 2001). Su concepto es la sustitución de la persona del acreedor por otra respecto al mismo crédito y supone un cambio de acreedor quedando el nuevo con el mismo derecho del anterior y quedando el antiguo ajeno a la relación crediticia (SS citadas de 26 de septiembre de 2002 y 18 de julio de 2005).

Es importante, pues, destacar que en la cesión de crédito, el cedente queda fuera de la relación jurídica obligacional; su derecho de crédito ha pasado al cesionario. Por ello, aquél nada puede reclamar, ya que ningún derecho tiene, por haberlo cedido.

Todo lo anterior lleva a concluir que las sentencias de instancia han errado los conceptos y ha infringido las normas del Código civil sobre la cesión del crédito, artículos 1526 y siguientes y la norma que sobre esta cesión concreta se halla en el artículo 36 (titulado beneficios de la liquidación, de la Ley 30/1995, de ordenación y supervisión de los seguros privados).

La entidad prestamista era titular del crédito derivado de préstamo y garantizado con hipoteca frente al matrimonio prestatario, cuyo esposo fallece, la esposa (actual recurrente en casación) no paga la deuda ya que el capital prestado estaba asegurado en la Compañía de seguros en caso del fallecimiento que verdaderamente se ha producido; siendo así que tal compañía entra en liquidación, se produce por aquella prestamista la cesión de su crédito (dice «acepta en todas sus condiciones la oferta de compra de su crédito...») a CLEA a cambio de un precio. Con lo cual su crédito se ha extinguido para ella; lo ha transmitido; si ha percibido un precio mayor o menor es intrascendente para el derecho; no puede, en ninguna manera, pretender que se mantenga su crédito en cuanto a la parte a que el precio, que ella aceptó, no lo haya alcanzado; de entenderse así, se quebrarían las normas del Código civil y de la Ley de ordenación de los seguros, que han sido citados. (STS de 25 de enero de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Una entidad financiera concede un crédito garantizado con hipoteca a un matrimonio. El capital fue asegurado para el caso de fallecimiento de cualquiera de los esposos durante la vigencia del préstamo. Muere el marido y la mujer deja de pagar las amortizaciones del préstamo. Pero pocas fechas después del fallecimiento acaecido, la empresa aseguradora entra en fase de liquidación siendo intervenida por la Comisión Liquidadora de Empresas Aseguradoras (CLEA). En tal situación, CLEA ofrece a la financiera la adquisición de su crédito, lo que ésta acepta. El precio de compra del crédito fue notablemente menor que el monto del préstamo concedido al matrimonio. Acudió al Juzgado la esposa solicitando la nulidad del proceso de ejecución extrajudicial instado por la financiera —que pretendía cobrar de este modo la parte del crédito no cubierta por el precio de su cesión— así como la declaración de que el préstamo hipotecario suscrito estaba ya cancelado. La demanda fue desestimada. La Audiencia revocó parcialmente la resolución y estimó parcialmente la pretensión de la actora en el sentido de decretar la nulidad de parte de las actuaciones seguidas en el procedimiento de ejecución hipotecaria. Recurre en casación la esposa —prestataria y el Tribunal Supremo estima su recurso—. (R. G. S.)

27. Compraventa: cuotas de garaje común con indicación de las plazas de aparcamiento a que dan derecho. Interpretación de los contratos.—

La cuota es meramente instrumental del derecho a utilizar un espacio para aparcamiento y el objeto de la compraventa es, en realidad, la plaza o espacio que pueda estar asignado en un puesto concreto o intercambiable, pero que, en todo caso debe ser el necesario para el aparcamiento y maniobrabilidad del vehículo. Por esta razón, la venta de cuotas con indicación de que dan derecho a plazas de aparcamiento ha de ser valorada, en función de la que parece ser la «intención común», los actos coetáneos y posteriores de las partes y de modo acorde con los usos del tráfico como una venta de plazas de garaje en la que la indicación de la cuota constituye un elemento para fijar, no la medida del uso, que viene determinado por el número de plazas o de vehículos, y es independiente respecto de la concreta plaza de aparcamiento, pero solidario en cuanto a los elementos forzosamente comunes, sino la de participación o concurrencia en la organización, en los poderes de disposición y administración y en los gastos.

Nulidad del contrato: falta de objeto cierto por haberse perdido en su totalidad al tiempo de la venta.—La plaza de garaje no es un mero espacio físico, sino un bien conformado de acuerdo con un destino y unas reglas de uso y aprovechamiento. Como bien susceptible de proporcionar utilidad, requiere el complemento de unos derechos de utilización de zonas o espacios para acceso, rodamiento y de elementos para otras funciones, como las de seguridad. Las plazas de garaje existen, pues, en función de la capacidad de aprovechamiento de un determinado local para un cierto número de vehículos. Cuando tal aprovechamiento se ha agotado, porque más vehículos no pueden estacionar en condiciones de policía y seguridad adecuadas, hay que concluir que la plaza no existe y que se ha producido la nulidad del contrato que intenta transferirla.

Acción de división del artículo 401 CC.—La jurisprudencia ha venido considerando que el tono imperativo del artículo 401 II CC hace inexcusable

su aplicación siempre que sea posible, pues se trata de un derecho ejercitable por cualquiera de los copropietarios que se encuentren en tal situación (SSTS de 16 de octubre de 1964, 20 de enero de 1988, 13 de diciembre de 1983), que es viable en cuanto se produzca la solicitud y concurren las características (STS de 26 de septiembre de 1990, 1 de marzo de 2001, etc.), siempre que no se exijan obras de enorme importancia (STS 30 de junio de 1993) y que no se produzca la pervivencia de la copropiedad ordinaria, pues se trata de una forma de división. Se valora, en el sentido de propiciar lo que se ha llamado «esta peculiar forma de división» (STS 26 de septiembre de 1990), la semejanza de los lotes o cuotas asignados a los copropietarios (SSTS 26 de septiembre de 1990, 13 de julio de 1996, etc.), así como la delimitación suficiente del espacio susceptible de aprovechamiento independiente (RR de la DGRN de 5 y 7 de enero de 1998) y la susceptibilidad de aprovechamiento independiente, es decir, que no se precise el goce por cada uno de los propietarios de los espacios resultantes (plazas de garaje) de los demás elementos privativos (RR de la DGRN de 12 de noviembre de 1997 y 3 de julio de 2000). Estos datos y circunstancias se han acreditado en autos. **(STS de 10 de enero de 2008;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—C.D.L, S.A., presenta demanda de nulidad de determinadas ventas realizadas por I.J., S.A, que, no obstante estar directamente referidas a cuotas o participaciones ideales del local destinado a garaje, se resolvían en la transmisión de plazas de garaje, por haberse agotado la superficie útil del local. Esta pretensión se concentra más tarde en la nulidad de una sola operación de compraventa, convenida entre I.J, SA y D. G., por documento privado que se dice suscrito en 5 de noviembre de 1992, y por el que éste adquiere una participación de 5,51% de local destinado a garaje, equivalente, según se decía a las plazas 15,16 y A del plano. Tales plazas, según los demandantes, no se acreditaron con plano ninguno y resultaban imposibles de configurar física y jurídicamente porque la vendedora ya había dispuesto en ese momento de todas las plazas disponibles. El Juzgado de primera instancia desestimó las demandas principal y reconventional. La parte actora interpuso recurso de apelación, que resultó igualmente desestimado. (S. M. S.)

28. Venta de cosa ajena: validez.—La jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo considera válida la venta de cosa ajena. La capacidad de disponer del bien por parte del vendedor no es requisito exigido para la validez del título de compraventa, sino para el cumplimiento de la obligación de entrega nacida del contrato. El título de compraventa es válido y puede dar lugar a una acción de incumplimiento o bien, si hubo entrega, a la usucapión ordinaria de los bienes por parte del comprador. **(STS de 26 de febrero de 2008;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—El objeto del litigio lo constituye la propiedad de determinados bienes. Se acumulan dos acciones en un mismo procedimiento: la segunda acción es declarativa de la nulidad de la compraventa en virtud de la que los primeros demandantes solicitan que se les declare como propietarios. La demanda declarativa

del dominio se basa en la existencia de la compraventa y, subsidiariamente, en la prescripción adquisitiva de los bienes. (C. J. D.)

29. La falta de conformidad en la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías.—Recuerda el Tribunal Supremo que, si bien dogmáticamente es posible diferenciar entre las acciones por incumplimiento contractual y las que tienen por objeto exigir la obligación de saneamiento por vicios o defectos ocultos que pesa sobre el vendedor —y así lo distingue nuestra doctrina y jurisprudencia—, la Convención de Viena da un tratamiento unitario a los supuestos de entrega de cosa diversa (*aliud pro alio*), defectos de cantidad, calidad y funcionamiento, incluyendo a todos ellos en la noción de falta de conformidad, estableciendo un plazo para manifestarla y fijando sus efectos.

Inexistencia de falta de conformidad. Interpretación integradora del contrato.—Constatado que el objeto del contrato es un número determinado de vehículos que habían sido destinados previamente a alquiler, la estipulación del contrato en virtud de la cual la parte vendedora se compromete a embarcar los vehículos en buen estado, a salvo el uso normal y sin accidentes, se debe interpretar en el sentido de que la obligación de entrega del vendedor está condicionada por ese uso previo, que, a su vez, explica el precio del contrato. Por tanto, no constituyen falta de conformidad los defectos que presentan los vehículos, que son los derivados del uso normal de los mismos, atendido su destino anterior, que era conocido por la compradora y había sido contemplado por las partes en el contrato.

El régimen de la falta de conformidad.—La obligación de entrega del vendedor, que comprende la entrega de mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato, viene acompañada de un deber del comprador de examinar las mercaderías en el plazo más breve posible, atendidas las circunstancias (art. 38). En el caso de transporte, el examen puede aplazarse hasta que éstas lleguen a su destino. Además, conforme al artículo 39, el comprador pierde el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor especificando su naturaleza y dentro de un plazo razonable a partir del momento en que haya o debiera haberla descubierto. No obstante, podrá rebajar el precio o exigir la indemnización de daños y perjuicios —excepto el lucro cesante— si puede aducir una excusa razonable por haber omitido la comunicación requerida. En todo caso, la falta de conformidad deberá ser invocada dentro de los dos años contados desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador.

A pesar de que el Tribunal Supremo considera que no hay falta de conformidad, pone de relieve que, aún en el caso de que ésta hubiera existido, el comprador inspeccionó la mercadería en origen, sin que manifestara su disconformidad, con la consiguiente pérdida del derecho a invocar la falta de conformidad, al no haberla comunicado a la vendedora en un plazo razonable; éste, atendidas las circunstancias y la naturaleza de los desperfectos, comenzó a contar desde el momento en que se efectuó la inspección en origen, sin que sea necesario posponerlo al momento en que los vehículos llegaron a su destino.

El incumplimiento contractual.—El Tribunal Supremo afirma que, inspirándose en los principios de *common law*, la Convención de Viena distingue entre incumplimiento esencial (art. 25) y el incumplimiento que denomi-

na accesorio. El incumplimiento accesorio o bien no produce perjuicios apreciables, o bien produce perjuicios que pueden resolverse con una reparación y subsanación de los defectos, con una indemnización o con una reducción del precio. Por su parte, el incumplimiento esencial responde a la regla anglosajona del *fundamental breach of contract*, y existe cuando el incumplimiento de una de las partes causa a la otra parte un perjuicio tal que la priva sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación. (STS de 17 de enero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Las partes celebran un contrato de compraventa de 300 vehículos destinados previamente a alquiler. La compradora es una empresa alemana y las vendedoras dos empresas de Canarias. Se trata de una compraventa internacional regulada por la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980. En la cláusula novena del contrato se especifica que los vehículos deben estar en buen estado para circular y no haber sufrido accidentes. Antes de ser transportados a Alemania, los vehículos fueron inspeccionados de forma superficial por un representante de la compradora, quien denunció a las vendedoras la existencia de daños y desperfectos en los vehículos. Las vendedoras no repararon los desperfectos y, cuando los vehículos llegaron a su destino, la compradora comprobó, además, la existencia de irregularidades en los frenos, en los neumáticos y en otras partes de los vehículos. La compradora presenta una demanda en la que solicita que se condene a las vendedoras a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Por su parte, la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la compradora. Contra esta sentencia, la compradora interpone un recurso de casación en el que, entre otros motivos, alega infracción de los artículos 35, 36, 38 y 39 de la Convención de Viena. Según la recurrente, nunca mostró su conformidad con la mercadería adquirida por lo que quedaban intactos los derechos que le asistían como consecuencia del incumplimiento. El estado de los automóviles no era conforme a lo pactado, pues resulta irrelevante que inicialmente se usaran para el alquiler, porque las deficiencias que presentaban eran mayores que las propias del uso al que iban a ser destinados.

NOTA.—La cuestión fundamental del recurso de casación consiste en determinar si existió o no falta de conformidad de los vehículos entregados a la compradora. Sin embargo, en los fundamentos de derecho de la sentencia se hace referencia a numerosas cuestiones que plantea la aplicación de la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías hecha en Viena el 10 de abril de 1980. Así, existen pronunciamientos sobre el alcance del artículo 7 relativo a la interpretación del texto de la Convención, o sobre el artículo 8 relativo a la interpretación del contrato. Y junto a ellos, existe una amplia referencia a cómo se concibe la vinculación con-

tractual; concretamente, las obligaciones de las partes, los remedios de los que disponen en caso de incumplimiento y el sistema de transmisión de riesgos. Finalmente, el Tribunal Supremo, tras afirmar que no existió falta de conformidad, llega a la conclusión de que el comprador perdió el derecho a invocarla al no denunciar la misma en un plazo razonable. Sobre la denuncia y las consecuencias de su falta *vid.* el comentario a esta sentencia de Nieves Fenoy Picón, en *CCJC*, núm. 78, pp.1299-1339. (*L. P. S. M. P.*)

30. Pacto de indivisión. Límite temporal.—Aunque la finalidad buscada por las partes sea la de proteger a sus hijos, un pacto de indivisión cuya duración sea superior a los diez años ha de ser declarado nulo, por ser contrario al artículo 400 CC.

Promesa de donación. Ineficacia.—La jurisprudencia insiste desde hace tiempo en la no validez de las promesas de donación de inmuebles, si no hay aceptación del donatario (entre otras muchas, SSTS de 6 de junio de 1908, 27 de junio de 1914, 21 de noviembre de 1935, 21 de junio de 1945, 19 de junio de 1999 y 25 de noviembre de 2004). Se trata de una donación incompleta que carece de los efectos jurídicos de la donación. Por ello, una donación sometida a plazo, en la que no concurre la aceptación del donatario, no es más que una promesa de donación.

Presunción de ganancialidad.—Según la jurisprudencia, la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC tiene la condición de *iuris tantum* (*v. gr.*, SSTS de 17 de octubre y 27 de noviembre de 2007). Por ello, para que dicha presunción pueda ser destruida, aquél que niegue esta condición respecto de un determinado bien ha de probar cumplida y satisfactoriamente su carácter privativo. (**STS de 25 de enero de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—El 22 de septiembre de 1993 recayó sentencia de separación del matrimonio formado por don A. y doña A. En la sentencia se homologaba el convenio otorgado por los cónyuges, en el que se acordaban unas reglas para la liquidación del régimen de gananciales, que se practicaría mediante otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Concretamente, para tres inmuebles propiedad de la pareja, situados en Madrid, se establecía que, una vez disuelta la sociedad conyugal, se mantendrían éstos en régimen de copropiedad, percibiendo el esposo la totalidad de los frutos y rentas generados por los mismos, hasta que fueran donados a sus dos hijos. Hasta ese momento —cuando cada uno de sus hijos cumplieran los veinticinco años, para lo cual quedaban más de diez años—, los cónyuges acordaban, además, no enajenar, gravar, hipotecar, ceder, usufructuar ni establecer carga alguna ni servidumbre sobre su derecho de propiedad, ni conjunta ni separadamente, salvo que fuera por mutuo acuerdo y en caso de necesidad o en beneficio de los hijos. Con ello se pretendía mantener los inmuebles en propiedad de los cónyuges hasta que se pudieran transmitir a los hijos, a fin de proteger a éstos.

Aprobado el convenio, la esposa pidió la ejecución de sentencia, solicitando que se procediera a la liquidación del régimen matrimonial. Sin embargo, al surgir discrepancias entre los cónyuges,

ges, se nombró por el juez un contador que otorgó el correspondiente cuaderno particional, al cual se opuso el marido. Como consecuencia de todo ello, se dictó auto de 3 de octubre de 1995 en el que se declaraba que, al no haberse obtenido la conformidad de las partes sobre los bienes que debían integrarse en el activo y pasivo de la sociedad de gananciales, no podía continuarse la tramitación de la pieza, debiendo procederse a su archivo y quedando abierta para las partes la vía judicial.

La esposa interpuso entonces demanda contra su marido, poniendo de relieve que no se había liquidado la sociedad, aunque en el convenio existían las bases para ello. En la demanda solicitaba que se declarase nulo, entre otros, el pacto de indivisión de los pisos de Madrid, que se declarase que eran objeto de liquidación una serie de viviendas y bienes (cuentas corrientes, ajuar doméstico, plazas de aparcamiento) y que se condenara al esposo a abonar el valor de otros bienes de los que él disponía de forma exclusiva. La demanda fue desestimada en primera instancia y la esposa interpuso recurso de apelación. Éste fue estimado en parte por la Audiencia Provincial, quien, al considerar que existía incongruencia y falta de motivación en la anterior sentencia, dictó sentencia en la que declaró la nulidad de las cláusulas del convenio regulador a las que se refería la demanda de la esposa, así como la ganancialidad y sometimiento a liquidación de algunos de los bienes señalados por ésta, y condenó al marido al abono de una cierta cantidad. Contra esta sentencia interpuso el marido recurso de casación. (A. M. M.)

31. Excepción de litispendencia: procedimiento de desahucio del artículo 41 de la Ley Hipotecaria.—Es jurisprudencia reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SS de 23 de marzo de 1996, 25 de noviembre de 1993, 22 de junio de 1987) la apreciación de la excepción de litispendencia en los casos en los que haya tal identidad o complementariedad entre lo que se pretende resolver y lo que se resolvió, que pueda producir resoluciones contradictorias.

La pendencia de juicio de desahucio por falta de pago de las rentas, no permite a la parte demandada ejercer una acción de reconocimiento del contrato de arrendamiento origen del desahucio y la reclamación de rentas adeudadas por la parte actora, ya que los efectos que tenga el primero de los juicios imposibilita los efectos que pueda tener la acción del segundo procedimiento. (STS de 10 de octubre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don C. pactó en su momento con los Sres. R. y M. P., contrato de arrendamiento de local de negocio, local que pasaría a ser de la sociedad BAH, S.A., y que sería vendido con pacto de reserva de dominio a P. A., E. y R.

Posteriormente, y por el impago de las rentas de dicho local por parte de C., la sociedad BAH, S.A., titular registral del local, ejerció acción de desahucio por la falta de pago de dichas rentas.

Don C., interpone demanda tanto contra BAH, S.A., como contra P. A., E. y R. en la que solicita se reconozca la vigencia del contrato de arrendamiento de local que se firmó con R. y M. P.

BAH, S.A., contesta reconviniendo y solicitando el pago de las rentas impagadas desde el momento en que le fue comunicado el juicio de desahucio.

El Juzgado de Primera Instancia resuelve absolviendo a todas las partes y apreciando la excepción de litispendencia. Don C. interpone recurso de apelación que es estimado por la Audiencia Provincial. La sociedad BAH, S.A., presenta recurso de casación ante el Tribunal Supremo que declara haber lugar, casar y anular la sentencia de la Audiencia Provincial, confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (A.M.C.S.)

32. Plazo para el ejercicio de la acción de retracto.—Se combate en este motivo el plazo de caducidad de la acción de retracto que, en opinión de la parte impugnante, no sería el de 60 días desde la notificación fehaciente a la actora de la escritura de compraventa (en aplicación del artículo 48 de la anterior ley arrendaticia), plazo en que se apoyó la Audiencia para negar la caducidad de la acción, sino el más reducido de 30 días naturales desde tal notificación, que es el plazo que contempla el artículo 25.3 de la nueva ley de arrendamientos. Ello sería así, en opinión de la parte, porque la doctrina jurisprudencial determina que el plazo de caducidad «se rige por la ley vigente al presentarse la demanda» dado el carácter real (no personal) que tiene ese derecho, que nace, no con el contrato de arrendamiento (siendo indiferente la fecha de suscripción del mismo) sino al tiempo en que se consuma la transmisión patrimonial de la que el retracto trae causa. Constando que la escritura de venta es de fecha de 22 de diciembre de 1999, el acogimiento de la tesis expuesta y la aplicación del plazo de 30 días conllevaría que la demanda se presentó después de caducar el derecho.

Pues bien, el retracto que a través de este proceso se ejercita por la actora no es el que prevé el actual artículo 25 de la LAU 1994, sino que, teniendo en cuenta que el contrato de arrendamiento data del año 1958, de conformidad con lo previsto en la DT 2.ª A) de la LAU de 1994, tal contrato continúa rigiéndose conforme a la anterior ley locativa de 1964, debiéndose estar entonces a dicha ley, y en particular en cuanto se refiere al derecho de retracto, a los postulados del artículo 48, único precepto a tomar en consideración cuando se trata de examinar los presupuestos legales que se exigen para que el derecho subjetivo del inquilino, orientado a permitirle su acceso a la propiedad del inmueble en sustitución del adquirente, y en las mismas condiciones que éste, pueda tener éxito. Así lo ha señalado esta Sala, destacando entre todas la S de 2 de marzo de 2005, que dilucida un supuesto semejante al que ahora nos ocupa en que también el arrendamiento se celebró vigente la LAU de 1964, no obstante lo cual, al examinar los requisitos materiales del derecho ejercitado, entendió aplicable el plazo de caducidad de 60 días previsto en el artículo 48.2 de la anterior ley locativa.

Pago del precio por el retrayente: ¿el real o el escriturado? La cuantía del precio es cuestión de hecho.—[...] los razonamientos expuestos no permiten deducir en que modo ha infringido la sentencia la norma contenida en el artículo 1518 CC. Tal precepto se limita a exigir al retrayente el reembolso del precio de la venta satisfecho por el comprador como requisito imprescindible para el éxito de la acción, esto es, para que pueda llegar a entrar el retrayente en la propiedad de los bienes retraídos; sin embargo, la parte recurrente no muestra su disconformidad con el sentido del efecto jurí-

dico que la norma liga al supuesto al que se aplica, ni con la interpretación, ajustada a su literalidad, que, en aplicación de dicho efecto, se acoge en la sentencia, sino que, en puridad, tan sólo centra su discrepancia en la cantidad que, como precio de venta satisfecho por el comprador, ha de integrar, en este caso concreto, el supuesto de hecho previsto en la norma. De esta forma, mientras la sentencia rechaza que frente al único precio plenamente acreditado, reconocido en su contestación a la demanda por la parte ahora recurrente y expresado en la escritura pública (40.000.000 de ptas.), exista otro precio «real» distinto a aquel, en cambio, la parte recurrente, se aparta de los hechos probados para insistir en su postura de dar por cierto y probado que el precio realmente satisfecho por el comprador excedió de aquella cantidad y se postula a favor de que sea este último el que se tome en cuenta a los efectos de reembolso, en línea con la doctrina de esta Sala Primera que ha otorgado relevancia jurídica a la discordancia entre el precio real y el declarado, con efectos decisorios sobre el derecho de retracto. Como señaló la Audiencia Provincial, es indudable que esta Sala Primera del Tribunal Supremo (S de 28 de junio de 1991, con cita de las de 20 de septiembre de 1988, 16 de mayo de 1956 y 12 de junio de 1984 y sentencia de 11 de julio de 1996), ha considerado que debía estarse al precio real cuando resulta superior al escriturado, sin que en modo alguno se haya contemplado el «valor» del inmueble, por más que supere al precio, pues éste es el que se ha reembolsar al adquirente que lo pactó y se obligó a satisfacerlo, al margen de que sea coincidente o no con el valor de mercado del bien enajenado. Pero, como señaló la Audiencia, tal criterio se ha seguido cuando se probó que se había satisfecho como precio una suma muy superior a la declarada en la escritura, apareciendo como dato incuestionable la disparidad entre uno y otra, lo que no ocurre en el presente caso pues la Audiencia no considera acreditado el precio que la parte recurrente defiende como real o verdadero, ni reputa simulado o ficticio el que figura en la escritura de compraventa; ante esa tesis, es lógico que a los efectos de integrar el concepto de precio que prevé el artículo 1518 del CC y exigir su reembolso al retrayente, la sentencia se decante por la única cantidad que resultó acreditada mediante la escritura pública; decisión ajustada a derecho habida cuenta que también constituye doctrina de esta Sala que frente a meras conjeturas de parte «el órgano jurisdiccional tiene que inclinarse por mantener la mayor fuerza de convicción que deben atribuirse en su perjuicio a las declaraciones de una parte en documento público (art. 1218 del CC)» y con mayor razón cuando la propia parte no discute este hecho en su contestación. Para finalizar decir que una vez que la Sala de instancia, valorando libre y conjuntamente la prueba, forma su convicción acerca de que el único precio satisfecho por el comprador, objeto de reembolso por el retrayente *ex* artículo 1518 CC, fue el de 40.000.000 de pesetas, nos encontramos con una conclusión ajena al juicio jurídico, ligada al juicio de los hechos («cuantía del precio y notificación de la venta son cuestiones de hecho»; S de 20 de febrero de 1992 y las que cita), con lo que resulta ineficaz su impugnación en casación, si previamente no se intenta sustituir tales resultancias probatorias por el cauce del error de derecho en la valoración de la prueba, debiendo por ende «atenerse a las apreciaciones del Tribunal *a quo* en tal sentido como reiteradamente ha declarado esta Sala (SS, entre otras, 6 junio, 22 septiembre y 27 diciembre de 1998). (STS de 16 de enero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—El Juzgado, estimando la acción de retracto, declaró el derecho de la actora —retrayente a acceder a la propiedad del piso arrendado por su marido tras haberse subrogado en el contrato de arrendamiento suscrito por éste y haber abonado el precio de cuarenta millones de pesetas (cantidad efectivamente abonada por la compradora). Idéntico fue el parecer de la Audiencia que confirmó la sentencia recaída en la instancia. No hubo lugar al recurso de casación interpuesto por los sucesores procesales de la compradora— demandada fallecida. (R. G. S.)

33. Juicio de retracto. Inadecuación de procedimiento. Incongruencia. Presupuestos procesales del retracto.—En cuanto a la inadecuación del procedimiento, a saber, que la acción debió tramitarse por las normas del juicio de cognición y no por las del juicio de retracto, señala el Tribunal Supremo que si esta cuestión era controvertida a la entrada en vigor de la LAU de 1994 no lo es ya en la actualidad en atención al artículo 249.1, 6.º y 7.º LEC 2000 conforme al cual procede el juicio de retracto. No obstante la Sala añade, con especial referencia a la STS de 8 de septiembre de 2000, que la misma viene flexibilizando la aplicación estricta de esta excepción procesal cuando las garantías del proceso seguido no merman ni restringen los medios de defensa e impugnación en aplicación del artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como resulta ser el presente caso. En relación con la incongruencia de la resolución impugnada al no haberse pronunciado la Audiencia sobre si los demás abonos que menciona el artículo 1518 CC deben consignarse dentro del plazo de caducidad de la acción, la desestima por cuanto sí medio pronunciamiento, a saber, que el único requisito para la admisión de la demanda de retracto es la consignación del precio aunque para consumir el derecho deban reembolsarse los gastos señalados en el precepto citado, respecto de los que si no son conocidos, basta la promesa de hacerlo. En cuanto a la vulneración de los artículos 48.2 LAU en relación con el 1518 CC el Tribunal Supremo mantiene, en contra de la argumentación del motivo, que hay que distinguir entre la consignación del precio de la venta como presupuesto para la admisión de la demanda, del reembolso de los gastos del contrato, pagos legítimos para la venta y gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida que pueden ser abonados con posterioridad a la demanda y antes de la consumación del retracto que se produce mediante su ejercicio una vez recaída sentencia firme declarando haber lugar al mismo (STS de 19 de diciembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Don D. demanda en juicio de retracto a la mercantil LONJAS, S.A. al haber comprado esta el piso, que ocupaba aquel en concepto de arrendatario urbano (desde mayo de 1967), junto con otros pisos sitios todos ellos en el mismo inmueble (20 de julio de 1998), sin haberle efectuado la notificación prevista en el artículo 48.2 de la LAU si no tan solo una mera comunicación (julio de 1998) señalándole que habían adquirido «en bloque» el inmueble sin información alguna sobre las condiciones de la venta. Efectuada por don D. las investigaciones oportunas vino en conocimiento de que el piso que ocupaba había sido inscrito como finca independiente en el Registro de la Propiedad el 5 de agosto de 1998,

comprado por la demandada junto con otros pisos del mismo inmueble mediante escritura de 20 de julio de 1998 e inscrita la referida venta en el Registro el 4 de noviembre de 1998 de la que obtuvo la correspondiente información registral el 17 de noviembre de 1998. Junto con la demanda se consignó el precio del referido piso según constaba en el Registro de la Propiedad con el compromiso solemne de reembolsar al comprador de los gastos del contrato y todos aquellos que resultaran legítimos.

El Juzgado de Primera Instancia tras desestimar la excepción de inadecuación de procedimiento, dictó sentencia desestimando la demanda interpuesta por caducidad de la acción de retracto. Se interpuso recurso de apelación por don Darío y la Audiencia Provincial estimó el recurso, revocando la Sentencia del Juzgado y declarando haber lugar al derecho de retracto. Se interpuso recurso de casación por tres motivos (inadecuación de procedimiento por inaplicación del art. 39.2 LAU; incongruencia de la resolución; inaplicación del artículo 48.2 de la LAU en relación con el art. 1518 CC), todos ellos desestimados. (C. S. R.)

34. Retracto arrendaticio sobre finca rústica. No cabe alegar incongruencia en la sentencia absolutoria.—Tal pretensión impugnatoria no puede prosperar a la luz de la jurisprudencia sentada por esta Sala en materia de incongruencia. Así, es doctrina jurisprudencial reiterada, entre otras muchas, en las SS de 18 de noviembre de 1996, 29 de mayo, 28 de octubre y 5 de noviembre de 1997, 11 de febrero, 10 de marzo y 24 de noviembre de 1998, que «para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (*ultra petita*), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*) y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito. También puede apreciarse vicio de incongruencia en aquellas sentencias que prescinden de la causa de pedir y fallan conforme a otra distinta, al causar indudable indefensión, que no ampara el principio *iura novit curia*». En línea con lo expuesto, recuerda la S de 4 de julio de 2007, con cita de la anterior de 6 de noviembre de 2006, que «la congruencia supone una relación de conformidad o concordancia entre las pretensiones oportunamente deducidas en la súplica de los escritos fundamentales rectores del proceso, y no con relación a los razonamientos o fundamentaciones que se hagan en ellos (SS de 16 de febrero y 17 de mayo de 1984, 20 de marzo de 1986, 22 y 26 de diciembre de 1989). Además, no obliga a los órganos jurisdiccionales a la aceptación o denegación escrita y literal de lo solicitado por las partes, sino que les permite matizar lo por ellas pedido (S de 22 de septiembre de 1994). Cabe, pues, la desestimación tácita y más cuando se trata de una sentencia absolutoria, pues en este tipo de sentencias sólo se daría la incongruencia si la absolución hubiera sido determinada por la estimación de una excepción no alegada ni apreciada de oficio en el caso de que ello proceda (S de 28 de enero, 4 de marzo y 16 de mayo de 1991, etc.)».

Es regla general, conforme a lo expuesto, y según recuerda la S de 9 de febrero de 1999, que «no cabe alegar incongruencia en la sentencia absoluta, como es el presente caso, y así lo ha mantenido muy reiteradamente esta Sala, con doctrina que recoge la S de 3 de octubre de 1998 al expresar que las sentencias absolutorias vienen a significar la íntegra desestimación de las pretensiones deducidas en la demanda, con la consecuente resolución de cuantas cuestiones fueron objeto de controversia, por lo que no cabe tacharlas de incongruencia». Finalmente debe añadirse, como resalta la S de 18 de octubre de 2006, que es cosa distinta de la incongruencia la disconformidad de la recurrente con la solución dada por la sentencia recurrida.

La concurrencia de alguna causa de exclusión vacía al arriendo de su condición de especial y protegido, no asistiendo al arrendatario entonces el derecho de acceder a la titularidad de los predios mediante el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto.—Con carácter general tiene declarado esta Sala que «por el hecho de que exista un arrendamiento no quiere decir que inevitablemente esté sujeto a la Ley de Arrendamientos Rústicos, pues es necesario que las fincas, objeto del mismo, no se encuentren en cualquiera de las circunstancias que se enumeran en su artículo 7» (S de 9 de mayo de 1996. Así pues, la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en dicho precepto (actualmente contenidas también en el art. 7 de la Ley 49/2003) imposibilita para el ejercicio de los derechos específicos contenidos en tal normativa, cual es el derecho de acceso a la propiedad, circunscrito, por lo expuesto, al ámbito normativo de dicha Ley (S de 3 de marzo de 2005, y las que cita de 5 de mayo de 1993, 7 de julio de 1995, 22 de enero de 1998, 7 de diciembre de 1999, 3 de abril de 2000, 27 de marzo de 2003, 16 de diciembre de 2004, 22 de diciembre de 2005 y 10 de abril de 2006).

Por lo demás, a la exclusión de un arriendo de la Ley de Arrendamientos Rústicos, conforme al artículo 7 referido, no obsta el hecho de no haber cursado el arrendador el desahucio conforme a lo dispuesto en el apartado 2.º de dicho artículo, en relación con el 83, también del mismo texto legal, cuya infracción denuncia el recurrente en el motivo tercero de su recurso.

Ya el propio recurrente reconoce que el artículo 83 referido ampara tan sólo una posibilidad, no una automaticidad resolutoria, de donde, no obstante, deduce él, erróneamente, que el contrato de referencia se mantuvo en la forma que inicialmente se pactó, como rústico. Tal planteamiento es erróneo pues, como señalan de modo coincidente las SS de 19 de octubre de 2001, 3 de marzo de 2005, 6 de julio y 12 de septiembre de 2006, entre otras, la concurrencia de alguna causa de exclusión vacía al arriendo de su condición de especial y protegido, no asistiendo al arrendatario entonces el derecho de acceder a la titularidad de los predios mediante el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto (art. 84). Justifican tales SS tal interpretación de los artículos referidos en la medida que, como señala la de 12 de septiembre de 2006, en otro caso no tendría sentido como señalan las SS de 13 de octubre de 1993 y 16 de diciembre de 2004, la locución del apartado 1 del artículo 7 que dice «tampoco (el art. 6 anterior se refiere a las hipótesis exceptuadas de la Ley especial) se aplicarán las normas de esta Ley a los arrendamientos que tengan por objeto, inicial o posteriormente fincas en las que concurra alguna de las circunstancias que especifica». Consecuentemente, y tal como continua señalando la meritada S «el no ejercicio por el arrendador de su facultad de resolución, no supone evitar la aplicación del artículo 7.1.3.ª, ni permite al arrendatario ejercitar el derecho de acceso a la propiedad, al resultar precisa la acreditación del presupuesto de que el arrendamiento sea rústico y sujeto a la

LAR». De modo más tajante, señala la S de 6 de julio de 2006 que la postura interpretativa que propugna el recurrente «no se acepta porque es contraria al antecedente histórico (el precepto de la LAR recoge la idea sustancial de la doctrina jurisprudencial dictada en aplicación del artículo 2.2.3 del Reglamento de 29 de abril de 1959), contradice los términos literales del precepto que se refiere a “inicial o posteriormente”, y no tiene soporte alguno lógico, sistemático, sociológico, ni, menos todavía, constitucional».

Con carácter más específico combate el recurrente, en los motivos cuarto y quinto, la concurrencia en el caso de autos de los supuestos de exclusión apreciados en la sentencia de apelación, enumerados en los ordinales 1.º y 3.º del artículo 7.1 LAR.

Sobre la calificación urbanística sobrevenida de la finca arrendada, como suelo urbano, extremo fáctico éste que no ha sido impugnado, y que, en todo caso, constituye una cuestión de valoración probatoria que no puede ser revisada en casación, insiste el recurrente en otorgar prevalencia, frente a la calificación administrativa, al uso o aprovechamiento efectivo llevado a cabo en la misma, tesis ésta que no respeta el propio tenor literal del precepto referido y que, por ello no puede tener favorable acogida.

En relación con la concurrencia de la exclusión enunciada en el apartado 3.º del artículo 7.1 LAR denuncia el recurrente la falta de acreditación en autos del preceptivo valor de comparación, determinado por el del valor agrario de la finca litigiosa y los valores en venta de fincas de similares características en la misma comarca o zona.

Ciertamente, la doctrina jurisprudencial fijada por esta Sala al respecto exige establecer una comparación entre estos dos términos, de un lado, el valor de la finca o fincas del contrato, y de otro, el valor que en la comarca o zona tengan las fincas de su misma calidad o cultivo, y teniendo en cuenta, además, que la diferencia de valor a que se refiere el texto legal como determinante del ámbito de su aplicación ha de provenir de cualquier circunstancia ajena al destino agrario, y no a una aportación del arrendatario, con lo que desaparece la función social protectora que constituye la ratio de la especialidad normativa (S de 22 de enero de 1998, 7 de octubre de 1999 y 3 de marzo y 22 de diciembre de 2005, entre otras). La apreciación de las circunstancias expresadas, como apunta la S de 16 de diciembre de 2004 constituye una cuestión fáctica sometida a la potestad del órgano jurisdiccional de instancia, por lo que, cualquier planteamiento, como el del recurrente, que no denuncie, en la forma legalmente prevista, error en la valoración de la prueba, con indicación del precepto probatorio que pudiera resultar infringido, incurre en petición de principio y desborda la función de la casación, circunscrita a la revisión de la aplicación del ordenamiento jurídico efectuada en la resolución recurrida, sin que pueda expandirse al ámbito de una tercera instancia.

En materia de costas procesales, quedan al margen del control casacional los pronunciamientos basados en la apreciación de circunstancias que sirven de excepción a la regla objetiva del vencimiento.—Conforme a reiterada doctrina de esta Sala, contenida, entre otras, en las SS de 12 de febrero y 5 de julio de 2004 y de 20 de diciembre de 2005, únicamente es posible la revisión a través del recurso de casación regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 de los pronunciamientos sobre costas procesales que hayan infringido la regla objetiva del vencimiento establecida en los artículos 523, 710, 873 y 896, quedando, en consecuencia, al margen del control casacional los pronunciamientos basados en la apreciación de cir-

cunstancias que sirven de excepción a dicha regla, del mismo modo que su no apreciación queda exceptuada del recurso, siendo en uno y en otro caso función de los tribunales de instancia, ajena al ámbito de la casación, no teniendo los mismos obligación de ejercer, ni de motivar por qué no ejercen tal facultad (SSTS de 20 de abril y 1 de octubre de 1997, 24 de noviembre de 1998 y 20 de septiembre de 2000). (**STS de 22 de enero de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—En 1981 se concierta un contrato de arrendamiento sobre parte de una finca rústica y con la finalidad de destinarla el arrendatario a un uso agroganadero. En 1988 la revisión del planeamiento urbanístico del municipio donde radicaba la finca, la incluye en el perímetro urbano del pueblo y la califica como finca urbana, sin que ello modificara en modo alguno la relación locativa. Tiempo después la finca es vendida a un matrimonio, instándose en la escritura pública de venta al Notario autorizante para que comunicara al arrendatario la transmisión a los efectos prevenidos en la Ley de Arrendamientos Rústicos. Enterado de la venta, el arrendatario alega su condición de tal para ejercitar el derecho de retracto arrendaticio reconocido en el artículo 83 de la citada Ley especial, a lo que se oponen los adquirentes que, reconociéndole como poseedor de parte de la finca, insisten en su carácter urbano y en la existencia de causas de exclusión para la aplicación de la Ley de Arrendamientos Rústicos que determinan la sujeción del contrato locativo al régimen del Código civil, el cual sólo reconoce los retractos de comuneros y colindantes, pero no el arrendaticio. La sentencia de primera instancia acoge los pedimentos del actor, pero es revocada en apelación. Interpuesto el correspondiente recurso de casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. (*M. C. B.*)

35. Promotor. Definición.—Para definir la posición típica del promotor, la fórmula típica jurisprudencial señala como elementos determinantes: *a)* que la obra se realice en su beneficio; *b)* que se encamine al tráfico de la venta a terceros; *c)* que los terceros adquirentes hayan confiado en su prestigio comercial; *d)* que haya sido el promotor quien eligió y contrató al contratista y a los técnicos. En la propia fórmula se justifica esta conceptualización con el argumento de que adoptar un criterio contrario a la configuración del promotor como responsable supondría desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción. El propósito de esta orientación jurisprudencial reside en amparar a la parte contractual más débil afirmando que los derechos de los adquirentes de viviendas no decaen por no haber contratado con los constructores o no haber puesto reparos en el momento de recepción, pues el promotor realiza las obras en su propio beneficio y con destino al tráfico, mediante venta a terceros; y los adquirentes confían en su prestigio profesional y, por ello, no deben ser defraudados.

Cooperativas de viviendas. Caracterización bajo la vigencia del artículo 1591 CC.—Al examinar las actividades de las cooperativas de viviendas para caracterizar su posición en el proceso constructivo se tomó en consideración la inexistencia de ánimo de lucro. Se ha destacado que estas

sociedades no venden pisos y locales comerciales a terceros con esta finalidad, sino únicamente con la de reducir los costes de la edificación en beneficio de sus asociados. Partiendo de esta realidad, la jurisprudencia ha afirmado que su actividad no permite incluirlas en la descripción típica que se hace del promotor, y en consecuencia tales sociedades no están sometidas a la responsabilidad derivada de tal condición.

Cooperativas de viviendas. Caracterización tras la entrada en vigor de la LOE.—A partir de la nueva regulación, plasmada en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, la intencionalidad lucrativa como característica del promotor a efectos de su responsabilidad como agente de la construcción debe entenderse abandonada. El concepto de promotor se amplía en los artículos 9.3 y 17.4 de la norma citada: aquel incluye en el concepto de promotor a «cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o concesión a terceros para cualquier título»; el artículo 17.4 LOE, por su parte, extiende la responsabilidad del promotor «a las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción actúan como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios y otras figuras análogas». (**STS de 13 de diciembre de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda interpuesta por la respresentación de una comunidad de propietarios frente a, entre otros, una Mutualidad de Previsión Social a Prima Fija, sobre ejercicio de acción resarcitoria por ruina. La Audiencia revocó la sentencia de instancia que había estimado la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada. El Alto Tribunal estima el recurso de casación interpuesto por la cooperativa. (*B. F. G.*)

36. Contrato de obra. El promotor responde de los vicios de la edificación incluso cuando están perfectamente delimitadas las responsabilidades y aun cuando la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo.—En el segundo, invoca la infracción del artículo 1591 CC y de la doctrina jurisprudencial al respecto, porque ha sido condenada solidariamente con la constructora y el aparejador, a reparar los vicios de la fachada cuando es posible individualizar la responsabilidad de los agentes intervinientes, a los que contrató para una correcta ejecución de la obra. El motivo no puede aceptarse. Como señala la STS de 16 de marzo de 2006, la atribución de responsabilidad al promotor por los vicios o defectos ruinógenos de la edificación ha sido ampliamente examinada por esta Sala que tiene establecido que aunque el promotor-vendedor no hubiera asumido tareas de constructor, no por esto en los supuestos del artículo 1591 CC, está exento de toda responsabilidad, ya que la doctrina jurisprudencial, al haber incorporado la figura del promotor inmobiliario al ámbito de los responsables que por desfase histórico no contempla el artículo 1591 CC, no ha dicho que sólo su responsabilidad proceda cuando se declara la del constructor, pues se puede apreciar como autónoma teniendo en cuenta que al ser el vendedor está ligado a los adquirentes por los correspondientes contratos y

como tal asume el deber de entregar las cosas en condiciones de utilidad, es decir, exentas de vicios constructivos que frustren su utilidad y uso (SSTS de 2 de diciembre de 1994, 30 de diciembre de 1998, 12 de marzo y 13 de octubre de 1999 y 11 de diciembre de 2003), señalando la S de 27 de septiembre de 2004 que el promotor tiene una eficaz y decisiva intervención en el proceso edificativo, intervención que es continuada y parte desde la adquisición del solar y cumplimiento de trámites administrativos y urbanísticos para la edificación hasta llegar a presentar en el mercado un producto que debe ser correcto (STS de 21 de marzo de 1996), lo que impone actividades de elección y contratación de técnicos y constructores idóneos, actividades que permiten su inclusión en el artículo 1591 CC (SSTS 8 pues los derechos de los adquirentes no decaen ni resultan desamparados por el hecho de no haber contratado con los constructores, o por el hecho de no haber puesto reparos en el momento de la recepción de las viviendas o locales ya que sus relaciones son exclusivamente con el promotor que es quien lleva a cabo las obras con destino al tráfico y en su beneficio, lo que contribuye a que los compradores confíen en su prestigio profesional. Pero, es que, además, estos criterios de jurisprudencia han sido incorporados a la Ley de Ordenación de la Edificación en la que el promotor figura como uno más de los agentes que la misma refiere, y si no fuera por la declaración inicial contenida en el artículo 17, relativo a que «las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de edificación responderán frente a los propietarios y adquirentes de los edificios...», se podría decir que la Ley constituye al promotor en responsable exclusivo de los defectos constructivos, o lo que es igual, en garante de la calidad del producto final elaborado. El promotor, dice el artículo 17.3, responde solidariamente, «en todo caso» con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionado por vicios o defectos de construcción. Significa que responde aun cuanto estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo, pues otra interpretación no resulta de esas palabras «en todo caso» que señala la norma con la que se pretende unir a responsables contractuales con extracontractuales o legales y con la que se establece la irrenunciabilidad de la misma (SSTS de 24 de mayo y 29 de noviembre de 2007).

La existencia de ruina a los efectos del artículo 1591 CC precisa una doble apreciación: fáctica y jurídica, correspondiendo la apreciación de esta última al juzgador de instancia.—La existencia de ruina, a los efectos del artículo 1591 CC, precisa una doble apreciación: una, de índole fáctica, que consiste en la fijación de los hechos y circunstancias que integran el defecto constructivo, incluida la entidad o gravedad del mismo, y otra, de índole jurídica, que consiste en la calificación de aquella base fáctica como constitutiva de ruina, en alguna de las modalidades que la jurisprudencia admite como tal: física, potencial o funcional. Para la primera apreciación es preciso tener en cuenta las alegaciones de las partes y los medios de prueba, pues se trata de una cuestión de hecho, cuya fijación corresponde al juzgador de instancia, y que, por consiguiente, no puede ser sometida a la revisión casacional, salvo mediante la denuncia de error de derecho en la valoración de la prueba, con invocación de las normas reguladoras de la misma que se consideren infringidas. La segunda, en cambio, es una cuestión jurídica, que incumbe exclusivamente a los órganos jurisdiccionales en consideración a los defectos acreditados por las pruebas practicadas, y puede impugnarse por vulneración del reiterado artículo 1591 CC y de la jurisprudencia que lo

interpreta (SSTS de 22 de junio de 2006, 26 de marzo y 10 de septiembre de 2007). Pues bien, el error que se denuncia en el motivo supone que la sentencia ha quebrantado el artículo 1591, como efecto de una equivocada consideración de lo que se debe entenderse como ruina y, en consecuencia, parte de la errónea calificación y aplicación jurídica que debe darse a la norma a partir de los hechos que declara probados, de los que extrae la conclusión, no combatida en el recurso (pese a la cita de la prueba del pleito en los antecedentes del recurso, incluida la de reconocimiento judicial), de que la totalidad de la fachada del edificio se halla afectada por la falta de heladicidad de los ladrillos y de que (aceptando los de la de instancia) merma considerablemente su utilidad, y es evidente que permaneciendo incólume estos hechos, no es posible mantener una conclusión distinta respecto de lo que ahora se interesa sobre el carácter simplemente puntual o residual de los defectos apuntados y, consecuentemente, sobre los plazos de garantía y prescripción tenidos en cuenta en la sentencia puesto que los daños aparecen sometidos al régimen legal del artículo 1591, y no a otro distinto.

La indemnización por los defectos de la construcción debe comprender todo lo necesario para lograr la indemnidad del acreedor perjudicado.—El segundo motivo alega infracción de los artículos 1106 y 1902, los dos del CC, y se refiere a la condena que la sentencia le impone de reparar toda la fachada del edificio cuando, dice, no hay en el pleito ninguna justificación de una reposición completa de la totalidad de los ladrillos. Se desestima. En primer lugar, el artículo 1106 se vincula al artículo 1591 y no al 1902 CC. En segundo lugar, todo lo referente a la existencia y valoración de los daños comporta un aspecto fáctico atribuido a la competencia del Tribunal sentenciador, sólo impugnabile por error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba (SSTS de 31 de mayo de 1944, 10 de enero de 1979). En tercer lugar la entidad del resarcimiento (según lo proclama el artículo 1106 CC), presupuesto el evento perjudicial y la conducta sancionable, abarca a todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo (SSTS de 10 de enero de 1979, 2 de abril de 1997), no existiendo en nuestro Derecho positivo principios generales rectores de la indemnización de daños y perjuicios, vacío que autoriza a interpretar que el concepto de reparación, tanto en la esfera contractual como en la extracontractual, se dirige a lograr la indemnidad, que es el único designio de la norma (STS de 2 de abril de 1997). Finalmente, la reparación que se impone a los demandados satisface este principio de indemnidad, sin dar lugar a ninguna situación de enriquecimiento injusto, y así resulta de la prueba que valora la sentencia a resultados de la cual se impone la completa sustitución de la fachada. **(STS de 13 de marzo de 2008; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El promotor y el constructor de un inmueble recurren en casación contra la sentencia que, confirmando la de primera instancia, les condena a reparar a su costa la fachada del edificio, que se había construido con ladrillos de calidad inferior a la que requiere la *lex artis* y a la ofrecida, que hablaba de materiales «de primera calidad». El Alto Tribunal declara no haber lugar al recurso. (M. C. B.)

37. Contrato de arrendamiento de obra. Responsabilidad por ruina. Litisconsorcio pasivo necesario. Legitimación pasiva del promotor. Compatibilidad de las acciones de los artículos 1101 y 1591 CC.—El Tribunal Supremo, tras afirmar lo defectuoso de la articulación del motivo que llevaría a su desestimación, no da lugar a la excepción de litisconsorcio pasivo acudiendo al artículo 12.2 LEC y a la doctrina jurisprudencial, que cita, según la cual si los vicios ruinosos no son imputables individualmente a los intervinientes en el proceso de construcción, la responsabilidad de los mismos es solidaria lo que excluye que deban ser llamados todos ellos al pleito (art. 1141 del CC), sin perjuicio de las acciones que correspondan entre unos y otros, citando muy especialmente la STS de 6 de mayo de 2004. Citando muy especialmente la doctrina sentada por la S de la Sala de 27 de enero de 1999, el Tribunal Supremo señala que la justificación de que el promotor vendedor resulte pasivamente legitimado se deriva del cumplimiento de sus propias obligaciones como vendedor que le imponen la entrega de la cosa sin ningún vicio. Entrando ya en el fondo del asunto, sostiene, frente a la argumentación del 2.º motivo, que la acción de responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato ex artículo 1101 CC no es incompatible con la acción de responsabilidad decenal ex artículo 1591 del mismo, señalando además que ambas resultan acumulables y que si se ejercitan simultáneamente, la alegación de la responsabilidad decenal inutiliza necesariamente la alegación de responsabilidad por incumplimiento del artículo 1101 CC, concluyendo que la responsabilidad del promotor se ajusta al artículo 1591 CC. **(STS de 11 de febrero de 2008; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Por la comunidad de propietarios y un grupo de comuneros se ejercita acción de cumplimiento de contrato de obras por existencia de vicios ruinosos contra las mercantiles González, S.A. en concepto de promotora vendedora y Hermanos SL en concepto de constructora, basados en los artículos 1101 y 1591 CC así como jurisprudencia que los interpreta solicitando que sean condenadas solidariamente a ejecutar a su costa las obras de reparación y cuantos trabajos sean precisos.

El Juzgado de Primera Instancia tras desestimar las excepciones alegadas estimó íntegramente la demanda por sentencia en la que condeno solidariamente a las demandadas y contra la que se interpuso recurso de apelación solo por la demandada Gonzalez S.A. por entender que como promotora vendedora no era responsable de los vicios ruinosos (excepción de falta de legitimación pasiva), que los responsables no habían sido traídos todos al pleito (excepción de litisconsorcio pasivo necesario) y que se había aplicado indebidamente el artículo 1101 CC en vez del artículo 1591 del mismo cuerpo legal. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia del Juzgado. Se interpuso recurso de casación basado en dos motivos (infracción del artículo 24 CE y de la doctrina jurisprudencial sobre el litisconsorcio pasivo necesario; infracción del artículo 1591 CC), todos ellos desestimados. (C. S. R.)

38. Contrato de arrendamiento de obra. Venta a terceros de pisos sobre plano. Falta de legitimación pasiva de la promotora. Cuentas en participación: responsabilidad del partícipe. Responsabilidad solidaria de los técnicos por ruina.—En cuanto a la falta de legitimación pasiva de la promotora fundada en la infracción del artículo 242 CCO, afirma el Tribunal Supremo que tal alegación se ve contradicha por el hecho de ser ambas promotoras titulares al 50% del solar sobre el que se construyó, haber suscrito ambas los contratos de venta incumplidos y por encontrarse admitido por la Sala (Sentencia de 4 de julio de 1980) que en el contrato de cuentas en participación la responsabilidad del cuenta partícipe será solidaria con el gestor cuando se involucre en las gestiones del mismo, aplicando analógicamente el artículo 148.1 CCO en materia de socios comanditarios. En cuanto a la inaplicación de los artículos 1254 y 1257 CC, la Sala reitera su doctrina sobre la imposibilidad de considerar vulnerados en casación preceptos tan genéricos respecto de los que no pueda conocerse en que consiste la infracción.

En cuanto a la inaplicación del artículo 1591 CC por la sentencia de la Audiencia, la Sala analiza conjuntamente los motivos tercero y cuarto, estimándolos. El Tribunal Supremo no acepta los argumentos de la instancia en cuanto a la exoneración de responsabilidad del arquitecto proyectista y de los arquitectos técnicos señalando como causas, que en los mismos autos constan como probados, tanto las diferencias entre lo proyectado y lo construido, como la existencia de numerosos vicios y defectos demostrativos de una ruina funcional de lo edificado. En relación con la responsabilidad de los arquitectos y con especial mención de la S de 3 de abril de 2000 así como de otras muchas que cita, declara que es doctrina de la Sala que la responsabilidad de los arquitectos se centra en la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra por lo que deben desplegar una especial diligencia como directores superiores de la misma (obligación legal), respondiendo de si la ejecución se ajusta o no a lo proyectado y que no tratándose de meras imperfecciones sino de vicios que afectan a elementos esenciales de lo construido no se puede exonerar al arquitecto en su condición de responsable creador del edificio.

En cuanto a la responsabilidad de los arquitectos técnicos se refiere y con cita especial de la STS de 18 de diciembre de 1999 y de otras que señala, mantiene que debe declararse también la responsabilidad de los mismos en cuanto asumen la función de colaboradores especializados y las actividades de inspeccionar, controlar y ordenar la buena ejecución de la obra les vienen impuestas por la Ley siendo los profesionales que deben mantener más contactos directos, asiduos e inmediatos con el proceso constructivo. Manteniendo la ya consolidada doctrina de la Sala para estos supuestos, afirma la responsabilidad solidaria de promotores, constructores y profesionales cuando siendo varios agentes los responsables de la ruina funcional de lo edificado resulta imposible determinar la participación de cada uno de ellos en la misma con el fin de apreciar con mayor rigor la responsabilidad de los profesionales de la construcción y conseguir la adecuada reparación a favor del perjudicado (STS de 4 de diciembre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Las mercantiles URB, S.L. y ACT S.L. (promotoras) eran propietarias al 50% de un solar sito en Sarracin. Ambas, actuando bajo la forma de cuentas en participación, encargaron a la mercantil CONS, S.L. la construcción de 16 viviendas unifamilia-

res según el proyecto de ejecución del arquitecto D. M, actuando como arquitectos técnicos D.R y D. A. Ambas promotoras procedieron a vender a terceros sobre plano, las viviendas proyectadas comprometiéndose a la entrega para el mes de diciembre de 1996. Ya durante la ejecución de las obras los compradores observaron que las mismas no se ajustaban al proyecto del arquitecto, así como que no se respetaba la memoria de calidades y se incurría en graves defectos y vicios en la construcción de las viviendas que se entregaron con retraso los meses de julio, agosto y septiembre de 1997. Algunos compradores demandaron en juicio de menor cuantía a las promotoras, constructora y los tres técnicos referidos, solicitando que se condenara solidariamente a las primeras, a cumplir las obligaciones derivadas de los contratos de compra, a indemnizar a algunos de ellos por el retraso en la entrega y a reparar los defectos y vicios de las construcciones, solicitando también subsidiariamente que de apreciarse responsabilidades de la constructora y los tres técnicos, se les condenara solidariamente con las promotoras a las mismas peticiones que a estas.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que tras desestimar la excepción de falta de legitimación pasiva propuesta por la promotora ACTIVIDADES, S.L., estimó sustancialmente la demanda condenando a los demandados a las peticiones de la demanda. Apelada por todos los demandados, la Audiencia Provincial dictó sentencia por la que estimando en parte los recursos interpuestos, revocó la de primera instancia, dictando otra en la que se absolvía de las peticiones de la demanda al arquitecto y los dos arquitectos técnicos y se condenaba, tras desestimar la excepción de legitimación pasiva antes referida, solidariamente a las dos promotoras al cumplimiento de los contratos de compraventa así como a estas y a la constructora, solidariamente, a pagar las indemnizaciones por mora y a reparar los vicios de construcción que se señalaban.

Contra esta sentencia recurren en casación bajo una misma representación, la promotora ACT y la constructora CONS alegando cuatro motivos (infracción del artículo 242 CCO; inaplicación de los artículos 1254 y 1257 CC; infracción del artículo 1591 e infracción de la jurisprudencia sobre el artículo 1591), estimando el Tribunal Supremo los dos últimos. (C. S. R.)

39. Contrato de obra. Siendo la responsabilidad por los vicios solidaria, no opera la excepción de litis consorcio pasivo necesario, sin perjuicio de que los condenados puedan reclamar en vía de regreso contra quienes consideren corresponsables de los vicios.—En lo tocante a la figura procesal del litisconsorcio pasivo necesario hay que partir del principio fundamental, de acuerdo con el que cada cual es libre de obrar como crea dentro del ámbito de la Ley y nadie puede ser constreñido a proponer una demanda que no quiere proponer o a proponerla contra quien no quiere. Otro principio es el la utilidad práctica, de modo que cuando puede haber una pluralidad de sujetos, es posible actuar sólo contra uno de ellos. Por tanto, el fundamento del litisconsorcio pasivo necesario se «halla en la necesidad de preservar el principio de audiencia, evitando la indefensión, de manera que no sea pro-

nunciada una resolución que afectaría a persona no demandada, e incomparecida en el debate [...]» (S de 22 febrero de 2007. Ver asimismo las de 9 de marzo de 2007 y las allí citadas). Los recurrentes parten de la base de que ha concurrido más de una persona a causar el daño y que, por tanto, debería haberse demandado también a otros sujetos junto con aquellos contra quienes se ha dirigido la demanda, pero ello no se puede producir en el caso presente en que, como consecuencia de la naturaleza solidaria de la obligación de indemnizar, la actora cumplió dirigiendo la demanda contra quien consideraba que le había causado el daño (S de 26 de abril de 2007 y las allí citadas), de acuerdo con los principios antes reseñados. Por tanto, no concurre la excepción alegada, porque las responsabilidades atribuidas en el informe pericial a los aparejadores no excluyen en ningún caso la de los arquitectos y tratándose de responsabilidad solidaria, es el demandante quien elige a quien demandar, sin perjuicio de las correspondientes acciones de regreso que deben ventilarse en otro procedimiento y que no afectan al perjudicado.

Las causas de recusación del perito no pueden surgir una vez se haya realizado el dictamen pericial que, por otra parte, no vincula al juez, que debe valorarlo conjuntamente con el resto de las pruebas practicadas.—La causa de recusación alegada surge una vez elaborado el dictamen y por una cuestión imputable exclusivamente a la parte que ahora recurre y aunque el artículo 619 LEC admite que pueden existir causas de recusación posteriores al nombramiento del perito, no prevé que estas surjan una vez se haya realizado el dictamen pericial, ya que el artículo 620.2 LEC establecía que el escrito de recusación debía presentarse «antes del día señalado para dar principio al reconocimiento», lo que no ha ocurrido en el actual litigio. Admitir la recusación tal como la proponen los recurrentes implicaría el nombramiento de un nuevo perito, con la retroacción de las actuaciones al momento de la insaculación, lo que obviamente carece de razón de ser en el presente litigio y no existe ninguna razón para ello, cuando en el acto de la insaculación, las partes estuvieron de acuerdo en el nombrado. Por tanto, no presentada la causa en el momento procesal adecuado, no puede prosperar la alegada por los recurrentes, que de aceptarse, implicaría el nombramiento de un nuevo perito, lo que no tiene otra razón de ser que la intención de dilatar el procedimiento. Aparte las anteriores consideraciones, debe recordarse a los recurrentes que no han demostrado qué parte o partes del dictamen estarían afectados, en su caso, por la pretendida parcialidad, lo que no han efectuado en ningún momento, ya que, además tuvieron ocasión de discutirlo en el acto de la ratificación como efectivamente hicieron. Además, no debe olvidarse que la prueba pericial no es automática, es decir, no obliga directamente al Juez, quien debe valorarla en conjunto con toda la prueba producida, según dispone el artículo 632 LEC y es doctrina constante de esta Sala (STS de 17 de noviembre de 2006 y las allí citadas), que es lo que ha ocurrido en el presente procedimiento.

El artículo 1591 CC impone dos plazos distintos: el período de garantía o en el que deben manifestarse los vicios ruínógenos, que es de diez años y el de ejercicio de la acción de responsabilidad, que es de quince.—A pesar de la mala presentación formal del recurso, debe entenderse que siguen los recurrentes insistiendo en la cuestión de la prescripción e intentando confundirla con el período de garantía del artículo 1591 CC, a la vez que pretenden que se revise la prueba pericial. Constituye una doctrina constante de esta Sala, que se ha aplicado correctamente en la sentencia recurrida, la que entiende que debe distinguirse en el artículo 1591 CC el plazo de

la garantía de diez años y el de responsabilidad de quince años, por aplicación del artículo 1964 CC. Sólo por recordar esta doctrina, repetiremos aquí que el plazo de garantía es «aquel durante el cual ha de tener lugar la ruina para poder reclamar *ex* artículo 1591», mientras que el plazo de quince años para poder reclamar de acuerdo con el artículo 1964 CC, empieza a correr desde que se manifestó la mencionada ruina (STS, entre muchas otras, de 17 septiembre 1996, 28 diciembre 1998, 8 octubre 2001, 20 julio 2002, 23 mayo 2005).

En el presente recurso, se demandó correctamente dentro del plazo previsto en el artículo 1964 CC, porque la ruina se manifestó, según los hechos probados en la sentencia ahora recurrida, en el período de los diez años del plazo de garantía «ya se compute el mismo desde la fecha de los certificados finales de obra (21 de enero y 10 de junio de 1983), ya desde las fechas de las actas de recepción provisional y definitiva de las obras (1 de julio de 1983 y 12 de agosto de 1985) [...]». Por otra parte, como ya se ha señalado, la parte recurrente pretende que se revise la prueba pericial, lo que no es aceptable en esta instancia, dada la libre apreciación de la prueba por el juzgador, como ya se ha señalado en el F. 3.º de esta sentencia. **(STS de 13 de diciembre de 2007; no ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—Apreciados defectos de importancia en varios edificios construidos para una cooperativa, ésta demanda a la empresa constructora y a los arquitectos, solicitando la reparación de los mismos. El Juzgado de Primera Instancia, desestimando las excepciones alegadas por los demandados y entrando a conocer del fondo del asunto, estima la demanda de la parte actora, en un pronunciamiento sólo parcialmente revocado por la Audiencia Provincial, que elimina la condena a sustituir la cubierta invertida, manteniendo el resto de los pronunciamientos. Interpuestos sendos recursos de casación contra la sentencia de apelación, ambos son desestimados por el Tribunal Supremo. (*L. F. R. S.*)

40. Contrato de obra. Siendo la responsabilidad por los vicios solidaria, no opera la excepción de *litis* consorcio pasivo necesario.—La falta de estimación de la excepción litisconsorcial, que incluso esta Sala puede hacerlo de oficio según reiterada jurisprudencia, no puede acogerse respecto a la llamada a juicio del otro aparejador, pues ha de tenerse en cuenta que su responsabilidad es solidaria con la del recurrente (S de 20 de noviembre de 1998), por lo que el acreedor puede demandar a cualquiera de ellos (art. 1144). Este criterio ha sido recogido en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (art. 17.7).

Igualmente es innecesaria la llamada a juicio del que proyectó las instalaciones en los garajes y en la edificación. Son las mismas accesorias y subordinadas al proyecto principal, por lo que el autor del mismo las hace suyas si las aprueba, además de que la presunta responsabilidad no tiene encaje en el artículo 1591 CC, ni en la sentencia que se recurre se condena a los demandados por tales vicios.

Otra cosa es la llamada a juicio a la empresa constructora, pues los vicios cuya responsabilidad se ventila son de construcción, y así ha quedado probado plenamente, achacándose unas veces al aparejador demandado en exclusi-

va, y otras al mismo y a los arquitectos directores de la obra, en su carácter de tales directores.

La cuestión antedicha hubiera quedado solucionada aplicando la DA 7.^a de la citada Ley de Ordenación de la Edificación. Pero al haberse promovido este pleito con anterioridad a su vigencia por hechos también anteriores, ha de aplicarse la jurisprudencia de esta Sala, según la cual en estos procesos no se trata de averiguar quién o quiénes fueron los causantes de los vicios ruinógenos, sino si lo son los demandados a los que el actor ha traído al proceso por el principio dispositivo imperante en él y por estimarlos como los autores (SS de 28 de diciembre de 1990, 17 de marzo de 1993, 27 de junio de 1994 y 18 de diciembre de 2001), sin que la sentencia pueda prejuzgar las responsabilidades de los demás concurrentes (SS de 29 de noviembre de 2002 y las que en ellas se citan, en un supuesto en que no se había demandado al arquitecto director de obra ni a la empresa constructora). Tales responsabilidades habrán de ser dilucidadas por los autores de los daños entre sí.

Por todo ello el motivo se desestima.

El Tribunal Supremo aplica la doctrina de la solidaridad en materia de vicios ruinógenos prescindiendo de la fuente de las obligaciones de cada persona responsable.—La doctrina de la solidaridad la aplica esta Sala en materia de vicios ruinógenos prescindiendo de la fuente de las obligaciones de cada persona responsable: basta que no se pueda concretar sus efectivas responsabilidades cuando concurren a la producción del daño, presentándose la condena solidaria como último remedio (SS de 20 de abril de 1992, 9 de diciembre de 1993, 9 de marzo de 2000 y 27 de junio de 2002). Por todo ello el motivo se desestima.

La infracción de preceptos de rango infralegal no fundamenta el recurso de casación.—Sólo se citan normas de Decretos que por sí mismas no pueden dar lugar a motivo casacional, a menos que su cita vaya acompañada de la Ley que los sustenta, pues el recurso de casación procede únicamente cuando se ha infringido la misma, no cualquier otra norma de distinto rango en la jerarquía de fuentes del ordenamiento jurídico (SS de 20 de febrero, 25 y 26 de abril y 20 de junio de 2002).

El cometido profesional del arquitecto director de una obra se extiende a la confección del proyecto y a la inspección y control del ajuste de la obra al mismo.—Circunscrito el motivo a infracción de la jurisprudencia de esta Sala, se muestra totalmente vago o indeterminado, pues la sentencia recurrida no ha desconocido la diferenciación entre las competencias de los arquitectos superiores y aparejadores, prueba de ello es que ha condenado a unos u otros en exclusiva cuando el vicio podía atribuirse a la negligencia en el desempeño de su labor, y a dichos profesionales solidariamente cuando no era posible, teniendo en cuenta que los arquitectos superiores recurrentes, demandados en su día, eran no sólo autores de los proyectos sino también directores de obra. Ha dicho la S de esta Sala de 22 de diciembre de 2006: «La función de superior dirección que corresponde al arquitecto implica según la jurisprudencia 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 correcta colocación, responsabilidad de la que únicamente 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 efecto, según reiteradamente declara la jurisprudencia, corresponde al

arquitecto, encargado de la obra por imperativo legal, la superior dirección de la misma y el deber de vigilar su ejecución de acuerdo con lo proyectado, y está obligado a dejar constancia en el libro de órdenes de las que haya impartido, tanto al constructor como a los demás técnicos intervinientes, que están sujetos a su estricto cumplimiento, de suerte que no basta con reflejar la 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 (entre otras, SSTS de 16 de marzo de 1984, 5 de junio de 1986, 9 de marzo de 1988, 7 de noviembre de 1989, 19 de noviembre de 1996, 29 de diciembre de 1998, 3 de abril de 2000, 25 de octubre de 2004, 26 de mayo y 10 de octubre de 2005). Esta doctrina aparece ratificada por la jurisprudencia más reciente. Las SSTS de 5 de abril, 24 de mayo y 24 de julio de 2006, por ejemplo, la reproducen; «Según las STS de 15 de noviembre de 2005, que sigue la doctrina sentada en la de 24 de febrero de 1997, el cometido profesional del arquitecto director de una obra no queda reducido a la confección del proyecto, sino que comprende también inspeccionar y controlar si la ejecución de la obra se ajusta o no a él y, en caso contrario, dar las oportunas órdenes de corrección. No son, concluye la sentencia, imputables al arquitecto los defectos de ejecución o los incumplimientos que no exceden de simples imperfecciones. Sí lo son, según las SSTS de 29 de diciembre de 1998 y 5 de abril de 2001, por culpa *in vigilando* [en vigilancia], las deficiencias en labor constructiva fácilmente perceptibles». Por todo ello el motivo se desestima.

El arquitecto no responde de vicios puramente constructivos o fuera de proyecto.—El informe pericial se limita a señalar los vicios de la obra, pero excediendo de la función encomendada al perito, manifiesta a quienes son imputables los vicios. Este último extremo no obliga al juzgador en virtud del citado artículo 632 LEC, pero no hay ninguna norma que prohíba que haga suyo el juicio del perito. Por ello, el que la sentencia haya acogido los criterios de imputación de los vicios que obran en el susodicho informe pericial no es causa para casarla.

Otra cosa es que aquellos criterios sean o no acertados. De acuerdo con la doctrina de la S de 22 de diciembre de 2006 recogida en el examen del motivo anterior, la Sala entiende que no son de responsabilidad de los recurrentes los vicios de electricidad y alumbrado, en remates de paño de fachada sin ladrillo y drenaje de jardín, defectos de piscina y pistas de paddle. Son defectos puramente constructivos o fuera de proyecto. **(STS de 3 de diciembre de 2007;** no ha lugar a uno de los recursos; ha lugar al otro.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—La sentencia del Juzgado condena a la sociedad constructora y al aparejador por defectos en la ejecución de la obra, condenándolos solidariamente a realizar su reparación. La sentencia de apelación confirma la del Juzgado en cuanto a esta condena, haciéndola extensiva a los arquitectos superiores y al arquitecto técnico, respecto de algunos de los vicios que presenta la edificación. Los condenados interponen sendos recursos de casación, uno de los cuales es desestimado por el Alto Tribunal y el otro parcialmente admitido. (*L. F. R. S.*)

41. Contrato de obra. El defecto de litisconsorcio pasivo necesario puede ser subsanado mediante el emplazamiento de los que debieron tener intervención en el proceso, para lo que resulta medio procesal adecuado la llamada comparecencia intermedia del artículo 693 LEC.—Por indefensión debe entenderse la privación efectiva o material de medios de defensa suficiente para lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva. No es suficiente que se haya producido una infracción formal de normas procesales si la parte no justifica que la expresada infracción ha llevado consigo una indefensión material.

En el caso examinado la parte recurrente no acredita que las personas físicas que fueron emplazadas como consecuencia de lo acordado a raíz de la celebración de la comparecencia prevista en el artículo 693 LEC se hayan visto privadas de medios de defensa y no consta que así sea, por cuanto fueron debidamente emplazadas, contestaron a la demanda, propusieron prueba e intervinieron en todos los trámites procesales.

Tampoco respecto de la entidad recurrente, que resultó absuelta en primera instancia y en apelación, se justifica indefensión alguna por el hecho de que fueran emplazadas dos personas físicas inicialmente no demandadas.

Para que exista vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE (también invocado) es menester que se produzca una indefensión de carácter material, pues el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que el principio de efectividad que informa este derecho constitucional postula dicha interpretación del concepto de indefensión.

Aun cuando no concurriera este defecto insalvable, el motivo no podría ser estimado, pues la parte demandada invocó en la comparecencia la falta de litisconsorcio pasivo necesario, y, desde esta perspectiva procesal, por ella suscitada, no cabe impugnar la decisión del Juzgado de ordenar el nuevo emplazamiento. La jurisprudencia declara que el defecto de litisconsorcio pasivo necesario puede ser subsanado mediante el emplazamiento de los que debieron tener intervención en el proceso, para lo que resulta medio procesal adecuado la llamada comparecencia intermedia del artículo 693 LEC, con la finalidad de tutela del artículo 13.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24 CE (SSTS de 14 de mayo de 1992, 18 de marzo y 7 de octubre de 1993, 7 de julio de 1995, 22 de diciembre de 2006 rec. 269/2000 y 13 de julio de 2006, rec. 4214/1999). Esto determina que las actuaciones habrán de retrotraerse al momento procesal de la comparecencia prevista en el artículo 693 LEC para los juicios de menor cuantía (SSTS de 21 de julio de 1991, 24 de junio de 1992 y 5 de diciembre de 2000) e imposibilita resolver, en tanto no se salve el obstáculo procesal, el fondo del asunto, haya sido o no alegada la excepción (SSTS de 13 de diciembre de 2003, 23 de junio de 2004 y 27 de diciembre de 2004).

La apreciación de la concurrencia de circunstancias excepcionales para justificar la falta de condena en costas corresponde a la apreciación del tribunal de instancia y no puede revisarse en casación si está suficientemente motivada.—La jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que la apreciación de la concurrencia de circunstancias excepcionales para justificar la falta de condena en costas corresponde a la apreciación del tribunal de instancia y no puede, en consecuencia, ser objeto de revisión en casación si aparece suficientemente motivada (SSTS 4 de marzo de 1997, 1 de octubre de 1997, 13 de febrero de 2006, 22 de septiembre de 2006, rec. 4865/1999, 22 de mayo de 2007, rec. 2372/2000).

En el caso examinado la sentencia de primera instancia justifica suficientemente la falta de imposición de las costas argumentando la dificultad existente para la determinación de los sujetos responsables de los defectos constructivos por los cuales se reclama. No se advierte, en suma, que la sentencia de apelación incurra en la infracción que se le imputa, pues, aunque no contiene un razonamiento directo sobre esta cuestión, acepta expresamente los fundamentos de la sentencia de primera instancia recurrida en la que se razona expresamente sobre este extremo.

La concurrencia de distintos responsables de los defectos constructivos no comporta la existencia de litisconsorcio pasivo necesario entre ellos.—El artículo 1591 CC, acorde con la diferenciación de tareas profesionales, distingue la ruina por vicio de la construcción y la ruina por vicio del suelo o de la dirección, atribuyendo en el primer supuesto la responsabilidad por los daños y perjuicios al constructor y en el segundo al arquitecto (SSTS de 12 de noviembre de 1970, 21 de diciembre de 1981, 15 de julio de 1983, 8 de junio de 1984, 16 de junio de 1984, 31 de enero de 1985, 1 de mayo de 1986 y 17 de junio de 1987, entre otras). Sólo cuando el suceso dañoso ha sido producido por una acción plural, sin que pueda apreciarse la proporción en que cada uno de los factores ha influido en la ruina producida por la conjunción de causas, de modo que resulte imposible discernir las específicas responsabilidades de técnico y contratista en el resultado y consecuencias de la obra defectuosa, habrá lugar a la condena solidaria de los intervinientes en la edificación (STS de 17 de febrero de 1986 y 27 octubre de 1987, entre otras). Esta Sala tiene reiteradamente declarado que la concurrencia de distintos responsables de los defectos constructivos por los que se reclama no comporta la existencia de litisconsorcio pasivo necesario entre ellos; pues, en caso de existir solidaridad, la demanda puede ser dirigida contra cualquiera de los deudores solidarios; y, en caso de no existir ese vínculo por estar suficientemente determinadas las responsabilidades, cada agente deberá responder de los daños a él imputables y no es menester demandarlos a todos, pues el que haya sido demandado, en caso de no ser responsable, podrá oponer su falta de legitimación pasiva (SSTS de 15 de octubre de 1996, 22 de marzo de 1997, 23 de diciembre de 1999, 4 de noviembre de 2000, 18 de diciembre de 2001, 29 de noviembre de 2002, 2 de abril de 2003, 6 de mayo de 2003, 18 de junio de 2003, 6 de mayo de 2004, 23 de mayo de 2005, 8 de mayo de 2006, 6 de octubre de 2006, rec. 4372/1999, 15 de diciembre de 2006, rec. 5238/1999, 18 de diciembre de 2006, rec. 428/2000, 27 de enero de 2006, 7 de septiembre de 2006, rec. 4442/1999).

Un demandado no puede solicitar mediante el recurso de casación la condena de otro codemandado.—La parte recurrente trata en este motivo de demostrar la responsabilidad de los aparejadores y sostiene que debieron ser condenados en lugar de los promotores; pero este proceder es incompatible con la jurisprudencia cuando declara que un demandado no puede solicitar mediante el recurso de casación la condena de otro codemandado (SSTS de 27 de febrero y 11 de diciembre de 2003, 22 de junio y 27 de septiembre de 2004, 19 de mayo de 2005, 13 de junio de 2006, rec. 3420/1999, 9 de febrero de 2007, rec. 1265/2000).

La responsabilidad de los condenados como promotores-constructores depende únicamente de que en ellos concurren los requisitos necesarios para su existencia, a los que este motivo no se refiere, pues en él pretende extraer-

se directamente de la responsabilidad de los aparejadores la inexistencia de responsabilidad para los promotores.

Según la jurisprudencia el promotor es agente de la edificación. Esto lo sitúa en la posición que ahora consagra la Ley de Ordenación de la Edificación (art. 9 y concordantes) y lo equipara al constructor a efectos de la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC (SSTS de 21 de junio de 1999, 30 de septiembre de 1991, 8 de octubre de 1990, entre otras). Su tratamiento como agente de la edificación se justifica por su intervención decisiva, por el hecho de que la obra se realiza en su beneficio, y por el hecho de que es él quien contrata y elige a los técnicos, cosa, entre otros motivos, que lo convierte en garante de una correcta construcción (SSTS de 1 de octubre de 1991, 28 de enero de 1994, 23 de septiembre y 13 de octubre de 1999, etc.). Incluso cabe su condena sin que realice ningún acto de edificación (SSTS de 3 de julio y 23 de septiembre de 1999, 13 de mayo de 2002).

La doctrina de los propios actos es una manifestación del principio general de buena fe en sentido objetivo, recogido en el artículo 7.1 CC.

La sentencia recurrida hace referencia a la disposición de los demandados a efectuar las reparaciones como índice de la admisión de su responsabilidad. Esta apreciación, entendida de modo absoluto, no sería admisible. No cabe reconducir esta actitud de los recurrentes a la prohibición de *venire contra factum* [actuar contra los hechos propios], que es una manifestación del principio general de buena fe, en sentido objetivo, recogida con carácter general en el artículo 7.1 CC. Este precepto debe interpretarse como una referencia, en el ejercicio de los derechos subjetivos, al estándar de comportamiento que impone un deber de coherencia en el tráfico e impide defraudar la confianza que fundadamente se genera en los demás. No se cumplen aquí los requisitos reiteradamente señalados por la jurisprudencia, en numerosísimas sentencias (SSTS, entre otras, de 24 de mayo de 2001, 9 de mayo de 2000, 30 de enero de 1999, 28 de enero de 2000, 25 de octubre de 2000, 27 de febrero y 16 de abril de 2001, 25 de enero y 5 de julio de 2002, 14 de octubre de 2005, rec. 1264/1999, 28 de octubre de 2005, rec. 1194/1999, 16 de enero de 2006, rec. 1542/1999, 14 de julio de 2006, rec. 4227/1999). El primero de ellos es que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación que afecte jurídicamente a su autor. El segundo, que exista una incompatibilidad o contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente. En el caso examinado, la atención prestada a la reclamación no es incompatible con la falta de reconocimiento de responsabilidad, pues puede explicarse por el deseo de mantener las buenas relaciones contractuales entre promotores y adquirentes. Esto, sin embargo, no puede determinar la estimación del motivo, pues el argumento al que se refiere tiene un carácter secundario y auxiliar respecto de los argumentos principales, decisivos y determinantes de la conclusión obtenida, que se cifran en que de la valoración de la prueba se deduce que los demandados, como promotores-constructores, incurrieron en una omisión de su obligación de coordinar los trabajos entre los distintos oficios intervinientes, causando los defectos constructivos.

La valoración de la prueba no puede ser revisada en casación, salvo si fue manifiestamente ilógica o arbitraria.—El recurso de casación no permite, salvo el caso de que se demuestre haber existido una valoración manifiestamente ilógica o arbitraria de la prueba, pedir la revisión de ésta, que es lo que la parte implícitamente solicita al discrepar de las conclusiones obtenidas por la sentencia de instancia, según la cual los defectos advertidos, sin

distinción, son responsabilidad de los demandados recurrentes, quienes asumieron la coordinación de la ejecución de las obras como profesionales de la construcción, «[d]e modo que es clara la extensión de responsabilidad de los recurrentes a todos y cada uno de los capítulos defectuosos explicados». En suma, como declara la jurisprudencia, la mera alegación del artículo 1591 CC no puede amparar una reconsideración total del sustrato fáctico del litigio (SSTS de 25 de marzo y 18 de junio de 2004 y 26 de marzo de 2007, rec. 2127/2000). **(STS de 14 de diciembre de 2007;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El Presidente de una comunidad de propietarios, actuando en nombre y representación de la misma, demanda a la sociedad limitada a la que estima promotora del edificio, solicitando la reparación de los vicios constructivos que éste presentaba. En primera instancia se advierte la falta de legitimación pasiva de la demandada, de la que formaban parte los auténticos promotores, que lo eran como personas físicas. Subsanao el defecto procesal por el cauce oportuno, los demandados son condenados en ambas instancias e interponen el recurso de casación al que el Alto Tribunal declara no haber lugar. (*L. F. R. S.*)

42. Contrato de arrendamiento de obras. Retraso en la entrega y aumento de obra; aplicación de cláusula penal.—Alegado por la actora recurrente que la cláusula penal pactada había devenido inaplicable al modificar las partes el plazo de entrega de la obra operando así una novación modificativa, el Tribunal Supremo, tras analizar que existe vicio de inadmisión y desestimación tanto por acumular preceptos heterogéneos como por pretender revisar la valoración de la prueba realizada en la instancia, lo desestima citando especialmente la STS de 27 de febrero de 2002, pues no existía pacto expreso de las partes en este sentido, la adición de nueva obra a la proyectada inicialmente no era importante y no existía incompatibilidad entre la aplicación de la cláusula penal y la concesión de un mayor plazo siempre que se descuenta en la liquidación de la pena el mayor tiempo concedido como resulta el caso.

Alegado por la recurrente, como segundo motivo, que la demandada no podía exigir la pena sin cumplir al tiempo con su obligación de devolver la fianza pues se trataría de obligaciones recíprocas, que permiten alegar la *exceptio non adimpleti contractus*, el Tribunal Supremo lo desestima al entender que la sanción responde a una demora producida cuando la promotora no estaba obligada a cumplir su obligación de recepcionar y pagar definitivamente la obra.

En cuanto al resto de los motivos que alegan la inaplicación o aplicación indebida de determinados preceptos los resuelve el Tribunal Supremo desestimándolos, bien por haberse aplicado por la Audiencia en interés del recurrente, bien porque se basan en afirmaciones incorrectas. **(STS de 5 de diciembre de 2007;** no ha lugar.) [Ponente Excmo Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—La mercantil NORIEGA, como constructora, demanda en juicio ordinario de menor cuantía a la mercantil ESTUDIO, como promotora, tanto el otorgamiento del acta de recepción

final de la obra consistente en la construcción de 48 viviendas unifamiliares en Jaén, como la devolución de las retenciones (5%) practicadas por la promotora en el momento de emisión de las certificaciones parciales de obra y que ascendían a la cantidad de 29.149.872 pesetas, incrementadas con los intereses legales desde el requerimiento notarial de 30 de abril de 1998 o alternativamente desde el emplazamiento o subsidiariamente desde la fecha de la sentencia. Ambas partes habían pactado una cláusula penal para el supuesto de retraso en la entrega de la obra (30 de abril de 1997) conviniendo en un momento determinado el aumento de la obra proyectada por lo que la demandada ESTUDIO alegó que no venía obligada a otorgar acta de recepción definitiva pues aún no se habían resuelto las deficiencias detectada en la obra ejecutada y no debía nada en concepto de retenciones pues tales cantidades quedaban compensadas con aquellas derivadas, entre otras, de la aplicación de la cláusula penal. Esta última alegación se entendió como reconvencción implícita procediéndose en consecuencia.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y condenando a la demandada ESTUDIO a otorgar el acta de recepción definitiva de la obra al considerar probado que las deficiencias que originaron el inicial retraso habían quedado solventadas el 29 de abril de 1998 y a pagar a la demandante la cantidad de 8.836.860 pesetas que devengaría el interés del artículo 921 LEC, señalando que solo cabía compensar la cantidad de 19.625.000 pesetas devengada como pena o sanción por la mora del constructor. Recurrída la sentencia de instancia por ambas partes la Audiencia Provincial desestimó íntegramente el recurso interpuesto por la demandada, estimando parcialmente el recurso de la demandante NORIEGA quien había planteado la inaplicabilidad de la cláusula penal y subsidiariamente la moderación en la aplicación de la misma, extremo este estimado por la Audiencia que redujo en un 20% la pena compensable.

Se interpuso recurso de casación por la demandante NORIEGA basado en cinco motivos (inaplicación de los arts. 1203.1, 1255 y 1282 CC; infracción por inaplicación de los arts. 1152.2.º, 1091 y 1100 CC; indebida aplicación del art. 1154 CC, inaplicación del art. 921 LEC e infracción del art. 710 LEC), todos ellos desestimados. (C. S. R.)

43. Contrato de obra. La concurrencia de los requisitos necesarios para que prospere la acción directa del artículo 1597 CC y, en concreto, de la existencia o no del crédito reclamado, es cuestión de hecho que compete al tribunal *a quo* y que queda excluida de la casación.—La acción directa en el contrato de obra es la que corresponde al subcontratista frente al dueño de la obra, hasta la cantidad que éste adeude al contratista cuando se hace la reclamación, tal como dispone el artículo 1597 del CC (STS de 4 de noviembre de 2004).

Los presupuestos para el ejercicio de esta acción directa son los siguientes: a) que el contratista principal haya concertado la ejecución de la obra de tal forma que su crédito futuro sea cierto y esté determinado en el contrato principal de la obra; b) que quienes ponen su trabajo y materiales en la obra

sean acreedores del contratista principal en el momento del ejercicio de la acción directa; c) que el acreedor directo haya constituido en mora al contratista principal; d) que el comitente sea deudor del contratista principal en el momento del ejercicio de la acción directa; e) que, si el acreedor directo es el subcontratista de obra, el comitente haya prestado su autorización para que el contratista principal pueda en su propio nombre, y por su propia cuenta, pero en interés de ambos, subcontratar la ejecución de todo o parte de la obra principal.

La aplicación del artículo 1597 exige la existencia de un crédito de los que ponen el trabajo o los materiales, nacido precisamente de la prestación del trabajo o los servicios en la obra o de los suministros de materiales para la obra y, en el caso del debate, no ha sido probada la presencia de ese crédito.

Por otra parte, constituye reiterada posición jurisprudencial, aplicable al supuesto litigioso, la relativa a que el artículo 1597 faculta para interponer la acción directa derivada del mismo a quienes ponen su trabajo y materiales en la obra contra el dueño de ésta, es decir, el comitente, siempre que el crédito, que fundamenta la pretensión, exista, y, en principio, resulte exigible, pues se precisa la demostración de la realidad de crédito, y aunque la doctrina entiende que no debe exigirse a la actora una prueba plena y completa, ya que ello podría ser un impedimento insalvable para la efectividad del precepto, en el caso de autos ni siquiera se ha aportado un mínimo elemento acreditativo sobre este particular (por todas, STS de 10 de marzo de 1997); asimismo, ha sido declarado por esta Sala (SSTS de 30 de junio de 1920 y 5 de junio de 1928) que es cuestión puramente de hecho la determinación de la existencia y cuantía del crédito del contratista y subcontratista contra el comitente, por lo que esta materia queda a la apreciación del Tribunal *a quo* y, por tanto, excluida de la casación (STS de 29 de abril de 1991 y, en igual sentido, STS de 31 de diciembre de 2002). (STS de 12 de febrero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Celebrado un contrato de obra entre dos grandes empresas para la construcción de dos silos, la contratista subcontrata con una tercera sociedad la nivelación y cimentación de los terrenos. Ante el impago de la contratista, la subcontratista pide a la sociedad comitente la retención de cantidades debidas a la que debía ejecutar la obra, y acaba demandando a la comitente en ejercicio de la acción directa del artículo 1597 CC el precio de los trabajos efectuados. Las dos sentencias de instancia desestiman las pretensiones de la actora, fundándose en que no se ha acreditado la existencia del crédito de la contratista contra la comitente, presupuesto necesario para que prospere la acción directa ejercitada. El recurso de casación es también desestimado. (M. C. B.)

44. Contrato de ejecución de obra pública. La jurisdicción competente para conocer de las vicisitudes en el cumplimiento de un contrato de obra pública es la civil.—No se trata de determinar en este caso si concurrió o no responsabilidad patrimonial de la Administración local por las consecuencias de la obra, cuyas derivaciones son ahora objeto de este litigio, sino de aplicar las reglas del contrato de obra, que numerosa jurisprudencia de esta Sala ha considerado que se rige por las normas civiles. Así la S de 18 de julio de 2002, en un supuesto en que se había demandado al Ayuntamiento

dueño de la obra, dice que «la jurisdicción competente es la civil, porque el contrato de obra tiene naturaleza jurídica intrínsecamente de Derecho civil, la entidad pública que contrata actúa como persona jurídica de derecho civil y, en todo caso, el pago del precio del contrato de obra es de naturaleza puramente civil»; lo mismo se afirma en la S de 24 de enero de 2006, que con cita de sentencias anteriores, señala que «la acción ejercitada contra la Administración del Estado, es la acción directa que prevé el artículo 1597 CC, y en la demanda se ha ejercitado la acción con el subcontratante Dragados basada en el subcontrato de obra y la acción directa contra el dueño de la obra que es el Estado; ambas acciones tienen la misma causa, que es el subcontrato de obra, de naturaleza civil y pretender que se ejercite la acción contra aquélla en la jurisdicción civil y la acción directa contra éste en la jurisdicción contencioso-administrativa sería tanto como dividir la contingencia de la causa» (ver asimismo STS de 12 mayo 1994, citada en la sentencia reproducida y las allí mencionadas). A ello debe añadirse que no se trata en este litigio de reclamar la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento dueño de la obra, sino de la incidencia del cumplimiento de un contrato de obra, en el que la jurisprudencia de esta Sala es constante en admitir la propia competencia.

Está legitimado para interponer la acción directa el que interviene en el contrato de obra poniendo trabajo, material o también como subcontratista, siempre que quede pendiente la realización de algún pago por parte del dueño de la obra o del contratista, según los casos.—Desde una ya antigua S de 29 de junio de 1936, esta Sala ha venido reconociendo la acción directa a quienes ponen su trabajo, «sin distinción ni de clase, ni de concepto, ni de calidad, y por ello gramaticalmente incluye a quienes trabajan, sin singularizar que lo realicen manualmente o en otra forma, ni la modalidad de su retribución», lo que incluye asimismo a quienes la sentencia, en terminología de aquel momento, denomina «subempresarios», quien está también legitimado para reclamar porque su exclusión no está justificada «[...] si realiza su trabajo manual conjuntamente con otros jornaleros que haya contratado» y esta exclusión «haría posible, contra toda justicia, el enriquecimiento del dueño de la obra a costa de aquél». Esta sentencia fijó un principio que ha sido seguido de forma generalizada por la jurisprudencia de esta Sala en sentencias más modernas. Así la de 6 de junio de 2000, recogiendo en parte la doctrina de la de 2 de julio de 1997, pone de relieve la necesidad de interpretar dicho artículo de forma que contemple la realidad económica actual, muy distinta de la de 1889 y señala que «el tercero a quien el artículo 1597 CC explícitamente concede la acción directa es a los terceros que ponen su trabajo y materiales. Se interpreta como tercero que interviene en el contrato de obra poniendo trabajo, material o también como subcontratista». Esta doctrina ha sido ratificada por las SS de 27 de julio de 2000, 31 de enero de 2002, 19 de abril de 2004 y 10 de marzo de 2005, entre otras. Ello ha llevado también a la doctrina de esta Sala a declarar de forma taxativa que no se aplica en este caso el principio formulado en el artículo 1257 CC, que aquí se considera también como infringido. La S de 27 de julio de 2000 afirma que «no cabe estimar que se pueda producir infracción del principio de relatividad del contrato consagrado en el artículo 1257 CC, porque la norma del artículo 1597, constituye una excepción al mismo. Así se concibió originariamente para atenuar el rigor de la eficacia relativa de los contratos, con basamento en la equidad, y así lo viene entendiendo la doctrina de esta Sala». A esta sentencia deben añadirse las SS de 29 de octubre de 1987, 15 de marzo

de 1990, 29 de abril de 1991, 22 de diciembre de 1992, 12 de mayo de 1994, 2 de julio de 1997, 6 de junio de 2000 y 19 de abril de 2004.

Finalmente y como requisito de la acción, se requiere que exista un crédito del contratista contra el dueño de la obra, de manera que es la cantidad que éste o el subcontratista deba al contratista, o primer subcontratista en este caso, lo que forma el contenido de la acción (STS de 2 de julio de 1997); sin embargo, la jurisprudencia de esta Sala ha venido considerando que puede ocurrir que la prueba resulte imposible para el demandante, que no conoce las relaciones entre el comitente y el contratista, de manera que exigir esta prueba podría convertir en ilusoria la acción directa después de haberle sido reconocida al subcontratista; por ello 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 (SSTS de 2 de julio de 1997, 28 de mayo de 1999, 6 de junio de 2000, 18 de julio de 2002 y 24 de enero de 2006).

Para que opere el artículo 1597 CC se requiere que el demandado, sea dueño de la obra o contratista, deba alguna cantidad al otro eslabón en la cadena de contratos de obra.—Lleva razón el recurrente al denunciar que se ha infringido el artículo 1597 CC, al constar la prueba de haber pagado al adjudicatario de la obra las certificaciones concretas y no quedar pendiente pago alguno en el momento en que se formula la reclamación. De acuerdo con lo que se ha argumentado en el F 4.º de esta sentencia, para que opere el artículo 1597 se requiere que el demandado, sea dueño de la obra o contratista, deba alguna cantidad al otro eslabón en la cadena de contratos de obra; la acción directa no puede dirigirse contra uno de los sucesivos contratistas o el dueño de la obra, como ocurre en este caso, cuando hayan cumplido ya sus obligaciones y hayan pagado en la totalidad la parte que le correspondía, simplemente porque no existe crédito que cobrar, que es el requisito exigido en el artículo 1597 CC para que tenga eficacia la acción directa. Por tanto, constando probado que el Ayuntamiento de Hospitalet del Infante y Vandellós había satisfecho las cantidades que debía según las certificaciones de obra que la adjudicataria de la misma le iba presentando, al no existir ya ningún crédito, no es deudor y por lo tanto, no puede reclamársele que pague a los subcontratistas lo que debería a la contratista, simplemente porque nada debe ya. **(STS de 12 de diciembre de 2007;** no ha lugar a uno de los recursos; ha lugar al otro.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—Un Ayuntamiento adjudica la construcción de un instituto de enseñanza media a una sociedad italiana. Ésta cede el contrato a su filial española que, ejerciendo como contratista, subcontrata parte de la obra con una empresa constructora. Esta última, a su vez, adquiere materiales y suministros y vuelve a subcontratar con algunas empresas a las que no paga cantidad alguna. Estas últimas, además de proceder contra la empresa constructora que contrajo las deudas, reclaman el pago de sus créditos tanto al Ayuntamiento comitente, como a ambas empresas contratistas —la adjudicataria y su filial—, ejercitando contra ellos la acción directa del artículo 1597 CC. Habiendo sido estimada íntegramente la demanda tanto en primera como en segunda instancia, la sociedad adjudicataria y el Ayuntamiento comitente interponen sendos recursos de casación, siendo desestimado el de la primera y estimado el del segundo. (L. F. R. S.)

45. Naturaleza de la relación contractual médico-paciente. Responsabilidad del médico.—El primer motivo se dirige a combatir el pronunciamiento de la sentencia sobre la naturaleza de la relación contractual existente con su paciente, entendiendo que se trata de un arrendamiento de servicios y no de obra y que lo que se garantiza no es el resultado sino la puesta a disposición de la paciente de los medios adecuados para obtenerlo. En su apoyo cita como norma del ordenamiento jurídico que considera infringida el artículo 1544 CC y reiterada jurisprudencia de esta Sala. El motivo se desestima. La distinción entre obligación de medios y de resultados («discutida obligación de medios y resultados», dice la STS de 29 de junio de 2007), no es posible en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se garantice incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la satisfactiva, cuya diferencia tampoco aparece muy clara en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como bienestar en sus aspectos psíquico y social, y no sólo físico. La responsabilidad del profesional médico es de medios, y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados y, en particular, proporcionarle la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan igual ante los tratamientos de que dispone la medicina actual. Las singularidades y particularidades, por tanto, de cada supuesto influyen de manera decisiva en la determinación de la regla aplicable al caso y de la responsabilidad consiguiente. En este sentido, la S de 22 de noviembre de 2007, analizando un supuesto de medicina voluntaria o satisfactiva, declara que «no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTS de 25 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997, 7 de abril de 2004, 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006 y 23 de mayo de 2007)».

En el caso la relación jurídica entre demandante y demandado se produjo a partir de un contrato entre paciente y médico, consistente en subsanar la deficiencia restante en el maxilar superior izquierdo mediante la técnica de implantes óseo-integrados, con intervención quirúrgica bajo anestesia general, que tiene la naturaleza de contrato de obra, según define el artículo 1544 CC, como aquel por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto, puesto que comprometió un resultado satisfactorio al término de la intervención o lo que es igual, aseguró o garantizó el interés final perseguido por el paciente, como declara probado la sentencia, captando su voluntad para

realizar un tratamiento que en principio, y conforme al deseo de la paciente iba a adecuarse a las pautas señaladas por el médico especialista en esta clase de actuaciones, que le había reconocido con anterioridad, y esta actuación deja al margen cualquier valoración sobre los elementos que conforman la responsabilidad que pudiera derivar de la intervención médica para aproximarla al régimen jurídico del arrendamiento de obra y no de servicios, en el que el resultado ofertado o prometido, y no cumplimentado, y no los medios que se pusieron a disposición de la paciente, resulta suficiente para responsabilizar al facultativo del daño. (STS de 12 de marzo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La actora demandó al médico estomatólogo y cirujano máxilofacial y a la aseguradora de éste. El facultativo le había asegurado que tras un trasplante de hueso en el maxilar superior sería posible implantarle cinco piezas dentarias, perdidos todos —hueso y piezas— en un accidente de tráfico. Pero no sólo no fue posible realizar el trasplante y los implantes previstos sino que, además, tras romper el médico la prótesis de la actora —manipulándola para su adaptación— no se la devolvió. A ello se unía la falta de información con la que la demandante se había sometido a la intervención. Por todo ello reclamaba indemnización por los daños y perjuicios sufridos más la correspondiente a los daños morales. El Juzgado estimó en parte la demanda y, absolviendo a la compañía de seguros, condenó al médico. Interpusieron médico y paciente sendos recursos de apelación y la Audiencia estimó en parte el de la actora lo que supuso la condena a los demandados en la instancia al abono solidario de una importante cantidad. Además de ello, se condenó al médico al abono de una suma notoriamente superior a la cantidad mencionada más intereses. No hubo lugar al recurso de casación promovido por el facultativo. (R. G. S.)

46. Responsabilidad contractual del abogado: doctrina general.

La relación 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. El cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias. El deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis*, aunque la jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de la actividad profesional del abogado. La jurisprudencia ha precisado que tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido y de la existencia y alcance de éste corresponde a la parte que demanda la indemnización. El juicio de imputabilidad exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado sino de medios, en el sentido de que no comporta como regla general la obligación de lograr una estimación o resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues ésta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador. Este criterio impone exa-

minar si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas del oficio, que debe resultar probada, se ha producido una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficientes para ser configuradas como una vulneración objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva y por ello un daño resarcible en el marco del artículo 1101 CC.

Frustración de una acción judicial: prueba.—Cuando el daño por el que se exige responsabilidad 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 deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica 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 (así SSTs de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006); el daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado, y exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idóneas para realizarlas (STS de 27 de julio de 2006). Es menester que exista una relación de certeza objetiva entre el incumplimiento de su obligación por parte del profesional jurídico y la inadmisión o desestimación de las pretensiones formuladas en defensa de su cliente, como ocurre por ejemplo en los supuestos de falta de presentación de escritos en los plazos establecidos o de omisión de trámites exigidos como carga para hacer valer las respectivas pretensiones, o la omisión de algún concepto indemnizable con arreglo a la jurisprudencia consolidada, como es el caso del daño moral o del lucro cesante. Este criterio comporta inexistencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defensa del abogado se ha desempeñado por cauces incompatibles con la aplicación indiscutible de la ley, con la jurisprudencia consolidada o con la práctica reiterada de los tribunales —que debe ser conocida por los profesionales del Derecho— o con el respeto a la ley cuya interpretación no ofrezca dudas razonables según las pautas que puedan deducirse de la doctrina y de la jurisprudencia.

Demanda ante jurisdicción laboral.—Los actores imputan a sus letrados haber interpuesto una demanda laboral ordinaria cuando procedía interponer una demanda de despido, por tratarse de un supuesto de sucesión de empresas, respecto del cual, se alega, la jurisprudencia laboral declara que no cabe una acción declarativa independiente de la de despido, y considera que la frustración de la acción judicial tiene como causa ese proceder equivocado de los abogados. Pero esta Sala, en aplicación de la doctrina que acaba de exponerse, entiende que la conducta de los abogados no es susceptible de ser calificada como integrante de una infracción del deber de diligencia profesional, y debe entenderse que la parte recurrente no ha probado que la frustración de la acción judicial se debió a una actividad de los abogados contraria a un criterio establecido con solidez y no susceptible de apreciación o interpretación en sus aspectos jurídicos o fácticos en el ámbito doctrinal y jurisprudencial. (STS de 15 de febrero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—La sentencia desestimatoria argumenta, para enjuiciar una supuesta negligencia profesional ante la jurisdicción laboral, con base en una Resolución de la Junta de Gobierno del Colegio de

Abogados de Madrid, cuya fecha no se indica; y, asimismo, en no ser prueba suficiente el hecho de la inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina, dado el extremo rigor con que se valora aquélla, y también en la circunstancia de que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sólo valoró entonces el que las sentencias de contraste alegadas no abordaban directamente la inadecuación del procedimiento; por último, que un somero examen de la jurisprudencia social realizada por la resolución corrobora que no puede hablarse de la existencia de una solución indiscutible en virtud de la aplicación inconcusa de una jurisprudencia firme sobre el particular, con mención de la jurisprudencia social del Tribunal Supremo y de varios Tribunal Superior de Justicia. No parece pueda hablarse de auténtico *enfrentamiento* entre criterios interpretativos, respectivamente, de Salas distintas del Tribunal Supremo, si bien no deja de sorprender cierta crítica encubierta sobre algunos aspectos de la jurisprudencia de lo Social, relacionados con la acción interpuesta por el letrado demandado. (G.G.C.)

47. Deberes del mandatario: rendición de cuentas.—[...] la decisión no conculca el artículo 1720 del Código Civil, pues descartada la existencia de renuncia es precisamente este precepto en el que se apoya la Audiencia para apreciar el incumplimiento contractual de la recurrente y condenarla a abonar lo que le restaba de lo percibido por su gestión por cuenta de sus poderdantes, en consonancia con la doctrina que se refiere a dicha norma como un precepto que obliga a todo mandatario a «dar cuenta de sus operaciones y abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aún cuando lo recibido no se debiera al poderdante». El deber impuesto al mandatario es un deber fundado en principios de moralidad y justicia, que no encuentra dispensa ni siquiera por el mero hecho de la existencia de relaciones familiares entre mandante y mandatario, como es el caso, ni aún cuando hubiera convivencia entre ellos (en este sentido, SS de 18 de marzo de 1953, 28 de octubre de 1969 y 13 de abril de 1995) y que, por tanto, sólo excepcionalmente puede desaparecer para el mandatario si media pacto expreso que le libere expresamente de su cumplimiento. Este criterio es mantenido por la jurisprudencia, entre otras muchas, en la S de 26 de enero de 2004 que afirma que «su sanción sólo cede si se pacta *ad hoc* esa no obligación de dar cuenta» y del mismo se hace eco la propia sentencia recurrida, al razonar en el F 1.º que la obligación de rendir cuentas es inherente a «todo tipo de operaciones verificadas al amparo de un apoderamiento», principio general que «sólo quiebra en determinados supuestos en los que, de forma clara, se exime al mandatario, renunciando el mandante a esa rendición».

Requisitos de validez de la renuncia del derecho a exigir la rendición de cuentas por parte del mandante.—Ninguna infracción se ha cometido del artículo 6.2 CC; ocurre que la tesis de la recurrente choca con la doctrina en torno a la renuncia de derechos. Partiendo del carácter bilateral del mandato, la eliminación de lo que constituye deber esencial del mandatario sólo es posible mediando pacto al respecto en el que una de las partes, el mandante, acepta prescindir voluntariamente del derecho que le reconoce la ley de exigir a otra, el mandatario, dar cuenta justificada de su gestión. Y entendido entonces el pacto exonerador antes referido como acto de renuncia de derechos, a fin de liberar de su deber al mandatario, es obvio que para que pueda

servir a tal finalidad, la renuncia, además de cumplir con las exigencias que menciona la recurrente, precisaría también que el derecho al que se refiere forme parte del patrimonio del renunciante, pues en puridad, el derecho no existe hasta que no se tiene, y sólo entonces resulta disponible para su titular, tal y como ha venido entendiéndolo esta Sala al respecto, por ejemplo, de la renuncia del arrendatario a su derecho de acceso a la propiedad (SS de 21 de marzo de 2007 y 11 de octubre de 2001), señalando expresamente la S de 2001 que «...el artículo 6.2 del CC,...actúa como delimitador del alcance de la renuncia de derechos», lo que «ha motivado la doctrina constante de esta Sala de Casación Civil que exige, para su eficacia jurídica, que ha de ser expresa y contundente, con manifestación indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, o deducida de actos o hechos de los que deduzca inequívocamente y sin ambigüedad alguna (SS de 5 de marzo, 3 de junio, 28 y 31 de octubre y 5 de diciembre de 1991, 14 de febrero de 1992, 31 de octubre de 1996 y 19 de diciembre de 1997)» pero además, «...al actuar la renuncia como dejación del derecho sobre el que se proyecta, resulta necesario que el derecho se hubiera incorporado al patrimonio del renunciante, en este caso el arrendatario, respecto al cual el retracto actúa como un derecho expectante, ya que su realización está supeditada a que se den las condiciones legales que posibilitan su ejercicio, es decir la transmisión del objeto de arriendo a un tercero –cambio de titularidad dominical y persona arrendadora– y es entonces cuando la renuncia sí resulta efectiva, al haber nacido el derecho, que queda así a la disponibilidad del arrendatario y de este modo no puede renunciar anticipadamente a un beneficio no surgido al tiempo de celebrarse el contrato (SS de 14 de noviembre de 1952 y 6 de mayo de 1955)», doctrina plenamente aplicable al caso de autos habida cuenta que, como acierta a decir la sentencia (F 1.º, «la obligación de rendir cuentas y el correlativo derecho a exigirlo, nace en el momento en que el mandato ha sido ejecutado», de modo que mientras no se ejecuta el encargo aquel derecho no es una realidad que haya nacido a la vida jurídica, lo cual resulta razonable desde la óptica de la propia finalidad del derecho a rendir cuentas, toda vez que el mandante sólo puede exigir cuenta justificada de lo hecho por su apoderado tras conocer los actos y operaciones que ha finiquitado determinantes, en su caso, de un saldo a su favor que sería objeto de liquidación. En conclusión, incluso en la hipótesis de admitir que los documentos 4 y 6 contenían la voluntad de los suscritores en el sentido de renunciar al derecho reconocido al mandante en el artículo 1720, es obvio que los límites legales que delimitan la disposición de los derechos propios, impiden extender la renuncia a actos pendientes de ejecutar por el mandatario. (STS de 25 de enero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Lifián.]

HECHOS.—La recurrente en casación había sido demandada por su madre y su hermana quienes habían interesado su condena a rendir cuentas y abonar lo percibido con motivo de su gestión en cumplimiento de los mandatos conferidos al objeto de que vendiese tres fincas pertenecientes proindiviso a las mandantes. Sostuvo la demandada que había sido exonerada de la obligación de rendir cuentas y, por si eso no bastaba, que ya las había rendido dándose las mandantes por saldadas. El Juzgado absolvió a la mandataria pero la Audiencia revocó la sentencia inferior al rechazar el valor exonerador de los documentos que ésta aportó en apoyo de su tesis pues quedó probado que era la propia mandataria quien los había

escrito y que una de las mandantes carecía de la lucidez necesaria para emitir declaraciones de voluntad jurídicamente eficaces. No hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

48. Accidentes de trabajo: responsabilidad civil del empresario: doctrina establecida por la Sala Primera en Pleno.—La responsabilidad civil por accidentes de trabajo nace por incumplimiento de una obligación legal, porque la ley está determinando el contenido obligatorio del contrato de trabajo. La obligación de seguridad pertenece al ámbito estricto del contrato de trabajo, porque forma parte del contenido contractual al establecerlo el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: se trata de una obligación general de diligencia incorporada por ley al contenido del contrato de trabajo. Esta Sala, por tanto, fija la doctrina según la cual y en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 LOPJ, las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social.

Muerte de obrero de empresa subcontratista: responsabilidad del Ingeniero técnico autor y director del proyecto, así como del dueño o promotor de la obra: *Vis atractiva* de la jurisdicción civil.—Aunque la competencia debiera corresponder a la jurisdicción social por aplicación de la doctrina expuesta, el presente litigio presenta características especiales al haber sido demandadas conjuntamente con las empresas contratista y subcontratista, otras personas que no mantenían relación laboral con la víctima del accidente, tales como el Ingeniero técnico, condenado en la instancia no recurrente en casación, y el dueño de la obra, que sí lo ha hecho. Por ello debe descartarse la declaración de exceso de jurisdicción y en virtud de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil, debe declararse la competencia de esta jurisdicción para conocer de la acción de responsabilidad interpuesta por la demandante por la muerte de su hijo; al no poder dividirse la causa, y esta *vis atractiva* afectará también a aquellas otras demandadas, una de las cuales es ahora recurrente, que ostentaban una relación laboral con el trabajador fallecido. Entrando en el fondo de la responsabilidad de la empresa subcontratista, empleadora del trabajador fallecido, debería estimarse su recurso porque en realidad no ha incurrido en responsabilidad extracontractual, sino que ha incumplido las obligaciones contractuales en relación a la falta de medidas de seguridad; pero no procede hacerlo aplicando la doctrina de la equivalencia de resultados, ya que esta Sala se ha declarado competente para conocer del presente concurso, y ha quedado demostrada la negligencia de la empresa subcontratista, y que el fallecido pertenecía a su plantilla, destacándose la ausencia del más elemental cuidado en orden a la adopción de medidas de seguridad para los trabajadores a su cargo.

Cuantía de la indemnización.—Nos encontramos ante una demanda de responsabilidad basada en la culpa del empresario de acuerdo con el artículo 1902 CC; por ello los criterios para la cuantificación del daño deben ser civiles, y esta Sala ha venido entendiendo que pueden ser utilizados los establecidos en los denominados *baremos* por vía de orientación (STS de 11 de noviembre de 2005), porque el único principio que ha de tener en cuenta el juzgador es el de indemnidad de la víctima (STS de 13 de junio de 2006), y ello sin perjuicio de que puedan tenerse en cuenta las cantidades que se hayan hecho efectivas al perjudicado en el ámbito laboral (SSTS de 8 de octubre de 2001 y 31 de diciembre de 2003).

Responsabilidad del dueño de la obra.—El hecho de haber iniciado la obra sin la correspondiente licencia, aparte de las sanciones de tipo administrativo que ello podría comportar, no permite imputar de forma objetiva al promotor la responsabilidad por el accidente causado, puesto que este comportamiento no es suficiente, por sí solo, para atribuirle la causalidad jurídica (STS de 15 de enero de 2008; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

NOTA.—Importante sentencia dictada por diez Magistrados de la Sala Primera con vistas a unificar la doctrina jurisprudencial en materia de responsabilidad por accidentes de trabajo. Como es habitual en casos similares, esta extensa resolución dedica los FD 3.º y 4.º a resumir las diversas etapas por las que ha discurrido la jurisprudencia: 1.ª) Naturaleza extracontractal (SSTS de 5 de enero de 1982 hasta la de 8 de noviembre de 1990; 2.ª) Años 1998-1999, durante los cuales intenta abrirse paso la dirección que entiende ser competencia laboral cuando la pretensión se basaba en el incumplimiento de normas laborales (SSTS de 24 y 26 de diciembre de 1997, y 10 de febrero y 20 de marzo de 1998; de acuerdo con el Auto de la Sala de Conflictos de 23 de diciembre de 1993; 3.ª) Vuelta al criterio tradicional por entender que el daño se produce fuera de la órbita de lo rigurosamente pactado en el ámbito del contrato de trabajo (así SSTS de 21 de marzo de 1997, 24 y 30 de noviembre y 18 de diciembre de 1998, 2 de marzo y 26 de mayo de 2000; 4.ª) visto el grado de desacuerdo y el punto de insatisfacción derivado, manteniendo el principio de reparación íntegra del daño, se hace la distinción de si la demanda se basa en la infracción exclusiva de normas laborales, en cuyo caso se declara la competencia de esta jurisdicción (SSTS de 6 de marzo, 4 de mayo y 28 de septiembre de 2006), mientras que si la demanda se basa inexorablemente en normas civiles declara la competencia de la jurisdicción de esta naturaleza; y 5.ª) La Sala Primera en pleno parece no seguir o ignorar la doctrina mantenido en los Autos dictados por la Sala de conflictos del Tribunal Supremo, que declaran siempre la competencia laboral, salvo que el accidente se vincule a una conducta del empleador ajena al contenido obligatorio del contrato de trabajo (Autos de 23 de diciembre de 1993, 4 de abril de 1994, 10 de junio de 1996 y 28 de febrero de 2007).

La importancia de esta sentencia puede valorarse en una doble perspectiva, la amplia o general pues se incardina en la reciente tarea acometida por dicha Sala de unificar la doctrina cuando han recaído interpretaciones contradictorias, y la particular que hace referencia al concreto caso enjuiciado. Bajo la segunda perspectiva hay que advertir que el Juzgado de Primera Instancia no entró en el fondo por entender competente a la jurisdicción laboral, mientras que la Audiencia Provincial asumió la competencia y, entrando en el fondo, estimó la demanda interpuesta por la madre de la víctima accidentada, reduciendo de 15 a 10 millones de pesetas la indemnización reclamada, condenando a todos los demandados. En realidad, la parte actora fundamentó su petición exclusivamente en la infracción del deber de seguridad en el trabajo, si bien amplió la demanda al Ingeniero técnico, así como a la entidad subcontratante

y a la empresa dueña de la obra; se trata de una lícita táctica procesal de implicar globalmente al mayor número de eventuales responsables, pero que en este caso ha enmarañado el proceso, pues la sentencia extractada reconoce que inicialmente la demanda debía haberse deferido a la jurisdicción laboral, aunque no se aplica en atención a la equivalencia de resultados (¿pero no hay cierta indefensión en los demandados?). Solución, a mi juicio, equitativa, sobre todo en atención a que el accidente se produjo en 1995.

La doctrina general coincide y ratifica la razonable vía media que propugnó la STS de 2 de octubre de 2001, que descarga sobre el actor el *onus* de fundamentar estrictamente la demanda, y obligará a una cuidadosa formulación de las reclamaciones ante los Tribunales civiles en esta materia. (G. G. C.)

49. Reclamaciones por responsabilidad del empresario que deriva del incumplimiento del contrato de trabajo: jurisdicción competente.—

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mostrado oscilante en lo relativo a la competencia del orden jurisdiccional civil en materia de reclamaciones por accidentes de trabajo. De esta forma, pese a que, en un primer momento, se consideró que la responsabilidad del empresario por este tipo de daños debía tener naturaleza extracontractual por tratarse de un suceso que se encuentra «fuera de la rigurosa órbita de lo pactado» (entre otras, SSTS de 5 de julio de 1983, 21 de octubre de 1988 y 8 de noviembre de 1990), posteriormente parece asentarse una línea jurisprudencial que excluye la competencia de la jurisdicción civil cuando el fundamento de la pretensión de indemnización sea el incumplimiento de normas laborales (SSTS de 26 de diciembre de 1997, 10 de febrero y 20 de marzo de 1998); sin embargo, a partir de la sentencia de 13 de octubre de 1998 se vuelve al criterio tradicional de asumir la competencia. Finalmente, de acuerdo con la doctrina más reciente (concretamente, STS de 15 de enero de 2008), las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social, porque el fundamento para imputar la responsabilidad en el ilícito laboral se halla en la infracción de una norma reguladora de esta materia. Por tanto, la jurisdicción civil sólo resultará competente, cuando el daño derive del incumplimiento de normas distintas a las que regulan el contenido de la relación laboral. (STS de 19 de febrero de 2008.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—Don A. J. sufre un accidente laboral mientras trabaja provocado por la falta de adopción de las medidas de seguridad e higiene legal y reglamentariamente establecidas. Por ello, demanda a su empresa solicitando la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. En apoyo de su demanda, además de normas laborales y de seguridad social, alega la infracción de las normas civiles reguladoras de la responsabilidad contractual y extracontractual. La empresa demandada, por su parte, alega la excepción de incompetencia de jurisdicción.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, rechazando así la excepción de incompetencia de jurisdicción. La sentencia de la Audiencia Provincial mantiene la desestimación de la excep-

ción opuesta. Finalmente, el Tribunal Supremo, tras estimar la incompetencia de la jurisdicción civil para el conocimiento del caso litigioso, declara la nulidad de todas las actuaciones procesales. (*M. C. C. M.*)

50. Responsabilidad civil. Prueba de la relación de causalidad en caso de incendio.—En los casos de incendio en edificios, reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo considera suficientemente acreditada la relación de causalidad cuando existe un grado razonable de probabilidad cualificada, distinta de la certeza absoluta (entre otras, SSTS de 30 de noviembre de 2001, 29 de abril de 2002).

Responsabilidad civil. Imputación objetiva en caso de incendio.—La imputación objetiva en estos casos se basa en la generación de un peligro jurídicamente desaprobado y en el control que se ejerce por el demandado sobre las cosas que lo generan. Así, en caso de incendio en un inmueble, al perjudicado le corresponde probar la realidad del mismo y que se produjo en el ámbito de operatividad del demandado; en cambio, a quien tuvo la disponibilidad, contacto, control o vigilancia de la cosa en que se originó el incendio le corresponde acreditar la existencia de la actuación intencionada de terceros o de serios y fundados indicios de que la causa hubiera podido provenir de agentes externos (STS de 20 de mayo de 2005). (**STS de 15 de febrero de 2008**; no ha lugar al recurso de don C.; ha lugar al recurso de la comunidad hereditaria de don E.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Producido un incendio en un edificio, diversos propietarios y arrendatarios de las viviendas situadas en el mismo, así como la aseguradora contra incendios de la vivienda —subrogada por el abono de indemnizaciones a otros inquilinos—, interponen sendas demandas de indemnización de daños contra la empresa constructora que en aquel momento se encontraba realizando obras de reparación de uno de los pisos, así como contra el autor material de dichas reparaciones (don C.) e, incluso, en algunas de las demandas, contra el propietario de la vivienda objeto de la reparación (don E., tras cuyo fallecimiento su posición procesal es ocupada por sus herederos). Acordada la acumulación de los autos, todas las demandas son desestimadas en primera instancia.

Los demandantes interponen entonces recurso de apelación, que es estimado en parte, al considerarse probado que el origen del incendio se encontraba en la vivienda que estaba sufriendo las reformas y que la causa del fuego había sido un exceso de aplicación localizada del calor, resultado de la utilización de un soplete. Consiguientemente, se condena a don C., así como a don E., a la indemnización de las cantidades solicitadas y demás pedimentos contenidos en las demandas.

Interpuesto recurso de casación por los condenados, el Tribunal Supremo desestima íntegramente el recurso de don C. y estima en parte el de la comunidad hereditaria de don E., absolviéndolo a ésta de la condena a indemnizar a dos de las demandantes, ya que en el escrito de demanda de las mismas no se incluía a don E. como demandado. (*A. M. M.*)

51. Responsabilidad extracontractual. No es responsable de los daños causados por el espectáculo pirotécnico la contratista que manipulaba material fabricado y utilizado correctamente, sino sólo el Ayuntamiento que no adoptó las medidas de seguridad correcta para la prevención de accidentes.—Así las cosas, la valoración de las conductas concurrentes en la actividad de riesgo que entraña la utilización de material pirotécnico, al objeto de atribuir, conforme a criterios objetivos, el daño ocasionado y hacer la correspondiente imputación de la responsabilidad, conduce a considerar que el resultado lesivo sólo puede ponerse a cargo de quien, en el marco de sus competencias —art. 25.2 a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local—, y en el ejercicio de ellas, dejó de observar los deberes de vigilancia y cuidado que le eran normativamente exigibles, no habiendo promovido ni adoptado las medidas de seguridad que resultaban precisas para el desarrollo del espectáculo, en condiciones de total indemnidad para los asistentes, deberes que recaían en exclusiva sobre el Ayuntamiento, el cual, con esa omisión de los deberes consustanciales a la prestación de un servicio público —y tal condición ostenta la promoción y ejecución de los festejos populares, en el superior ámbito del fomento, promoción y desarrollo de la cultura [cfr. art. 25.2 m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril]—, permitiendo que los espectadores se situasen en un lugar que, por su proximidad al de lanzamiento de los cohetes, resultó a todas luces inadecuado, fue quien creó la situación de riesgo determinante del resultado lesivo, por encima del riesgo inherente a la manipulación y empleo de material pirotécnico por la empresa contratista codemandada, la cual, dada la correcta fabricación y utilización del material, no contribuyó, con relevancia causal, apreciada en términos de adecuación, al resultado dañoso, sin que le fuera exigible a esta última, ni la excitación de la correcta actuación de la Administración, ni el control sobre el cumplimiento de aquellos deberes de vigilancia y sobre la adopción de las necesarias medidas de seguridad, cuya debida y puntual observancia se ha de presumir en el adecuado ejercicio de las potestades administrativas. En consecuencia, no cabe apreciar la responsabilidad de la empresa de pirotecnia codemandada en la producción del daño sufrido por el actor, como tampoco cabe, consiguientemente, declarar la responsabilidad solidaria de la compañía aseguradora codemandada, al faltar el presupuesto de la producción del riesgo objeto del aseguramiento —la responsabilidad civil de la mercantil asegurada— que permite dirigir contra ella, con éxito, la acción directa prevista en el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. **(STS de 20 de diciembre de 2007; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Durante las fiestas locales, el Ayuntamiento de cierto municipio autoriza la instalación y ejecución de un artificio pirotécnico que, por su potencia, podía lanzar restos incandescentes hasta 100 metros de distancia o algo más, tras su explosión. En el evento resulta herido de gravedad en un ojo un espectador, que se hallaba a 115 metros de distancia de los fuegos artificiales. Según la normativa administrativa vigente, corresponde al Ayuntamiento establecer las medidas de seguridad necesarias para evitar accidentes y, en concreto, determinar a qué distancia mínima han de situarse los espectadores, en función del tipo y potencia del espectáculo autorizado. Ante las demandas interpuestas por el perjudicado contra el Ayuntamiento en cuestión, la empresa pirotécnica y la asegu-

radadora de ésta, el Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente los pedimentos, siendo confirmada la sentencia en grado de apelación. Las empresas condenadas interponen el recurso de casación, acogido por el Alto Tribunal al entender que la adopción y vigilancia de las medidas de seguridad concretas para cada caso son competencia exclusiva del Ayuntamiento y que el proceder de la contratista fue en todo caso correcto. (M. C. B.)

52. Culpa extracontractual: accidente ferroviario: atropello de viajera al cruzar vías: incongruencia: doctrina general.—Es jurisprudencia reiterada, proclamada hasta el cansancio, que no se produce incongruencia por el cambio de punto de vista del Tribunal respecto al mantenido por los interesados, siempre que se observe por aquél el absoluto respeto para los hechos que son los únicos elementos que pertenecen a la exclusiva disposición de las partes. El principio *iura novit curia* autoriza al juzgador, sin que ello implique incidir en incongruencia y siempre que se guarde respeto a los componentes fácticos, a emitir un juicio crítico y valorativo sobre los mismos, incluso aplicando normas no invocadas por las partes. Tal principio autoriza al Juez civil a aplicar las normas jurídicas que estime procedentes, así como modificar el fundamento jurídico en que se basan las pretensiones de las partes, habiendo declarado el Tribunal Constitucional en sentencia núm. 369/93, de 13 diciembre, que no está obligado a los razonamientos empleados por las partes. En definitiva, sólo es posible la incongruencia por alteración de la *causa petendi* y no por el cambio del punto de vista jurídico. Tal doctrina jurisprudencial está recogida hoy por el artículo 218.1 LEC 2000. En el presente caso la parte actora fundó su pretensión tanto en sede de responsabilidad extracontractual con cita de los artículos 1902 y 1903 CC, como por infracción de la contraparte de las obligaciones derivadas del contrato de transporte. Por ello no puede considerarse incongruente que la Audiencia Provincial haya recurrido a la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, y ello con independencia de la bondad de tal solución.

Concurrencia de culpas: inexistencia: culpa exclusiva de la víctima. La Audiencia Provincial estimó parcialmente la demanda y redujo la cuantía de la indemnización a un tercio de lo reclamado al apreciar importante negligencia por parte de la víctima, pues en la estación donde se produjo el arrollamiento existían numerosas señales que indicaban la prohibición de cruce de las vías, y de indicación de la salida de la estación, y además el accidente se produjo en una recta de unos 500 metros de visibilidad, haciendo uso el tren tanto del silbato como del sistema de luces. Pero, entendió aquélla, que simultáneamente la RENFE incumplió las normas de policía a ella encomendadas, en el entendimiento de que no basta que se pongan carteles indicadores en la estación de salida y de la prohibición de cruzar las vías, toda vez que dichas obligaciones reglamentarias van más allá, debiendo proceder incluso a la imposición de su cumplimiento; a tal dejación de funciones se añade el hecho de mantener parte de la estación sin vallar lo que facilitaba que los pasajeros usaran de forma indebida la salida a través de las vías. Pero la Sala Primera no comparte tal apreciación.

Doctrina general sobre objetivación de la culpa.—Es reiterada la doctrina de esta Sala, recogida últimamente por STS de 19 de enero de 2007, según la cual la tendencia jurisprudencial hacia una objetivación de la culpa extracontractual, mediante los mecanismos de la inversión de la carga de la

prueba y de la teoría del riesgo, no excluyen de manera total y absoluta el esencial elemento psicológico o culpabilístico, como inexcusable ingrediente integrador, atenuado pero no suprimido, de la responsabilidad por culpa extracontractual, de tal modo que si de la prueba practicada, con inversión o sin ella, aparece plenamente acreditado que en la producción del resultado dañoso, por muy lamentable que sea, no intervino ninguna culpa por parte del demandado, ha de excluirse la responsabilidad del mismo. Asimismo, la STS de 12 de junio de 2001, establece que cualquier nexo causal entre la conducta del agente y el resultado dañoso se rompe y la responsabilidad por riesgo desaparece, en aquellos supuestos en que el evento lesivo se ha producido exclusivamente debido a la falta de diligencia de la víctima.

Ausencia de negligencia por parte de la RENFE.—La omisión negligente de ésta debe circunscribirse a la falta de adopción de las medidas necesarias para evitar los perjuicios previsibles, y, en el presente caso, consta que la demandada atendió tales exigencias, estando perfectamente señalizada tanto la dirección de la salida subterránea como la prohibición de cruzar las vías por los lugares no habilitados, habiendo cumplimentado todas las medidas de seguridad adecuadas tendentes a evitar el paso por lugares inadecuados; además, como previene la STS de 19 de enero de 2007, la inexistencia de vallas protectoras no puede generar, de por sí, la responsabilidad de la empresa ferroviaria, por cuanto se trata de una medida que no se ordena a evitar accidentes, y sin que a los usuarios del servicio ferroviario se les pueda imponer el cumplimiento de las medidas de seguridad pertinentes. **(STS de 5 de diciembre de 2007; ha lugar.)** [Ponente. Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Ruiz de la Cuesta.]

NOTA.—Es notorio que en la circulación de los trenes de cercanías en torno a las grandes urbes, que cumplen una importante función económico-social permitiendo que diariamente cientos de miles de trabajadores se trasladen desde la periferia de la capital al centro, y viceversa, se han originado y siguen originándose gran número de accidentes al cruzar muchas veces las vías los viajeros por lugar inadecuado. El accidente aquí enjuiciado ocurrió el 30 de julio de 1995, e ignoro si desde entonces RENFE ha mejorado sus medidas de seguridad y si la frecuencia de accidentes ha experimentado variaciones en uno u otro sentido. Esta sentencia parece que inclina la balanza a favor de la empresa ferroviaria estableciendo, a la vista de las medidas adoptadas la regla *sibi imputet* (por cierto, aparte de ser la víctima una mujer, se ignoran todos sus datos y circunstancias personales, su edad, estado civil y si padecía deficiencias auditivas o visuales, si era viajera habitual u ocasional, incluso su grado de instrucción; así como la hora del accidente y la fecha en que se produjo). Los accidentes mortales por cruzar indebidamente las vías pueden llegar a constituir —evidentemente— una cuestión de política general en la que aquí no cabe entrar. En los aspectos civiles hay, sin duda, una dimensión de educación general media del usuario, de conducta de la masa (¿no parece lógico que si todos o la mayoría de viajeros cruzaban en aquel momento las vías, parece más disculpable la conducta de la víctima?). Por otra parte, si la propia RENFE ha cuidado de la existencia de un paso a través de las vías ¿no había dado por supuesto que los viajeros lo utilizarían en algunas ocasiones? ¿*quid* si cuando el paso resulta, diga-

mos, inócuo, se produce cualquier otro daño al viajero? ¿responde, o no, la RENFE?; en las horas de mayor afluencia ¿no debieran personarse eventualmente empleados en los andenes para advertir del riesgo efectivo del cruce por el paso desaconsejado? ¿no habría que matizar esa afirmación de que RENFE no puede imponer *coercitivamente* el cruce por el paso subterráneo, además de limitarse a advertirlo de modo general, por anuncios y altavoces? En las nuevas estaciones ¿no se dan ya gran número de nuevos vetos y prohibiciones, que limitan, —a veces exageradamente—, la libertad del viajero, por ejemplo el acceso mismo a los trenes AVE? (G. G. C.)

53. Criterios de imputación al empresario de la responsabilidad derivada de accidentes de trabajo.—[...]

hay que reconocer que la jurisprudencia de esta Sala no ha mantenido una postura uniforme sobre los criterios de imputación al empresario de la responsabilidad derivada de accidentes de trabajo. La S de 14 de diciembre de 2005 pone de relieve que «efectivamente, no son pocas las sentencias que, [...] han aplicado criterios o tendencias objetivadoras a la denominada responsabilidad civil del empresario por accidente laboral. Es más, en alguna de aquéllas se apunta incluso un «nuevo principio de la responsabilidad por riesgo o sin culpa, que responde a las exigencias de nuestros tiempos» (STS de 17 de octubre de 2001); entre otras, y con base en la «protección de la víctima», se mantiene una presunción de culpa del empresario con el argumento de que, aunque cumpliera toda la normativa de prevención de riesgos laborales, el propio accidente habría demostrado su insuficiencia y por tanto la omisión de algún grado de diligencia (SSTS de 17 de julio y 24 de septiembre de 2002, 13 de febrero y 22 de abril de 2003 y 18 de junio de 2004); y en fin, en la de 29 de abril de 2004 se declara muy rotundamente que también en este ámbito de la responsabilidad civil la objetivación se acentúa cada vez más».

Sin embargo, esta tendencia ha sido rechazada por la jurisprudencia más reciente. Así, la propia S de 14 de diciembre de 2005 afirma «que frente a esa línea marcada por la objetivación existe otra, representada por un número muy considerable de sentencias, que rechaza muy decididamente la aplicabilidad en este ámbito de la responsabilidad por riesgo y exige la prueba tanto del nexo causal como de la culpa del empresario». Entre estas cita la propia sentencia las de 31 de marzo de 2003, 8 de octubre de 2001, 9 de julio y 6 de noviembre de 2001, 27 de mayo de 2003, 17 de diciembre de 2004 y 28 de octubre y 15 de noviembre de 2005. En definitiva, como afirma la S de 29 de septiembre de 2005, «para la aplicabilidad de la teoría del riesgo a los daños producidos por una conducta humana, es preciso que los mismos sean producidos en una actividad peligrosa, aplicándose esta doctrina del riesgo por esta Sala con un sentido limitativo (fuera de los supuestos legalmente prevenidos) no a todas las actividades de la vida, sino sólo a las que impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios [...]»; asimismo, S de 30 de mayo de 2007). La aplicación de la teoría del riesgo, en los casos en que proceda, no debe hacer olvidar que esta Sala ha negado reiteradamente que se haya sustituido la responsabilidad por culpa, convirtiéndose en objetiva. Esto sólo puede ser aplicable bien en aquellos casos en que este tipo de responsabilidad esté legalmente previsto (STS de 27 de enero de 1983) o cuando se trate de un riesgo extraordinario (STS de 29 de septiembre de 2005). La responsabilidad extracontractual responde al principio

de la culpa del autor del daño, no convirtiéndose en objetiva por la facilitación de la prueba, ya que como afirmaba la S de 27 de enero de 1987, si ello fuera así, «se caería en una responsabilidad por el resultado, propia de épocas primitivas, y que no puede por sí sola servir de base a aquella responsabilidad por creación de riesgos o peligros [...]». (STS de 7 de enero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—Un operario del servicio de recogida de basuras cayó del camión en el que trabajaba falleciendo a consecuencia del accidente. La viuda e hijos reclamaron a la empresa propietaria del camión indemnización por daños y perjuicios. El Juzgado consideró probados tanto la diligencia del conductor del camión como el cumplimiento de la normativa laboral por parte de la empresa. La Audiencia confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a ninguno de los recursos de casación interpuestos por los demandantes. (R. G. S)

54. Culpa extracontractual: lesiones por resbalar en ducha de camping: doctrina jurisprudencial general sobre la responsabilidad por riesgo.—La jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC (recientemente STS de 22 de febrero de 2007, y la jurisprudencia que cita), afirmando que es procedente prescindir, en términos generales, de una supuesta objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva; en efecto, no ha aceptado con carácter general una 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, más que en los 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 personales o de otra índole. 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; debe excluirse como fuente autónoma de responsabilidad, y, por el contrario, aplicarlo como un criterio de imputación del daño al que lo padece, el riesgo general de la vida (STS de 5 de enero de 2006, con cita de las SSTS de 21 de octubre y 11 de noviembre de 2005), los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar (STS de 2 de marzo de 2006, que también cita la última sentencia citada), o los riesgos no cualificados, pues hay riesgos en todas las actividades de la vida (SSTS de 17 de junio de 2003 y 31 de octubre de 2006). En relación con las caídas en edificios en régimen de propiedad horizontal o acaecidas en establecimientos comerciales, de hostelería o de ocio, muchas sentencias de esta Sala han declarado la responsabilidad de la comunidad de propietarios o de los titulares del negocio cuando es posible identificar un criterio atributivo de responsabilidad por omisión de medidas de vigilancia, mantenimiento, señalización, cuidado o precaución que debían considerarse exigibles; pueden citarse en este línea las SS de 1 de noviembre de 1997 (caída por carencia de pasamanos en una escalera), de 2 de octubre de 1997 (caída en una discoteca sin personal de seguridad), de 10 de diciembre de 2004 (caída en escaleras de gimnasio que no se encontraba en condiciones adecuadas; de 26 de mayo de 2004 (caída en unos aseos que no

habían sido limpiados de un vómito en el suelo), de 31 de marzo y 20 de junio de 2003 (caída en zona recién fregada de una cafetería no delimitada debidamente), de 12 de febrero de 2002 (caída durante banquete de bodas por la insuficiente protección de un desnivel considerable). En cambio, 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; así se ha rechazado en SSTS de 28 de abril y 14 de noviembre de 1997, y 30 de marzo de 2006 (caída en restaurante cuando el cliente se dirigía a los aseos por escalón que debía conocer), 2 de marzo de 2006 (persona que tropieza con manguera de servicios municipales de limpieza que no suponía un riesgo extraordinario y era manejado por empleados con prendas identificables), 17 de junio de 2003 (daño en la mano por puerta giratoria de hotel que no podía calificarse de elemento agravatorio de riesgo), SSTS de 10 de diciembre de 2002, y 6, 12 y 16 de febrero de 2003 (caídas en diversos edificios), 30 de octubre de 2002 (caída de la víctima sin causa aparente en un local), 11 de febrero de 2006 (caída en cafetería-restaurante por pérdida de equilibrio), 29 de noviembre de 2006 (caída en un bar), 22 de febrero de 2007 (caída en un mercado por hallarse el suelo mojado debido a la lluvia, y 30 de mayo de 2007 (caída a la salida de un supermercado).

Defectos del recurso.—En el presente caso no es posible proceder a la revisión del material probatorio sin indicar la norma de valoración de la prueba que se considera infringida, ni prescindir de los hechos que el tribunal de instancia sí consideró acreditados, como fueron la existencia de un piso antideslizante en las duchas, en una de las cuales tuvo lugar la caída, y la inclinación del plato de la ducha hacia el centro de la misma, donde se hallaba el sumidero, circunstancias relevantes de cara a efectuar el juicio de imputación subjetivo y objetivo de los daños sufridos, que conduce a excluir la responsabilidad de los demandados. A falta de tales elementos el daño se ha de imputar a quien lo ha padecido, como un resultado de los riesgos comunes, no extraordinarios ni cualificados de la vida, sino ordinarios y aceptados por la perjudicada, cuyas consecuencias han de ser puestas a su cargo (**STS de 17 de diciembre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

NOTA.—Sentencia que puede calificarse de *pedagógica* sobre la responsabilidad por riesgo, ya que acierta a describir un marco conceptual bastante delimitado para esta modalidad de culpa extracontractual, de la que, ciertamente, se ha hecho abundante uso, —y aun abuso—, en épocas no lejanas, siendo de destacar la abundante casuística reciente que menciona, oportunamente clasificada. Muy útil tanto para el jurista teórico como práctico. (*G.G.C.*)

55. Responsabilidad extracontractual. La responsabilidad objetiva que el artículo 1905 CC impone a los propietarios o poseedores de animales por los daños ocasionados por éstos, cede cuando el resultado dañoso es imputable a la culpa exclusiva de la víctima.—En este sentido ha de partirse del contenido del artículo 1905 del CC, que establece la obligación de reparar el daño causado por animales, atribuyendo dicha responsabilidad al poseedor del animal o a quien se sirva de él. El precepto dice literal-

mente: «El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese exigido».

La jurisprudencia ha destacado el carácter objetivo de esta responsabilidad, basada en el riesgo consustancial a la tenencia o a la utilización en propio provecho de los animales, la cual exige tan sólo una casualidad material, estableciendo la presunción de culpabilidad del poseedor del animal o de quien se sirve del mismo por su mera tenencia o utilización, con la única exoneración de los casos de fuerza mayor o de culpa del perjudicado. La S. de 29 de mayo de 2003 expresa la doctrina, a su vez recogida en la de fecha 12 de abril de 2000, en los siguientes términos: «Con precedentes romanos (*actio de pauperie*), nuestro Derecho Histórico se preocupó de la cuestión en forma bien precisada, y así el Fuero Real (Libro IV, Título IV, Ley XX) obligaba al dueño de animales mansos (que incluía a los perros domésticos) a indemnizar los daños causados. La Partida VII, Título XV, Leyes XXI a XXIII, imponía a los propietarios de los animales feroces el deber de tenerlos bien guardados, y la indemnización incluía el lucro cesante. El Código civil español no distingue la clase de animales, y su artículo 1905, como tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala, constituye uno de los escasos supuestos claros de responsabilidad objetiva admitidos en nuestro Ordenamiento Jurídico (SS. de 3 abril de 1957, 26 de enero de 1972, 15 de marzo de 1982, 31 de diciembre de 1992 y 10 de julio de 1996), al proceder del comportamiento agresivo del animal que se traduce en la causación de efectivos daños, exigiendo el precepto sólo causalidad material».

Esta imputación objetiva de la responsabilidad, derivada de la posesión o utilización del animal, desplaza hacia quien quiere exonerarse de ella la carga de acreditar que el curso causal se vio interferido por la culpa del perjudicado, que se erige de ese modo en causa eficiente y adecuada del resultado lesivo producido, eliminado la atribución de éste, conforme a criterios objetivos de imputación, al poseedor del animal o a quien se sirve de él. La presencia de la culpa de la víctima sitúa la cuestión de la atribución de la responsabilidad en el marco de la causalidad jurídica, presupuesto previo al de la imputación subjetiva, que exige la constatación de una actividad con relevancia causal en la producción del daño, apreciada con arreglo a criterios de adecuación o de eficiencia, e implica realizar un juicio de valor para determinar si el resultado dañoso producido es objetivamente atribuible al agente como consecuencia de su conducta o actividad, en función de las obligaciones correspondientes al mismo, contractuales o extracontractuales, y de la previsibilidad del resultado lesivo con arreglo a las reglas de la experiencia, entre otros criterios de imputabilidad admitidos, como los relacionados con el riesgo permitido, riesgos de la vida, competencia de la víctima, o ámbito de protección de la norma (S. de 7 de junio de 2006, que cita las de 21 de octubre de 2005, 2 y 5 de enero, y 9 de marzo de 2006).

Sentada la doctrina jurisprudencial que se acaba de glosar, procede examinar el caso contemplado en la sentencia recurrida, de cuyas apreciaciones probatorias y conclusiones fácticas ha de partirse, en la medida en que no han quedado desvirtuadas por la denuncia, oportuna, adecuada y eficaz, del error de derecho en la valoración de la prueba.

En ellas se destaca que el desgraciado accidente tuvo lugar cuando el demandante, con el objeto de dar de beber a los tigres de bengala que se hallaban encerrados en su jaula-remolque, sin haber recibido orden o instruc-

ción alguna a tal fin, y tras superar las vallas colocadas alrededor del carro-mato para evitar el acceso al mismo, abrió el pestillo de seguridad que cerraba la trampilla metálica situada en la parte inferior del remolque, a través de la cual se llevaba a cabo la alimentación de los animales, e introdujo el brazo izquierdo en la jaula de las fieras para meter la caja de metal utilizada para dar de beber a los tigres, momento en que uno de ellos lo agarró por la extremidad, y, tirando de ella, logró seccionarla finalmente. Asimismo, desde el punto de vista del factor psicológico de la culpabilidad, es relevante el hecho de que el actor era plenamente consciente de la fiereza y agresividad de los animales, así como del peligro que entrañaba su acción, tanto más cuanto era realizada por quien no era el cuidador habitual de los tigres, quien se debía ocupar de la rutina de su alimentación, y cuando suponía una invasión del espacio vital de éstos, que veían de ese modo amenazado su territorio por quien, por ende, era desconocido para ellos, siendo, en consecuencia, previsible para el demandante, en el sentido de representarse mentalmente tal resultado según las reglas de la experiencia, una reacción defensiva en extremo agresiva por parte de los tigres, habiendo aquél asumido y aceptado, no obstante, ese posible resultado, y, por ende, sus consecuencias lesivas.

Así las cosas, la causa eficiente y adecuada de las lesiones sufridas por el actor se encuentra, lejos de la insuficiencia de las medidas de seguridad exigibles a la empresa de espectáculo circense poseedora de los animales, en la propia conducta de aquél, quien, consciente y deliberadamente, asumió el riesgo que entrañaba una acción que se revela carente de toda prudencia, y quien asumió también un resultado que se presentaba como previsible y claramente evitable, de tal forma que fue él quien voluntaria y conscientemente se situó en la posición de riesgo, y asumió y aceptó sus consecuencias, con lo que interfirió en el nexo causal entre el riesgo inherente a la tenencia y utilización de los animales y el resultado lesivo producido. Éste se ha de imputar, pues, al propio perjudicado, conforme a la regla *quod quis ex sua damnúm. sentit, non intelligitur sentire* (Digesto, Libro 50, Tit. 17, regla 203), que tiene su traducción en la Ley 22, Tít. 34, de la Partida Séptima, que expresaba: «que el daño que ome recibe por sua culpa, que si mesmo debe culpar por ello»; lo que conlleva la exoneración de la responsabilidad de quien posea o utilizaba los animales en su beneficio, en línea con la doctrina jurisprudencial que ha declarado la exoneración de la responsabilidad por la concurrencia de la culpa del perjudicado que asume el riesgo, ya en supuestos de responsabilidad por daños causados por animales —SS. de 15 de noviembre de 2001 y de 7 de junio de 2006—, ya en otros ámbitos distintos —S. de 17 de octubre de 2001, en prácticas deportivas, y las que en ella se citan—.

Por todo ello ha de concluirse que fue plenamente correcta la decisión del Tribunal *a quo*, pues no cabe declarar la responsabilidad de la empresaria demandada —y no se produce, por lo tanto, la infracción normativa y jurisprudencial invocada por el recurrente—, como, consiguientemente, tampoco es posible extenderla a la compañía aseguradora del riesgo de responsabilidad civil, por faltar precisamente el presupuesto que representa el riesgo objeto del aseguramiento. Y, en fin, tampoco cabe declarar la responsabilidad que, de forma solidaria junto con los demás codemandados, se reclama respecto del Ayuntamiento codemandado, pues lo impide la imputación del resultado lesivo al propio perjudicado, que hace causalmente irrelevante la intervención del consistorio en el curso de los acontecimientos, limitada, por ende, a la concesión de la oportuna licencia para el desarrollo del espectáculo

circense, legalizadora de dicha actividad. (STS de 20 de diciembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—El demandante había sufrido la amputación por arrancamiento de su brazo izquierdo, al tratar de dar de beber a los tigres enjaulados que formaban parte de un espectáculo circense. El actor consideró responsables del siniestro a la empresaria propietaria del espectáculo y dueña de los animales, interponiendo también la acción directa contra la compañía aseguradora de la responsabilidad civil de aquélla, así como al Ayuntamiento que había concedido la licencia para la exhibición circense. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, al considerar que el accidente se debió a la culpa exclusiva de la víctima, proporcionando argumentos que fueron compartidos por la Audiencia Provincial para desestimar el recurso de apelación. Recurrída en casación la sentencia, el Alto Tribunal rechaza también el recurso. (*M. C. B.*)

56. Responsabilidad extracontractual por cosas arrojadas desde un piso (art. 1910 CC): responde la persona que lo habita; responsabilidad de la aseguradora (art. 73 LCS): no nace si no existe responsabilidad civil del asegurado.—Estima la Sala la infracción de los artículos 1907, 1910 CC y 9.1,b LPH debiendo entenderse cometida en la medida en que la sentencia impugnada los considera aplicables a la propietaria del piso: la del artículo 1907 CC porque en los hechos probados no hay el menor atisbo de ruina del edificio debida a una falta de las reparaciones necesarias; la del artículo 1910 porque la jurisprudencia de esta Sala es clara al excluir de su ámbito al propietario arrendador de la vivienda que como es obvio, no habita en ella, citándose especialmente las STS de 6 de abril de 2001 y 22 de julio de 2003 y la del artículo 9.1,b LPH porque amen de no estar sometido el edificio a tal régimen jurídico, el mismo impone determinadas obligaciones al propietario frente a la comunidad y los demás propietarios y no frente a terceros. En cuanto a la infracción del artículo 1902 CC por haberse entendido por la Sala de instancia que el propietario debió haber advertido al inquilino sobre el peligro que representaban las macetas y debió haberlo requerido para que las retirase, también la estima el Tribunal Supremo empleando el siguiente argumento. Porque de admitirse tal interpretación ello supondría hacer responsable al propietario arrendador de los daños causados a terceros por el inquilino, o dicho de otra forma, extender el ámbito del artículo 1910 a sujetos distintos del habitante de la casa en contra de la doctrina contenida en las sentencias ya referidas y en la del TS de 5 de julio de 1989, mediante la imposición al propietario-arrendador de un exacerbado deber de vigilancia o supervisión de la conducta del inquilino.

Por último y en relación con la infracción del artículo 73 de la Ley de contrato de seguro, en la medida en que la Audiencia entendió que la aseguradora vendría obligada a responder aunque se absolviera a los propietarios según la doctrina contenida en la STS de 5 de julio de 1989, también la estima el Tribunal Supremo por las siguientes razones. Porque una sola sentencia no sienta jurisprudencia y aunque fuera así tal doctrina no sería aplicable al tratarse de hechos distintos y porque en el citado precepto el riesgo cubierto por el seguro es el del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar por lo que si no hay responsabilidad civil del asegurado no

nacerá la obligación del asegurador, como resulta ser el presente supuesto. (STS de 4 de diciembre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castan.]

HECHOS.—Coincidiendo con un fuerte temporal de viento y como consecuencia de la caída de una maceta de un quinto piso, falleció en el año 1989 una señora de 65 años. El piso se encontraba alquilado a doña C. (anciana) por la propietaria del mismo cuyo nombre no se hace constar y que fallece en el año 1993 antes de la interposición de la demanda. El viudo de la víctima don B. demanda en juicio declarativo de menor cuantía a los herederos de la propietaria del piso, a la aseguradora Unión y a la inquilina del inmueble, ejercitando acción de responsabilidad extracontractual por daños y reclamando la cantidad de 15 millones de pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que tras desestimar la excepción de cosa juzgada estimó parcialmente la demanda, condenando a la inquilina al pago de una indemnización de 8 millones de pesetas y absolvió a los herederos de la propietaria del inmueble y a la entidad aseguradora. Interpuesto recurso de apelación por el demandante don B. y la demandada doña C, la Audiencia dictó sentencia, a la que se presentó un voto particular, por la que revocó la sentencia del Juzgado dictando otra por la que estimando la demanda de don B., condenó a los herederos de la propietaria del piso, a la entidad aseguradora Unión y el Fénix y a la arrendataria doña C. a indemnizar solidariamente al demandante en la cantidad de 10 millones de pesetas.

Se interpuso recurso de casación por parte de los herederos de la propietaria fundado en 4 motivos (infracción del artículo 1902 CC; infracción de los artículos 1907, 1910 del CC y 9.1,b LPH; infracción de los artículos 1249 en relación con el 1253 ambos del CC e infracción del artículo 1105 del CC) y por parte de la aseguradora, basado también en 4 motivos, estimándose el primero y segundo del primer recurso, coincidentes con el segundo y tercero del segundo recurso y dejando de conocer del resto. (C. S. R.)

57. Culpa médica: esguince con rotura de ligamientos: secuelas: carga de la prueba.—La regla de la carga de la prueba debe ser tomada en consideración sólo cuando faltan elementos de juicio susceptibles de fundar la convicción judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes, pero no cuando han quedado probados en el proceso; con otras palabras, el derogado artículo 1214 CC —aplicable al caso— resulta infringido en caso de una incorrecta identificación de la parte que debe soportar la consecuencia de que permanezcan dudosos hechos relevantes para el pleito.

La obligación del médico como obligación de hacer: *Lex artis ad hoc*: prueba.—La prestación de los médicos no era de resultado; la actividad debida por los médicos, precisamente contratados por poseer determinados conocimientos técnicos, era la exigible a unos expertos profesionales, obligados a aplicar las energías, medios y conocimientos que, según el estado de la ciencia —*lex artis* o conjunto de saberes y técnicas propias de la profesión—, estaban objetivamente a su alcance para el logro de aquel fin; en este sentido

la STS de 30 de diciembre de 2004 destaca que la responsabilidad contractual de los médicos, por tal modalidad de incumplimiento, enmarcada en el artículo 1101 CC, depende de una previa valoración de la idoneidad de la conducta por ellos desplegada, razón por la que se hace necesario afrontar un juicio de diligencia, con una comparación entre la prestación ejecutada y la prestación debida, identificada según el modelo ideal y objetivo de conducta exigible por la cualificación profesional de los deudores y la naturaleza de la prestación; ello lleva como lógica consecuencia que recaiga sobre el demandante la carga de probar la relación causal entre la conducta del médico y el resultado dañoso.

Ley de protección de consumidores.—La recurrente denuncia infracción de los artículos 1902 y 1903 CC. en relación con varios artículos de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984. La sentencia recurrida de la Audiencia Provincial, para negar que la acción hubiera prescrito según sostuvo el Juzgado de Primera Instancia, identificó la acción ejercitada como contractual, y a esa calificación cumple estar, al no ofrecerse argumento que justifique corregirla. Pero, en todo caso, la conclusión desestimatoria sería la misma de aceptarse la calificación de extracontractual, desde el momento en que no se ha probado la relación causal entre el inicial desconocimiento por los demandados de la rotura de ligamentos y la secuela padecida por la demandante con posterioridad al primer tratamiento, la cual, favorecida por una predisposición individual de la misma, no suele revelar en su comienzo nada característico. La STS de 15 de noviembre de 2007, con cita de la de 7 de mayo del mismo, declara que la aplicación de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios respecto a los servicios sanitarios, únicamente puede proyectarse sobre los aspectos funcionales de dichos servicios, sin alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos. (STS de 5 de diciembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.] (G. G. C.)

58. Responsabilidad civil: responsabilidad médica. Responsabilidad del laboratorio que no detecta la infección de la sangre aplicada en transfusión. Apreciación conjunta de la prueba: inexistencia de presunción.—La Audiencia, al establecer que si hubiera repetido el análisis de las dos bolsas de sangre y se hubiera hecho el interrogatorio, el examen físico y las exploraciones analíticas de los donantes, se habría averiguado que no eran aptos, aplica una regla de experiencia, que obtiene de manera racional de los datos suministrados por los dictámenes obrante en autos. No existe presunción de negligencia y por tanto no es aplicable el artículo 1253 CC., pues no cabe confundir las presunciones con las deducciones que para sentar conclusiones extraen los juzgadores de las denominadas pruebas directas o máximas de experiencia (SSTS de 11 de octubre de 2006, 18 de octubre de 2006 y 11 de diciembre de 2006, entre otras).

Responsabilidad civil del centro hospitalario que realiza la transfusión: no se funda únicamente en la responsabilidad de empresario por actos de sus dependientes sino también en los artículos 25 y 28.2 LGDCU.—Este último, incluyendo los servicios sanitarios, establece una responsabilidad objetiva por los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando, por su propia naturaleza o por estar así reglamentariamente establecidos, incluyan la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad en condiciones objetivas de determinación o dispongan

controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario. Ello determina que el centro médico debe responder del contagio en virtud de una transfusión verificada por sus servicios, de los que cabe esperar razonablemente por el usuario medio que reúnan las condiciones de calidad necesarias para no constituir causa de infecciones susceptibles de ser evitadas mediante los adecuados controles, en este caso, no sólo las pruebas practicadas, sino también los interrogatorios y análisis posteriores omitidos, a los que se refiere la sentencia recurrida, respecto de los cuales resulta indiferente, en virtud del criterio objetivo en que se funda este tipo de responsabilidad, que correspondiera o no su práctica al centro médico (SSTS de 18 de marzo de 2004, 10 de junio de 2004, entre otras).

Responsabilidad de la entidad aseguradora: criterios aplicados por la jurisprudencia.—1.º) El de la responsabilidad por hecho de otro dimanante de la existencia de una relación de dependencia contemplada en el artículo 1903 I y IV CC. Se encuentra con la dificultad de la relación contractual entre asegurado y aseguradora y con la del tipo de relación que vincula a los médicos con la sociedad, que suele ser de arrendamiento de servicios. 2.º) Naturaleza contractual de la responsabilidad que contrae la entidad aseguradora de la asistencia médica. Este criterio, en puridad, embebe el anterior. Las consideraciones para su aplicación se basan normalmente en asumir, más o menos explícitamente, que la aseguradora garantiza o asume el deber de prestación directa de la asistencia médica. 3.º) La forma de actuación de los facultativos, en virtud del principio de apariencia, o de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato con arreglo a la legislación de consumidores. En todos estos casos, los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora y en consecuencia corresponde a ésta la responsabilidad de la adecuada prestación a que se obliga como consecuencia del contrato frente al asegurado. La garantía de la prestación contractual se tiene en cuenta, pues, como criterio de imputación objetiva, cuando aparece que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio. 4.º) La existencia de una intervención directa de la aseguradora en la elección de los facultativos o en su actuación (cuando procede). Puede hablarse también, en estos casos, en el marco del criterio de la dependencia, de culpa *in eligendo* o *in operando*. 5.º) Artículos. 26 y 28 LGDCU: según la más reciente jurisprudencia, la responsabilidad que allí se establece no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha. En el caso considerado se dan al menos dos de los criterios referidos (criterios 2.º y 3.º). **(STS de 4 de diciembre de 2007; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El 8 de noviembre de 1990, don P. fue internado en el Sanatorio Parque San Antonio por graves trastornos digestivos y se le efectúa una transfusión sanguínea. Dos bolsas de sangre utilizadas habían sido entregadas por el laboratorio de análisis clínicos de los doctores don I. y don L. La sangre había sido analizada por don I. La atención médica en el centro médico se prestó en virtud

de una póliza de seguro de asistencia sanitaria suscrita con una compañía absorbida por la compañía de seguros A, S.A., en cuyo artículo 16 figuran los servicios de hospitalización y transfusiones de los que se hizo uso. El día 16 de noviembre de 1990, don Pedro fue dado de alta, pero el 11 de febrero de 1991 se le diagnosticó de hepatitis por virus C. Don P. demanda a don I., don L., la clínica y la compañía de seguros, en reclamación de indemnización por el daño padecido. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia estimó parcialmente el recurso de apelación y condenó solidariamente a los demandados a indemnizar a don P. Contra este fallo tanto la parte actora como la parte demandada interponen recurso de casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que la sentencia hace alusión a los artículos 26 y 28 de la LGDCU 26/1984, aplicable al caso, pero hoy sustituida por RDLeg 1/2007, con concreta referencia al artículo 148 y DT.^a 3.^a de dicha norma. (S. M. S.)

59. Responsabilidad legal del Registrador de la Propiedad por cancelación de una inscripción: naturaleza y requisitos.—El artículo 246 LH dispone que los Registradores responderán civilmente, en primer lugar, con sus fianzas, y en segundo, con sus demás bienes, de todos los daños y perjuicios que ocasionen cuando incurran, entre otros casos, en el núm. 4.º, por cancelar alguna inscripción, anotación preventiva o nota marginal, sin el título y requisitos que exige esta ley; y ello se concreta en el artículo 300, párr. 1.º, LH conforme al cual, el que por error, malicia o negligencia del Registrador perdiere un derecho real o la acción para reclamarlo podrá exigir, desde luego, del mismo Registrador el importe de lo que hubiere perdido. Esta responsabilidad legal exige la concurrencia de los mismos requisitos propios de la responsabilidad civil extracontractual, y en consecuencia: a) que exista acción u omisión culposa o negligente, a lo que se añade en este caso la simple actuación errónea siempre que sea imputable directamente al Registrador y no venga determinada por circunstancias ajenas a su propia actuación, cuya vigilancia no le competa por razón de su profesión; b) daño o perjuicio para tercero, concretado legalmente en la pérdida de un derecho real o de la acción para su reclamación; y c) relación de causalidad entre los anteriores elementos, de modo que el daño o perjuicio experimentado venga causalmente determinado por aquella actuación del Registrador; siendo tales requisitos de necesaria concurrencia. En el presente caso, tanto la Audiencia Provincial como antes el Juzgado de Primera Instancia entendieron que no existía daño alguno para la parte demandante por la cancelación de su inscripción de dominio ya que la inscripción se había producido en virtud de un negocio absolutamente simulado. La *ratio decidendi* de la sentencia absolutoria recurrida radica precisamente en la ausencia de daño.

Nulidad contractual alegada por vía de excepción: no hay indefensión.—Antes de la LEC 2000 que regula la cuestión en su artículo 408, la posibilidad de que la nulidad contractual se hiciera valer por vía de excepción, sin necesidad de acudir a la vía reconvenional, había sido reconocida por la jurisprudencia (SSTS de 25 de mayo de 1987, 7 de junio de 1990, 19 de noviembre de 1994, 20 de junio de 1996 y, como más reciente, la de 15 de diciembre de 2005) con razones que son de perfecta aplicación al supuesto ahora contemplado, pues queda vedada a la parte demandada la posibilidad de utilizar la vía reconvenional frente a quien no es demandante y, como es sabido, la acción de nulidad ha de dirigirse necesariamente contra

todos los que han sido parte en el negocio cuya invalidez se postula. Por tal razón, en el presente caso, no se ha declarado por la sentencia la nulidad del negocio con efectos de cosa juzgada ni se solicitó por la parte demandada, sino que se ha aceptado la misma como determinante de la inexistencia de perjuicio para la parte actora derivada de la actuación del legislador, sin que la parte actora quedara en la situación de indefensión que denuncia.

Inexistencia de causa: prueba de la simulación.—Viene apreciada en razón a la prueba practicada en los autos y a la evidencia que de la misma se desprende respecto de la existencia de la simulación contractual, sin que se haya impugnado en casación la valoración de la prueba; así se ha tenido en cuenta el hecho de un administrador que es común a ambas sociedades interesadas, y la inexistencia de constancia de tal operación en la contabilidad de la supuesta adquirente y la evidencia de que ésta no había satisfecho precio alguno, unida a la coincidencia de domicilio de la vendedora y compradora.

Doctrina de los actos propios.—No guarda relación con el artículo 1282 CC que se dice infringido, pues éste contiene una regla hermenéutica contractual que tiende simplemente a facilitar la averiguación de la intención de los contratantes mediante la consideración de sus actos coetáneos y posteriores al contrato, mientras que la doctrina de los actos propios es una doctrina de elaboración y desarrollo jurisprudencial que encuentra su fundamento en el principio de la buena fe (art. 7.1 CC) y en la protección de la confianza creada por la apariencia, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuar cuando se han creado unas expectativas razonables, pues el comportamiento supone en tal caso la expresión inequívoca de una determinada voluntad en referencia a una relación jurídica o situación de hecho, que impide la admisión como legítimo de un posterior comportamiento contradictorio (SSTS de 14 y 28 de octubre de 2005 y 26 de enero de 2006, entre otras muchas). Pero la actuación del Registrador en el ejercicio de sus funciones no se produce en el ámbito privado, sino en el público propio de su cometido profesional, y sólo los actos que se producen en el ámbito privado son susceptibles de generar los efectos de la doctrina de los actos propios; pero aunque así no fuere, conforme al artículo 18 LH, el Registrador de la Propiedad ha de calificar los títulos que se le presentan para inscripción atendiendo a la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro, lo que significa que una calificación positiva en orden a la inscripción en absoluto comporta la necesidad de indagación por parte del Registrador sobre la existencia o no de causa en el contrato, o la realidad y veracidad de la misma.

Inexistencia de responsabilidad del Registrador por falta de un daño.—Faltando el presupuesto del daño para justificar la reclamación que se formula, es claro que no existe responsabilidad civil por parte del Registrador de la Propiedad, no sólo porque la parte actora era una titular registral sólo aparente por carecer de un título válido de transmisión, sino también, aunque no hubiera sido así, quedaba afectada por la inscripción de un derecho de opción de compra sobre el mismo bien que fue ejercido por su titular con cumplimiento de las condiciones establecidas para ello. (STS de 23 de enero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—En 1996 se otorga una opción de compra sobre una finca, por Sugar SA, a favor de don Humberto, la cual se inscribe en el Registro de la Propiedad. En 1997 Sugar SA vende la misma finca a Xilón Forestal SL, pero don Humberto ejercita en tiempo y forma su derecho de opción de compra, cancelándose la inscripción de aquella venta. En el presente proceso Xilón Forestal SL ejercita la acción de responsabilidad civil contra el Registrador, con base en el supuesto perjuicio sufrido por la cancelación de su adquisición, que se desestima en ambas instancias, obteniendo igual resultado la casación. En el proceso se demuestra claramente que, entre las empresas Sugar y Xilón Forestal, intervienen oscuras maniobras que conducen a estimar absolutamente simulada la enajenación de la finca objeto de la opción, concertada con finalidad de fraude al titular de la opción. (G. G. C.)

60. Responsabilidad extracontractual: responsabilidad patrimonial de la Administración: no concurre.—El artículo 141.1 LRJPAC (Ley 30/1992) establece un régimen de responsabilidad «objetivo», en el sentido de no exigibilidad de criterios de imputación de carácter subjetivo, fundados en el dolo o culpa del causante del daño. Pero esto no se extiende a los criterios objetivos. Este criterio de imputación exigido hoy por la Ley siguiendo el rastro jurisprudencial, no concurre en aquellos casos en que el paciente debe soportar los llamados riesgos del progreso, cuando los daños se deriven de «hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos», según prevé expresamente el artículo 141.1 LRJPAC. La jurisprudencia interpreta este precepto en el sentido de que comprende los casos en los que el contagio por transfusión se produjo con anterioridad a la disponibilidad de los reactivos para la práctica de las pruebas del SIDA, siempre que se hayan adoptado las medidas exigidas en su momento, con arreglo al estado de la técnica, en torno a la obtención y tratamiento del plasma, la comprobación de su posible contaminación y el diagnóstico y adecuado tratamiento de la enfermedad, como ocurre en el caso enjuiciado. (STS de 5 de diciembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Como consecuencia de la enfermedad que se diagnostica a don A., en 1982, se le somete a intervención quirúrgica con necesidad de transfusión sanguínea. En controles derivados del tratamiento postoperatorio al que se somete se aprecia, en junio de 1991, que presenta HIV positivo (SIDA) y se da prioridad al tratamiento del mismo, interrumpiendo el protocolo de autotrasplante de médula ósea. don A. fallece en el curso del procedimiento judicial que entabla contra la Fundación de Gestión Sanitaria del Hospital en que fue atendido y diversos médicos que intervienen en el tratamiento de don A. (don J., don L. A., don C. M., don D. y don R.). El Juzgado de Primera Instancia desestima su demanda de indemnización de daños y perjuicios argumentando que la actuación de los médicos fue correcta y la transfusión necesaria; que el plasma transfundido fue objeto de las comprobaciones exigibles en su momento, que no incluían la prueba de SIDA, que no fue posible

hasta 1985; que dada la reglamentación propia en materia de SIDA y las fechas de conocimiento de la aparición de la enfermedad, no cabía atribuir ninguna responsabilidad a los servicios sanitarios. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia. (S. M. S.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

61. Función de la usucapión.—Según reiterada jurisprudencia, la usucapión subsana la falta de poder de disposición del transmitente, permitiendo las adquisiciones *a non domino* del mismo modo que el artículo 34 LH, pues purifica el defecto de titularidad del transmitente (entre otras, SSTS de 10 de febrero de 2004, 5 de mayo de 2005 y 28 de febrero de 2007).

Usucapión ordinaria. Buena fe.—Rechaza el Tribunal Supremo que la buena fe requerida para la usucapión ordinaria consista en una absoluta diligencia del usucapiente, encaminada a comprobar quién fuera el verdadero dueño de la cosa usucapida, ya que, de ser así, la institución carecería de utilidad.

Compraventa a non domino. Existencia de objeto en la compraventa.—Tras las SSTS de 28 de febrero y de 7 de septiembre de 2007, no puede ya sostenerse que una venta se anule o carezca de objeto por el solo hecho de no tener el vendedor poder de disposición sobre la cosa o no haber pagado el comprador la totalidad del precio.

Normas sobre valoración de la prueba documental.—Respecto a la valoración de la prueba por el tribunal *a quo* en relación con documentos privados, afirma con rotundidad el Tribunal Supremo que la autenticidad de estos documentos se puede probar por medios distintos de su reconocimiento por todos los firmantes (STS de 22 de octubre de 1992); que, pese a su impugnación, un documento privado se puede valorar ponderando su grado de credibilidad según las circunstancias del caso (entre otras, SSTS de 30 de octubre de 1998, 28 de abril de 1999 y 26 de mayo de 2003) y que se puede tener por cierta la fecha de un documento privado antes de su incorporación o inscripción en un registro público, cuando otros elementos probatorios la corroboren (*v. gr.*, SSTS de 23 de diciembre de 1996 y 10 de mayo de 2004). (**STS de 19 de febrero de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—En 1970, mediante contrato privado de dación en pago, don A. transmitió a don C. una serie de pisos de una promoción inmobiliaria; se acordó en el contrato formalizar la escritura pública a nombre de quien don C. designara. Éste designó al efecto a la entidad B, S.A., pero hasta el 3 de junio de 1994 no se procedió a la inscripción de la propiedad de los pisos en el Registro de la Propiedad a favor de la citada entidad, ya que la mencionada escritura no se otorgó hasta el 17 de marzo de 1994. En todo caso, no consta ni que don C. ni que la entidad B, S.A. entrara en posesión de los pisos.

Entre tanto, el 16 de marzo de 1974, don M. adquirió de don C.A. una de las viviendas a la que se había referido la transacción

de 1970 entre los dos sujetos ya mencionados. La compraventa se recogió en un documento privado en el que el vendedor se afirmaba propietario de la vivienda, adquirida de don J., y declaraba ceder a don M. y a su esposa todos los derechos y obligaciones del piso, recibiendo de los compradores el importe de las letras pagadas hasta entonces por don C.A. a su transmitente y quedando a cargo de don M. las pendientes de pago a la empresa constructora; al mismo tiempo, don M. se comprometía a aceptar dos letras de cambio para pagar a don C.A. Desde ese momento, don M. entró en posesión de la vivienda y se hizo cargo del pago de los suministros de electricidad y gas, de los recibos de la comunidad de propietarios y de la contribución urbana.

En el año 1996, don M. interpuso demanda contra la entidad B, S.A., solicitando que se reconociera judicialmente su posesión extratabular sobre la vivienda que había adquirido en 1974 y que se declarara su adquisición de la misma por usucapión ordinaria, procediéndose a la declaración de nulidad y cancelación de la inscripción del dominio a favor de la entidad B, S.A. y a la posterior inscripción del dominio sin cargas y con carácter privativo a su favor. Aportaba a la demanda el contrato suscrito en 1974 con don C. A., así como las letras anteriormente mencionadas y numerosos recibos de pago de suministros, comunidad y contribución urbana que se remontaban hasta el año 1977. Frente a ello, la demandada, además de contestar a la demanda, planteó reconvencción solicitando que se calificara la posesión de don M. como de mala fe y, consiguientemente, el abono de los frutos civiles que hubiera podido percibir durante su posesión de la vivienda. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción, contra lo que interpuso recurso la entidad B, S.A., que fue desestimado por la Audiencia Provincial, cuyo fallo fue recurrido en casación por la demandada-apelante, quien impugnó, en esencia, la concurrencia de los presupuestos de la usucapión ordinaria. (A. M. M.)

62. Disolución de la comunidad de bienes: ausencia de acuerdo de adjudicación a uno de los comuneros.—La ausencia de acuerdo entre los comuneros sobre la adjudicación del bien a uno de ellos es suficiente para que pueda solicitarse eficazmente la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños. Este criterio se mantiene con independencia de que exista voluntad de pago de la porción del bien por parte del comunero que solicita su adjudicación. (STS de 14 de diciembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La demanda tiene por objeto la disolución de una comunidad de bienes cuyo objeto es un negocio de panadería y el local en el que se ubica. Al no haber logrado los dos comuneros llegar a un acuerdo sobre el modo de disolver la comunidad, la demandante solicita que la disolución se realice mediante venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños, mientras el demandado formula reconvencción y pide que se le adjudique la mitad indivisa del bien a cambio de reembolsar a la demandante el

valor correspondiente. En ambas instancias se estimó la demanda. En casación, no hubo lugar. (C. J. D.)

63. Propiedad horizontal: carácter imperativo de la Ley de Propiedad Horizontal.—De forma reiterada, ha declarado la Sala Primera del Tribunal Supremo que la Ley de Propiedad Horizontal es eminentemente imperativa, y que aunque busca respetar la voluntad de los comuneros y copropietarios, esto es así siempre que se respeten las normas imperativas de la ley mencionada, puesto que ésta es derecho cogente que no puede ser modificado siquiera por el título constitutivo de la Escritura de la propiedad. (STS de 26 de noviembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—T.M., S.A., llevó a cabo obras en un local comercial del que era arrendador, con el único consentimiento de la propietaria y arrendataria doña P. El local estaba situado en la planta baja de un edificio en régimen de propiedad horizontal.

Don I., propietario de tres plantas del mismo edificio, interpone demanda contra doña P. y contra T.M., S.A., solicitando que se declare la ilegalidad de las obras por haberse realizado sin el consentimiento del resto de copropietarios, ya que aquellas afectaban a la estructura del edificio, y la reparación de los daños y desperfectos junto con la reposición de los elementos modificados a su estado primitivo.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Se interpone recurso de apelación que es estimado parcialmente por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (A. M. C. S.)

64. Propiedad horizontal: la interpretación de las cláusulas de exoneración incluidas en el título constitutivo y la condición de tercero.—La inclusión de cláusulas de exoneración en el título constitutivo respecto de las cuotas para cargas y beneficios es perfectamente posible como excepción a la regla general. Sin embargo, esta situación ha de ser interpretada de forma restrictiva y, en todo caso, para su validez las cláusulas deben ser inscritas en el Registro de la Propiedad. En caso de no inscribirse, los futuros propietarios no se verán obligados a respetarlas, pues no han participado en su elaboración, ni han gozado de la publicidad registral necesaria (SSTS de 25 de junio y 3 de julio de 1984, 2 de marzo de 1989 y 20 de marzo de 1990). Eso sí, el Tribunal Supremo pone de manifiesto que esa condición de tercero sólo es predicable de los futuros propietarios, pero no de la comunidad. En este sentido, sólo los nuevos titulares pueden verse obligados por los acuerdos o formas de actuación diferentes o excepcionales de la comunidad, cuando así consten en el título constitutivo inscrito en el Registro de la Propiedad. (STS de 26 de marzo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La Comunidad de propietarios demanda a la Promotora I. y solicita que esta última abone la parte de la cuota que le corresponde en los gastos de la comunidad conforme a las reglas

generales. A su vez, solicita que se declare la nulidad de la reserva de contribución de gastos efectuada por la citada promotora en el título constitutivo. Previamente a la interposición de la demanda, el Registrador de la Propiedad ya había denegado la inscripción de las cláusulas de exoneración previstas en el título constitutivo por ser contrarias a los artículos 5 y 9.5 LPH y a la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios. No consta que esta resolución haya sido recurrida.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda, pero esta sentencia es revocada en grado de apelación por la Audiencia que acoge íntegramente las peticiones de la comunidad y condena a la Promotora I. al pago de la cantidad solicitada y declara la nulidad de las cláusulas. La demandada interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima y confirma la resolución recurrida. (*S. E. M.*)

65. Junta de propietarios. Citación de los comuneros. Interpretación flexible del artículo 15.2.º LPH.—La reciente STS de 19 de septiembre de 2007 ha señalado que nada impide, tanto desde el punto de vista sustantivo como probatorio, que pueda considerarse acreditado haber tenido lugar la citación de un comunero a la Junta General, aunque no conste la fehaciencia del conducto notarial o del correo certificado con acuse de recibo, siempre que se den determinadas circunstancias, entre ellas la de que se trate de un sistema habitual de comunicación entre la comunidad y los comuneros sin queja o protesta de sus integrantes. En definitiva, pese al carácter *ius cogens* de las normas reguladoras de la convocatoria, la jurisprudencia ha venido a flexibilizar el régimen con el fin de dinamizar la vida de la comunidad y evitar que la pasividad de los copropietarios no entorpezca el funcionamiento de la institución, propugnando un criterio flexible en esta y en otras cuestiones en armonía con las directrices de la propia ley, entre ellas el logro de una convivencia normal y pacífica presidida por la idea de justicia y la atención a las necesidades de la colectividad. (**STS de 18 de diciembre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El recurrente en casación formuló demanda contra la comunidad de propietarios solicitando la declaración de nulidad de la Junta al no constar acreditada la recepción de la convocatoria por el copropietario. Se prueba que la citación se realizó mediante carta certificada con la antelación requerida y siendo este medio el habitual en dicha comunidad. La demanda es estimada en primera instancia y desestimada en apelación. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*B. F. G.*)

66. Distinción entre la contribución a los gastos comunes y los gastos particulares, y mayoría necesaria para su modificación.—La regla del anterior artículo 9.5 LPH [actual 9.e] obliga a cada propietario a contribuir, con arreglo a su cuota de participación o a lo especialmente establecido, a los gastos que no sean susceptibles de individualización, algo que, de ordinario, no se dará por lo que respecta al consumo de fluido eléctrico, agua y gas de servicio público por cada uno de los propietarios de los pisos y locales inde-

pendientes (STS de 22 de diciembre de 1979). Se dispone, asimismo, en el artículo 16.2 LPH, que para los acuerdos, como la determinación del presupuesto, es preciso el voto de la mayoría del total de propietarios que representen la mayoría de las cuotas de participación, y el mismo artículo 16.1 LPH exige la unanimidad para la validez de los acuerdos que modifiquen las reglas contenidas en el título constitutivo o en los estatutos. Las SSTS de 30 de mayo de 1997, de 3 de marzo de 1994 y de 20 de marzo de 1996, reiteran la doctrina jurisprudencial expresiva de que el plan de gastos sólo necesita aprobación mayoritaria, mientras que la distribución de los gastos generales, si no se ajusta a lo previsto en los estatutos, requiere acuerdo unánime. Además, hay que distinguir los gastos generales, que dan lugar a la obligación de contribuir a los mismos según la cuota de participación, y los gastos particulares, que se satisfarán de acuerdo con lo previsto en los estatutos de la comunidad, o, en su defecto, según lo pactado.

El consumo de agua de las viviendas de cada uno de los comuneros, distinto del que se aplica al mantenimiento del inmueble, no es un gasto general sino particular de cada una, y, como tal, resulta perfectamente individualizable. Eso significa que la primera regla a que ha de atenderse para la distribución de estos gastos no es la del coeficiente o cuota de participación fijada en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal, sino la de su consumo o cualquier otra que resulte del acuerdo mayoritario o pacto entre los distintos propietarios que integran el inmueble. Aquí no se modifica la cuota de participación prevista en el título, sino que se adopta un criterio de simple administración sobre el reparto de unos gastos ajenos a esos coeficientes, y ello no implica alteración del título constitutivo de la propiedad o de sus estatutos. **(STS de 24 de enero de 2008;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—A y B interpusieron demanda contra la comunidad de propietarios 01, con la pretensión de que se declarase la nulidad de un acuerdo de la Junta de Propietarios por el que se deja sin efecto un acuerdo anterior y nulidad de un acuerdo aprobando la liquidación de gastos referente al consumo de agua y su distribución entre los comuneros. La comunidad acordó por mayoría y con el voto en contra de B, entre otros asistentes, rechazar la facturación que se venía realizando esos dos últimos años y realizada como antiguamente, es decir, dividir a partes iguales el gasto del agua comunitaria entre todos los propietarios, dejando constancia de las razones del cambio.

La sentencia de la Audiencia Provincial, revocando la del Juzgado de Primera Instancia, desestimó la demanda, con el argumento de que la posibilidad de distribuir ese gasto entre todos los comuneros ha de mantenerse por acuerdo mayoritario, y además aunque ciertamente se trata de un gasto individualizable, no lo es en esta concreta comunidad, pues existe un solo contador y no llegaron a instalarse por todos los comuneros contadores individuales.

Los actores interponen recurso de casación, alegando la aplicación indebida del artículo 9.5 LPH [actual 9.e)], habida cuenta de que determinados copropietarios cuentan con contadores de agua que miden el consumo individual, por lo que para los mismos el consumo de agua ha dejado de ser un gasto común para pasar a ser un gasto susceptible de individualización, que no puede volver a

convertirse en común por acuerdo mayoritario. El Tribunal Supremo desestima el recurso. El título constitutivo de la comunidad no contiene previsión alguna acerca de cómo ha de repercutirse el gasto de agua entre los copropietarios, por lo que es suficiente el acuerdo mayoritario de la Junta, al no modificar el título constitutivo. Una cosa es un acuerdo de modificación de cuotas de participación y otra distinta un acuerdo sobre el cambio en el sistema de reparto del consumo de agua, propiciado por la particular situación de la Comunidad. (S. L. M.)

67. Propiedad horizontal. Obligación de contribuir a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades.—Los propietarios de algunos pisos o locales, por sus especiales circunstancias, pueden quedar exonerados de contribuir al pago de determinados gastos de la comunidad, si tal posibilidad aparece recogida en el título constitutivo. De aparecer prevista tal exención, el título constitutivo sólo podrá modificarse por acuerdo unánime.

Propiedad horizontal. Interpretación de las previsiones contenidas en la escritura de constitución del régimen sobre contribución a gastos de portería.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (entre otras, SSTs de 17 de febrero de 2003, 6 de octubre de 2005, 7 de junio de 2006 y 30 de mayo de 2007), que la facultad de interpretar los contratos le corresponde a los tribunales de instancia, quedando reducida la función de la casación a un control de ilegalidad, arbitrariedad o contradicción con las reglas de la lógica. De igual forma, procede aplicar la citada doctrina jurisprudencial a la interpretación de los documentos, como es el caso de las previsiones contenidas en la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal. (STS de 21 de enero de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Los propietarios de diversos locales comerciales situados en un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal impugnan un acuerdo adoptado por la junta de propietarios en el que se establece su obligación de contribuir a satisfacer los gastos de portería de la citada comunidad, por considerar que la adopción de tal acuerdo requiere unanimidad de todos los propietarios. La controversia deriva de la diferente interpretación de ambas partes sobre el alcance de la cláusula cuarta de la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal, cuyo tenor literal es el siguiente: «Los titulares de los locales comerciales actuales o de los que resulten de la subdivisión de éstos, no participarán en los gastos comunes del vestíbulo, escaleras y ascensores, siempre y cuando no establezcan salida o comunicación al vestíbulo general del inmueble, en cuyo caso sólo participarán con el cincuenta por ciento del coeficiente, excepto en los casos de portería en que participarán al igual que los demás departamentos». Sobre la base de esta cláusula, los dueños de los locales pretenden exonerarse del pago de los gastos reseñados, al no tener salida al vestíbulo general del inmueble.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y declara ajustada a derecho la forma de reparto de gastos comunes y la obligación de participación de todos los locales del edificio en los

gastos de portería. Sin embargo, posteriormente, la Audiencia Provincial interpreta de forma literal la cláusula de referencia y estima el recurso de apelación. Por ello, declara la nulidad del acuerdo impugnado y exonera a los propietarios de los locales de abonar los gastos de portería del vestíbulo general de la comunidad. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la comunidad de propietarios. (*M. C. C. M.*)

68. Propiedad horizontal: el necesario acuerdo unánime para el establecimiento de gravámenes sobre los elementos comunes.—Dentro del régimen de la propiedad horizontal, la jurisprudencia (entre otras, SSTs de 15 de noviembre de 1986 y 12 de julio de 2006) ha destacado el carácter preferente de la propiedad particular y el accesorio de la comunidad. Dado el carácter instrumental de los elementos comunes puede que éstos se vean afectados para favorecer la finalidad económica y social de ciertos locales privativos. En ciertas ocasiones, esta interpretación ha llevado a que la regla de la unanimidad en la adopción de acuerdos comunitarios se mitigue y se considere válida la adopción de un acuerdo por la mayoría de los propietarios, a pesar de que se afecten los elementos comunes.

Sin embargo, esta excepción a su vez tiene límites. La regla de la unanimidad no podrá exceptuarse cuando la satisfacción del interés particular del propietario suponga un gravamen para la comunidad. El Tribunal Supremo considera que esto sucede cuando se pretende que una servidumbre administrativa de paso de tendido eléctrico que discurre íntegramente por una propiedad privada, se modifique y pase a discurrir por los elementos comunes. En este supuesto, la liberalización de la finca privada implica un claro perjuicio para la comunidad, puesto que supone la imposición de un gravamen. Por ello, esta afectación del elemento común no se podrá realizar válidamente sin el consentimiento unánime de la comunidad de propietarios. (**STS de 17 de enero de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Un propietario impugna el acuerdo adoptado por mayoría de la Junta de Propietarios de un polígono, por el que se autoriza la instalación de una torreta de tendido eléctrico y el traslado del cableado a una zona común de acceso al polígono. Este acuerdo se realiza para que otro de los propietarios se libere de dicha servidumbre y pueda instalar en su finca una gasolinera. El demandante alega que esta modificación afecta a los elementos comunes y que por ello el acuerdo debería haber sido unánime.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Este tribunal entiende que no se trata de una alteración de los elementos comunes, sino de un simple acto de administración de los previstos en el artículo 10 LPH, bastando por ello la mayoría. La Audiencia estima el recurso de apelación, porque considera que existe una alteración de los elementos comunes y de la configuración y el espacio físico exterior de la comunidad (vuelo de la finca), no siendo en ningún caso un mero acto de administración. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima y confirma la resolución dictada por la Audiencia. (*S. E. M.*)

69. Plazo de caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos de Juntas de Propietarios: caducidad por presentar la demanda ante el Juzgado de guardia antes del día de finalización del plazo.—Ha sido declarado tanto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como por la del Tribunal Supremo, que el servicio de guardia sólo debe ser utilizado el día en que venza el plazo para presentar la demanda y no antes. Si dicho plazo finaliza un sábado y la demanda es presentada ese mismo viernes ante el Juzgado de guardia, se corre el riesgo de que el ingreso efectivo de la demanda en el Juzgado competente se dé el lunes siguiente, esto es, con dos días de retraso con respecto al último día de plazo produciéndose la caducidad de la acción, sin que ello suponga una excesiva rigurosidad en la aplicación de la norma reglamentaria que así lo establece (art. 41.1 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio).

Plazos de caducidad para impugnar los acuerdos de Juntas de Propietarios: acuerdos contrarios a una ley distinta de la Ley de Propiedad Horizontal.—El plazo de caducidad establecido por la Ley de Propiedad Horizontal para impugnar los acuerdos contrarios a esta ley y los estatutos de los propietarios es de treinta días desde la adopción del acuerdo o la notificación del mismo en caso de ausencia (art. 16.4 LPH).

Sin embargo, dicho plazo no será de aplicación para los acuerdos que contravengan normas imperativas distintas de la Ley de Propiedad Horizontal, en ese caso los acuerdos se considerarán radicalmente nulos y serán insubsanables con el paso del tiempo, salvo que la norma infringida establezca un efecto distinto en caso de contravención. **(STS de 21 de noviembre de 2007; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El 25 de abril de 1996 se aprobaron en Junta de Propietarios los acuerdos de liquidación de cuentas del ejercicio de 1995 de la comunidad de propietarios de la Calle M.

Don S. interpuso demanda impugnando dichos acuerdos el día 24 de mayo ante el Juzgado de Guardia, un día antes de finalizar el plazo de caducidad para la acción de impugnación de acuerdos, que es de treinta días (art. 16.4 LPH). El escrito ingresó efectivamente en el Juzgado competente el día 27 de mayo, fuera del plazo.

Don S. impugna los acuerdos adoptados en dicha junta por ser contrarios a la Ley, pues modificaban subrepticamente los porcentajes que le correspondían en las partidas de gastos sin su consentimiento, solicita así se dicte sentencia modificando dichos porcentajes.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Don S. interpone recurso de apelación que es estimado por la Audiencia Provincial. Finalmente, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación y casa la sentencia recurrida. (A. M. C. S.)

70. Propiedad intelectual. Señal televisiva emitida por los televisores instalados en las habitaciones de los hoteles. Jurisprudencia: STS de 16 de abril de 2007.—La sentencia citada ha supuesto un justificado cambio de jurisprudencia, que ha adecuado la armonización y unificación de la interpretación jurisprudencial del artículo 20.1 TRLPI al Derecho Comunitario, tras el pronunciamiento realizado al respecto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en S. de 7 de diciembre de 2006. Nada obsta a que la interpretación de la STJCEE se refiera a una Directiva, la 2001/29/CE

que es posterior a la demanda del pleito que se enjuicia, porque lo que se toma en consideración no es la regulación de la Directiva, sino una interpretación jurisprudencial (del TJCEE) que es plenamente aplicable a la norma interna (art. 20.1 de la LPI española).

Pronunciamiento en el mismo sentido.—Hay retransmisión porque el hotel recepciona o capta la señal televisiva original o primaria y la transmite —retransmite (radiodifusión secundaria)— a los televisores instalados en las habitaciones. Esta comunicación es a un público nuevo, integrado por la pluralidad de personas, indeterminada e indeterminable, que constituyen la clientela, cuya pluralidad se contempla en las perspectivas acumulativas espacial (conjunto de huéspedes de las diversas habitaciones del hotel) y temporal (los huéspedes sucesivos que ocupan y pueden acceder a la señal), que tienen la accesibilidad —potencialidad— de recepcionar la señal difundida. La retransmisión puede tener lugar por cualquier medio técnico alámbrico o inalámbrico, y, además, las habitaciones de los hoteles no tienen carácter «estrictamente doméstico» a los efectos del artículo 20.1 LPI. No hay retroactividad normativa ni se afecta a la *perpetuatio actionis*. (STS de 15 de enero de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—EGEDA demanda al hotel C.M., S.A. (después A., S.A.) por venir realizando actividades de comunicación pública de obras audiovisuales a través de los televisores instalados en las habitaciones de los huéspedes y no haber solicitado autorización de EGEDA ni haber abonado el preceptivo canon. EGEDA solicita la suspensión de dichas actividades de retransmisión, la expresa prohibición de reanudarlas en tanto no fuese autorizado por la parte actora, y el pago de la indemnización por la realización de las mismas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial desestima la apelación planteada ante ella. (S. M. S.)

71. Propiedad intelectual. Señal televisiva emitida por los televisores instalados en las habitaciones de los hoteles. Legitimación activa: jurisprudencia: STS de 16 de abril de 2007.—No procede la estimación de la excepción de falta de legitimación activa de la demandante, puesto que la misma viene determinada por la Ley (art. 150 TRLPI y art. 135 LPI de 1987) y, habiéndose aportado junto con la demanda, certificado de los Estatutos de la EGEA y del Ministerio de Educación y Cultura por el cual EGEDA está autorizada por Orden Ministerial de 29 de octubre de 1990 para gestionar los derechos de propiedad intelectual de productores audiovisuales conforme a lo dispuesto en los artículos 132 LPI 1987 y 142 del TRLPI aprobado por RDLeg 1/1996, de 12 de abril.

Indemnización derivada de tarifas generales de EGEDA: injustas por unilaterales, abusivas, contrarias a Derecho e injustas; falta de equidad de las tarifas: no se aprecia.—El importe de la explotación de este bien ajeno (disfrute de una obra del espíritu) ha de ser valorado como componente de industria. Si al usuario no le interesa, no usará o no contratará, pero lo que no puede desde la perspectiva del Estado de Derecho es no pagar el uso de un derecho ajeno, como tampoco puede negarse porque piensa que la tarifa es abusiva, si entiende esto último, no contrate o no use o intente negociar.

Por otra parte no aporta el recurrente datos o elementos de cotejo o comparación para poder inferir que la contraprestación supone, en este caso, un abuso; como tampoco justifica que extrajudicialmente haya intentado negociar con unas cantidades inferiores que considere justas y que pudieran servir para conocer el criterio del recurrente sobre este punto. El precio de la comunicación pública ha de venir determinado por dos criterios: el pacto de la gestora, en este caso, con el hotel demandado, o, fuera de este caso, como en realidad ocurre, con asociaciones de hoteles; y a falta de este pacto el precio vendrá fijado, en principio, por las tarifas que la gestora comunica simplemente al Ministerio de Cultura. Pero ello no quiere decir que las tarifas, sin más, hayan de prevalecer frente a una oposición de los obligados al pago, toda vez que la Ley exige que las mismas se atengan a criterios equitativos (arts. 108, 116, 122 TRLPI/1996). La invocación a la equidad no puede implicar que la fijación de la indemnización debida quede simplemente al arbitrio del Juez. No es, en nuestro ordenamiento positivo, la equidad sino un criterio general en que deberá ponderarse la aplicación de las normas, pero sin que tal elemento de interpretación y dulcificación del derecho por la ética pueda fundar, por sí solo, una resolución judicial (art. 3 CC). No puede razonablemente considerarse abusiva la aplicación de las tarifas formuladas, a falta de acuerdo, cuando se reducen a la utilización real de la comunicación pública, por referirse a habitaciones y apartamentos «ocupados». (**STS de 15 de enero de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—EGEDA demanda al balneario «BPV, S.A.» porque venía realizando actividades de comunicación pública de obras audiovisuales al retransmitir por cable, a las distintas habitaciones y apartamentos del establecimiento hotelero explotado por la misma señales de entidades de radiodifusión, así como de las obras y grabaciones audiovisuales contenidas en los correspondientes programas, todo ello sin autorización de la actora y sin haber abonado el preceptivo canon. Por ello, EGEDA reclamaba la suspensión de dichas actividades, la expresa prohibición de reanudarlas en tanto no fuese autorizado por la actora y el pago de la indemnización por la realización de las mismas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia apelada. (*S. M. S.*)

72. Propiedad intelectual y competencia desleal.—No hay cuestiones sustantivas en el recurso planteado.

Vulneración del derecho a la intimidad: no se aprecia.—Concurren intereses de la otra parte, de relevancia constitucional. El artículo 3 de la LCD/1991 admite expresamente que las diligencias preliminares se extiendan «a todo ámbito interno de la empresa». La entrada en el domicilio de la recurrente estaba justificada por una autorización judicial, dictada en aplicación del artículo 24 de la LCD/1991.

Carga probatoria: artículo 1214 CC: no se infringe.—La infracción del artículo 1214 CC. sólo puede invocarse con fundamento en caso de una incorrecta identificación de la parte que ha de soportar las consecuencias de que permanezcan dudosos hechos relevantes para la decisión, no cuando los mismos se hayan declarado probados.

Valoración de la prueba pericial: derogado el artículo 1243 CC: No se infringe.—Al valorar el dictamen pericial sobre la infracción de la base de datos de jurisprudencia, atribuyéndosele su sentido literal, lo que hizo el tribunal fue declarar infringido el derecho *sui generis* de la actora sobre la base de datos de legislación tras valorar otras pruebas asimismo practicadas, en particular las actas notariales aportadas con la demanda. **(STS de 30 de enero de 2008;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—E.A., S.A. había imputado a la demandada, D.W.E., S.A., una imitación de sus prestaciones, desleal por el indebido aprovechamiento de reputación y esfuerzo, y la extracción y reutilización no autorizadas de las estructuras mediante las cuales se expresaban la selección y la disposición de los datos almacenados en las bases, con apropiación y difusión al público del contenido total o sustancial de las mismas. (S. M. S.)

73. Compraventa de vivienda hipotecada: el adquirente tiene la consideración de tercer poseedor.—La Sala Primera del Tribunal Supremo recuerda en la presente sentencia que el adquirente de un bien hipotecado, ajeno a la relación obligatoria asegurada con una hipoteca y que no asume la deuda garantizada como propia, recibe la denominación de tercer poseedor.

Asimismo nuestro Alto Tribunal aclara que el hecho de que los compradores retengan parte del precio pactado para el pago de la obligación garantizada con la hipoteca no implica que éstos pierdan su condición de terceros reconocida en el artículo 114 LH y tampoco significa que estemos en presencia de una asunción de deuda por los compradores con efectos liberatorios para el vendedor (deudor hipotecario). **(STJ de 13 de diciembre de 2007;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—En 1991 el matrimonio formado por I. y M. adquiere la propiedad de una casa. Dicho inmueble estaba hipotecado para garantizar el importe de dos obligaciones al portador (siendo los deudores los vendedores J. F., J. y A.).

En la escritura pública de compraventa los cónyuges compradores retienen del precio convenido determinada cantidad para satisfacer la obligación garantizada con hipoteca y los gastos de cancelación y se pactó expresamente que los compradores se subrogaban solidariamente en el cumplimiento de la obligación hipotecaria garantizada por el inmueble.

P., en su condición de tenedor de la obligación hipotecaria al portador interpone una demanda en 1995 contra los vendedores (deudores hipotecantes: J.F., J. y A.) y los compradores (I. y M.), solicitando se condene solidariamente a los demandados a pagar el principal y los intereses de la obligación hipotecaria al portador que ostenta el demandante.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por los demandados I. y M., revocando parcialmente la sentencia apelada. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. J. P. G.)

74. Alteración de una servidumbre de paso.—El Tribunal Supremo ha declarado en varias ocasiones que, en materia de servidumbres voluntarias, es fundamental que el título constitutivo determine su constitución y modo de ejercicio. Dichos aspectos no son modificables por la sola voluntad del dueño del predio dominante. La aplicación al predio sirviente de obligaciones más gravosas o su menoscabo generaría, no la aplicación de la normativa del artículo 598 CC, sino las consecuencias complementarias del artículo 543, tendente al restablecimiento de la servidumbre a sus precisos términos y alcance (STS de 29 de mayo de 1979). Conforme al artículo 543 CC, el dueño del predio dominante podrá hacer, a su costa, las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, pero no alterarla ni hacerla más gravosa (STS de 2 de marzo de 2005). (STS de 31 de enero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios de la finca 01 demandó a don A, con la pretensión de obtener la eliminación de una puerta a la calle en la finca 01, que impide el acceso al patio interior del inmueble de la actora a través de un pasillo o galería, sobre el que el demandado, propietario de un local y un almacén en el mismo edificio, goza de una servidumbre de paso hasta sus dependencias, donde se encuentra la puerta litigiosa en el punto de comunicación con la vía pública. Entre otras justificaciones, se fundamenta la pretensión en la necesidad de dar curso por dicho pasillo a los conductos de gas natural pendientes de instalación.

El Juzgado de Primera Instancia rechazó la demanda, al entender que la colocación de la puerta beneficiaba a ambas partes, y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la Audiencia Provincial, que estimó parcialmente las peticiones, condenando al demandado a la eliminación de la puerta señalada. Don A interpuso recurso de casación contra la anterior resolución. El Tribunal Supremo considera que la instalación de la puerta por el demandado afecta y perturba los derechos dominicales de la comunidad, pues lleva consigo la pérdida o limitación de un elemento común, mediante la traba de discurrir por dicho sitio. Como la colocación de la puerta altera y agrava la servidumbre, esta circunstancia lleva como consecuencia el restablecimiento de la servidumbre a sus primitivos términos y alcance. De ahí que el Tribunal Supremo termine por declarar no haber al recurso planteado por el demandado. (S. L. M.)

75. El retracto de colindantes. Concepto y plazo de caducidad.—El retracto legal se define como el derecho que, por ley, tienen ciertas personas en determinadas situaciones, para adquirir la cosa que fue objeto de un contrato de compraventa, subrogándose en el lugar del comprador. No supone una subrogación en sentido propio, sino más bien una venta forzosa por parte del comprador al retrayente. Se trata de limitaciones impuestas a la propiedad rústica que, aunque puedan redundar en provecho de particulares, están motivadas por el interés general (SSTS de 2 de febrero de 2007, 12 de febrero de 2000 y 20 de julio de 2004). En la medida en que supone una limitación a la libre disponibilidad de los bienes por su propietario y una excepción al principio de libertad de contratación, es objeto de una rigurosa regulación legal y merece una interpretación restrictiva, pues implica que quien ha

adquirido una finca por compraventa o dación en pago, pierde la propiedad en virtud de una disposición legal que le impone su transmisión a un tercero, quedando sin efecto su adquisición. De ahí que se establezca un breve plazo de caducidad de nueve días para su ejercicio (art. 1524 CC).

Sin embargo, la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias, contiene una ampliación extraordinaria de dicho plazo de caducidad: un año contado desde la inscripción de la venta en el Registro de la Propiedad, salvo que antes se notifique fehacientemente a los propietarios de las fincas colindantes la venta de la finca, en cuyo caso el plazo será de sesenta días contados desde la notificación (art. 27). Si el ejercicio del retracto según las condiciones impuestas por el Código civil ya merece un tratamiento restrictivo por las razones señaladas, aún mayor habrá de ser la rigurosidad en estos supuestos. De ahí que el presupuesto que habilita para el ejercicio del retracto en tales condiciones, que consiste en que la explotación que se lleva a cabo en la finca del retrayente sea de carácter prioritario, ha de existir en el momento en que nace el derecho a retraer (cuando se produce la compraventa o dación en pago que origina ese derecho). Tratándose del supuesto especial de la Ley indicada, en el momento de posible ejercicio del retracto, la explotación ha de gozar de tal carácter, otorgado por calificación administrativa cuando se cumplen los requisitos de los artículos 4 a 6 de la Ley. Dicho caso deberá haber accedido al Catálogo General de Explotaciones Prioritarias, creado por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, que establece el artículo 16 de la Ley como medio para acreditar, frente a los compradores, el ejercicio del derecho al amparo de la Ley especial, pues no puede imponerse a éstos la carga de tener que comprobar si el retrayente cumple con tales condiciones legales para saber si se está o no obligado a acceder al retracto en tales términos. **(STS de 4 de febrero de 2008; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Cancellor.]

HECHOS.—Los actores A, B, C y D interpusieron demanda de retracto contra X y Z, con fundamento en los siguientes hechos: a) Ser propietarios por herencia de la finca 01; b) Que la explotación que se realiza de la finca tiene la condición de Explotación Agraria Prioritaria en los términos previstos en la Ley 19/1995, de 4 de julio, cumpliendo los requisitos legalmente exigidos y figurando inscrita en el Catálogo de Explotaciones Agrarias Prioritarias de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, según Resolución de 15 de septiembre de 1997; c) La finca de los actores linda con la finca 02, adquirida por los demandados X y Z en virtud de escritura pública de compraventa de 25 de noviembre de 1996, habiendo sido inscrita la transmisión en el Registro con fecha de 13 de enero de 1997; d) Los actores han tenido conocimiento de la venta a través del Registro, ya que la misma no les fue comunicada, y ejercen su derecho de retracto dentro del año siguiente a la inscripción registral de dicha transmisión, como autoriza el artículo 27 de la Ley anterior.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y declaró haber lugar al derecho de retracto sobre la finca 02 a favor de los actores. Contra dicha resolución interpusieron los demandados recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial al establecer que la consideración se tiene desde que se cumplen los requisitos de los artículos 4 a 6, y no desde la inclusión en el catálogo, si

bien ésta sirve como prueba inequívoca de acreditación de la condición de la finca.

Esta resolución fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, alegando la infracción del artículo 16, párrafos 1 y 3, de la Ley 19/1995, y que la condición de explotación prioritaria, a efectos de disfrutar de los beneficios establecidos en la ley, sólo se tiene en virtud de la calificación e inscripción administrativa que así lo declare. A juicio del Alto Tribunal, en referencia al momento de la venta sobre la que se pretende que opere el retracto, no sólo los retrayentes no contaban con tal calificación administrativa, sino que ni siquiera la habían solicitado. En consecuencia, el momento a tener en cuenta para definir los derechos y obligaciones que derivan del retracto legal es el de la venta o dación en pago al tercero demandado del retracto. Y en tal fecha, la explotación que llevaban a cabo los actores no estaba calificada como de prioritaria, por lo que no podía ser considerada como tal a los efectos del ejercicio del derecho de retracto. De lo anterior se deriva que el ejercicio del retracto se produce de forma extemporánea, tanto conforme al Código civil como a la normativa especial. De ahí que se declare haber lugar al recurso. (S. L. M.)

76. Doble inmatriculación. Definición.—La doble inmatriculación se produce cuando una misma finca aparece inscrita en dos folios diferentes e independientes uno del otro, de modo que ambas inscripciones reflejan dos fincas absolutamente idénticas o una de ellas se encuentra superpuesta respecto de la otra.

Doble inmatriculación. Determinación de la titularidad preferente.—La STS de 25 de mayo de 1995 resume la doctrina jurisprudencial al respecto estableciendo los siguientes principios: 1. No se pueden dar fórmulas genéricas aplicables a todos los casos; 2. Procede atender primeramente a las normas de Derecho civil, con prevalencia sobre las de Derecho hipotecario, dando preferencia a la titularidad material sobre la formal; 3. La preferencia entre dos títulos inscritos debe buscarse en el título civil originario de la adquisición, es decir, alguno de los enumerados en el artículo 609 CC; 4. Sólo cuando no pueda determinarse la preferencia con arreglo a la norma de Derecho civil, se acudirá a los principios registrales, que puedan servir para completar o reforzar las titulaciones, añadiendo un soporte suplementario.

En definitiva, la jurisprudencia ha sentado como criterio prevalente el de la aplicación de las normas de Derecho civil puro para los casos de doble inmatriculación (véase, entre otras, las SS de 30 de diciembre de 1993, 30 de septiembre de 1994, 28 de enero de 1997, 18 de diciembre de 2000 y 11 de octubre de 2004).

Título de dominio: no lo es la división de comunidad.—La división de comunidad no constituye un título originario de dominio, pues éste vendría constituido por el propio de la comunidad. (STS de 12 de febrero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El objeto del presente litigio está constituido por un lado, por la finca núm. 002, cuyo titular registral es el actor, también recurrente en casación; y, por otro lado, por las fincas núms. 008, 009 y 010. Estas últimas son el resultado de las sucesivas

segregaciones y agrupaciones realizadas a partir de la finca núm. 003 que, según la tesis del actor, habrían producido una doble inmatriculación.

El Tribunal Supremo no aprecia doble inmatriculación debido a la falta de acreditación por parte del actor de una prueba pericial acreditativa de la coincidencia entre las fincas.

El Alto Tribunal, no obstante, se detiene en el análisis de cuál sería la titularidad preferente en caso de haberse acreditado la doble inmatriculación. A este respecto, considera que son los demandados quienes ostentan el título preferente y ello por las siguientes razones. El actor afirma que su título de dominio está constituido por la escritura de disolución de comunidad en la que se otorgaba la finca núm. 002 por segregación de la núm. 017; sin embargo, la división de comunidad no constituye un título originario de dominio, pues éste vendría constituido por el propio de la comunidad. Los demandados, sin embargo, ostentan un título que deriva en correcta secuencia registral de la finca núm. 003, que perteneció al padre del actor y, tras diversas transmisiones, fue adquirida por don J.M. en el año 1958, dando lugar a la inscripción 4.^a y de él pasó a sus hijos y herederos (demandados en este litigio). (*B. F. G.*)

77. Carácter esencial de los requisitos y notificaciones del artículo 131 LH. Buena fe del ejecutante.—Siguiendo los razonamientos de la sentencia de esta Sala de 2 de febrero de 2007, en los supuestos concretos en que se ha abordado la trascendencia de la comunicación en el procedimiento del artículo 131 LH y la indefensión que se deriva de su incumplimiento, se ha sentado, con carácter general, que «todos los requisitos y notificaciones que contempla el artículo 131 LH tienen la categoría de requisitos esenciales en orden a la tramitación del procedimiento para que el que sirven, cuya regulación, a través del conjunto de reglas que lo integran, no sólo obedece a una mejor realización de los créditos hipotecarios, sino, también, a un propósito de conseguir una adecuada y efectiva protección de los intereses de los deudores» (STS de 5 de mayo de 2005). Tal proclamada salvaguarda de los derechos del deudor ejecutado (también del tercer poseedor), como finalidad inherente al acto de intimación al ejecutado en el procedimiento judicial sumario, se viene reiterando desde antaño por esta Sala (SSTS de 27 de diciembre de 1933 o de 18 de noviembre de 1957). En este sentido se ha sentado, incluso, que «la indefensión se considera ínsita en la violación de las reglas que dan lugar a la nulidad, dada precisamente, la naturaleza del proceso de ejecución que ha de ajustarse, formalmente, al cumplimiento de las mismas en función de la precariedad de medios que tiene el deudor para su defensa» (STS de 8 de febrero de 2005, después recogida por otras de 5 de mayo de 2005 y 14 de septiembre de 2006). Tales apreciaciones entroncan con la relevancia que la jurisprudencia de esta Sala viene otorgando a la buena fe del ejecutante, entendida «como un comportamiento honrado, justo y leal», que implica la honestidad y lealtad en los comportamientos de las partes en la relación jurídica (SSTS de 26 de octubre de 1995, 12 de julio de 2002, 25 de julio de 2000 y 30 de enero de 2003, entre otras muchas).

Prueba y apreciación de la buena fe del tercero hipotecario. Revisión en casación.—La sentencia de esta Sala de 7 noviembre 2006 cita la doctrina jurisprudencial sobre la buena fe y se pronuncia en los siguientes términos:

«La apreciación de la buena fe del “tercero”, que se presume mientras no se pruebe que era conocida la inexactitud del Registro (art. 34 LH), queda, en principio, reservada a los órganos de instancia. Así lo ha reiterado esta Sala, concretamente en S de 25 de mayo de 2006, al decir que la buena fe «para poder ser reputada concurrente o no desde el punto de vista subjetivo como del objetivo, debe ser valorada libremente por el Tribunal de Instancia, en relación a unos hechos determinados y dicha valoración ha de ser respetada a no ser que se sitúe en un parámetro de irracionalidad o falta de lógica (SS de 21 de septiembre de 1995 y 24 de mayo de 2000)». La S de 11 de julio de 2005, afirma que «la falta de buena fe, en su aspecto fáctico, es decir, en lo que hace referencia a la fijación de los hechos que permitirían desvirtuar la dimensión negativa “desconocimiento de la inexactitud del registro” o la positiva “creencia de que el transferente es el titular real y puede disponer del derecho”, o al menos crear una racional duda acerca de las mismas o de la exigible diligencia normal o adecuada al caso que hubiera permitido formar el conocimiento preciso, corresponde a los tribunales de instancia “primera instancia y apelación” (SS, entre otras, 23 de mayo y 28 de junio de 2002, 17 de febrero y 25 de octubre de 2004), y la revisión de su juicio en casación sólo es posible mediante la denuncia de la conculcación de las normas que rigen la actividad probatoria».

[...] ya se ha recogido la doctrina jurisprudencial sobre la posible revisión en casación de la apreciación que sobre la buena fe del tercero se haya realizado en la instancia, distinguiendo entre los hechos de que se sirve el tribunal *a quo* para deducirla –que se han de mantener en casación salvo que triunfe un concreto motivo sobre error de derecho en la valoración de la prueba– y la propia deducción, que si es revisable en casación al constituir el de «buena fe» un concepto jurídico.

El «tercero» del artículo 606 CC debe ser de buena fe.–El segundo (motivo) se refiere a la presunta vulneración de lo establecido en el artículo 606 del CC, según el cual «los títulos de dominio, o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero», de donde extrae la parte recurrente que el título de propiedad de los actores no puede afectarle negativamente al no haber sido objeto de inscripción registral. Dicha norma se corresponde con la del artículo 32 LH y proclama la inoponibilidad de lo no inscrito frente a tercero, como regla básica que se incluye en la presunción de exactitud registral con dos manifestaciones: el principio de legitimación registral (arts. 1.3, 38.1 y 97 LH) y el principio de fe pública registral (arts. 32 y 34 LH). Pero dichas normas no pueden ser desvinculadas del propio concepto de «tercero hipotecario» comprendido en el artículo 34 LH y, en consecuencia, el «tercero» a que se refiere el artículo 606 CC debe ser de buena fe para poder beneficiarse de la preferencia que la ley concede a su título inscrito frente al que no lo ha sido, y es lo cierto que la sentencia impugnada afirma que tal requisito de la buena fe no concurre en dicha parte. Por ello, el motivo se ha de desestimar. **(STS de 21 de enero de 2008;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.–Doña Trinidad, doña Yolanda, don Luis Miguel y la entidad I. celebraron una compraventa por la que la entidad les vendía una finca. Ésta estaba gravada con hipoteca a favor de una Caja de Ahorros. La garantía fue ejecutada pero las notificaciones y requerimientos al deudor –la entidad I. – no fueron realizados en forma

pese a lo cual, finalmente, la ejecutante se adjudicó la finca. Posteriormente la Caja de Ahorros vendió el inmueble a la compañía C. que, a su vez, la vendió a doña Pilar. Para su adquisición recibió ésta última –doña Pilar– de la Caja de Ahorros y Pensiones de B. un préstamo garantizado con hipoteca sobre la finca en cuestión. Doña Trinidad, doña Yolanda y don Luis Miguel solicitan del Juzgado declaración de nulidad del procedimiento del artículo 131 LH desde el momento en que debieron hacerse el requerimiento de pago y las notificaciones prevenidas en el precepto más la de las transmisiones subsiguientes junto a la declaración de su derecho de propiedad sobre el inmueble. La sentencia del Juzgado estimó íntegramente la demanda. La Audiencia –que desestimó el recurso de la Caja de Ahorros, la compañía C. y doña Pilar– acogió parcialmente la apelación de la Caja de Ahorros y Pensiones de B. Interponen recurso de casación las promotoras de las apelaciones desestimadas combatiendo la Caja de Ahorros la nulidad del procedimiento hipotecario seguido y afirmando la compañía y doña Pilar su condición de terceros hipotecarios con el fin de quedar a salvo de las consecuencias de la declaración de nulidad del procedimiento. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar. (R. G. S.)

DERECHO DE FAMILIA

78. Unión de hecho: régimen jurídico; fallecimiento del conviviente: mantenimiento de uso de la vivienda propiedad del otro; acción de desahucio por precario instada por sus herederos ab intestato; indefensión; aceptación de herencia.—El recurrente alega indefensión por haberse admitido la escritura de aceptación y adjudicación de herencia por los demandantes con posterioridad a la presentación de la demanda, lo que desestima la Sala, señalando que habiendo sido declarados los demandantes como herederos ab intestato, la aceptación de la herencia se produjo de forma tácita, al menos desde el momento de presentación de la demanda y que la reivindicación de bienes que pertenecen a la masa hereditaria ha sido considerada como un acto que supone la aceptación tácita de la herencia, forma perfectamente admitida por el artículo 999 Cc, citando las STS de 12 de julio de 1996 y de 20 de enero de 1998.

Alegado por el recurrente la infracción de la jurisprudencia sobre unión de hecho, con cita de las STS de 10 de marzo de 1998 y 16 de diciembre 1996, mantiene la Sala que la misma no resulta aplicable al presente supuesto al referirse a las relaciones entre los convivientes y no a las que puedan plantearse entre el conviviente supérstite y los herederos del premuerto, que falleció sin haber otorgado testamento ni favorecer de ningún modo al supérstite, por lo que no puede considerarse que el demandado ostente ningún título que le permita mantener la posesión de la vivienda.

En relación con el tercer motivo en el que se denuncia la infracción del artículo 1214 CC al no haber considerado la Audiencia como hecho concluyente frente al precario la propia convivencia *more uxorio*, la Sala lo desestima porque el citado precepto no contiene una regla valorativa de la prueba, ni resulta invocable contra una apreciación conjunta de la prueba con cita de las SSTS de 30 de mayo de 1994 y 1 de marzo 1954.

Por último, se desestima el cuarto motivo en el que se plantea la aplicación analógica de las normas del Código civil sobre la legítima del cónyuge viudo, por representar una cuestión nueva. (**STS de 27 de marzo de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—Doña P vivía con don A, constituyendo una unión de hecho. El piso en el que convivían era propiedad de Doña P y ambos mantenían su independencia económica y separación de patrimonios. Fallecida doña P, don A siguió ocupando la vivienda pese a que los herederos, declarados ab intestato, le requirieran para abandonar la vivienda por no ostentar ningún título, a lo que aquel opuso que además de constituir pareja de hecho con la difunta, había pagado también gran parte del precio. Los herederos de doña P, declarados ab intestato y antes de proceder a la aceptación y adjudicación de la herencia, ejercitaron frente a don A la acción de desahucio por precario en procedimiento de menor cuantía demandando la indemnización correspondiente por los días que había ocupado la vivienda.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que tras desestimar la excepción de falta de legitimación activa, al entender que los demandantes eran titulares de la vivienda a pesar de no haberse procedido a la aceptación y adjudicación de la herencia, desestimó también la demanda porque constando la existencia de una unión de hecho la posesión no se fundaba en la mera tolerancia sino en título distinto de aquella. Recurrida en apelación por los herederos de doña P, la Audiencia Provincial dictó sentencia revocando la de instancia y estimando la demanda condenó a don A al abandono de la vivienda y a indemnizar a los demandantes por el tiempo que había ocupado aquella.

Se interpuso recurso de casación por el demandado, don A fundado en cuatro motivos (infracción de los artículos 506 y 504 LEC en relación con el 24 CE; infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre unión de hecho; infracción del artículo 1214 CC; infracción de los arts. 1.1, 1.4, 4.1 en relación con el artículo 834 CC), todos ellos desestimados por la Sala. (C. S. R.)

79. Gananciales: arrendamiento con opción de compra a favor de los cónyuges: legitimación a favor del marido: medidas provisionales de separación.—El artículo 1385.2 CC legitima a cualquiera de los cónyuges para el ejercicio de la defensa de los bienes comunes por vía de acción o de excepción; para la correcta resolución de este recurso se debe partir del hecho incontrovertido de la concesión a ambos cónyuges para su sociedad de gananciales del derecho de opción de compra de un piso propiedad del padre de la esposa, que después fue vendido a una tercera persona por los herederos del propietario, entre los que figuraba la propia titular del derecho de preferencia; por tanto, el derecho de opción de compra era un bien ganancial que había sido perjudicado por los herederos del concedente; en estas circunstancias hay que concluir que el marido estaba efectivamente legitimado para el ejercicio de la acción que da lugar a este recurso, porque actuaba en beneficio de la sociedad en cuyo patrimonio se encontraba dicho derecho. La sociedad de gananciales no se ha disuelto con el auto de medidas provisionales previas

a la separación, sino cuando se pronuncie sentencia estimatoria, en cuyo momento se aplicarán los artículos 83 y 95 CC, que no es el caso aquí. Es doctrina jurisprudencial que en los aspectos de reclamación o ejercicio de acciones que tienden a beneficiar a la sociedad conyugal, la actuación por uno de los consortes es suficiente, sin que sea preciso para ello que tengan que actuar al unísono ambos componentes de la comunidad conyugal (SSTS de 7 de julio de 1994, 14 de febrero de 2000 y 7 de febrero de 2005).

Demanda dirigida contra la esposa en su calidad de concedente de la opción: actuación fraudulenta perjudicial para la sociedad.—La esposa cometió fraude en perjuicio de la sociedad ya que, pese a saber que la sociedad adelantó cantidades a cuenta del precio para cuando se ejercitara la opción, unilateralmente las dejó perder en perjuicio de la propia sociedad, y que debería haber recuperado cuando el piso se vendió a tercera persona. Es evidente que la actuación de la esposa, en su cualidad de heredera del padre concedente de la opción y, por tanto, cedente ella misma, ocasionó claramente un perjuicio a la sociedad de gananciales de la que formaba parte; su legitimación pasiva se encuentra en el título de heredera de su padre que la convierte en concedente de la opción por derecho de sucesiones.

Lucro cesante: no se ha justificado en la conducta de la compradora del piso.—El lucro cesante consiste en la ganancia que ha dejado de obtener el acreedor, y no se ha probado en el presente caso. La responsabilidad a que hipotéticamente hubiera quedado sujeta la compradora del piso hubiera sido la del artículo 1902 CC, al no ser parte en el contrato de opción vulnerado. El incumplimiento de la opción de la compra no puede serle imputable, puesto que, si bien conoció la existencia del referido contrato por habérselo comunicado los herederos del concedente de la opción, no se ha probado que su conducta haya producido el denunciado incumplimiento. Además la concesión de una opción de compra no elimina la facultad de disposición de los concedentes (SSTS de 30 de septiembre de 1989, 7 de mayo de 1996 y 5 de junio de 2006), ni determina, por eso mismo, la nulidad del contrato efectuado vulnerando el derecho de opción. (**STS de 12 de marzo de 2008**; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—Partiendo de un negocio jurídico relativamente sencillo, y hasta habitual, como es el arrendamiento de un piso con opción de compra que el padre de la esposa otorga durante tres años al matrimonio, se interfieren acontecimientos de diverso signo, fallecimiento del padre, separación de hecho de los cónyuges seguida de sentencia, intento de ejercer la opción por el marido dentro de plazo, que se frustra al venderse por los herederos el piso a tercera persona, lo que cambia el sentido de la demanda que, en definitiva, interpone el marido (resolución de la opción con indemnización) contra la compradora, su esposa y demás hermanos de ésta en calidad de herederos del concedente de la opción. No consta la fecha de la boda, pero sí que el matrimonio arrendatario hizo obras de modernización en el piso alquilado por valor que excedió de 9 millones pesetas y que obligó a los cónyuges a pedir diversos préstamos, que, al iniciarse este pleito, estaban sin reembolsar. Plenamente de aprobar la doctrina sobre la legitimación activa y pasiva de ambos cónyuges. Entre la separación de hecho y la adopción de medidas previas discurre poco más de medio año por lo cual no parece razonable aplicar la doctrina jurisprudencial de extinción de

la sociedad por separación definitiva e irreversible de los cónyuges. En realidad, el marido ha optado por la otra vía contemplada por la jurisprudencia (véase extractada en este fascículo del ADC, la STS de 21 de enero de 2008. (G. G. C.)

80. Gananciales: el régimen se disuelve al adquirir firmeza la sentencia de separación.—Debe aplicarse la regla general de acuerdo con la que la disolución del régimen económico matrimonial tiene lugar cuando exista sentencia firme de separación o divorcio, según el artículo 95.1 CC. En este caso la firmeza de la sentencia no se produjo hasta que la S del Juzgado de Primera Instancia no fue confirmada por la Audiencia Provincial, momento que ocasionó la disolución del régimen; sentencia firme es aquella contra la que no procede recurso alguno, ya sea por su propia naturaleza, ya sea por haberlo consentido las partes (art. 369 LEC, en relación con art. 245, 3.º LOPJ). En concreto, esta Sala ha venido entendiendo que los efectos de la separación con relación a la disolución del régimen económico matrimonial vienen referidos a la sentencia firme de la separación matrimonial, lo que se desprende de los artículos 95.1, 1392, 3.º, y 1394 CC que preceptúan que la sociedad de gananciales *concluirá de pleno derecho cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges* (SSTS de 4 de abril de 1997, 31 de diciembre de 1998, 30 de enero de 2004 y 26 de junio de 2007). Por tanto, recurrida la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en el procedimiento de separación de los cónyuges, ésta no quedó firme hasta la dictada en apelación, por lo que el régimen no se extinguió hasta la firmeza de esta última.

Indemnización por despido: ganancialidad.—Según STS de 26 de junio de 2007, existen dos elementos cuya concurrencia permite declarar que una determinada prestación relacionada con los ingresos salariales, directos o indirectos, deba tener la naturaleza de bien ganancial o, por el contrario, es bien privativo: a) la fecha de percepción de estos emolumentos, a saber, si se perciben antes o después de la disolución del régimen; y 2.º) hay que distinguir entre el derecho a cobrar estas prestaciones, que es un componente de los derechos de la personalidad, que no es ganancial por ser intransmisible (SSTS de 25 de marzo de 1988 y 22 de diciembre de 1999), mientras que los rendimientos de estos bienes devengados durante la vigencia de la sociedad, tendrán tal carácter; en efecto, la indemnización constituye una compensación por el incumplimiento del contrato, y por ello va a tener la misma consideración que todas las demás ganancias derivadas del contrato siempre que se hayan producido vigente la sociedad, mientras que el derecho que permite el ejercicio de la fuerza de trabajo no ha quedado lesionado por el despido. En todo caso, y a la vista de que esta indemnización se calcula sobre la base del número de años trabajados, no deben tener naturaleza ganancial las cantidades correspondientes a los años en que no existía la sociedad de gananciales.

Presunción de ganancialidad.—No se puede destruir la presunción de ganancialidad si no hay una prueba cumplida, según ha señalado la jurisprudencia que ha mantenido el carácter *iuris tantum* de la presunción, y ha exigido que la prueba sea *satisfactoria y concluyente* (SSTS de 9 de junio de 1994, 20 de junio de 1995, 29 de septiembre de 1997 y 17 de octubre de 2007); en concreto la STS de 24 de febrero de 2000 dice que no basta con una prueba indiciaria, sino *expresa y cumplida*. (STS de 18 de marzo de

2008; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.] (G. G. C.)

81. Sociedad de gananciales: extinción por separación de hecho: doctrina general.—La doctrina de esta Sala sobre la finalización de la sociedad de gananciales por la separación de hecho de los cónyuges parte de las SSTS de 13 de junio de 1986 y 17 de junio de 1988, destacándose que el fundamento de la sociedad es la convivencia mantenida entre los cónyuges; doctrina reiterada por STS de 27 de enero de 1998, según la cual *la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida entre los cónyuges*, y por la de 14 de marzo de 1998; en igual sentido se pronuncian las SSTS de 24 de abril y 11 de octubre de 1999, afirmando esta última que *no existe desde el momento del abandono ninguna convivencia entre los cónyuges que pudiese dar lugar a adquisiciones gananciales*, y que no se puede exigir en tales casos la declaración judicial *para estimar extinguida la sociedad de gananciales* (en igual sentido SSTS de 26 de abril de 2000 y 4 de diciembre de 2002). En consecuencia debe entenderse que, producida de modo irreversible la ruptura de la convivencia, los bienes obtenidos por cada uno de los cónyuges no se integran en la sociedad de gananciales, sin perjuicio del derecho de cualquiera de los citados cónyuges a instar su extinción en los términos previstos en el artículo 1393.3.º CC, así como la facultad que les asiste para solicitar las medidas oportunas de carácter económico previas a la solicitud de separación o divorcio. Nada obsta en el presente caso a que durante la separación otorgase testamento ológrafo estableciendo a favor de su legal esposa, no sólo la cuota viudal sino el tercio de libre disposición, pues ello puede responder a diversas razones, incluso de compensación económica, o incluso como resulta muy frecuente, de mantenimiento *ad extra* de una apariencia de normalidad familiar; al igual que sucede con la atribución expresa de carácter ganancial de la nuda propiedad del piso adquirido en situación de separación de hecho, cuando el usufructo lo adquiriría la mujer con la que convivía.

Entregas de dinero a favor de la conviviente durante la separación de hecho: no son gananciales.—Se declara probado que desde 1988 existía separación de hecho entre los cónyuges y que el marido convivió con otra mujer hasta su muerte, la cual ha sido demandada; que después de la separación se produjeron entregas de dinero a favor de esta última que exceden de 46 millones de pesetas siendo claro que lo entregado a la demandada no disminuyó el caudal de la sociedad de gananciales por no haber entrado a formar parte de la misma, como, a mayor abundamiento, tampoco pertenecieron a la misma las cantidades superiores a los 250 millones pesetas procedentes de actividades profesionales que ingresaron en sus cuentas bancarias en idéntico periodo. (**STS de 21 de febrero de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

NOTA.—La viuda, en nombre propio y en interés de los demás herederos de su difunto esposo, solicita se declare la nulidad radical y absoluta de diversas entregas de dinero realizadas durante los dos últimos años de la vida de aquél, que en total superaban la suma de 46 millones de pesetas todas ellas a favor de la mujer con la que convivía desde que se separó de hecho. La demanda fue estimada en ambas instancias, pero el Tribunal Supremo ha estimado el

recurso interpuesto por la mujer conviviente, con base en la doctrina extractada. Las singulares y atípicas relaciones mantenidas por el marido con la familia legal, y recogidas en el testamento ológrafo otorgado por aquél (se supone que elevado a escritura pública), así como el desahogado nivel de vida que al parecer mantuvo, especialmente durante ese lapso de tiempo, permiten dudar de las razones alegadas por el Tribunal Supremo para aplicar, a rajatabla, la conocida doctrina jurisprudencial sobre extinción de la sociedad de gananciales por separación de hecho. En los dos años postreros de su vida parece claro que el marido quiso asegurar la futura situación patrimonial de su pareja de hecho. Quizá, por ello, la acción pertinente, en este caso, hubiera sido otra distinta de la ejercitada; por ejemplo, una acción sucesoria que hubiera intentado integrar en el caudal relicto del causante, en todo o en parte, las cuantiosas sumas aquí reclamadas. (G. G. C.)

82. Gananciales: liquidación: validez de la renuncia previa a la acción de rescisión por lesión.—Tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado que puede mantenerse la validez de la renuncia cuando no concurre un vicio de la voluntad o cualquier causa que pueda producir la nulidad de los negocios jurídicos. Así, en cuanto a las realizadas en convenios reguladores la jurisprudencia ha admitido su validez siempre que tengan las características de ser claras, terminantes o deducidas de hechos o actuaciones de interpretación unívoca, no dudosa o incierta (SSTS de 22 de febrero de 1994, 6 de marzo de 2003 y 17 de marzo de 2006); en el caso resuelto por la primera sentencia se trataba de una liquidación y división de sociedad de gananciales en que se ha dado a los bienes y a los lotes un valor convenido, se ha tenido tiempo de notificarla o enmendarla antes del otorgamiento de escritura pública, y no se ha hecho, y el recurrente la ha consentido y firmó libremente, pues no se han probado sus afirmaciones de coacciones para hacerlo; en la segunda Sentencia después de señalar que no había existido desequilibrio económico, se dice que la renuncia es clara y de interpretación unívoca, y, además, se deduce de hechos, actos o conductas relacionadas con la misma, como lo son todas las estipulaciones que se contienen en el convenio y que se han sometido a aprobación jurisdiccional, y contra los propios actos se pretende modificar lo pactado, lo que llevaría también a modificar las resoluciones judiciales aprobatorias en proceso distinto; por último, en la tercera sentencia se admite la renuncia tácita a la rescisión, doctrina aplicable a la de los gananciales por la remisión del artículo 1410 CC.

Renuncia en convenio regulador homologado.—Debe entenderse que la renuncia objeto del recurso cumple con los requisitos generales: 1.º porque fue clara y terminante, recíproca y se controló por los organismos judiciales competentes para la homologación del convenio regulador; y 2.º porque la renuncia no produjo en realidad un absoluto cierre a posteriores revisiones de la liquidación efectuada, como ocurrió en realidad en la posterior escritura denominada de capitulaciones matrimoniales, en la que se incluyeron unos bienes que se habían omitido en el convenio regulador. (STS de 19 de marzo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.] (G. G. C.)

83. Gananciales: embargo por deudas a la Seguridad Social: tercera ejercitada por el cónyuge que invoca pacto capitular de separación de bienes: responsabilidad previa de los bienes gananciales.—Es doctrina jurisprudencial consolidada en la interpretación del artículo 1317 CC, que éste despliega todos sus efectos con independencia de que pueda pedirse la declaración de ineficacia de los capítulos (STS de 25 de septiembre de 2007). Por ello se ha afirmado reiteradamente que no es necesario pedir la nulidad de las escrituras de capítulos matrimoniales, pues aquel precepto establece una responsabilidad *ex lege* inderogable por la voluntad de los particulares, que para nada incide en la validez de las adjudicaciones al disolverse la sociedad, y que, en consecuencia, no se requiere para su efectividad de declaración de ineficacia o de nulidad de clase alguna. El artículo 1317, completado con los artículos 1390, 1403 y 1404 CC, determina que, al conservar los acreedores de los cónyuges sus derechos contra el cónyuge deudor, pueden dirigirse contra los bienes que formaban la masa responsable antes de las capitulaciones, con independencia de cuál de los cónyuges sea su titular después del otorgamiento de las mismas, sin que sea necesaria la declaración de nulidad o el fraude de los acreedores, que constituyen otras vías distintas para obtener un resultado parecido (SSTS de 21 de noviembre de 2005, 1 de marzo de 2006, y 3 de julio de 2007, entre otras). La responsabilidad no se rige por el conocimiento o desconocimiento que la esposa tuviera de la deuda existente, sino por la condición de ganancial del bien que se le adjudicó, afecto a la responsabilidad generada por las deudas contraídas por el cónyuge, que desaparece de la masa al pactar la separación de bienes. **(STS de 6 de febrero de 2008; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

84. Sucesión testamentaria: interpretación de testamento: doctrina general.—Es doctrina reiteradísima de esta Sala que la interpretación del testamento es facultad de la instancia, que debe ser mantenida en casación, salvo que se demuestre que es ilógica, arbitraria o incurra en evidentes errores de hecho; nada de esto ocurre aquí pues la Sala realiza un minucioso análisis de las pruebas practicadas para sentar los hechos que con firmeza avalan su conclusión de que la testadora no tuvo intención de instituir a sus herederos por partes iguales; razonablemente entiende la sentencia recurrida que si bien en la disposición 6.^a del testamento expresó la testadora que había procurado la mayor justicia y equidad, ello no es equivalente a igualdad; por otra parte, en la misma disposición es consciente la testadora de que haya diferencias de valor en los lotes, pero ordena que las adjudicaciones deben respetarse sin modificación alguna, y la diferencia de valor ha de ser soportada por quien la padezca con una menor participación en tercios de mejora y libre disposición; en fin, subraya la Audiencia Provincial, la tesis de la actora se contraponen a la conducta de la causante, pues en un testamento ológrafo, luego protocolizado, que redactó el mismo día en que otorgó el notarial abierto, procedió a la partición de sus bienes muebles en base al artículo 1056 CC, y en él los atribuyó desigualmente a los herederos.

El error, en general, no es causa de nulidad del testamento.—En absoluto está superado el mandato del legislador, contenido en el artículo 673 CC,

de que el error no es causa de nulidad del testamento; aunque es objeto de agudas controversias en la doctrina si la omisión del mismo en aquel precepto debe ser corregida por una aplicación del artículo 1265 CC en el que se conceptúa como vicio de la voluntad de los contratos; otra cosa es el error en singulares disposiciones de un testamento que el Código civil toma en cuenta, aunque el artículo 743 previene que la ineficacia en todo o parte de las disposiciones testamentarias tendrá lugar *sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código*, con lo que implícitamente ordena que el error no las haga ineficaces en los demás casos.

Error en la partición hecha por la testadora.—El recurrente invoca el supuesto error sufrido por la testadora al hacer la partición entre sus herederos, sosteniendo que incurría en error al valorar los bienes que componía cada lote, ya que tuvo la voluntad de igualar a todos los herederos. Pero soslaya que la sentencia recurrida lo ha interpretado de manera contraria al negar que la testadora tuviera tal voluntad igualitaria.

Prueba pericial.—Ante la discrepancia de los dictámenes periciales sobre la valoración de las fincas, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia optó por el criterio de hallar el valor medio, a partir de los asignados por cada perito, y este criterio lo encuentra racional la Audiencia Provincial. El recurso invoca infracción del artículo 632 LEC, en relación con el artículo 1243 CC. En realidad de lo que se trata es que prevalezca el informe valorativo del informe técnico acompañado por la recurrente a su demanda, en que se efectúa una valoración obviamente favorable a sus intereses, lo que no puede ser aceptado (como prueba documental) por su carácter parcial e interesado, frente al emitido dentro del proceso con todas las garantías legales por los peritos designados de común acuerdo por las partes. **(STS de 29 de enero de 2008; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.] (G. G. C.)

85. Legítima: actio ad supplendam: incongruencia.—Vista la falta de claridad del fallo de la Audiencia Provincial, débese acoger este primer motivo de casación por incongruencia, y asumir la instancia, aunque la causa de aquella falta de claridad radica en el confusionismo de la demanda, confusión que se acrecienta, si cabe, en el recurso de casación.

Impugnación interpuesta por nieta que hereda en representación de su padre premuerto, frente a sus tíos, hijos del segundo matrimonio de la causante: sucesión testamentaria: cálculo de la legítima: colación.—Para el cálculo de la legítima se toma en cuenta el valor del *relictum* y el valor del *donatum*, incluyendo las donaciones hechas al padre de la actora (hermano uterino de los demandados), deduciendo lo que los demandados han adelantado ya a la actora; y como mínimo será la condena de la sentencia de primera instancia, a la que se ha aquietado la parte demandada.

Donación con prohibición de colación: no revocada.—Esta dispensa de colacionar, fundada en el artículo 1036 CC, no ha sido revocada —en contra de lo que declara la sentencia de la Audiencia Provincial—, ya que no cabe deducir, en perjuicio de la legitimaria, causahabiente del donatario, que se le revocó tácitamente la dispensa de colacionar, deducido de que en el testamento se le deja sólo la legítima estricta; pero lo cierto es que no revocó, pudiendo hacerlo, la dispensa en dicho testamento.

Pago de la legítima: frutos y rentas.—No cabe incrementar la cuota de legítima estricta de la demandante con los frutos y rentas producidos por

razón de que no constan probados en los autos de instancia. (STS de 24 de enero de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El caso hubiera sido —sin especial relieve— uno más de los que suscitan la herencia del cónyuge bínubo, en este caso por razón de viudedad, a no ser por alguna singularidad que el Ponente ha remarcado al referirse a la *demanda larga y confusa, como hay pocas*, y, a su vez, al *recurso de casación tan confuso como la demanda*. Circunstancia que ha originado probablemente la oscuridad del fallo de la Audiencia Provincial, que ha provocado la casación por incongruencia. En el FD 3.º se dice de aquél: «¿Qué significa realmente? No se entiende si es un cálculo que se deja a ejecución de sentencia o es una simple declaración de derechos y, desde luego, no se sabe si debe incluirse en la condena hecha por el Juzgado de Primera Instancia o se declara, además de la condena, sin saber si se ejecuta o no.» La sentencia en su FD 2.º trata de aclarar pedagógicamente los conceptos de cómputo de legítima, impugnación y colación en sentido propio.

La causante al enviudar deja un hijo de su primer matrimonio, que muere al poco dejando a su vez una hija, actora y recurrente. Aquella reitera matrimonio y al fallecer, deja dos hijos de sus segundas nupcias. En su testamento favorece claramente a estos últimos pues, además de la legítima estricta, les atribuye, por partes iguales, los tercios de mejora y libre disposición. En vida realiza donaciones a todos sus hijos, una de ellas con prohibición absoluta de colacionar. Surge un interrogante: en España ¿quién enseña a redactar correctamente los recursos de casación? (G. G. C.)

86. Reserva lineal: reservista hija extramatrimonial de la madre de quien proceden los bienes: demanda dirigida contra hermana de vínculo sencillo: bienes heredados por el padre, procedentes de otro hermano premuerto fallecido sin descendencia, recibidos *mortis causa* de la causante de la reserva: caracteres generales de la reserva del artículo 811 CC.—La reserva lineal integra una institución creada *ex novo* por el Código civil con carácter muy extraordinario y para una finalidad muy concreta por lo que, según la mejor doctrina, tiene con relación a ella mayor importancia y utilidad la razón finalista que las consideraciones que pudieran derivarse de su construcción dogmática. La institución, contraria al sistema tradicional de Castilla y con similitudes respecto de los sistemas sucesorios que acogen el principio de troncalidad, viene inspirada en su incorporación al Código civil por Alonso Martínez, en atención a un ejemplo de amplia mención doctrinal que ponía de manifiesto cómo, en caso de no existir tal reserva, el juego de las muertes prematuras e imprevistas podría dar lugar a que bienes que tradicionalmente pertenecían a una línea familiar pasaran a otra, contrariando así las reglas de la lógica más elemental.

Naturaleza de la obligación de reservar.—La cuestión nuclear que ha de plantearse en relación con el presente recurso es la de determinar si la obligación de reservar constituye una mera limitación en cuando a la disposición de sus bienes por *el ascendiente que heredare de su descendiente*, la cual queda cumplida por el hecho de su atribución a quien ostenta ya la condición de

reservista o, por el contrario, da lugar a la imposición de una especie de sucesión forzosa e igualitaria para los reservatarios similar a la sucesión intestada, en cuya virtud aquéllos volverían a suceder en cierto modo al primero de los ascendientes a que la norma se refiere en cuanto a determinados bienes. La interpretación que ha de ser considerada como más acorde con la realidad social actual contraria a limitar al causante sus facultades de disposición sucesoria, y con la jurisprudencia de esta Sala, que sostiene la necesidad de que la institución sea objeto de una consideración restrictiva, es la primera, según la cual basta que no pasen los bienes a línea distinta de la originaria para que la institución de la reserva haya cumplido su finalidad. Como señala la STS de 29 de septiembre de 2006, el fundamento del artículo 811 CC está en el *propósito de evitar que los bienes salgan de la línea y vayan a parar a personas extrañas de quienes procedan*; a su vez la STS de 21 de octubre de 1991 se pronunció en el sentido de no ser lícita la interpretación extensiva del artículo 811, ni tratar de llenar sus silencios acudiendo a otras instituciones cuando por ese cauce se obtiene el incremento de la restricción de la libertad de testar, a lo que añadía que *la imposibilidad de disposición «post mortem» debe entenderse como imposibilidad de disposición a favor de parientes distintos de los reservatarios*, sin que pueda sostenerse un principio de absoluta igualdad entre los llamados por ser del mismo grado.

Carencia de derecho de la hija (no matrimonial) de la causante, que ya la heredó en su momento.—En el presente caso, fallecido el reservista, cónyuge de la causante de la reserva, quedará ésta satisfecha si los bienes objeto de la misma pasan a los parientes del descendiente del que heredó que estén dentro del tercer grado. Esta solución es más acorde con el principio de libertad testamentaria, y que aquí determina la carencia del derecho que pretende ejercitar la actora, dado que quien finalmente hereda tiene la condición de reservataria siendo hija de la titular originaria de los bienes y hermana de doble vínculo del *descendiente* a que se refiere el artículo 811 CC.

Costas.—Se hace uso del artículo 523 LEC 1881, teniendo en cuenta las dudas de derecho que en la práctica ha generado la aplicación de la institución, no haciendo especial pronunciamiento de las causadas en ninguna de las instancias, ni tampoco en casación. **(STS de 13 de marzo de 2008;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Adviértase que en el breve resumen que proporciona el Centro de Documentación Judicial se ha deslizado un error importante sobre la relación de parentesco interviniente entre los interesados. La actora doña Gabriela es hija extramatrimonial de doña Sonia, la cual después del nacimiento de ésta, contrae matrimonio con don Serafín (de quien no consta que en ningún momento haya reconocido a doña Gabriela, como da a entender el resumen), con quien tuvo dos hijos, don Esteban y doña Filomena. En 1982 fallece doña Sonia, otorgando testamento en el que mejoraba a don Esteban. En 1995 fallece este último sin descendientes e intestado, por lo cual le heredó íntegramente abintestato su padre don Serafín. A su vez, éste fallece en 1997, designando heredera universal a su hija doña Filomena. Doña Gabriela demanda a su hermana de vínculo sencillo doña Filomena, solicitando: 1.º) Que se declare la existencia de la reserva del 811 respecto de los bienes que don Serafín adquirió abintestato de su hijo don Esteban, y que éste había adquirido por herencia de su madre doña Sonia; 2.º) que son reser-

vatarias, tanto su hermana doña Filomena como la propia actora, ya sea por iguales partes o, subsidiariamente, en la forma que se declare judicialmente; 3.º) se declare la procedencia de llevar a cabo la partición; 4.º) se declare la nulidad o, subsidiariamente, la ineficacia absoluta de la escritura de aceptación de herencia y adjudicación de bienes otorgada en 1997; 5.º) cancelación de inscripciones causadas; y 6.º) imposición de las costas a la demandada. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó la apelación si bien reconoció a D.^a Filomena doble porción de los bienes reservados que a la actora. Adviértase que, en la solución adoptada por la sentencia extractada, no hay trato discriminatorio respecto de la hija no matrimonial; no se desestima su demanda por el mero hecho de serlo sino por aplicar una determinada exégesis del 811. Es cierto que, anteriormente, la madre mostró claramente sus preferencias por el hijo matrimonial, pero lo hace dentro de sus facultades legales; en cuanto a don Serafín, no es legitimaria suya doña Gabriela, si bien de haber dispuesto lo recibido de su hijo a favor de terceros, parece claro que hubiera infringido el artículo 811. (G. G. C.)

87. Partición por contador-partidor judicial: interpretación del artículo 1061 CC.—Según STS de 7 de noviembre de 2006, la jurisprudencia ha declarado, en la interpretación del artículo 1061 CC, que la partición ha de estar presidida por un criterio de equitativa ponderación (SSTS de 30 de enero de 1951, 14 de diciembre de 1957 y 25 de marzo de 1995), y debe hacerse respetando la posible igualdad determinada por las circunstancias de cada caso (SSTS de 8 de febrero de 1974, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 26 de mayo de 1992, 15 de mayo de 1995 y 16 de febrero de 1998). Sin embargo, también se ha precisado que no se trata de una igualdad matemática o absoluta (SSTS de 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980 y 14 de julio de 1990), sino de una igualdad cualitativa (STS de 13 de junio de 1992); que la norma tiene un carácter orientativo (SSTS de 30 de noviembre de 1974, 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 14 de julio de 1990, 28 de mayo de 1992, 15 de mayo de 1995 y 2 de noviembre de 2005); y no puede aplicarse cuando la infravaloración de los bienes se aplica en proporción semejante a todos los que integran el caudal relicto (SSTS de 21 de abril de 1966 y 7 de enero de 1971). En el presente caso, la posición de los recurrentes no se basa en una distribución no igualitaria entre los coherederos, que supusiera perjuicio de carácter económico para ellos, sino que viene a interesar algo ajeno a lo dispuesto por el artículo 1061 Código civil, a saber que se les atribuya en propiedad exclusiva a los actores el único bien urbano que se adjudicó en proindivisión a los coherederos; es decir, una partición alternativa, que no cabe conforme a dicho precepto. Se ha de resaltar que el Juez, ante la oposición manifestada a las operaciones particionales, convocó a todos los interesados a la junta prevista en el artículo 1086 LEC., sin que en el desarrollo de tal junta los hoy recurrentes requirieran del contador-partidor explicación alguna. (STS de 16 de enero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.] (G. G. C.)