

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Margarita CASTILLA BAREA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carlos LÉRIDA NAVARRO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, África VICIANA GARCÍA**

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. Doctrina que prohíbe ir contra los propios actos. Procedimiento judicial sumario del antiguo artículo 131 de la LH.–El actor realiza un acto propio (disposición de fondos con anterioridad a la inscripción registral) del que se olvida, le es permitido por el acreedor hipotecario, y luego aquél reprocha a éste lo que hizo a su orden, vulnerando la doctrina que prohíbe ir contra los propios actos. (STS de 21 de marzo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.–La cuestión central que originó el pleito fue la solicitud de nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria del

(antiguo) artículo 131 LH, instado por una entidad bancaria, al considerar el titular de los bienes objeto de ejecución lo siguiente: 1.º) que el ejecutante no presentó documento oficial que permitiese la determinación del tipo de interés aplicable; 2.º) que la deuda reclamada no era líquida; y 3.º) que el banco dispuso de fondos integrantes de la obligación garantizada a favor del deudor antes de la inscripción de la escritura de hipoteca, cuando del contrato de crédito formalizado se deducía que el prestatario acreditado sólo podría disponer de los fondos objeto del mismo desde la inscripción de la mencionada escritura.

Quedó demostrado que la Ley Hipotecaria no exigía ningún documento oficial, que el saldo estaba acreditado mediante certificación de la entidad acreedora intervenido por fedatario público y que el actor dispuso de fondos con anterioridad a la inscripción registral.

La petición de nulidad no prospera ni en primera, ni en segunda instancia. –Tampoco el Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación. (*I. D. L.*)

2. La potestad de organización de las asociaciones se extiende a la regulación de las causas y procedimiento de expulsión de los socios: límites del control jurisdiccional relativo a la expulsión de un socio.—En el segundo motivo se denuncia la infracción del artículo 22.1.º CE sobre el derecho de asociación en relación con el artículo 4.6, puntos 2 y 3, de la Ley 3/1988, de 12 de febrero, de Asociaciones del País Vasco.

Se señala que ya la Ley preconstitucional de Asociaciones, de 24 de diciembre de 1964, establecía que el régimen de dichas entidades se determinaría por sus propios estatutos y por los acuerdos válidamente adoptados por sus órganos directivos. A su vez, la Ley de Asociaciones del País Vasco previene que las mismas, en cuanto a su régimen interno, se regirán por dicha norma y por sus respectivos estatutos, en cuanto no estén en contradicción de la ley, así como por los acuerdos válidamente adoptados por sus órganos de gobierno, siempre que no sean contrarios a la ley o a sus estatutos.

Se añade que en el caso que nos ocupa, los órganos de la recurrente han acordado democráticamente la expulsión del actor, habiéndose ajustado a las normas de procedimiento, según se reconoce en la sentencia impugnada, pese a lo cual, la Audiencia Provincial ha desatendido la doctrina del Tribunal Constitucional respecto al alcance de la potestad de organización que comprende el derecho de asociación, pues ha entrado a valorar la conducta del socio, prescindiendo del juicio que sobre la misma han realizado los órganos sociales competentes.

Para decidir acerca del acogimiento de la tesis de la recurrente ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional, en sus SS de 22 de noviembre de 1988 y de 21 de marzo de 1994, ha declarado que la mencionada potestad de organización de las personas jurídicas de tipo asociativo no capitalista se extiende a regular las causas y procedimiento de expulsión de los socios, pudiendo establecer en sus estatutos –que quienes ingresan en una asociación conocen y aceptan en bloque– como causa de expulsión una conducta que la propia entidad considera que lesiona los intereses sociales.

Añade el Alto Tribunal que cuanto antecede no significa que la actividad de las asociaciones se halle exenta de control jurisdiccional, pero que éste no

alcanza a valorar la conducta del socio cuya expulsión se ha decretado, debiendo limitarse a la comprobación de la existencia de una base razonable para la adopción de dicha decisión.

Aplicada al supuesto que nos ocupa, dicha doctrina (que ha sido recordada recientemente por la S de esta Sala de 5 de julio de 2004), nos encontramos con que el Tribunal de apelación, tras manifestar que no eran procedentes las objeciones formales del demandante y declarar probada la certeza de los tres cargos al mismo imputados, emitió un juicio de valor acerca del adecuado encuadre de los mismos en el elenco de faltas sociales que contiene el artículo 16 de los estatutos, que le llevó a rechazar la calificación de la Asamblea General de que los hechos constituían faltas muy graves, con olvido de que, como se señala por la recurrente, en dichos estatutos se considera igualmente falta muy grave la acumulación de dos o más faltas graves en un período no superior a doce meses.

En consecuencia, ha de entenderse que en la sentencia recurrida se ha rebasado el alcance del control jurisdiccional sobre la potestad de organización de la asociación demandada, lo que comporta el acogimiento del motivo estudiado y hace innecesario entrar en la consideración de los dos restantes. (STS de 31 marzo de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don Alejandro L. de L. formuló dos demandas de impugnación de acuerdos sociales contra la *Asociación Universitaria Altube*. La primera tenía como objeto el de la Junta Rectora de la Asociación que le imponía la sanción de expulsión; la segunda, el de la Asamblea General de la entidad ratificando el acuerdo de la Junta Rectora. Acumulados ambos procesos, el Juzgado de instancia desestimó la pretensión del actor. La Audiencia Provincial acogió el recurso de apelación que éste interpuso y, con estimación de la demanda, declaró la nulidad del acuerdo de la Junta Rectora. La *Asociación Universitaria Altube* interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo declaró haber lugar. (R. G. S.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

3. Diferencias entre tanteo y retracto. Juego del tanteo y retracto convencionales.—En los motivos tercero del recurso de doña M.^a del C. C. C., cuarto del *Balneario Prats Hidroterapia, S. A.* y cuarto y quinto del *Balneario Prats, S. A.* y don R. Q. T., se plantea la cuestión que constituyó el núcleo del conflicto en las instancias.

En dichos motivos denuncian los respectivos recurrentes la infracción de la jurisprudencia contraria a admitir que el tanteo convencional se convierta en retracto si el vendedor vende a tercero sin notificar al titular de la preferencia de su propósito de hacerlo, así como la del artículo 1257 CC, que sanciona la eficacia relativa de los contratos.

Como se indicó al principio, la sentencia recurrida calificó el derecho de adquisición preferente de que era titular derivativa *Malavella, S. A.* como tanteo convencional, pero admitió que lo ejerciera como retracto, después de la venta a tercero de *Balneario Prats*. La razón de tal decisión es doble, según resulta de la lectura de la sentencia: el tanteo y el retracto son dos facetas de un mismo derecho de adquisición preferente; era oponible al comprador el

contrato de 21 de noviembre de 1975, a causa de haber tenido conocimiento de su existencia antes de comprar.

Los motivos deben ser estimados y, con ellos, los recursos de casación.

La afirmación de que tanteo y retracto son dos modalidades de un mismo derecho de adquisición preferente no constituye más que una verdad relativa, ya que, precisamente, al operar uno antes de la venta y el otro después de ella, el que en el segundo haya siempre terceros directamente afectados en sus derechos dota a ambos de sustantividad jurídica, por más que pertenezcan al mismo género.

Esa sustantividad explica que cuando tienen origen legal unas veces consisten sólo en el retracto (arts. 1522 y 1523 CC) y otras en el retracto previo tanteo, ya sea cumulativamente (arts. 1636 a 1638 CC), ya sólo para el caso de que la notificación precisa para el tanteo hubiera faltado (arts. 25 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, y 88 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos).

Tratándose de derechos de adquisición preferente de origen convencional, cual es el caso, es la voluntad de los constituyentes la determinante del alcance de los mismos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1255 CC. Precisamente, esta relación entre el contenido del derecho y la potestad normativa creadora de quienes lo crean trasladaría la cuestión litigiosa a la interpretación de la voluntad común de los contratantes de 21 de noviembre de 1975, que, como se dijo antes, corresponde a la soberanía de los Tribunales de instancia. Pero es lo cierto que la sentencia de apelación, al calificar el tanteo nacido de ese contrato como derecho de adquisición preferente de naturaleza personal, no real, ha dejado indirectamente resuelto el tema hermenéutico y, directamente, el de la calificación.

Hay que concluir, por tanto, que el derecho de que se trata sólo se podía ejercitar *inter partes* y no frente a terceros, para quienes era *res inter alios*. Con otras palabras, *Malavella, S. A.*, adquirió derivativamente un derecho de crédito contra doña M. C. C. C. por virtud del que podía exigirle, como deudora, que le prefiriera en la posición de adquirente en caso de tener la intención de enajenar el *Balneario Prats* y que, para posibilitar su preferencia, le notificara oportunamente el propósito de enajenar.

Como derecho de crédito que es, el tanteo convencional no produce efectos *erga omnes*, de modo que, en caso de incumplimiento de la obligación correlativa (es decir, de omitir la deudora la notificación y celebrar la venta sin respetar la preferencia), la acreedora podía exigir la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, pero no convertirse en compradora sustituyendo al tercer adquirente (recuerda la S de 3 de marzo de 1995 que el derecho real, para ser tal, ha de estar constituido por una serie de características como la inmediatividad física o jurídica, publicidad, seguridad jurídica, etc., que lo proyecten al campo del tráfico jurídico con una serie de garantías frente al tercero que le permitan esa eficacia *erga omnes* que no se comprendería sin aquéllas y que está paladina y taxativamente recogida para el retracto legal en el artículo 37.3.º LH).

Es cierto que la doctrina y la jurisprudencia, sin negar la eficacia meramente relativa del contrato, admiten su oponibilidad a terceros, cuando éstos han conocido su contenido o debido conocerlo de obrar diligentemente, y que han protegido en cierta medida al titular de la preferencia frente al tercer adquirente (al respecto, SS de 24 de octubre de 1990 y 25 de abril de 1992).

Además, la categoría del contrato en daño del tercero (vinculado a una de las partes por una relación jurídica que resulta lesionada con él) se señala

como una excepción al principio general de eficacia relativa de los contratos (arts. 1257 CC), para legitimar al perjudicado por el que celebraron otros, en orden a impugnar la adquisición infractora de su preferencia (art. 1275 CC).

Sin embargo, una cosa es que el contrato que dio vida a la preferencia sea oponible al tercero que lo conoce, otra que el contrato de compraventa se pueda calificar como dañoso para el titular del tanteo (y, por lo tanto, ser impugnado) y otra distinta que el adquirente deba soportar en su esfera jurídica la eficacia directa del primer contrato o, con otras palabras, la preferencia adquisitiva de *Malavella, S. A.* cual si se tratara de un derecho real y no meramente de crédito.

Y ha de recordarse que en la demanda se ejercitó una acción de retracto y no de impugnación de la venta o indemnización de daños. (STS de 16 diciembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 21 de noviembre de 1975, doña M. C., don J. S. y doña M. S. —propietarios del manantial «La Mina»— celebran un contrato por el que se obligan a suministrar al *Balneario Prats* —propiedad de doña M. C.— la cantidad de 36.000 litros diarios de agua. Pactaron también que en caso de que la dueña del balneario —a la sazón doña M. C.— tratara de venderlo, debería comunicar previamente su propósito a los restantes copropietarios del manantial a fin de que éstos, conjunta o individualmente, pudieran adquirirlo. Asimismo, sometieron el suministro de agua a la condición de que la propiedad del balneario estuviese en manos de doña M. C. o de sus descendientes. El mismo día, los copropietarios mencionados arrendaron a *Malavella S. L.* (después *Malavella, S. A.*) el manantial y, en concordancia con el otro contrato de idéntica fecha, la arrendataria se obligó a no consumir los 36.000 litros diarios de agua que debían ser suministrados al *Balneario Prats*. En 1979, la arrendataria *Malavella* amplió capital emitiendo acciones que fueron suscritas por los tres propietarios del manantial. Éstos aportaron como contravalor la propiedad del manantial «con todos los derechos inherentes», de modo que *Malavella* pasó de simple arrendataria a ser la propietaria del manantial «La Mina». En 1987, la propietaria del *Balneario Prats*, doña C. C. —hija de doña M. C.— que lo tenía arrendado a don R. Q., lo vende a una sociedad constituida por el arrendatario y su hermana (*Balneario Prats, S. A.*). *Malavella* ejercitó judicialmente «su» —ésta es precisamente la cuestión— derecho de retracto sobre el balneario. Subsidiariamente, y por estimar cumplida la condición resolutoria a que se había sometido el contrato de suministro, solicitó al Juzgado declarase la resolución de su obligación. Las sentencias de primera y segunda instancia estimaron la acción de retracto sin pronunciarse sobre la resolución de la obligación de suministro. La sentencia de apelación, concretamente, estimó la pretensión principal de la retrayente pero no por el precio pactado entre vendedora y comprador sino por el superior de mercado. Interponen recurso de casación los demandados en la instancia y el Tribunal Supremo lo acoge, casando la sentencia y estimando parcialmente la demanda al declarar que *Malavella* podía poner fin al suministro de agua. (R. G. S.)

4. Reconocimiento de deuda. Doctrina jurisprudencial sobre su naturaleza y significado. Valor probatorio.—El documento de que se trata, de ser válido (que no lo es), se presenta al pleito como un documento de «reconocimiento de deuda», y con valor exclusivamente probatorio respecto al precio del contrato que se discute. Esta institución está escasamente regulada en el Derecho común español, pero ha sido suficientemente explicada por la doctrina científica y recogida en la jurisprudencia. La corriente jurisprudencial de esta Sala entronca este «reconocimiento», con valor jurídico, en el artículo 1277 CC, como «presunción de la existencia de causa» en el contrato, aunque no se fije expresamente en él (SSTS de 30 de mayo de 1992, 27 de julio de 1994, 28 de noviembre de 1998 y 23 de diciembre de 1999), aparte de existir otros criterios doctrinales que, más tímidamente, lo entroncan con el llamado, en su caso, «contrato reproductivo», o con el de «fijación jurídica», conforme al artículo 1224 CC, por su relación con lo acordado en otro contrato anterior, si se le da carácter contractual, como sumo (SSTS de 6 de junio de 1969, para el primer caso, y 19 de noviembre de 1974, 23 de junio de 1983 y 30 de abril de 1999, para el segundo). Pero, en definitiva, la jurisprudencia le da el valor de documento de prueba, como «medio idóneo mediante el que se patentice y advere la existencia efectiva de una deuda pendiente» (SSTS de 30 de mayo de 1992, 30 de septiembre de 1993 y 24 de junio de 2004). Diciéndose además en dichas sentencias que «los estados negociales de reconocimiento de deuda, son válidos y lícitos, tanto en su aspecto de facilitar a la otra parte un medio de prueba, como a dar por existente una situación de débito contra el que la reconoce, quedando vinculado a la misma, que alcanza efectos constitutivos, si se expresa su causa justificativa».

Congruencia de la sentencia. No se infringe cuando se reconduce el debate a la prueba de los hechos discutidos.—Toda la relación de hechos que las partes admiten va dirigida al pago efectivo de los servicios prestados por el demandante. Éste es el objeto del proceso, y a la consecución del pago del precio del arrendamiento de servicios existente va dirigido el mismo. Lo que ocurre es que la actora cree reforzada su postura sobre la percepción de un precio elevado por sus gestiones y trabajo, con la presentación de la demanda de un documento en el que se supone pactado el precio correspondiente, y como ese documento es declarado nulo, hay que revivir el contrato en el que el mismo se ha insertado, y decidir el precio que corresponde pagar, pues en caso contrario se estaría defendiendo un irresponsable enriquecimiento sin causa para la demandada arrendadora, y esto no es justo ni legal.

Valoración de la prueba. La nulidad del documento base no implica la del contrato de donde procede.—La nulidad del documento de «reconocimiento» no arrastra la del contrato del que el mismo debía proceder, por lo que a éste, al sustancial, no le afecta la falta de consentimiento de los artículos 1261 ss. CC, predicada y resuelta del documento probatorio. Por lo tanto, probada la inexistencia o nulidad del documento de «reconocimiento de la deuda» y decidido así judicialmente, es totalmente adecuado a Derecho reconducir el caso planteado al inicio de dicho planteamiento, y exigir la prueba del precio del contrato de arrendamiento de servicios a la parte que reclama, al no estar el mismo pactado ni reconocido, lo que no supone ni «invasión» ni «exceso» alguno sobre los hechos y sobre el tema planteado por las partes. (STS de 31 de marzo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante J. P. G. reclama 8.240.000 pesetas a los demandados, la entidad *J. M., S. C. L.* y sus socios, como importe de sus honorarios por la intervención como profesional en la venta del local comercial de la mercantil demandada, entendiéndose que le correspondía un 10 por ciento del precio de la venta, para acreditar lo cual aportaba un documento de reconocimiento de deuda firmado por los administradores de la demandada. Por su parte, los reclamados de pago, si bien reconocían la intervención del actor en la operación, negaban la autenticidad del documento de reconocimiento de deuda, aduciendo su elaboración con dolo o con maquinaciones insidiosas, o bien con abuso de firma en blanco, entendiéndose que, como máximo, sus honorarios no pasarían de 3.000.000 de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia reconoció la validez del documento discutido y estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga, sin embargo, valoró las distintas pruebas aportadas y llegó a la conclusión de que el documento en cuestión era nulo por falta de consentimiento de los firmantes, o por haberse empleado medios insidiosos por el demandante para que lo firmasen los demandados. No obstante ello, consideró igualmente probada la relación contractual de arrendamiento de servicios entre las partes litigantes y, tomando en consideración el informe pericial presentado, estimó que los honorarios a satisfacer al actor ascendían a 7.146.700 pesetas. La demandada presenta recurso de casación al entender que, habiendo sido declarado nulo el documento de reconocimiento de deuda en el que basa la reclamación, no debió la Audiencia condenar a algo no pedido por el demandante. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

5. Incumplimiento esencial: resolución.—El Tribunal Supremo manifiesta que la reducción voluntaria de la cabida de la cosa vendida por el vendedor da lugar a la aplicación del artículo 1124 CC al encontrarnos con un incumplimiento esencial del contrato que da lugar a la resolución. (**STS de 19 de enero de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don L. F. C., don A. P. F., don J. M. B. M., don M. A. L., don R. G. B., don J. M. V. M. y don C. J. C. C. interpusieron demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra *Certosur, S. A.*, solicitando se declarasen resueltos los contratos de compraventa que unían a los demandantes con la citada mercantil por incumplimiento de contrato al haber entregado unos inmuebles con menor cabida de la contratada, con reducción de la calidad de los materiales empleados y en el caso de don C. J. C. C. por entregarle su vivienda con un retraso de un mes y siete días. *Certosur, S. A.*, reconviene.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta salvo los pedimentos formulados por don C. J. C. C., siendo estimada la reconvenición formulada por *Certosur, S. A.*, en lo que a él respecta.

Don C. J. C. C. y *C., S. A.*, interponen recurso de apelación. El recurso de don C. J. C. C. queda desierto y el recurso de la entidad

mercantil es desestimado en su totalidad siendo confirmada íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

Certosur, S. A., interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (A. V. G.)

6. Contrato de cesión de parcela e instalaciones anexas para el cultivo del tabaco concertado entre un Ayuntamiento y un particular: naturaleza civil. Competencia de la jurisdicción civil.—Ha de indicarse que la cuestión que se plantea en el motivo quedó resuelta por esta Sala en la S de 21 de diciembre de 2004, en un litigio en que también era actor el Ayuntamiento aquí demandante. En ella declaramos que la relación litigiosa (idéntica a la que vinculaba a las partes de este proceso) había nacido de un contrato celebrado por la Administración, pero de carácter privado, razón por la que las controversias nacidas de él correspondía resolverlas a los Tribunales del orden judicial civil.

Hay que añadir, con la S de 28 de abril de 2003, que cuando se ejercitan acciones de naturaleza exclusivamente civil derivadas de un contrato de la referida clase, no obstante estar el mismo sometido, en ciertos aspectos, a normas administrativas, y mientras no se trate de declarar la validez o nulidad de un acto administrativo (materia que es de la competencia de las autoridades administrativa y, judicialmente, de los órganos del orden contencioso-administrativo), el conocimiento del litigio compete a los Tribunales del orden civil.

Sólo tienen que acompañarse necesariamente con la demanda y la contestación, los documentos que sirven de fundamento al derecho objeto de la tutela judicial, pudiendo incorporarse los restantes en el período de prueba.—Como puso de manifiesto la S de 14 de junio de 2004, en la interpretación de los artículos 504 y 506 LEC 1881, los documentos que a la demanda y contestación han de acompañarse no son todos los que el litigante tenga a su disposición, sino sólo los que sirvan de fundamento al derecho objeto de la tutela judicial. Razón por la que procede distinguir los documentos fundamentales de aquellos otros que no resultan básicos en principio, aunque lo sean después ante la necesidad de integrar el proceso probatorio y de combatir las alegaciones del contrario, dado que la incorporación de éstos en período de prueba es plenamente válida y eficaz.

Condena a entregar una cuota de cultivo de tabaco a determinar en la fase de ejecución de sentencia.—La sentencia recurrida, al decidir el conflicto contractual *inter partes*, declaró probado que el ahora recurrente, al no entregar a nombre de Ayuntamiento de Aldeanueva de la Vera, sino también en el suyo propio, toda la producción de tabaco obtenida de la finca cedida, había incumplido una de las obligaciones esenciales del contrato y determinado una reducción de la cuota a la que, con arreglo a las normas que se dice en el motivo infringidas (las cuales, como se ha dicho, tomaban en consideración las entregas producidas en las campañas anteriores), tenía derecho la cedente, y condenó al infractor, que se había beneficiado en la misma medida, a entregar a la entidad actora la cuota individual de cultivo de tabaco que le había sido reconocida a causa de tal infracción, tanto para la campaña correspondiente al año 1993, como para las sucesivas que se derivasen de ella.

Y, como dicha cuota no había quedado cuantitativamente determinada en la fase procesal de cognición, dejó la liquidación a la de ejecución, conforme

a las bases resultantes de la superficie de la finca y de la producción en los años anteriores a considerar.

Aplicación jurisprudencial del principio *in illiquidis non fit mora*.—La jurisprudencia, aunque haya atenuado el rigor del principio *in illiquidis non fit mora*, como recuerda la S de 15 de junio de 2004 y, en particular, la de 20 de mayo de 2004 (que cita las de 11 de noviembre de 1993, 29 de noviembre de 1999 y 6 de octubre de 2000), sigue negando la existencia de mora cuando la deuda se ha de determinar todavía y el deudor desconoce razonablemente, hasta ese momento de la liquidación, cuál es la cantidad debida. (STS de 22 de marzo de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—El Ayuntamiento de Aldeanueva de la Vera demandó a un particular, que era cesionario de una parcela propiedad del demandante y cedida para el cultivo de tabaco. El actor solicitaba la declaración de resolución del contrato de cesión, el abono de ciertas cantidades y de la indemnización por los daños y perjuicios originados por el incumplimiento de obligaciones esenciales del cesionario. El demandado excepcionó la incompetencia del orden jurisdiccional civil y, subsidiariamente, de entrar a examinar el fondo del asunto, solicitó la desestimación de la demanda. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda considerando que el demandado había incumplido el contrato y condenándole a pagar los cánones establecidos en el contrato de cesión y desestimando la demanda del resto de las pretensiones deducidas de adverso. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el del Ayuntamiento de Aldeanueva de la Vera, condenando al demandado a abonar al actor, además de lo establecido en la primera instancia, la cuota individual de cultivo de tabaco que le fue reconocida por el MAPA para el año 1993 y para las sucesivas campañas, así como la indemnización por los daños y perjuicios. Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, dejando sin efecto la indemnización establecida por infringir el principio *in illiquidis non fit mora*. (L. F. R. S.)

7. Intereses moratorios: *in illiquidis non fit mora*.—Aun cuando es cierto que el motivo carece de consistencia cuando afirma que la actora nunca ha solicitado la condena al pago de intereses moratorios, porque sí los pidió, dado que es idónea al efecto la simple mención de intereses legales, sin embargo tiene razón cuando alega que no debió condenarse al pago de los mismos porque «la cantidad porque se condena no era líquida sino que ha sido establecida y fijada en la propia sentencia». Ello es así porque se reclamó la suma de 11.700.799 pesetas y se condenó al pago de la cantidad de 8.500.000 pesetas, y porque para la fijación de esta cantidad fue decisiva la valoración pericial, y si bien la doctrina de esta Sala viene atenuando la rigurosidad del principio *in illiquidis non fit mora*, tal y como razona el escrito de impugnación, admitiendo la condena al pago de intereses en el caso de que la cantidad concedida sea inferior a la reclamada, y embargo tal apreciación sólo es posible cuando la diferencia no sea sustancial, y obviamente se da esta circunstancia en una rebaja de más de dos millones de

pesetas de una reclamación que no llega a doce. (STS de 31 marzo de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Por *Vise Canarias, S. A.*, se dedujo demanda contra *Canary Lift, S. L.*, don E. C. y doña R. C., en la que se solicitaba se declarase que la actora y la persona jurídica demandada habían suscrito un contrato de ejecución de obra por un precio alzado de 21.000.000 de pesetas. La obra ejecutada —por las variaciones y aumentos introducidos— ascendió a más de veinticuatro millones y medio de pesetas quedando pendiente de pago la suma de casi doce millones de pesetas, a cuyo pago además de a los intereses legales, pidió se condenase a los codemandados. El Juzgado desestimó la demanda pero la Audiencia, acogiendo parcialmente el recurso de apelación de *Vise Canarias, S. A.*, condenó a *Canary Lift, S. L.*, al abono a la primera de 8.500.000 pesetas más los intereses de esa cantidad al tipo legal desde el 22 de julio de 1996 hasta la fecha de su resolución, incrementándolo en dos puntos desde esta misma fecha hasta su total pago. El recurso de casación de *Canary Lift, S. L.*, se apoya en cuatro motivos —tres de ellos de carácter procesal—, siendo el relativo a los intereses moratorios el único relevante desde el punto de vista del derechos sustantivo. El Tribunal Supremo lo acoge y casa parcialmente la sentencia de la Audiencia. (R. G. S.)

8. Responsabilidad por los daños morales derivados de incumplimiento contractual.—Antes de entrar en el análisis pormenorizado del recurso de casación procede que se exponga la posición de esta Sala en este tema, expresión del incumplimiento de contrato que da lugar a responsabilidad (art. 1101 CC) que será responsabilidad por equivalencia, es decir, indemnización (art. 1107 CC) que se concreta en el daño moral que ha sufrido el demandante y recurrente en casación. En esta cuestión, débese partir de que se reitera la doctrina que se vertió en la S de 17 de febrero de 2005 que trataba de un caso semejante, aunque no idéntico: coincide el hecho, es distinto el daño y la pretensión indemnizatoria, menor, fue acogida íntegramente.

Tal como se ha apuntado, no se plantea duda alguna del incumplimiento contractual por el *Banco de Santander Central Hispano* a cuya calificación se aquieta al no haber recurrido en casación. En el contrato de cambio, esta entidad bancaria, mediando el cobro del precio o comisión entregó apariencia de dólares, es decir, unos dólares falsos: incumplimiento claro de su obligación de entrega de la moneda a que se obligaba.

En cuyo incumplimiento se da la culpa, cuya concurrencia se presume en todo caso de incumplimiento, presunción de culpa que se deduce de los dispuesto en el artículo 1183 CC y que en el caso presente se desprende de la actuación de una entidad bancaria con alto prestigio y reputación y extraordinaria solidez económica, que carece de los medios mínimos para comprobar la autenticidad o falsedad de unos billetes de indiscutible difusión en todo el ámbito mundial. Tal como dice la sentencia recurrida, descartando el dolo —que ni siquiera se ha planteado— «por más que las entidades de crédito no tengan obligación legal o administrativa de comprobar la autenticidad de todos y cada uno de los billetes extranjeros que expenden, por lo que su con-

ducta debía encuadrarse en el ámbito de la culpa, pues el cumplimiento del contrato de cambio le exigía la entrega de billetes auténticos, de cuya autenticidad debía cerciorarse por cualesquiera sistemas a su alcance».

Tal incumplimiento da lugar a responsabilidad, tal como dispone el artículo 1101 CC, que no podrá ser el cumplimiento forzoso en forma específica, *in natura*, sino por equivalencia, *id quod interest*, es decir, indemnización de daños y perjuicios, como contempla el artículo 1107 CC, que comprende los daños morales.

La cuestión del daño moral es el extremo esencial del presente recurso de casación. Afecta a intereses espirituales del ser humano y se concreta a la perturbación en el ámbito personal del sujeto, aunque no incida en intereses económicos. Éste es el daño objeto de la acción ejercitada.

[...] Se debe estimar este motivo por entender que se ha infringido el artículo 1107 CC al haber «prescindido respecto a la culpa del banco, de su eventual gravedad a la hora de fijar su consecuencia jurídica: la extensión de los daños indemnizables», según palabras literales del motivo de casación, aunque lo relaciona demasiado con la culpa y la buena fe. En todo caso, se estima infringida tal norma al haber prescindido, la sentencia recurrida, del daño moral a la hora de fijar la consecuencia jurídica del incumplimiento contractual por culpa.

Efectivamente, la sentencia de la Audiencia Provincial objeto del presente recurso declara que «el único perjuicio indemnizable sería el cúmulo de molestias...» y hace caso omiso de los daños morales que se derivan de esas molestias que se declaran probadas.

El recurrente en casación, pues, en este motivo, no se opone a la cuantificación del daño, *quantum* indemnizatorio no revisable en principio en casación, sino a los parámetros jurídicos que le han llevado a ella, que, como se ha dicho, consisten en fijar una cantidad mínima, adecuada a las «molestias» sin apreciar el daño moral que esta Sala, siguiendo una antigua y reiterada jurisprudencia, admite.

[...] De lo expuesto hasta ahora es claro que esta Sala estima la demanda. Parte del incumplimiento contractual y la responsabilidad que se deriva (art. 1101 CC) que comprende la indemnización por los daños morales. El concepto de daño moral ha sido ya desarrollado en líneas anteriores; su indemnizabilidad es una «cuestión agotada y resuelta en sentido afirmativo» (según frase de la doctrina) y admitida jurisprudencialmente, desde la S de diciembre de 1912 que introdujo por primera vez la indemnización del daño moral; su apreciación y cuantificación se ha dicho que puede ser arbitraria, pero también se puede afirmar que toda indemnización –salvo casos muy concretados– puede serlo y, desde luego, la dificultad en la determinación no debe influir en la prosperabilidad de una reclamación justa.

Así, en el presente caso –reiterando la doctrina de la S antes citada de 17 de febrero de 2005– se ha producido un atentado al sagrado derecho a la libertad personal en la detención, conducción y retención en dependencias policiales; al inalienable derecho a la dignidad, en la presentación de los agentes e interrogatorio público y en la difusión de ello en la población de su residencia; al esencial derecho a la seguridad jurídica, en la situación de verse inmersos en una cuestión que en principio parecía delictiva, en país y legislación extrañas; al intransferible derecho al libre desarrollo de la personalidad, por haberse truncado física y emocionalmente una relación sentimental. En definitiva, esta Sala debe determinar discrecional, que no arbitrariamente la cuantía de la indemnización y, a la vista de la reclamación

principal y de los atentados expuestos, se fija prudencialmente (ya que no puede hacerse matemáticamente) en 360.000 euros. (STS de 28 marzo de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don R. celebró con el *Banco de Santander* un contrato de cambio por el que adquirió 600 dólares pues viajaba a los Estados Unidos. Allí convivió con una chica americana y ambos intentaron abrir una cuenta corriente en un banco de la ciudad en que residían. Entregaron los billetes adquiridos por don R. en España y, resultando éstos falsos, fueron detenidos, interrogados, registrados y «fichados» por la policía americana. Al mostrar el ciudadano español el resguardo de la adquisición de los dólares en la entidad mencionada quedó en libertad. Pero el suceso deterioró la relación sentimental que poco tiempo después, con el regreso a España del comprador de los dólares falsos, quedó definitivamente rota. Don R. demandó al *Santander* por incumplimiento de contrato y le reclamó una indemnización de 150.000.000 de pesetas. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda y condenó al banco al abono de 5.000.000 del total de lo solicitado. Interpusieron recurso de apelación demandante y demandado y la Audiencia estimó parcialmente el del *Banco de Santander* con la consecuencia de reducir a 650.000 pesetas la cantidad a indemnizar. Recurre en casación don R. fundamentando su postura en que al valorar los daños susceptibles de indemnización no se han tenido en cuenta los daños morales sufridos como consecuencia de lo ocurrido. El Tribunal Supremo acoge su tesis y, estimando parcialmente la demanda que interpuso en su día, condena al *Banco de Santander* a satisfacerle la cantidad de 360.000 euros. (R. G. S.)

9. Responsabilidad civil del abogado: daño moral. Cuantía.—Esta Sala tiene declarado que los artículos 53 y 54 del Estatuto General de la Abogacía imponen al abogado una actuación con diligencia, cuya exigencia debe ser mayor que la propia de un padre de familia, dados los cánones profesionales recogidos en el Estatuto y que sirven de buena y estricta medida de su proceder (STS de 4 de febrero de 1992); en este caso, en atención a la relación contractual de servicios entre abogado y cliente, el daño moral del actor deriva de la clara insatisfacción producida por la negligente inactividad del Letrado en la defensa de los intereses que le fueron encomendados, que ha frustrado los derechos de defensa de aquél en el proceso, en su contra deducido sobre resolución de contrato de arrendamientos rústicos, así como provocado la pérdida de las correspondientes expectativas procesales, por lo que esta Sala, tras ponderar los datos demostrativos obrantes en las actuaciones acuerda señalar la cantidad de 12.020,24 euros como la correspondiente a la indemnización por daño moral. (STS de 28 de abril de 2005; ha lugar.)

NOTA.—Sobre las dificultades de cuantificar este daño moral (tema diverso al de cuantificar la pérdida de una oportunidad procesal), pueden verse las razonables consideraciones que hace M.^a Car-

men Crespo Mora, en su excelente Tesis doctoral sobre *La responsabilidad del Abogado en el Derecho civil* (Madrid 2005), p. 406. En el presente caso, la Audiencia Provincial rebajó la cuantía de la indemnización a poco más de medio millón de las antiguas pesetas, pero la Sala Primera (Pte.: García Varela), además de condenar a la devolución de la provisión (540,91 euros), cifra en 12.020,24 euros la cuantía por el daño moral, sin mayor argumentación. (G. G. C.)

10. Acción rescisoria por fraude de acreedores. La falta de consulta por parte del tercero del Registro de embarcaciones no destruye la presunción de buena fe.—Según reiterada jurisprudencia, el éxito de la acción rescisoria exige, entre otros requisitos, la concurrencia de que los bienes perseguidos no hayan pasado a tercero de buena fe (SSTS de 17 de noviembre de 1987, 25 de enero de 1989, 27 de febrero de 1992 y 27 de mayo y 26 de noviembre de 1992) (SSTS de 28 de noviembre de 1994). En igual sentido la SSTS de 24 de diciembre de 1996. No tendrá, por ello, lugar la rescisión —dice la jurisprudencia— cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe, y es claro que la concurrencia de mala fe no puede predicarse del señor M., comprador, por no consultar el Registro de embarcaciones, en cuanto con la entrega del barco recibe su documentación, y dada la inoperancia de ese Registro a los efectos civiles, sin perjuicio de los reglamentarios pertinentes (SSTS de 5 de mayo de 1983). (STS de 18 de abril de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Una entidad de crédito interpuso demanda ejercitando la acción rescisoria de la aportación de bienes inmuebles a una entidad mercantil por fraude de acreedores, solicitando la cancelación de los asientos registrales derivados de dicho negocio. Los bienes objeto del contrato de compraventa habían sido enajenados a un tercero por la entidad mercantil propietaria. El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó el recurso y declaró rescindidas las aportaciones no dinerarias a la entidad mercantil citada. Interpuesto el recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo al considerar que no se había demostrado la mala fe del subadquirente de los bienes. (L. F. R. S.)

11. Rescisión por fraude de acreedores: obligada restitución de los frutos e intereses, aunque no se hubiera solicitado expresamente en la demanda.—La cuestión a decidir se presenta clara en cuanto que aquí se decretó la rescisión de la relación contractual discutida y se cuestiona si ha de prolongarse a la restitución de los frutos e intereses no suplicados expresamente. El artículo 1295 CC resulta bien expresivo ya que dispone que la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses. El precepto es imperativo y su aplicación, como declara la S de 11 de noviembre de 1993, es consecuencia obligada de la declaración rescisoria.

Basta con que los bienes del deudor sean insuficientes para satisfacer los derechos de los acreedores o que el reintegro se presente sumamente dificultoso.—La jurisprudencia de esta Sala más reciente ha declarado que no

es preciso una persecución real de todos y cada uno de los bienes de la deudora con resultado infructuoso, ni obtener en juicio previo la declaración de insolvencia, como tampoco se hace necesario concurra situación de insolvencia total, pues basta que los bienes disponibles no sean suficientes para satisfacer los derechos de los acreedores por haberse disminuido la posibilidad económica efectiva o haberse ocasionado una notable minoración patrimonial –debe entenderse voluntariamente provocada– que impida al acreedor percibir sus derechos y lo mismo cuando el reintegro se presenta sumamente dificultoso (S de 30 de enero de 2004, que cita las de 31 de octubre de 1994, 5 de noviembre de 1995, 31 de diciembre de 1996, 17 de julio de 2000, 20 de febrero, 29 de marzo, 11 de abril, 9 de mayo, 19 de junio y 19 de septiembre de 2001 y 2 de abril, 27 y 28 de junio, 7 de julio, 23 de septiembre y 12 de diciembre de 2002).

Procedencia de la acción rescisoria cuando las deudas fiscales existían con anterioridad al acto rescindible, aunque no se hubieran levantado todavía las actas correspondientes.—Se trata de impuestos a favor de la Hacienda Pública, devengados en anualidades anteriores a la venta llevada a cabo, aunque careciesen de cuantificación definitiva e inmediata exigibilidad, por lo que para calificar la condición fraudulenta del contrato de enajenación basta con someter el conjunto de los hechos probados del artículo 1297 CC para comprender la aplicabilidad de la presunción que contiene. A su vez la S de 11 de octubre de 2001, que cita las de 14 de junio de 1958, 18 de mayo de 1988, 11 de noviembre de 1993 y 26 de junio de 1994, viene a decir sustancialmente que la preexistencia del crédito opera en tesis general y debe prevalecer con intensidad probatoria cuando la intención defraudatoria resulta suficientemente demostrada, sobre todo cuando se presenta segura y próxima la ejecución posterior en forma de exigibilidad inevitable, debiendo también atenderse a que se trate de impuestos devengados anteriores y deudas precedentes al acto rescindible y las actas levantadas sólo actúan a efectos fiscales de cuantificar el importe del débito, debiendo atenderse a que la obligación ya se había instaurado y resultaba determinada.

Demostración de la mala fe del adquirente, sociedad mercantil controlada por administradores afines e interesados en relación a la entidad transmitente.—El Tribunal de Apelación aplicó la doctrina de adentrarse en el interior de la mercantil *Ceralco, S. A.*, para alcanzar la conclusión de que el fraude lo realizaron los socios de la mercantil deudora tributaria utilizando como pantalla una sociedad inactiva como lo era *Ceralco, S. A.*, que se valió de sus aportaciones y estaba controlada por administradores afines e interesados, no tratándose de intervención de tercero adquirente de buena fe.

La fecha de presentación de la demanda es la que se tiene en cuenta para computar el plazo de caducidad, no la fecha en que se subsanaron los defectos de la demanda.—Por lo general las demandas civiles habían de ser siempre admitidas, a tenor del artículo 525 LEC 1881 y cuando, como aquí ocurre, que lo que se suspende es su curso por defecto subsanable, esto no quiere decir que se hubiera decretado efectiva inadmisión o rechazo *a limine*, por lo que la fecha de su presentación se mantiene efectiva a todos sus efectos. (STS de 21 de enero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—En nombre de la Hacienda Pública, el Abogado del Estado interpuso acción rescisoria por fraude de acreedores respecto de la compraventa de una finca y la hipoteca unilateral constituida por la entidad adquirente. El Juez de Primera Instancia estimó

íntegramente la demanda. Interpuestos los recursos de apelación y casación, fueron desestimados. (L. F. R. S.)

12. Contrato de factoring. El consentimiento del factor no puede entenderse referido a la cesión de cada crédito en particular, sino al negocio marco.—Debe decaer el motivo primero del recurso que se articula como de infracción por la Audiencia en su sentencia del artículo 1262 CC, que regula con carácter general el consentimiento en los contratos, pues es una regla común respecto a los mismos, que afectará, en su caso, al negocio marco, pero no a las cesiones particularizadas que se hacen o se vayan realizando, para las que existe un pacto expreso, que es el que se trata de determinar si se ha cumplido o no, y que la Sala «*a quo*» ha interpretado en relación a los hechos que la misma constata como probados, y que no se han impugnado expresamente.

La interpretación de los términos del contrato de factoring por parte de la Audiencia no es ilógica, irracional, ni arbitraria.—El motivo segundo incurre en el mismo defecto procesal que el anterior, pues se funda en la pretendida infracción de otra norma general de la contratación, como es la del artículo 1281.1.º CC, determinante de la interpretación de los contratos, cuando sus términos son claros, y que afecta a la «toma de razón», por el factor, de los créditos cedidos, y la Audiencia la considera como de «llegada a conocimiento», para éste, del envío de las mismas, y que ésta se produce con la recepción del «fax», interpretación que no es ilógica, irracional o arbitraria, sino correcta, por lo que hay que respetar en este recurso lo hecho al respecto por el Tribunal *a quo*.

La confesión perjudica a su autor siempre y cuando éste apruebe o acepte hechos personales suyos y no ajenos y personales de la parte contraria que solicita la prueba cuyo resultado, además, no puede dividirse.—Frente a tal pretensión, que se rechaza expresamente, se debe decir, para así hacerlo, lo siguiente: 1.º que la confesión hace prueba contra su autor, en cuanto éste apruebe o acepte hechos personales suyos (art. 587 LEC, ap. 1.º, y 1231.2.º CC), y la respuesta que aquí se indica se refiere a hechos ajenos al mismo, y precisamente siendo personales de la parte contraria, es decir, de la que pide la confesión, y, además, la misma no puede dividirse contra el que la hace (art. 1233 CC), y en el presente caso no puede evadirse la segunda parte de la respuesta, antes recogida, en la que se alega que fue la otra parte la que no quiso hacer la «toma de razón» sobre la que se le pregunta, con lo que carece de fuerza probatoria, como admitida, tal respuesta, en cuanto se hace recaer ese hecho en la decisión unilateral de la otra parte, y además no se dice por el confesante que esta actitud ajena sea razonable, pues agrega que tal postura era contraria a la que era habitual en ella; y 2.º, precisamente, la expresión «toma de razón» es sobre la que gira la discusión procesal, y no tiene un sentido unívoco, sino más bien confuso, y pertenece al uso mercantil de las entidades bancarias o financieras, y esa posible confusión sobre la misma, hace que sea inútil un reconocimiento respecto a ella, con los efectos de poder la misma suponer el cierre de una aceptación (anotación) conformadora de un consentimiento contractual (respecto a las cesiones en sí, comprendidas dentro de un contrato marco, o más amplio), tal como se pretende.

La cláusula que da lugar al conflicto, y que permite discutir en qué momento se produce por parte del factor la «toma de razón» del crédito

cedido, es oscura, lo que debe perjudicar al contratante que la redactó, sin que quepa interpretarla de un modo que deje a su arbitrio el cumplimiento del contrato.—No obstante el rechazo de todos los motivos del recurso, el tema tratado merece un más amplio y detallado examen, dadas las connotaciones que en el caso se han dado, y para razonar un más completo rechazo de las pretensiones al efecto de la parte demandada, y dejar así totalmente «cerrada» la presente discusión, deben anotarse los siguientes razonamientos:

a) Existe una cláusula, la 6.^a del anexo contractual que se discute, en la que se contiene la forma en que el factor debe de rechazar, desclasificándolo, su obligación de responder de la insolvencia de un cliente, cesionario de los créditos existentes contra él, que le son remitidos, y que el factor asume, y consiste en la notificación al cedente de ese rechazo a mantener la clasificación, pues mientras esta noticia no llegue a dicho cedente, tales créditos, enviados por éste, y que por ese aumento o excesividad de la insolvencia, que ya el factor no asume, suponen un aumento del riesgo, que es expresamente autorizado en el contrato.

b) Las comunicaciones entre las partes, factor y cedente, son objeto de un ordenamiento, o costumbre particular de su respectiva actuación al efecto, entre ellos, y para el cedente consisten, primero, en el envío de un «fax», en el que se relacionan los créditos o facturaciones en que consiste la cesión, segundo, en el envío a su vez, en forma material, de dichas facturaciones originales al Director de la O. P. del *Banco BBV* en Córdoba, con la precisión de que su envío, desde Priego de Córdoba a la capital, normalmente se hacía por medio de un taxista (lo que supone un cierto distanciamiento temporal, entre un acto y otro, dependiente muchas veces de la distancia a recorrer y de las dificultades circulatorias, lo que no puede suponer un riesgo a asumir sólo por uno de los contratantes), y un tercer movimiento, que es la «anotación» o «rastreo de cuenta» por el factor en sus libros o documentación correspondiente, y su comunicado al cedente, punto en el que el recurrente pretende amparar la exigencia de una «autorización» por su parte, que cerraría el círculo de cada cesión, con lo que el cumplimiento del contrato quedaría a su exclusivo arbitrio en cada momento, lo que por ello no cabe aceptar (art. 1256 CC) y ha quedado debidamente rechazado en la discusión del proceso, pues no cabe entenderla como incluida en la cláusula de que se trata (por ello se ha rechazado el motivo 1.º, ya que no cabe operar, en cada cesión, como ya se ha dicho, la existencia de un contrato u obligación, con conjunción de consentimiento, pues ésta se da ya en el contrato marco, y a ella hay que estar).

c) Limitada, pues, la discusión sobre si la «toma de razón» por el factor de cada cesión individualizada se debe de situar en el envío y recepción del «fax» detallado o en la recepción material de las facturaciones, con ese lapso de tiempo entre los dos actos, que puede variar, dependiendo ello de circunstancias ajenas a los contratantes, hay que razonar sobre el fundamento último de cada uno de estos actos, no pudiendo evitarse que el envío del «fax» circunstanciado es una verdadera notificación para el factor (o el delegado o autorizado para recibirlo), pero que si a ella le sigue la recepción de los originales (deben obrar en poder del factor para poder actuar legalmente frente al obligado cedido, en su caso), esta recepción no puede tener otro valor que el de la ratificación del «fax», pues los efectos pendientes deben ser computados desde la recepción de aquél.

d) La «toma de razón» de la cláusula 6.^a no puede tener el valor, como se ha dicho, de una «anotación», para «dejar rastro» en los libros o documentación del factor, pues ello iría contra lo dispuesto en el artículo 1256 CC, ya que sólo debe de significar «toma de conocimiento», y ésta se lleva a cabo con la recepción de la comunicación («fax»), aunque sus efectos queden suspendidos a expensas de la recepción material de las facturaciones, con la que se ratifica la comunicación inicial, pero principalmente sólo se obtiene la documentación oficial para poderse operar frente a terceros responsables por el factor, pues en ello consiste el «*factoring*» en esta modalidad.

e) La operatividad de la recepción del «fax» en estos casos viene motivada, no sólo por la necesidad de la prontitud o rapidez de las operaciones mercantiles en cada momento, sino también por la reciprocidad que debe darse a la respectiva validez de los actos de ambas partes, pues si el factor exige que su comunicación por «fax» al cedente sobre la desclasificación del cliente, como en este caso ocurrió, es válida desde su recepción, no pueden negarse el mismo valor a las notificaciones al factor por el cedente, hechas por ese medio.

f) Los «vacíos» que, en cualquier forma, ofrece la regulación contractual, suponen unos riesgos para cada una de las partes, pues si el cedente, en la cesión, puede actuar conociendo antes que el factor el aumento del riesgo de insolvencia en el cedido (lo que, en su caso, es asumido en la cláusula 6.^a por el factor), la parte cedida, conociendo la cesión, pero disponiendo de un lapso de tiempo para conocer aquel dato hasta la entrega material de las facturaciones (lo que no ocurriría para cedentes de la misma capital, en este caso Córdoba), el factor siempre dispondría de la posibilidad del «rechazo» o «desclasificación», trasladándose al contrato un dato importante de incertidumbre, que iría en contra de su mayor efectividad («reciprocidad de intereses», art. 1289, ap. 1.º, inciso 2.º, CC, en relación con el art. 1284 del mismo cuerpo legal), por lo que, en todo caso, la oscuridad de las cláusulas actuará en contra del que las redactó (art. 1288 CC).

g) En suma, de la debatida cláusula 6.^a del contrato celebrado entre los litigantes, en conjunción con el modo en que se desarrollaron sus relaciones negociales, se desprende que, una vez clasificado un deudor por el factor dentro de unos límites determinados, el ejercicio por el factor de su facultad de modificar o retirar la clasificación de ese mismo deudor tenía que haber sido anterior, y no posterior, al conocimiento o «toma de razón» de la relación de facturas de tal deudor que se le remitió por fax, máxime cuando ningún dato autoriza a imaginar que la parte demandante gozase de alguna situación de ventaja sobre el factor demandado en orden al conocimiento o posibilidades de conocer la crisis económica del concreto deudor de que se trata. (STS de 8 de marzo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Las partes litigantes habían celebrado un contrato de *factoring* en cuya virtud el factor asumía en un determinado porcentaje el riesgo dimanante de las cesiones de crédito que le hacía su contraparte en el contrato. Éste fue modificado para añadirle una cláusula en cuya virtud el factor se reservaba la posibilidad de desclasificar a los clientes cedidos, eximiéndose de responsabilidad con respecto a los créditos pendientes contra éstos que se le remitieran en fecha anterior o posterior a la desclasificación. Así las cosas, la entidad bancaria que actúa como factor procede a desclasificar como cliente a una empresa que acababa de presentar

suspensión de pagos, con el fin de eludir la responsabilidad por el crédito que contra ella le había remitido poco antes la sociedad contratante del *factoring*. La discusión jurídica se centra en si la cesión es anterior o posterior a la desclasificación, lo que, a fin de cuentas, debe determinar el alcance de la responsabilidad del factor. El Juzgado de Primera Instancia acogió sólo parcialmente la demanda de la sociedad cedente del crédito, decisión que fue revocada por la Audiencia Provincial, que estimó íntegramente tal demanda. Sustanciado el recurso de casación, el Alto Tribunal declara no haber lugar al mismo, si bien con el voto particular de uno de los Magistrados integrantes de la Sala. (M. C. B.)

13. Resolución de la compraventa. Artículo 1504 CC.—El Tribunal Supremo señala que es necesario la existencia de un incumplimiento de la obligación principal por parte del comprador para que el vendedor pueda ejercitar la facultad resolutoria que le otorga el artículo 1504 CC, junto con que el vendedor comunique al comprador su voluntad resolutoria por medio de requerimiento judicial o notarial. Este requerimiento efectuado por el vendedor no tiene como finalidad el requerimiento del pago sino la resolución del contrato. Por ello, manifiesta el Tribunal Supremo, los requerimientos que contienen una intimidación al cumplimiento del contrato o pago del precio no pueden ser tenidos en cuenta para evitar la aplicación material del artículo 1504 CC, si bien la voluntad resolutoria puede estar condicionada al pago en un plazo breve. (STS de 2 de febrero de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. P. M, comprador de unas fincas, interpone demanda contra don F. B. G, vendedor de las mismas, suplicando al Juzgado que éste eleve a escritura pública el contrato privado de compraventa suscrito por ambos. Don F. B. G. contesta oponiéndose a su pretensión.

El Juzgado de Primera Instancia condena a don F. B. G. a que otorgue escritura pública del contrato de compraventa.

Don F. B. G. interpone recurso de apelación que es admitido. La Audiencia Provincial revoca la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia y resuelve el contrato privado de compraventa existente entre las partes al considerar que existe un incumplimiento esencial a cargo del demandante comprador.

Don A. P. M. recurre en casación. El Tribunal Supremo estima el recurso casando la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y confirmando íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (A. V. G.)

14. Incumplimiento de contrato de permuta de cosa futura: sociedad de responsabilidad limitada que contrata antes de su constitución e inscripción. Ratificación tácita del contrato. Revocación por la otra parte contratante.—El recurso de casación interpuesto por el demandado en la instancia, don A. G. P. contiene dos motivos, ambos formulados al amparo del núm. 4.º del artículo 1692 LEC y basados en la misma argumentación; estiman infringido el artículo 1259, párrafo segundo, CC que dispone: «El

contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte».

Se alega, en relación con dicha norma, que esta parte –transmitente en la permuta– revocó su declaración contractual respecto al contrato litigioso de 1 de agosto de 1988 antes de que la otra parte –sociedad de responsabilidad limitada demandante– hubiera ratificado la declaración que había emitido una persona física sin poder de representación y sin ser órgano de tal persona jurídica, ya que ésta no se hallaba todavía constituida.

Este razonamiento, en abstracto, es de una fuerza indiscutible, pero no se puede aceptar en este caso concreto por dos razones [...].

La primera de las razones que hacen rechazable la argumentación y el motivo, es que se produjo la ratificación del contrato celebrado sin poder, ratificación tácita por una larga serie de actuaciones que realizó la sociedad de responsabilidad limitada, que constan acreditadas; ratificación tácita que, en aplicación de esta norma, ha admitido la jurisprudencia; así, SS entre otras anteriores, de 13 de mayo de 1991, 5 de noviembre de 1993 y 26 de octubre de 1999, la cual, esta última, dice, respecto a la ratificación tácita, «la expresión más elemental de ésta es el aprovechamiento de los efectos de lo convenido en el contrato» y esto es lo acaecido en el presente caso.

La segunda de las razones se halla en la aplicación preferente del artículo 6 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, antes transcrito, frente al artículo 1259 CC. En las sociedades, más que de representadas procede hablar de órganos y más que de ratificación de los actos de quienes han actuado como órgano, sin serlo (porque todavía no existe la persona jurídica) de aceptación por la sociedad; la norma transcrita declara la validez subordinada a la inscripción y a la aceptación en un plazo, lo cual no significa *a sensu contrario* que si no se hace en tal plazo sea inválido, sino que impone una responsabilidad a los gestores, sin perjuicio de la validez si se produce, en la fecha que sea, la inscripción y la aceptación, que es verdadera ratificación.

Lucro cesante. Concepto, prueba y doctrina jurisprudencial.–La doctrina jurisprudencial sobre el lucro cesante no tanto mantiene un criterio restrictivo, sino más bien exige –como todo hecho base de la aplicación de una norma– la prueba del mismo, excluyendo los «sueños de fortuna». Tal como dicen las SS de 5 de noviembre de 1998, 2 de marzo de 2001 y 28 de octubre de 2004, recogiendo la doctrina jurisprudencial; «El lucro cesante tiene una significación económica; trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto distinto del de los daños materiales (así, S de 10 de mayo de 1993), cuya indemnización por ambos conceptos debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado (así, SS de 21 de octubre de 1987 y 28 de septiembre de 1994). El lucro cesante, como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es que sólo cabe incluir en este concepto los beneficios presentes, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido y no ha sido así; no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna. Por ello, esta Sala ha descartado la prudencia rigorista (así, S de 30 de junio de 1993) o incluso el criterio restrictivo (así, S de 30 de noviembre de 1993) para apreciar el lucro cesante; pero lo verdaderamente cierto, más que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar, como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización; se ha de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir –lucro

cesante- y la realidad de éste, no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión (así, SS de 8 de julio de 1996 y 21 de octubre de 1996)».

Lo cual coincide, en sentido idéntico, con la doctrina que plasman las SS de 15 de julio de 1998 y 29 de diciembre de 2000.

Esta es la cuestión en el presente caso. No se ha probado el lucro cesante. Por más que en el largo desarrollo del motivo único del recurso se intenta convencer de la existencia del mismo, no hay más hecho probado que el que declara la sentencia de instancia y ésta, expresamente, dedica un largo fundamento (el tercero) explicando los motivos («especiales circunstancias» los llama) «que impiden la fijación de una cantidad determinada» en concepto de lucro cesante. Es decir, declara no acreditado el soporte fáctico preciso para acceder a la pretensión de indemnización en concepto de lucro cesante. **(STS de 4 de febrero de 2005; no ha lugar.)**

HECHOS.—Don A. G., celebró un contrato complejo —esencialmente, una permuta futura— por el que ponía a disposición de *Asal 88, S. L.*, unas fincas de su propiedad para que la entidad realizara determinadas construcciones a cambio de unos apartamentos y locales. El contrato se celebró antes de que la sociedad quedara formalmente constituida e inscrita en el Registro mercantil. Después, la secuencia de lo ocurrido es como sigue: *Asal 88, S. L.* realiza diversas actuaciones en ejecución de lo acordado. Don A. G. dirige a la sociedad un requerimiento por el que, sin decir cuáles, le comunica la existencia de «vicios insubsanables» y se considera «desligado» del contrato dándolo por «inexistente». La Junta General de la sociedad acepta expresamente el contrato. Don A. G. vende a un tercero las mismas fincas. *Asal 88, S. L.*, finalmente, demanda a don A. G. y reclama al Juzgado declare la obligación de éste de cumplir lo acordado. Subsidiariamente, pide la resolución del contrato junto con la condena de don A. G. a indemnizar el daño emergente y el lucro cesante. Las sentencias de instancia acceden a lo solicitado en la petición subsidiaria, si bien eliminan de la condena la correspondiente al lucro cesante. Recurren en casación el demandado —por la condena— y la demandante —por la eliminación del lucro cesante—. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a ninguno de los recursos. (*R. G. S.*)

15. Obligaciones del arrendatario: deber de devolución de la cosa. Es obligación del arrendador asumir la devaluación natural del bien arrendado.—En relación a los derechos y obligaciones que corresponden a las partes en el mantenimiento y conservación del objeto arrendado, se deduce que es correcta la respuesta que se da al tema debatido (cuantificación del valor a resarcir, dentro de la responsabilidad civil que corresponde al arrendatario y lo que sería asumible por el propio arrendador) por el Tribunal de instancia, en aplicación del artículo 1561 CC, ya que en el deber de devolución de la cosa, al finalizar el arriendo, corresponde al arrendador asumir la devaluación del valor de la finca por el transcurso del tiempo de duración del contrato y por el uso al que su objeto fue destinado (causa inevitable, entre otras). **(STS de 2 de febrero de 2005; no ha lugar.)**

HECHOS.—Las hijas del propietario fallecido, que había arrendado a la Dirección General de la Guardia Civil una casa con otros edificios anexos, demandan tras la finalización del contrato —cincuenta años después de su celebración— al Ministerio del Interior y a la Dirección General de la Guardia Civil en razón del extraordinario deterioro de los inmuebles al tiempo de su devolución. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia —después confirmada por la Audiencia— rebajó sensiblemente la indemnización solicitada. El recurso de casación interpuesto por las actoras no fue acogido. (R. G. S.)

16. Denegación de prórroga de arrendamiento rústico por querer actuar el propietario como cultivador directo de la finca arrendada.—El motivo prevalece, porque con independencia de que quepa cuestionar la veracidad de los eventos o circunstancias atribuidos al actor, lo cierto es que para la tutela demandada le basta con asumir formalmente el compromiso de llevanza de la finca arrendada como tal cultivador directo, sin que pueda adelantarse, como hace la recurrida, a que ese compromiso —auténtica obligación de futuro— pueda luego no cumplirse por las citadas cualidades personales del actor, ya que la propia Ley arbitra un remedio para esa hipótesis de eventual infracción de lo antes prometido, siendo aplicable la recta doctrina de, entre otras, la S de 19 de febrero de 1998, que expresa en su FJ 2.º: «...al estar tal finca encuadrada en su conjunto en el ámbito de la ley arrendaticia, le es de corriente aplicación la disposición contenida en el artículo 26 de tal norma legal. Si el arrendador hizo uso del derecho denegatorio que le concede tal artículo y este uso está revestido de todas las formalidades legales exigidas, resulta indudable la extinción del arrendamiento. El compromiso que al dueño-arrendador le exige la Ley, es una obligación de futuro, que no puede discutirse en este procedimiento, y que en el supuesto de un posible incumplimiento posterior, tendría la sanción que para ese caso señala el artículo 27.2.º. Por eso entendemos que esa aclaración que en la sentencia recurrida se hace respecto a la posible conducta futura del arrendador en relación con el uso de los pactos, resulta totalmente superflua e incluso perturbadora... Lo que puede ocurrir en un futuro, cuando la arrendadora recupere la posesión efectiva de sus propiedades, no es objeto de este procedimiento, ni cabe hacer juicio sobre las «intenciones» de los demás; la actual realidad declarada es que no se ha justificado debidamente el supuesto de hecho en que se fundamenta el motivo, y que la denegación se efectuó con todas las prevenciones legales para que pueda surtir los efectos que señala la Ley, lo que conlleva el acogimiento del motivo [...]».

Diferencia entre «cultivador directo» y «cultivador personal».—Se comparte el motivo, pues es evidente que el actor, en su caso, habrá de actuar como cultivador directo y no como cultivador personal de la finca, esto es, asumiendo las resultas de la gestión del arrendamiento sin que se exija, pues, que sea como tal cultivador personal, quien con su ocupación o *facere* prestacional —como un auténtico trabajador a la vez que dueño— realice el contenido laboral o faenas agrarias de ese arrendamiento. Y, como ni en la sentencia recurrida, ni tampoco en el escrito de impugnación se cuestiona, ni siquiera se plantea que no se haya cumplido por el recurrente su pertinencia opositora a la prórroga del contrato de arrendamiento en razón a las fechas concurrentes del mismo, y sí, en cambio que se han observado los presupuestos del

citado artículo 26 –compromiso de cultivo directo y notificación fehaciente–, procede por lo razonado, estimar en parte la demanda y declarar ese derecho del recurrente en los términos de la citada normativa tuteladora de su pretensión [...]. (STS de 16 de diciembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.–El actor en la instancia –don R.– había solicitado al Juzgado la declaración del término del arrendamiento que tenía concertado con doña C. por denegación de la prórroga prevista en el artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Rústicos ya que –afirmaba– tenía el propósito de trabajar la finca arrendada como cultivador directo. Se opuso doña C. alegando que el propietario no tenía ni la intención ni la posibilidad de ese cultivo directo. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia desestimaron la demanda apreciando en la conducta del actor un evidente abuso de su derecho. Don R. interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo lo acogió. (R. G. S.)

17. Reclamación de honorarios por servicios de especial complejidad realizados durante la vigencia de un contrato de arrendamiento de servicios en régimen de iguala. Improcedencia: dichos servicios se entienden comprendidos dentro del contrato de iguala.–Por la naturaleza de la iguala, los trabajos realizados por el profesional mientras el contrato está vigente, se remuneran por un precio único, sin que se tenga en cuenta la mayor o menor complejidad de los mismos y al margen incluso de si éstos llegan a producirse

Significado de la buena fe contractual: realización de comportamientos adecuados para dar cumplida efectividad al contrato.–La buena fe, como principio general del derecho, ha de informar a todo contrato y obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, leal, honrado y lógico en el sentido de estar a las consecuencias de todo pacto libremente asumido, sin frustrar la vocación o llamada que el mismo contiene a su cumplimiento. (STS de 19 de enero de 2005; ha lugar.)

HECHOS.–Los demandantes venían prestando servicios de asesoramiento fiscal a la entidad demandada. Dichas prestaciones se efectuaban en régimen de iguala, de tal forma que el trabajo de los asesores consistía en la realización de toda clase de servicios fiscales, sin distinción en razón a su contenido, importancia o complejidad. A cambio, recibían una remuneración de 4.000.000 de pesetas anuales. La relación profesional tenía una antigüedad de veinte años de vigencia, sin que en dicho plazo se hubiera girado minuta alguna por los servicios prestados. En los años 1992 y 1993 se llevó a cabo una inspección de hacienda de la empresa, en la que los asesores colaboraron, como expertos fiscalistas, al igual que lo habían hecho en anteriores inspecciones. Durante todo el tiempo que duró la inspección, los asesores no plantearon indicación alguna sobre el giro de una minuta por trabajos especiales al margen de la iguala. Un año después de concluir la última inspección, los asesores reclaman el pago de los honorarios devengados por la actuación profesional realizada en el desarrollo de las inspecciones fiscales. Tras la negativa de la empresa, presentan demanda en la que

reclaman la suma de 95.811.930 pesetas como importe de los honorarios que han devengado los trabajos profesionales extra-igualada realizados en los años 1992 y 1993 más el importe de dos recibos correspondientes a la iguala por el tercer y cuarto trimestre del año 1993 que ascienden a 432.000 pesetas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por los demandados y dictó sentencia en la que condenaba a los recurrentes al pago de 60.000.000 de pesetas y el IVA correspondiente, más 432.000 pesetas en concepto de los dos recibos de la iguala. El Tribunal Supremo casa la sentencia y desestima la reclamación del pago de la cantidad relativa a los trabajos profesionales extra-igualada realizados en los años 1992 y 1993, y sólo admite la condena al pago de los dos recibos por la iguala del tercer y cuarto trimestre de 1993. (C. O. M.)

18. Responsabilidad contractual del médico: lesión deportiva: rehabilitación de rotura de ligamento cruzado, con afectación del menisco: responsabilidad solidaria de Sociedad Médica y Traumatólogo: doctrina general.

—La prestación de hacer debida por el médico contratado no era de resultado pues su obtención no estaba incluida en el objeto de la obligación asumida; se trataba de una prestación de medios que se cumplía con la realización de la actividad prometida, aunque no viniera acompañada de la curación de la lesionada, con tal que se hubiera ejecutado con la diligencia exigible en atención a la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas, tiempo y lugar concurrentes (arts. 1101 y 1104 CC). La actividad del médico era la de un experto profesional, quedando obligado a aplicar las energías, medios y conocimientos que, según el estado de la ciencia, *lex artis*, o conjunto de saberes y técnicas propias de su profesión, y estaban objetivamente a su alcance para el logro de aquel fin. La impericia es una forma de negligencia, por la que quien asume como experto una obligación de actividad y no la cumple con el rigor técnico exigible, responde como deudor negligente del daño causado. Por ello, la responsabilidad contractual del médico por tal modalidad de incumplimiento depende de una previa valoración de la idoneidad de la conducta por él desplegada; es necesario un juicio de diligencia que implica la comparación entre la prestación ejecutada y la debida, la cual se identifica según el modelo ideal y objetivo de conducta exigible en atención a la cualificación profesional del deudor y a la naturaleza de la actividad por él prometida. La prueba del incumplimiento corresponde a la actora ya que constituye el fundamento de su pretensión indemnizatoria.

Prueba pericial: valoración.—El Tribunal de apelación sometió la pericial a las reglas de la sana crítica (art. 632 LEC. 1881), y llegó a dos conclusiones, mediante una operación discursiva derivada de proposiciones enlazadas lógicamente, que no cabe sino mantener como plenamente correctas: 1.^a) en la fecha en que se decidió la inmovilización de la pierna de la demandante, el tiempo de la misma se consideraba excesivo y carecía de justificación, según los conocimientos al alcance del traumatólogo; 2.^a) éste, que debía prescribir las pautas del tratamiento de rehabilitación y supervisarlos, responde de su actuación como médico, al margen de la cobertura puramente patrimonial de la cobertura del seguro concertado por su paciente. (STS de 30 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Una vulgar rotura de ligamentos en actividad deportiva ha originado este proceso en el que la entidad médica aseguradora fue declarada rebelde, y las sentencias de instancia difirieron notablemente en la cuantía indemnizatoria (el Juzgado de Primera Instancia señaló 2,9 millones pesetas, suma que la Audiencia Provincial elevó a 9,6 millones). Sentencia que puede calificarse de *pedagógica* (Pte.: Ferrándiz Gabriel), que es de aprobar. (G. G. C.)

19. Responsabilidad decenal del artículo 1591 CC. Legitimación pasiva. El promotor: criterios determinantes para incluirlo en el círculo de personas a que se extiende esta responsabilidad.—*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 han confiado en su prestigio comercial; *d)* que el promotor sea quien eligió y contrató al contratista y a los técnicos; y *e)* que adoptar criterio contrario supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción (SSTS de 28 de enero de 1994 y 6 de mayo de 2004, entre otras).

Extensión de las responsabilidades por vicios ruinógenos del promotor-vendedor a otras figuras interpuestas.—Tengan estas últimas forma de gestoras inmobiliarias u otras semejantes, y, cuyo propósito, pese a formar parte de una operación diseñada con la finalidad última de vender una casa construida, sea impedir o traspasar las responsabilidades por vicios ruinógenos (SSTS de 3 y 15 de octubre de 1996, 15 de marzo de 2001 y 25 de febrero de 2004).

Responsabilidad decenal y litisconsorcio pasivo necesario.—Esta excepción carece en absoluto de aplicación en estos casos, pues si el proceso ha sido promovido exclusivamente, con base en el artículo 1591 CC, para obtener la reparación de los vicios ruinógenos de una construcción, es evidente que el actor puede dirigir sin ninguna cortapisa la acción contra las personas físicas o jurídicas a las que crea responsables de tales vicios. Si la sentencia declara, por el contrario, que no lo son, *sibe imputet*, por lo que tendrá que demandar de nuevo a otras, pero sin que la sentencia obviamente pueda realizar pronunciamiento de condena ni declaración de culpabilidad de los que no han sido oídos en el proceso (SSTS de 17 de marzo y 4 de diciembre de 1993 y 19 de abril de 1995).

Naturaleza de la responsabilidad decenal solidaria.—En el proceso constructivo no sólo resulta dificultoso, sino imposible en la mayoría de las veces, individualizar y fijar las distintas responsabilidades convergentes, por ello la jurisprudencia ha optado por la responsabilidad decenal solidaria que no tiene origen convencional, sino que es creación jurisprudencial (STS de 22 de noviembre de 1997).

La legitimación pasiva en la responsabilidad decenal no abarca a quien efectúa los cálculos de la estructura de una edificación, al configurarse éste como un mero auxiliar del arquitecto proyectista.—Si bien la jurisprudencia ha llevado a cabo una interpretación extensiva de las personas que con carácter técnico intervienen en el proceso constructivo con la consiguiente responsabilidad de los mismos en el caso de ruina de lo construido, dada la época en la que se promulgó el Código civil, tal extensión no abarca a quien efectúa los cálculos de la estructura de una edificación, que se confi-

gura como un mero auxiliar del arquitecto, autor del proyecto que es quien avala y responde de la validez de esos cálculos. (STS de 31 de marzo de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un garaje ejerció acción de responsabilidad decenal del artículo 1591 CC por vicios ruinógenos, que afectaban a la estructura del mismo, contra ocho personas intervinientes en el proceso constructivo. Quedó demostrado que la causa determinante de la ruina fue la mala ejecución de la obra y no los cálculos incorrectos de la estructura. El Juzgado condenó solidariamente a todos los demandados excepto a uno. La Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo admite uno de los dos recursos interpuestos y absuelve a la persona que calculó la estructura del inmueble y a una entidad mercantil que adquirió personalidad jurídica cuatro meses después de terminada la obra. (I. D.—L.)

20. Contrato de obra. Cualquiera de los subcontratistas puede ejercitar la acción directa del artículo 1597 CC contra el dueño de la obra, contra el contratista y contra un subcontratista anterior, siempre y cuando el dueño de la obra, o el contratista o subcontratista anterior demandados sigan siendo a su vez deudores.—El artículo 1597 CC autoriza una acción directa que actúa como excepción a lo previsto en el artículo 1257 CC y que se reconoce tanto a los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajena, así lo dice literalmente el precepto, como a los subcontratistas, lo mismo primeros como ulteriores (SS de 15 de marzo de 1991, 29 de abril de 1991, 11 de octubre de 1994, 28 de mayo de 1999 y 22 de octubre de 1999). Declara la S de 2 de julio de 1997 que cualquiera de los subcontratistas puede ejercitar esta acción directa contra el dueño de la obra, frente al contratista y frente a un subcontratista anterior y si se hace la reclamación no excluyendo al deudor directo, la responsabilidad del comitente será solidaria.

El presupuesto básico para que la acción directa pueda prosperar es que el dueño de la obra o contratista anterior sea deudor del subcontratista que reclama, ya que la reclamación tiene el límite de la cantidad efectivamente adeudada, por lo que resulta necesaria, siguiendo la S referida de 2 de julio de 1997, que el contratista principal fuera deudor del subcontratista de primer grado y aquí se sentó como probado que *ABB* —contratista principal, asimilable al comitente— S de 29 de abril de 1991 no era deudor de cantidad alguna del primer subcontratista *Indasa*, pues al contrario, resulta ser ésta deudora de aquella por cierta cantidad, con lo que de esta manera se rompe el denominador común de responsabilidades y quiebra la cadena de sucesivos deudores-acreedores, al no resultar deudores uno de los otros, y lo que aparece claro es que la definitiva deudora del recurrente es *Indasa* (no demandada), que no satisfizo la deuda generada, no obstante haber cobrado los trabajos subcontratados con *ABB*.

La S de 30 de junio de 1920 declara que el efecto de la acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra obliga a éste, limitadamente en la cantidad que adeude cuando se haga la reclamación y no le obliga cuando no sea deudor, lo que aplicado al caso presente autoriza admitir que opera con igual efecto negativo tratándose de relación contratista-subcontratista primero. (STS de 31 de enero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La celebración de un contrato de obra entre dos empresas da lugar a una cadena de subcontratas. El subcontratista segundo, a quien el subcontratista primero adeuda ciertas cantidades, decide demandar al comitente con base en la acción directa del artículo 1597 CC. Esto genera una cadena de pleitos que, finalmente, desemboca en el pago de la comitente a la contratista principal, pero no en el cobro de lo reclamado por parte del subcontratista demandante. Éste interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial que desestima sus pretensiones, recurso al que el Tribunal Supremo declara no haber lugar por no darse los presupuestos básicos esenciales para el triunfo de la acción directa ejercitada. (*M. C. B.*)

21. Diferencias entre el contrato de préstamo y el de apertura de crédito en cuenta corriente.—El artículo 1740 CC regula dos contratos distintos, el comodato o préstamo de uno y el mutuo o simple préstamo consistente en la entrega, por una de las partes a la otra, de dinero u otra cosa fungible con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad. Como dice la S de esta Sala de 22 de mayo de 2001, «el contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses es un contrato real, en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa por una de las partes a la otra y tal entrega implica un elemento esencial que sólo se da en algunos grupos de contratos. Además, es un contrato unilateral en cuanto sólo produce obligaciones para una de las partes, el mutuuario o prestatario». Este contrato se diferencia sustancialmente del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente; la S de 11 de junio de 1999 recoge la de 27 de junio de 1989 que, con cita, a su vez, de la de 12 de junio de 1976 dice que «el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente aunque aludido en el número 7.º del artículo 175 CCO, no adquirió carta de naturaleza en nuestro Ordenamiento positivo, hasta que lo introdujeron en él las sentencias de esta Sala que se citan en la de 1 de marzo de 1969 y las resoluciones de la Dirección General de los Registros de 28 de febrero de 1933 y 16 de junio de 1936, y que se define por la doctrina como contrato por el cual el banco se obliga dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de éste, y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente».

Contrato celebrado a nombre de tercero sin ostentar su representación legal o voluntaria. Falta de ratificación por el tercero: efectos.—Declara la sentencia de instancia que «en el caso de autos estamos ante la falta de uno de los requisitos de los contratos, falta el consentimiento de la señora ya que el crédito hipotecario se iba a garantizar con un bien del que era propietaria al cincuenta por ciento. Por ello aunque se estipuló en la cláusula séptima letra J que *Sindibank* podría dar por vencido el préstamo: «J. Si esta escritura no fuese inscribible por cualquier causa en el Registro de la Propiedad», realmente no estamos ante un vencimiento anticipado, sino ante un negocio jurídico que no llegó a nacer, al faltar el consentimiento de una de las partes.

En primer lugar han de precisarse dos cosas: una, en la escritura pública de 12 de mayo de 1993 se documentaron dos negocios jurídicos, un contrato de préstamo y la constitución de una garantía hipotecaria que tiene su causa en el préstamo concertado y cuyo carácter accesorio conlleva que le afecten

las vicisitudes que pueda experimentar el contrato de préstamo en su desarrollo, si bien éste no queda afectado por la vida de la garantía hipotecaria; la otra es que como prestatarios figuran dos personas físicas, don C. V. y su esposa, obligados solidariamente, como expresamente se establece.

La utilización por el párrafo segundo del artículo 1259 CC del término «nulo» para calificar al contrato celebrado a nombre de otro por quien no tiene su autorización o representación legal, ha dado lugar a controversia en la doctrina sobre el significado de este término y la clase de ineficacia a la que se refiere; la S de esta Sala de 7 de julio de 1944 se inclinó por la tesis del negocio incompleto, imperfecto o en vía de formación, al decir: «si bien el apartado segundo del artículo 1259 CC dice que «el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo», y esta nulidad puede, en principio, ser equiparada más que a la anulabilidad del artículo 1300, a la inexistencia –en cuanto al faltar el consentimiento de una de las partes no puede haber contrato, según el artículo 1261– es muy de tener en cuenta que ese mismo artículo 1259 y el 1727, en su apartado 2.º, admite que tales contratos pueden ser ratificados por las personas a cuyo nombre se otorgaron y esta posibilidad de ratificación imprime un carácter especial al negocio, haciendo de él, no un acto propiamente inexistente, sino un negocio jurídico en estado de suspensión, subordinado a una *conditio iuris* de tal modo que, en definitiva, si la ratificación se da, se considera al negocio como válido y eficaz desde el principio a favor y en contra del representado, y por el contrario, si la ratificación no se produce, será el negocio nulo e ineficaz para aquél». Mas recientes sentencias de esta Sala se inclinan por estimar que el término «nulo» del párrafo segundo del artículo 1259 hace relación a la «anulabilidad» de los contratos. Así la S de 12 de junio de 1997 dice que «este término de nulidad, empleado legalmente, hay que entenderlo como de anulabilidad, puesto que dicho precepto *a posteriori* admite su convalidación, si ese deletéreo apoderamiento es ratificado posteriormente por la persona “*in nominatiun* (sic)” representada»; y la S de 10 de junio de 2002 afirma que «la sanción del artículo 1259 CC supone, sin más, que ese contrato en la hipótesis –no acreditada como se ha expuesto por la Sala *a quo*– celebrado a nombre de otro sin su autorización o representación, ni es inexistente, ni es radicalmente nulo, ya que la posibilidad de su eficacia *ex post* merced a la ratificación, es una consecuencia propia de la anulabilidad, pues, jamás la nulidad radical puede sanarse, *numquam potest tractu o ex post convalere*.

En el presente caso, requerida doña C. para la ratificación de la escritura pública de 12 de mayo de 1993, ésta no ha procedido a su ratificación, omitiendo toda contestación a ese requerimiento, por lo que su silencio ha de interpretarse, habida cuenta del tiempo transcurrido, como una negativa expresa a la ratificación, pues, como dice la S de 29 de febrero de 2000, «el silencio puede equivaler al asentimiento cuando quien calla viniera obligado a manifestar su voluntad contraria según exigencias de la buena fe entre las partes o los usos generales del tráfico (SS de 24 de noviembre de 1943, 24 de enero de 1957, 14 de junio de 1963 y 2 de febrero de 1990, entre otras)». En consecuencia, ante esta falta de ratificación por doña C., el contrato de préstamo –al que se contrae el recurso– es nulo e ineficaz habida cuenta de que, concertado el contrato de préstamo con carácter solidario, la falta de consentimiento de uno de los prestatarios solidarios afecta al consentimiento prestado *in solidum*. En consecuencia se desestima el motivo. (STS de 7 de abril de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don C., actuando en su propio nombre y derecho y como mandatario verbal de su esposa y *Sindicato de Banqueros de Barcelona, S. A.* comparecieron ante Notario para concertar un contrato en el que la entidad declaraba entregar la cantidad de veintitrés millones de pesetas en concepto de préstamo mediante el ingreso en la cuenta corriente que el prestatario tenía en la casa. El préstamo se concedía con la finalidad de satisfacer el crédito que *Sindibank* tenía frente a *Castellana Autónoma de Estampaciones, S. A.*, sociedad de la que era administrador don C.. El crédito pendiente estaba avalado solidariamente por don C. y su esposa. En garantía de la operación —el segundo préstamo— se constituía hipoteca sobre una finca presuntivamente ganancial. Dos meses después de la celebración del contrato, *Sindibank* remitió una carta a la esposa del prestatario en la que se le recordaba que tenía pendiente de ratificación la escritura que documentaba el préstamo por lo que, en tanto aquella no se produjera, el capital resultaría indisponible. En la misma fecha y en comunicación de idéntico contenido se hacía saber lo propio al prestatario. Don C. demandó a *Sindibank* reclamando del Juzgado pronunciamiento por el que se declarase la plena validez de la escritura de préstamo y se condenase a la demandada a la entrega de los veintitrés millones acordados. El Juzgado estimó en parte la demanda y declaró la plena validez de la escritura. La apelación de *Sindibank* fue acogida y la sentencia inferior fue revocada. Don C. interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar. (R. G. S.)

22. Diferencias entre el *lease back* o *retroleasing* y el préstamo con garantía real a través de pacto comisorio.—Esta Sala ha tenido ocasión en sus SS de 16 de mayo de 2000 y 17 de julio de 2001 de establecer las diferencias existentes entre el *leasing* y el préstamo de dinero, afirmando que la primera de dichas figuras trata de dar solución a la necesidad de un objeto que una persona precisa, pero que por carecer de medios económicos para su adquisición, se limita a convenir que se le ceda en arrendamiento, reservándose la facultad de acceder en un momento posterior a su propiedad, mediante una opción de compra. En cambio, lo que caracteriza al préstamo de dinero es la necesidad concreta de éste, y la transmisión de su dominio al prestatario, que se obliga a devolver el *tantundem*.

En tal contexto, en tanto que el préstamo tiene a la financiación del prestatario, en el *leasing* se financia la futura adquisición de un objeto.

Se añade que, dado que el *lease-back* es una modalidad del arrendamiento financiero, es evidente que lo trascendente en él ha de ser la necesidad del bien concreto sobre el que se constituye, no pudiendo entenderse que tal necesidad exista, si el bien ya pertenece a quien aparentemente se convierte en arrendatario del mismo con opción de compra.

Esto es lo que sucede en el supuesto regulado por los dos contratos formalizados simultáneamente por los litigantes, ya que *Emison* no precisaba un inmueble para ejercer su actividad empresarial, por contar ya con él, sino la financiación económica necesaria para proseguir en el desarrollo de su industria.

En consecuencia, la relación contractual establecida tenía por única y específica finalidad garantizar a *Proleasing* la devolución de la suma que

prestaba a *Emisor* y el pago de los correspondientes intereses. Y con la finalidad de eludir y vulnerar la prohibición que del pacto comisorio se contiene en los artículos 1859 y 1884 CC, prohibición que inequívocamente se mantiene vigente (SS de esta sala de 15 de junio de 1999, 13 de mayo de 1998 y 18 de febrero de 1997, entre otras) las partes han optado por acudir al artificio de simular que *Emisor* vendía un inmueble si bien conservaba la posesión inmediata del mismo como simple arrendatario, sin que se produjera una verdadera transmisión del dominio, incurriendo en un incuestionable fraude de ley que determina la nulidad radical de la supuesta transmisión patrimonial y, por ende, de todo el negocio jurídico complejo concluido por los interesados. (STS de 10 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—*Proleasing, S. A.* firmó con *Emison* la compraventa de un inmueble propiedad de esta última. Seguidamente, y en escritura separada de la misma fecha, la compradora se lo cedió a *Emison* en arrendamiento financiero con opción de compra. Se pactó en el segundo documento que, en caso de impago de alguna de las cuotas, la arrendadora podría optar entre dar por vencido anticipadamente el plazo establecido, reclamando todas las cuotas hasta el fin del contrato o bien resolver éste, recuperando el inmueble con retención de las cuotas percibidas y derecho a una indemnización del 5% del precio por cada mes que la arrendataria retrasase su devolución. Producido el impago, *Proleasing* solicitó la resolución del contrato más lo previsto para tal eventualidad. El Juzgado de Primera Instancia entendió que el contrato celebrado no había sido un arrendamiento financiero sino un préstamo con garantía real a través de pacto comisorio. Por ello, y dado que la actora no podía reclamar el inmueble cuya propiedad no había perdido la demandada, estimó parcialmente la demanda condenando a *Emison* a abonar las rentas pactadas más los intereses devengados desde la resolución del contrato. La Audiencia se mantuvo en el criterio del Tribunal inferior. Interpuso *Menhir Leasing* (antes *Proleasing*) recurso de casación, declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (R. G. S.)

23. Contrato de mandato: obligación del mandatario de rendir cuentas de su gestión. El principio *in illiquidis non fit mora*: atenuación por la jurisprudencia de este principio cuando la iliquidez es imputable al deudor (aquí, mandatario).—El brocardo *in illiquidis non fit mora*, aplicable a supuestos en que la cantidad realmente adeudada no es conocida hasta que se lleva a efecto la fijación de la misma a través de la correspondiente resolución judicial, ha sido suavizada, en su aparente automatismo, por la jurisprudencia en busca de una completa protección del acreedor perjudicado por la morosidad del deudor (SSTS de 29 de noviembre de 1999, 6 de octubre de 2000 y 20 de mayo y 15 de junio de 2004); de este modo, no puede ampararse en la iliquidez de la deuda quien pudo fácilmente haberla eliminado (*turpi-tudinem suam allegans non auditur*). (STS de 5 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora, como única heredera de su padre, pretendió con la demanda que se condenase a la hermana del difunto a entregarle una suma de dinero que se hallaba depositada en un

Banco a nombre del causante, y de la que la demandada, haciendo uso de una autorización del titular, había dispuesto, antes y después de la muerte de éste.

La demandada alegó que su hermano le había donado las cantidades depositadas y, subsidiariamente, que había dispuesto del dinero para atender necesidades del mismo y satisfacer determinados créditos propios contra él.

El Juzgado calificó el contrato no como donación, sino como mandato y condenó a la demandada a devolver las cantidades del mandante de las que había dispuesto, previa deducción de lo pagado en cumplimiento de deudas y gastos del difunto. La Audiencia, ante la que habían recurrido las dos partes, negó que la demandada hubiera sido autorizada para cobrar con el dinero del mandante las deudas del mismo a su favor y sólo admitió la deducción de los pagos realizados para atender gastos funerarios y de atención del causante durante su última enfermedad. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (L. A. P. M.)

24. Fianza solidaria. Presunción de ganancialidad de los créditos en los que no consta su carácter privativo. Legitimación activa del cónyuge para el ejercicio de la acción de reintegro contra los otros cofiadores solidarios.—Si no existen pruebas de que el dinero con que se pagó la parte de la deuda principal tuviera carácter privativo, ha de estarse a la presunción de ganancialidad que establece el artículo 1361 CC. De ahí que el crédito originado por dicho pago tenga carácter ganancial y, por tanto, que la reclamación del mismo constituya un acto de gestión que corresponde conjuntamente a ambos cónyuges, como previene el artículo 1375 CC, cualquiera de los cuales puede ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes (art. 1385 CC, párrafo segundo).

Fianza solidaria. Reclamación de intereses por parte del cofiador que ha pagado la deuda. Determinación del día en que empiezan a correr los intereses: inaplicación de los artículos 1100 y 1844 CC. Aplicación del artículo 1145 CC: los intereses comienzan a partir del día en que se realizó el pago.—La regulación de la fianza que contiene el título XIV del libro IV del Código civil se refiere a aquellos supuestos en que el fiador no se ha obligado solidariamente con el deudor. En este sentido, cuando se pacta la solidaridad, el artículo 1822 CC ordena que se observe lo dispuesto para las obligaciones de tal naturaleza (sección IV, capítulo III, título I, del mismo libro IV). Dado que en la póliza en que se documentó el préstamo se ha pactado la solidaridad de los fiadores no puede entenderse que la disposición aplicable a la reclamación de intereses sea la del primer párrafo del artículo 1100 CC, ni tampoco la del artículo 1844 CC (pues éste no contiene el régimen a que están sujetas las fianzas solidarias), sino que ha de acudirse a lo prevenido en el artículo 1145 CC, por lo que los intereses empiezan a devengarse a partir del día en que se realizó el pago. (STS de 20 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Los cónyuges don L. L. y doña M. J. suscribieron, junto con otro matrimonio, una fianza por la que los dos matrimonios se constituyeron en fiadores solidarios de un préstamo de

19.350.000 pesetas otorgado a una empresa mercantil. Al producirse el impago de la primera cuota de las previstas para la devolución de la cantidad objeto del mencionado contrato, la entidad prestamista reclamó judicialmente al deudor principal y a los fiadores solidarios el pago de la cantidad entregada. Sin embargo, por defectos de notificación al otro matrimonio cofiador solidario, fue don L. L. quien terminó abonando la cantidad requerida. Posteriormente, el señor L. L. y su esposa doña M. J. presentan demanda contra el otro matrimonio reclamándole la cantidad de 2.751.711 pesetas más los intereses legales devengados desde la fecha en que se realizó el pago. Los demandados se opusieron argumentando, entre otras cuestiones, la falta de legitimación activa de la esposa (que no había realizado el pago). Respecto al cómputo de los intereses, objetaron que sólo se generan a partir del día en el que se les reclaman (a ellos) el pago y no como solicitan los demandados que sitúan el día de inicio en el momento que el señor L. L. efectuó el abono a la entidad acreedora-prestamista. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial de Vitoria confirma la sentencia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (C. O. M.)

25. Contrato de caución. El artículo 1843 CC es aplicable al contrato de caución y contiene una acción cautelar.—En esos motivos, y razonando el recurrente en base a una cierta jurisprudencia de esta Sala que distinguía en el caso entre los contratos de seguro y de su afianzamiento, por un lado y el de caución, por el otro, éste en base al artículo 68 LCS, llega a la conclusión el recurrente de que los preceptos que regulan en el Código de comercio (*sic*) la fianza, como el artículo 1843 del mismo, no eran aplicables al contrato de caución, que debía regirse por sus propias normas, siendo su extensión la que esté determinada en la ley o en el contrato correspondiente. No obstante, la reciente S de esta Sala, de 21 de octubre de 2003, dictada en un proceso también entablado ante un Juzgado de Santa Cruz de Tenerife, y resuelto por la Audiencia Provincial de Tenerife, en un caso bastante similar al presente, planteado por la compañía aseguradora de *Crédito y Caución*, frente a una empresa explotadora de máquinas recreativas y su avalista, en relación a las acciones de reembolso de pagos hechos por aquélla a la misma Consejería Autonómica canaria por la Tasa sobre el juego, y si bien la Sala desestima la acción de reembolso por fundarla la aseguradora en el artículo 1843 CC, relativo a la fianza, en cuanto a la acción de relevación de fianza, sí la estimaba por entender aplicable el referido precepto a la misma, pero no respecto a su núm. 1.º, sino al último párrafo de él, citándose al efecto en ella la S de esta Sala, de 17 de octubre de 1990, la que entiende que dicho precepto regula una «acción cautelar».

La inconstitucionalidad sobrevenida de uno de los conceptos pagados por el fiador no le impide ejercitar la acción de reembolso, pues así se pactó en el contrato.—El segundo de los motivos formulados, que se refiere únicamente a la «acción de reembolso» ejercitada, relativa al pago efectuado por la aseguradora al asegurado (Gobierno canario), tilda de ilegal y anti-contractual el mismo, pues, se dice, las dos pólizas se concertaron para el abono de la tasa del juego, y el pago lo fue por el «gravamen complementario», establecido en un Reglamento de 1990, posterior a las fechas en las que se suscribieron las mismas, el año 1989 (hubo una tercera, para establecer el

aval sobre las anteriores), y además, el Tribunal Constitucional, en su S de 31 de octubre de 1996, declaró inconstitucional tal nuevo gravamen. El artículo 68 LCS, delimita el objeto del seguro de caución, que es el aquí suscrito, así como su alcance a los supuestos establecidos en la ley o en el contrato, y se dice (se repite) por el recurrente, que en éste sólo se concertaba el aseguramiento para pagos de la Tasa del Juego, pero hay que acudir a las correspondientes Pólizas, a las que afectan, en su totalidad, también los avales, y en ellas se establece una Cláusula en sus Condiciones Generales, la 10.^a, de una cierta dificultad de comprensión, pero la que, en definitiva, dice que la aseguradora de las mismas (*Crédito y Caución*) quedaba autorizada para efectuar el pago de la indemnización correspondiente, en cuanto fuera pedida por la Administración (asegurada), sin necesidad de autorización del tomador (sociedad explotadora de las máquinas, y por su derivación, sus avalistas), y sin detenerse a considerar si el requerimiento de pago no estaba justificado o si el tomador había de hacer alguna objeción al respecto (sólo se obligaba a hacer llegar al asegurado tales objeciones, si le eran comunicadas). No obstante, la cláusula 11.^a pone en claro cuál será el resultado de todo ello y a quién afectará la posible reclamación ante el asegurado, por la falta de adecuación a la legalidad por parte de éste, o por haberse excedido el mismo en el requerimiento, y dice, en su apartado 2.º, que será el tomador el que, una vez efectuado el reembolso a la compañía, quedará en libertad para reclamar a la administración asegurada la restitución de las cantidades que considere indebidamente pagadas. Se trata, pues, de un pacto contractual, amparado en el artículo 68 LCS, que rige y debe de respetarse. Debiendo decirse también que ese pacto tiene vigencia en la adición a la tasa del juego del «gravamen complementario», en cuanto que éste es constitutivo igualmente de la misma, y del que debió responderse conforme a la póliza, pues su establecimiento no supone una variación sustancial del objeto asegurado en ella; y la inconstitucionalidad sobrevenida de tal «complemento», una vez abonado, tras el requerimiento de la Administración, sólo dará lugar a la necesidad del reembolso por el tomador (o sus avalistas), a partir de cuyo momento será éste el que podrá reclamar la devolución a la Administración. El motivo, pues, debe perecer. (STS de 30 de marzo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Una compañía aseguradora suscribe con una sociedad dedicada a la explotación de máquinas recreativas un contrato de caución, en cuya virtud se ve obligada a satisfacer a la Administración canaria determinadas cantidades devengadas en concepto de Impuestos y Tasas sobre el juego, incluido un gravamen complementario que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional más tarde. Con posterioridad a dicho pago, la compañía aseguradora ejercita contra la deudora y contra dos avalistas solidarios de la misma las acciones de reembolso y de relevación de la fianza. Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación estiman íntegramente las pretensiones de la demandante. Interpuesto por uno de los avalistas recurso de casación, el Alto Tribunal declara no haber lugar al mismo. (M. C. B.)

26. Culpa extracontractual: muerte de diputado en accidente de helicóptero de propiedad estatal adscrito a la DGT: competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa: derecho transitorio.—El acci-

dente ocurrió el 30 de junio de 1988, en viaje oficial, utilizando un helicóptero del Estado, pilotado por funcionarios públicos y con destino a acudir a un acto oficial, lo que evidencia que el accidente tuvo lugar con ocasión de la prestación de un servicio público, por lo que la actividad desarrollada está sujeta al Derecho administrativo pues implica el funcionamiento anormal determinante posible de responsabilidad patrimonial del Estado, que hace aplicable el artículo 40 de la Ley de 26 de julio de 1957, por lo que ha de declararse la competencia de los Tribunales administrativos, al no ser supuesto encuadrable en el artículo 41, ya que aquí no se trata de actuaciones de derecho privado llevadas a cabo por el Estado demandado. La jurisprudencia de esta Sala, sobre todo anterior a la Ley de 26 de noviembre de 1992, ha venido atribuyendo a la jurisdicción civil aquellos supuestos en los que la Administración es demandada conjuntamente con personas físicas o jurídicas, existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas, lo que aquí no ocurre. La STS de 29 de diciembre de 1995 declara que debiendo prestar la Administración sus servicios públicos a través de diversos elementos materiales y personales, resulta innegable que la negligencia del funcionario a quien se ha encomendado el servicio –en este caso, la precipitación del helicóptero a tierra–, entraña un evidente funcionamiento anormal del mismo a cargo de la propia Administración, y es la vía jurisdiccional contencioso-administrativa la única competente (en parecido sentido SSTs de 14 de mayo de 1991, 2 de febrero de 1996, 2 de diciembre de 2002 y 20 de febrero de 2003). (STS de 31 de marzo de 2005; no ha lugar.) (G. G. C.)

27. Culpa extracontractual: muerte de conductor y ocupante de vehículo al irrumpir un mulo en autovía, abierta provisionalmente al tráfico: abertura de 15,90 metros en valla de protección: responsabilidad del Ministerio de Fomento: competencia civil.–Según jurisprudencia invariable a partir de la promulgación de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre (entre otras, SSTs de 26 de marzo y 19 de noviembre de 2001, 30 de abril y 24 de diciembre de 2003), del artículo 9.2 LOPJ que establece la naturaleza residual de la jurisdicción civil que justifica su *vis atractiva*; de la necesidad de evitar fallos contradictorios si se divide la continencia de la causa, atentando al principio de seguridad jurídica que proclama el artículo 9.3 CE; del principio de unidad jurisdiccional que se apoya en el artículo 24.1 de la misma; del derecho al proceso sin dilaciones indebidas; de la constatación que de la citada ley de 1992 no se desprende la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo pues nada dispone sobre ello, ni podía disponer ya que es norma del alcance puramente administrativo; de todo ello se desprende la competencia de la jurisdicción civil en el presente caso. La responsabilidad por culpa del Ministerio de Fomento no se basa en infringir una norma administrativa –lo que es ajeno a la responsabilidad civil– sino por incumplir el deber de diligencia exigible en toda actuación que en este caso es aceptar una abertura en la valla que cierra la autovía, que puede provocar resultados luctuosos, como aconteció. Además la responsabilidad de la Administración es directa y objetiva, y sólo se elimina cuando consta la ruptura del nexo causal.

Nexo causal.–Son evidentes dos extremos: el primero que es una cuestión de hecho que ha declarado acreditada la sentencia de instancia y que no es objeto de casación; el segundo, que la muerte del conductor y su esposa se produjo a consecuencia del choque con un mulo, y éste se hallaba en la auto-

vía precisamente por razón de la abertura de la valla de la autovía, que había sido recibida y aceptada provisionalmente por el Ministerio recurrente.

Responsabilidad de las constructoras.—La abertura de la valla es una negligencia de aquéllas en cuanto permite que cualquier cuerpo extraño —en este caso, un animal— acceda a la autovía con el riesgo que supone y el resultado dañoso que efectivamente se produjo. Además, la existencia de la abertura ha sido hecho admitido por la partes demandadas, por lo que no ha sido objeto de prueba ni cabe cuestionar ahora que existiera desde el principio, y, por otro lado, es cuestión nueva en casación. (STS de 25 de enero de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia de aprobar de la que ha sido Pte. O’Callaghan Muñoz, en la que se reitera la conocida doctrina de la Sala Primera de la competencia de la jurisdicción civil cuando concurren las circunstancias aquí descritas de ser demandada la Administración junto a particulares (empresas constructoras de la autovía). Los hechos ocurrieron en noviembre de 1993, es decir, unos doce años antes de dictar sentencia de casación. Aunque el relato fáctico no lo dice —se reproducen íntegramente los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial—, parece deducirse que el conductor, hijo de la actora, estaba casado y no tenía hijos, viajando acompañado por su esposa, también fallecida. Al accionar exclusivamente la madre del conductor, ésta carecía de acción para reclamar por la muerte de su nuera; ello puede explicar también lo moderado de la indemnización otorgada (se piden 20 millones pesetas, y se otorgan 7,47 millones). (G. G. C.)

28. Culpa extracontractual: muerte de aprendiz por descarga eléctrica: incumplimiento de medidas de seguridad por la empresa.—La muerte del aprendiz ocurrió cuando desempeñaba sus funciones laborales de acabado de pintura de una máquina dobladora, y en un momento de descanso, y estando en contacto físico con dicha máquina, se apoyó en una soldadora que utilizaba otro trabajador, la cual tenía unos bornes con tensión de salida de 70 voltios (superior a la de seguridad en locales cerrados, que es de 50 voltios), sufriendo una descarga que le provocó la muerte; además de incumplir una medida de seguridad, según la Inspección, se desoyó una recomendación del Reglamento de Baja Tensión, dotando de mayor aislamiento de los bornes de salida, y según el Perito Judicial, debía haber dispuesto la máquina de un efectivo sistema de *puesta a tierra*. La jurisprudencia en materia de culpa extracontractual atiende la *respuesta social* para calificar una conducta como culposa, hay que determinar si el agente obró con el cuidado, atención o perseverancia exigibles y con la reflexión necesaria con vista a evitar el perjuicio de bienes ajenos jurídicamente protegidos, contemplando no sólo el aspecto individual sino también su sentido social.

Causalidad adecuada.—Es causa suficiente del resultado aquélla que, aun concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última, estando claro que si se hubieran adoptado las medidas de previsibilidad antes apuntadas, en una actividad arriesgada con peligro acreditado, la electrocución causante del óbito no se hubiera producido. (STS de 6 de abril de 2005; no ha lugar.) (G. G. C.)

29. Culpa extracontractual: daños por incendio: denegación de pruebas.—En las demandas acumuladas se ejercitaron acciones de responsabilidad extracontractual por los diversos perjudicados del incendio, alegándose por el demandado denegación de pruebas documentales, y aunque es evidente la ausencia de respuesta judicial a la petición sobre prueba documental planteada en apelación, el motivo se desestima porque dichos elementos demostrativos no eran decisivos para la resolución del pleito, habiendo declarado la STC 211/91, de 11 de noviembre, que sólo tiene relevancia constitucional la denegación irrazonable que prive al solicitante de un medio de defensa necesario para probar hechos decisivos para su pretensión.

Doctrina jurisprudencial sobre daños por incendio.—Según STS de 23 de noviembre de 2004, acreditado que el incendio se produjo en la nave en la que desarrollaba su actividad empresarial la recurrente, y por consiguiente sometida a su control y vigilancia, a ella le correspondía probar una incidencia extraña que excluyera la presunción de que el evento fue debido a culpa suya. Añade que no todo incendio es por causa fortuita, y que no basta para llegar a tal conclusión que el siniestro se hubiera producido por causas desconocidas (SSTS de 9 de noviembre de 1993, 29 de enero de 1996, 13 de junio de 1998, 11 de febrero de 2000, y 12 de febrero de 2001), de modo que generado un incendio dentro del ámbito del control del poseedor de la cosa —propietario o quien esté en contacto con ella—, hay que presumir que le es imputable, salvo que pruebe que obró con toda la diligencia exigible para evitar la producción del evento dañoso (SS de 27 de abril de 2001, 24 de enero y 20 de abril de 2002, 27 de febrero y 26 de junio de 2003).

Negligencia del arrendatario del local incendiado.—En el presente caso concurren factores positivos, con valor de causalidad para la producción del siniestro, y, sobre todo, para la extensión de sus consecuencias, como son el defecto de su vigilancia, pues el inicio del fuego fue anterior en unas ocho o diez horas al momento en que se detectó por explosión de los cristales de una ventana, de lo que se deduce que carecía de vigilancia humana permanente y que no existía, o no funcionaron, sistemas automáticos de detección; asimismo, las condiciones de almacenamiento dificultaron la extinción, pues el almacén estaba abarrotado con un depósito de materiales casi hasta los techos, sin dejar bastante espacio libre que sirviera de pasillos, y la rampa de su único acceso estaba taponada con gran cantidad de electrodomésticos. (STS de 3 de febrero de 2005; no ha lugar.) (G. G. C.)

30. Culpa médica: asistencia en urgencias: fallecimiento días más tarde por edema cerebral: actuación conforme a *lex artis ad hoc*: ausencia de negligencia: prueba pericial.—La prueba practicada permite concluir que la doctora demandada ha actuado con sujeción a las técnicas médicas exigibles para el supuesto del debate, ajustándose a la *lex artis* pues cuando la enferma fue examinada en el servicio de Urgencias del Hospital Universitario de V. no presentaba un cuadro alarmante de cefaleas que aconsejara la realización de otras comprobaciones distintas a las que le fueron practicadas; lo que guarda relación con la circunstancia de que, al día siguiente de la exploración referida, el médico de cabecera, al que acudió la paciente, prescribió que fuera explorada en un servicio de neurología sin carácter de urgencia; además, el dictamen pericial ha sido valorado en la instancia según las reglas de la sana crítica y de su análisis aparece que, aun en el caso de que la omisión de la realización de una Topografía Axial Computerizada constitu-

yera un actuar negligente, no es posible afirmar categóricamente que su práctica hubiera evitado la muerte de la paciente, pues no se hubiera podido realizar la intervención quirúrgica referida por la parte actora, faltando, en consecuencia, el nexo causal entre la actuación médica y el fallecimiento de la enferma. (STS de 24 de marzo de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—La enferma ingresa en urgencias con unas cefaleas y después de un diagnóstico de la doctora demandada del que se dice en sentencia de apelación que no fue ni precipitado, ni incompleto, ni rutinario, ni apresurado, sino que de acuerdo con la exploración que consta en autos fue pausada, completa, y sin ningún género de apresuramiento, llegando a reflejarse por escrito a pesar de encontrarse en un servicio de urgencias donde se huye con frecuencia de formularios administrativos; se realizó una exploración física completa, apreciándose que la paciente estaba consciente y orientada, mostrando sus constantes tensión arterial y frecuencia cardíaca en valores normales, afebril, exploración neurológica normal, pares craneales, motores oculares y reflejos pupilares normales, fuerza en extremidades superiores e inferiores y sensibilidad normal; y advertida en el Servicio de Atención Primaria una posible rigidez en la nuca, se hizo una exploración de ella con resultado negativo; como prueba complementaria se realizó una analítica de sangre con resultado negativo y lo mismo el examen de fondo de ojo, siendo ambas pupilas de coloración y límites normales. La enferma fallece nueve días más tarde por consecuencia de edema cerebral refractario a aneurisma de carótida interna izquierda y hemorragia subaracnoidea. La prueba básica es el informe pericial realizado en los autos, del que cabía deducir que la doctora demandada pudo actuar negligentemente al no ordenar ciertas pruebas (punción lumbar, TAC y electroencefalograma). El Tribunal Supremo se apoya y reproduce íntegramente la valoración de esta prueba hecha por el Juzgado de Primera Instancia para confirmar la exculpación de la demandada realizada ya en ambas instancias. Actuación procesal que cabe calificar de modélica en todas las instancias. (G. G. C.)

31. Culpa médica: ingreso en Urgencias de un niño de cuatro años con dificultad respiratoria intensa: fallecimiento a las tres horas de ingreso: responsabilidad de la experta pediatra que le asistió: doctrina general sobre deberes de especialista.—La obligación de la médico es de medios y no de resultado, y al haber sido reclamados sus servicios por poseer determinados conocimientos técnicos, la actividad exigible se identifica con la de una experta pediatra en un servicio de urgencias de un hospital de gran ciudad; esa prestación la hubiera cumplido de haber aplicado los medios y conocimientos que, según el estado de la ciencia, *lex artis* o conjunto de saberes y técnicas propias de su profesión, estaban objetivamente a su alcance para la curación del enfermo. La impericia se manifiesta como una forma de negligencia, por lo que quien asume como experto una obligación de actividad y no la cumple con el rigor técnico exigible, responde del daño causado, en la condición de deudor negligente. Según la STS de 30 de diciembre de 2004, la responsabilidad contractual del médico, por tal modalidad de incumplimiento, depende una previa valoración de la idoneidad de la con-

ducta desplegada, lo que hace necesario un juicio de diligencia con la comparación entre la prestación ejecutada y la debida, la cual se identifica según el modelo ideal y objetivo de conducta exigible en atención a la cualificación profesional del deudor y a la naturaleza de la actividad. Constituye causa toda condición del resultado, de acuerdo con las reglas de la experiencia, siempre que sea jurídicamente relevante de conformidad con criterios normativos. La relación causal tampoco se presume y debe probarse por quien ejercita la acción.

Impericia de la pediatra y ausencia de otra concausa.—Se afirma la impericia de la pediatra por no haber tomado una decisión que le era exigible, conforme a la *lex artis*, comprobada la extrema gravedad del niño por insuficiencia respiratoria; esto es, por no haber iniciado a tiempo los trámites para el ingreso del mismo en la UCI del Hospital, con respiración asistida; a lo que hay que añadir, ante las deficiencias de tal unidad (que no estaba en funcionamiento y se ponía en marcha previa petición del médico que la reclamara) y la urgencia del caso, su inmediato traslado a otro centro hospitalario en el que pudiera recibir el tratamiento requerido; con otras palabras, la pediatra no graduó la gravedad del caso y no le dio el tratamiento excepcional que reclamaba. La ausencia de cualquier otro indicio de la concurrencia de otra concausa que interrumpiera el curso normal de los acontecimientos, puesto en marcha con la enfermedad del niño, permite imputar el resultado a la demandada conforme a las reglas de la experiencia, como hizo la AP, ya que resulta evidente que la acción omitida hubiera eliminado o, cuando menos, reducido el riesgo de producción del resultado en una medida tal que justifica la plena imputación objetiva del mismo a quien de este modo se comportó.

Responsabilidad del especialista en reanimación.—No procede la condena de la AP por cuanto este especialista fue requerido, no como responsable de la UCI, que no funcionaba, sino como especialista en reanimación, para tratar a un enfermo que se encontraba en una habitación en planta; en tal condición compareció, y no consta que hubiera aplicado técnicas inapropiadas a su situación, antes bien, se puede afirmar que cuando lo hizo, el resultado ya no era evitable.

Responsabilidad de la entidad hospitalaria: por actos propios, y no por los de sus dependientes.—Debe ser mantenido el deficiente funcionamiento de la entidad hospitalaria en que ocurrieron los hechos, en el momento en que necesitaba de ella el niño asistido, dada la carencia de una UCI abierta permanentemente, o en disposición de ser abierta de forma inmediata, falta de un intensivista, ausencia de contratación de un facultativo adscrito regularmente a la UCI, limitado tal extremo a la eventualidad de llamar con urgencia al domicilio del especialista en reanimación, y, por último, la sorprendente e injustificada existencia de un cerrojo exterior en la puerta del ascensor de la planta en donde estaba el niño. (STS de 29 de marzo de 2005; ha lugar en parte.)

NOTA.—La estimación parcial de alguno de los recursos interpuestos reviste de alguna complejidad la sentencia extractada (Pte.: Ferrándiz Gabriel). El hecho básico consiste en el fallecimiento de un niño de cuatro años de edad a las tres horas de ingresar en un centro hospitalario de Madrid. En el FD 7 se dice que según la regulación administrativa aplicable, la UCI no era exigible en hospitales como el de autos, pese a lo cual la sentencia extractada confirma la sentencia de la Audiencia Provincial en cuanto condena

a la pediatra que asistió al enfermo, y solidariamente al centro hospitalario. En cuanto a aquélla porque lo adecuado hubiera sido ordenar el traslado urgente a otro centro con UCI (el tiempo que se emplearía en ponerla en funcionamiento en el que estaba asistido, desaconsejaba hacerlo así), y en cuanto al centro hospitalario en atención a que «no es lo mismo aparecer ante los potenciales usuarios como carente (de UCI), que figurar como dotado de la misma y de hecho no tenerla operativa». La sentencia menciona la STS de 30 de diciembre de 2004, de la que fue Ponente el mismo, reitera la doctrina sobre la impericia del especialista. La matización que se hace para imputar al centro me parece discutible. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

32. Presupuestos para el ejercicio de la acción declarativa de dominio.—En el artículo 348 CC se encuentra la cobertura legal de la acción declarativa de dominio. El primer requisito exigible para el éxito en el ejercicio de tal acción es la existencia de título suficiente. Además se requiere la perfecta identificación del bien en cuestión; tratándose de fincas tanto en su superficie como en su contenido.

Servidumbre de paso.—Aunque no esté determinada su extensión de paso, porque exista disentimiento al respecto, para declarar la existencia de la servidumbre de paso basta con reconocerla a través de propios actos. (STS de 30 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. desea que se declare su propiedad y pleno dominio de una casa en virtud de una escritura que se otorgó y conforme a un plano que aporta. Por otra parte solicita que se declare su derecho de paso a favor de su finca enclavada en medio de otra de doña D.

A este fin don A. interpone demanda, a la que doña D. contesta con la formulación de una demanda reconventional contra él, solicitando que se declare que la finca es de propiedad de doña D. y que se ordene la cancelación de la inscripción registral vigente a favor de don A. El Juzgado de Primera Instancia desestima tanto la demanda interpuesta por don A. como la demanda reconventional planteada por doña D. Esta decisión se recurre en apelación por ambas partes. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por don A. y desestima el de doña D., con la consiguiente revocación parcial de la sentencia dictada en primera instancia. Ante esta decisión, doña D. acude en casación ante el Tribunal Supremo. El Alto Tribunal señala que la acción declarativa ejercitada por ambas partes, mediante demanda y reconversión, recae sobre un objeto en el que las partes coinciden en líneas generales, puesto que están de acuerdo en que doña D. es propietaria de una finca enclavada alrededor de la de propiedad de don A., y que además existe una servidumbre de paso que grava la finca de doña D.. El requisito de la perfecta identificación y contenido de las fincas en cuestión se concreta a partir de un informe pericial, que también sirve de base para determinar la extensión de paso de la

servidumbre. Por ello se desestima el recurso de casación y las pretensiones de don A. devienen firmes. (C. L. N.)

33. Requisitos para el ejercicio de la acción reivindicatoria.—El Tribunal Supremo supliendo la vaguedad con que se pronuncia el artículo 348 CC, puntualiza que es necesario el dominio del actor, la posesión de la cosa por el demandado y la identificación de la cosa reivindicada. La necesaria identificación de lo reclamado ha de concurrir de forma totalmente evidenciada para que no ofrezca duda alguna de lo reivindicado, debiendo fijarse con la debida precisión, en el supuesto de fincas, su cabida, situación y linderos. Por tanto, tal identificación exige un juicio comparativo entre la finca real y la titular, determinándose de modo preciso sobre el terreno y por sus linderos. Esta exigencia es siempre una cuestión de hecho, que no queda probada cuando no existe coincidencia en la cabida ni en los linderos suponiendo una notoria contradicción entre lo que reflejan las inscripciones registrales y el plano elaborado a instancia de los demandantes.

La presunción de exactitud registral del artículo 38 LH.—Las situaciones o titularidades jurídicas de trascendencia real publicadas por el Registro gozan de una presunción de exactitud de tipo *ius tantum* que alcanza a la existencia del derecho real inscrito y a la titularidad a favor de quien figura inscrito como tal, pero que no se extiende a los datos físicos de la finca, como la cabida y los linderos. Por tanto no se trata de una legitimación registral totalmente plena, ya que las inscripciones registrales no dan fe de las características físicas, datos y circunstancias de hecho, de los inmuebles que comprenden. (STS de 17 de marzo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Se promueve demanda sobre acción reivindicatoria con el objeto de la restitución de una serie de fincas, que como resultado de un procedimiento sumario hipotecario del artículo 131 LH seguido contra un tercero ejecutado habían sido entregadas al Banco ejecutante, por adjudicación en subasta, alegando ser propiedad de los demandantes y no tratarse de las fincas hipotecadas que eran propiedad del ejecutado.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda, interponiéndose recurso de apelación por la parte actora. El recurso de apelación se acude en casación ante el Tribunal Supremo. El Alto Tribunal confirma el sentido del fallo de las dos instancias al entender, igualmente, que existe una evidente discrepancia registral entre las fincas reivindicadas y las que fueron objeto de adjudicación judicial a la entidad bancaria ejecutante.

NOTA.—El artículo 131 LH referido al procedimiento sumario hipotecario ha sido modificado por la DF 9.^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, quedando el nuevo artículo 131 LH con un contenido no procedimental. La Ley de Enjuiciamiento Civil introduce novedades significativas en los procedimientos de ejecución hipotecaria, ya que el régimen establecido en la Ley Hipotecaria —y en concreto la regulación del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH y siguientes— se sustituye por las disposiciones que contiene la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyos artículos 681 a 698 recogen las particularidades de la ejecución

sobre bienes hipotecados o pignorados. Estas disposiciones deben completarse, por remisión expresa de la Ley, con las normas relativas a la subasta de bienes inmuebles (arts. 655 a 675) a las que también son aplicables, salvo las especialidades que se establecen en dichos artículos, las normas de la subasta de bienes muebles (arts. 643 a 654). (C. L. N.)

34. Presupuestos para el ejercicio de la tercería de dominio.—Esta Sala tiene sentado que son requisitos ineludibles para que la postulación del tercerista pueda prosperar la acreditación de su dominio y que su adquisición fue anterior a la fecha en que se practicó el embargo (SSTS de 13 de diciembre de 1982, 17 de diciembre de 1984, 7 de marzo de 1985 y 4 de octubre de 1993); lo que hay que tener en cuenta en orden a la tercería de dominio es la situación de éste existente al tiempo en que el embargo se efectuó y no las situaciones dominicales que puedan surgir con posterioridad (SSTS de 1 de febrero y 4 de abril de 1995); la viabilidad de la pretensión ejercitada mediante la tercería de dominio requiere que la justificación documental del tercerista sea referida a la fecha en que se realizó el embargo causante de la privación posesoria de la propiedad del bien embargado, por ser en tal momento cuando se produce la perturbación, habida cuenta de que la anotación preventiva del embargo no tiene rango preferente sobre los actos dispositivos anteriores a la fecha de la anotación, ni el favorecido goza de la protección de la fe pública registral porque aquellos actos anteriores no estén inscritos, ya que el embargo de bienes del deudor sólo puede recaer sobre los que realmente posea y que estén incorporados a su patrimonio en tal momento (STS de 24 de febrero de 1995). (**STS de 31 de diciembre de 2004**; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante promueve demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre tercería de dominio contra el deudor ejecutado y el acreedor ejecutante con el fin de que se alce el embargo sobre tres fincas. En el momento del embargo de las tres fincas, la tercerista no tiene la propiedad exclusiva de las mismas sino que, junto a su hijo, era propietaria de una mitad indivisa de una cuota parte, también indivisa, de dichas fincas. Casi un mes después del embargo es cuando se procede a la escritura de adjudicación de las fincas. Tanto el Juez de Primera Instancia como la Audiencia estiman su pretensión y ordenan el levantamiento del embargo sobre la totalidad de las fincas porque, al no poderse acreditar en qué medida participan de la propiedad los comuneros, no es posible determinar tampoco en qué medida ha de conservarse el embargo. El Tribunal Supremo, no obstante, considera que la estimación de la tercería de dominio ha de limitarse a los derechos que tiene la demandante sobre las fincas en el momento de la traba y, por consiguiente, alza el embargo exclusivamente respecto a dichos derechos.

NOTA.—El Tribunal Supremo ha repetido en numerosas ocasiones que para la estimación de la tercería de dominio es necesario que el demandante pruebe que concurre en él «el dominio exclusivo y excluyente» sobre los bienes embargados. Llevada esta afirmación a sus últimas consecuencias podría conducir a resultados

no deseados, ya que en una comunidad de bienes –como es el caso de esta sentencia– cada uno de los comuneros no ostenta el dominio exclusivo y excluyente del bien sobre el que recae su derecho y, sin embargo, no cabe dudar de que cada uno de los comuneros, por separado, tiene legitimación activa para promover una tercería de dominio. De hecho así lo mantienen las SSTs de 20 de noviembre de 1971 (RJ 1971, 4971), 2 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8564) o la presente resolución. Si se embarga la totalidad del bien –y no la cuota ideal que en la copropiedad tiene el comunero, que sería más adecuado– la tercería de dominio interpuesta por los otros copropietarios debería ser estimada porque el embargo ha sido trabado de forma incorrecta. Como dice Fernández López, M. A.: *La tercería de dominio*, Montecorvo, 1980, p. 353, el antiguo artículo 1532 LEC 1881 sólo exige al tercerista que acredite el dominio actual del bien embargado, es decir, que posee el derecho de propiedad con anterioridad al acto del embargo, sea o no exclusivo tal dominio. A mi juicio la redacción del actual artículo 595 LEC 2000 ayuda a eliminar cualquier tipo de duda sobre la posibilidad de que un comunero ejercite una tercería de dominio, ya que la finalidad del vigente precepto es proporcionar una legitimación más amplia para la tercería de dominio, de manera que considera legitimado activamente no sólo a quien es propietario sino incluso a quien es titular de un derecho distinto al de propiedad. (A. R. G.)

35. Comunidad de bienes. División de la cosa común: concepto de indivisibilidad jurídica.–El Tribunal Supremo reitera de nuevo el concepto de indivisibilidad jurídica. La jurisprudencia viene admitiendo de forma pacífica que la indivisibilidad jurídica se produce cuando la cosa que se pretende dividir devendría inservible para el uso a la que se destina, cuando la división provocaría un gran desmerecimiento o cuando implicaría la generación de un gasto considerable a los partícipes implicados en la división.

Artículo 401 CC.–Establece el Tribunal Supremo que para que se pueda aplicar el artículo 401 CC –dividiendo la cosa común mediante la adjudicación de pisos o locales independientes, con sus elementos comunes anejos, en la forma prevista por el art. 396 LEC– es necesario que las características del edificio permitan la división mediante la adjudicación de pisos o locales independientes con sus elementos anejos. (STS de 3 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.–Don A. G. V. y doña S. S. B. interponen demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra doña A. S. F. y doña E. F. A. solicitando se declare la indivisibilidad de una finca de la que tanto demandantes como demandados son propietarios. Suplican se ordene que la misma sea sacada a subasta pública, siendo el precio que se obtenga del remate distribuido entre los conductores y solicitando subsidiariamente que, si finalmente, se demuestra la divisibilidad de la finca, se respete el dominio de las dos terceras partes de los que los demandantes tiene el dominio respecto al tercer tercio del que los demandados son propietarios. La parte demandada formula reconvencción con el fin de que por el Juzgado se declare la división de la finca litigiosa conforme a las cuotas que expresa el

artículo 396 CC, régimen de propiedad horizontal, con reintegro a las partes del valor de las obras de mejora realizadas en cada una de ellas.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimando la demanda interpuesta, declarando la indivisibilidad de la finca y ordenando su división mediante venta en subasta pública con admisión de licitadores extraños.

La parte demandada recurre en apelación siendo desestimado el recurso por la Audiencia Provincial confirmando íntegramente el pronunciamiento del Juzgado de Primera Instancia.

La parte demandada recurre en casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (A. V. G.)

36. Inexistencia del régimen de propiedad horizontal.—Las edificaciones con medianería horizontal, en donde la configuración del terreno hace posible muchas veces el acceso directo desde la calle a las distintas plantas de un mismo edificio, no se halla sujeto al régimen de propiedad horizontal, por tratarse de edificaciones totalmente diferentes, cuyo único elemento común es que el suelo de una construcción constituye el vuelo de la otra. No se puede pretender someter obligatoriamente al complejo régimen de la propiedad horizontal, cuando sólo pueden invocarse las relaciones propias de buena vecindad.

Condición de elemento común o privativo de un sótano.—Después de la reforma de 1960, los sótanos no tienen la consideración de elemento común *per se* y sí la de «anejo» de las partes privativas. Ello no implica imposibilidad de que los mismos puedan merecer la consideración de «elemento común», dado que ni el artículo 396 CC, ni el 3 LPH, hacen una descripción cerrada y por lo tanto *numerus clausus* de ellos, en el régimen de la propiedad horizontal, y sí meramente *ad exemplum*, por lo cual puede perfectamente ser modificada por los propietarios de cada inmueble, siempre que el acuerdo se adopte por unanimidad. (STS de 14 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La vivienda de los demandados situada en la calle Lafuente, número 8, consta de dos plantas, dando a la calle referida. Esta casa se extiende, haciendo forma de L, por encima de la edificación del actor al nivel de la calle Cedro. La planta baja de la calle Cedro número 3 es propiedad del actor así como la planta superior del mismo número colindante con la propiedad del demandado. La planta baja del edificio número 3, así como su planta alta se encuentran comunicadas entre sí. Don V. interpone demanda contra don A. y su esposa, doña R., donde se solicita que se dictara sentencia en la que se declarara que la bodega de la planta baja del edificio y la edificación que existía en su planta superior, coincidente con dicha bodega, constituyen una propiedad horizontal de hecho, pues la planta baja y la parte alta tienen salida a diferentes vías públicas (por tanto, sometimiento al régimen de la LPH de 1960).

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron íntegramente las pretensiones deducidas en la demanda, declarando la existencia de tal medianería y con la consecuencia de que el propietario del suelo y del inmueble sobre el

mismo construido no podrá desconocerla ni desprotegerla, para su adecuado uso por el propietario del subsuelo.

En casación, el actor alega la infracción del artículo 396 CC, el mantenimiento de la circunstancia de que ambas construcciones son aprovechamiento común del solar, cimientos, muros y cubierta, y niega la existencia de medianería horizontal entre la bodega del demandante y la casa de los demandados. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, desestimando igualmente las pretensiones del actor. (*S. L. M.*)

37. Aplicación del régimen de la Ley de Propiedad Horizontal.—Entiende el Tribunal Supremo que el artículo 2 LPH 1960 ha sido interpretado por la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que cuando se dan las circunstancias del artículo 396 CC, hay comunidad sometida al régimen de la propiedad horizontal.

Régimen de mayorías de los acuerdos adoptados en Junta de Propietarios.—El Tribunal Supremo diferencia aquí los acuerdos de unanimidad o de quórum calificado de los acuerdos que requieren únicamente la mayoría simple. Respecto de los segundos, sólo cuenta la mayoría simple de cuotas y número de los asistentes, no del total del inmueble (así se exige respecto de la primera convocatoria, no de la segunda, el artículo 16.2.2.º LPH 1988). Ahora bien, en ambas convocatorias se exige una doble mayoría, no sólo de número, sino también de cuotas de participación, de tal manera que hay que conseguir el quórum doble. (**STS de 17 de marzo de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don E. y otros interponen demanda contra la comunidad de propietarios del Edificio El Flamenco, solicitando que se declare nulo y sin valor ni efecto alguno los acuerdos adoptados en la Junta de Propietarios celebrada el día 1 de junio de ese año, por cuanto dichos acuerdos fueron adoptados sin cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 16 LPH para la formación de mayorías. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda.

En apelación, la Audiencia Provincial estima parcialmente la demanda interpuesta por los actores, y únicamente declara la nulidad, por contraria a la ley, de la aprobación del primer punto del día de la reunión de 1 de junio de 1996 de la Junta de Propietarios del edificio El Flamenco, por no contar con la aprobación de la mayoría de los propietarios asistentes.

La comunidad de propietarios recurre en casación, alegando la infracción del artículo 16.2 LPH y de la DT 1.ª párrafo 3 de la citada Ley. El Alto Tribunal, tras afirmar la aplicación del régimen de la LPH, se refiere a la acción de nulidad del acuerdo adoptado. Según el TS, el artículo 22.3 de los estatutos establece que para los acuerdos no comprendidos en la modificación de estatutos, bastará con el voto que represente la mayoría de participaciones en la comunidad; y si esta no se pudiera obtener por falta de asistencia, se celebrará otra junta, debidamente convocada y en la que los acuerdos que se tomen serán obligatorios para todos con la simple mayoría de los asistentes a dicha junta. Se reproduce aquí el contenido del párrafo 2º del artículo 16.2 Ley de Propiedad Horizontal de 1988 y la DT 1.ª de la Ley de 1960. Concluye el Tribunal Supre-

mo indicando que como el acuerdo sólo obtuvo la mayoría de asistentes, sin que ello implicara la mayoría de cuotas, ha sido anulado razonablemente por la sentencia impugnada. (S. L. M.)

38. Doctrina jurisprudencial sobre la caducidad en relación con la impugnación de acuerdos de propiedad horizontal.—El Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto en muchas ocasiones que sólo causas de nulidad, fundadas en normas, tanto imperativas como prohibitivas de la Ley de Propiedad Horizontal, pueden propiciar la distinción entre los acuerdos contrarios a la ley en el sentido del artículo 6.3 CC y los acuerdos contrarios a la Ley de Propiedad Horizontal o a los estatutos. Siempre que se trate de impugnaciones basadas en infracciones normativas del régimen de la propiedad horizontal, la jurisprudencia sostiene que para enervar acuerdos se requiere haberlos impugnado dentro de los treinta días siguientes al que se adoptó o a la notificación conforme previene el artículo 16 Ley de Propiedad Horizontal y, aún así, el acuerdo tiene carácter provisionalmente ejecutivo, salvo que judicialmente se ordene la suspensión (STS de 17 de abril de 1990).

Diferencia entre nulidad y anulabilidad de acuerdos de propiedad horizontal.—A la hora de explicar las diferencias entre nulidad y anulabilidad sujeta a caducidad, el Tribunal Supremo señala que el texto anterior a la reforma de la Ley 8/99 consideraba meramente anulables los acuerdos que entrañasen infracción de algún precepto de la Ley de Propiedad Horizontal o de los Estatutos de la respectiva comunidad; la nulidad radical o absoluta estaba reservada solamente a aquellos otros acuerdos que, por infringir cualquier otra Ley imperativa o prohibitiva que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de contravención o por ser contrarios a la moral o el orden público o por implicar un fraude de ley, hayan de ser conceptuados nulos de pleno derecho, conforme al artículo 6.3 CC. (STS de 25 de enero de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don M., don F., don E. y las entidades *Josef Rejser S. L.*, *Cubrhi S.A.* y *Cefam S. L.* interponen demanda contra la comunidad de propietarios de Pueblo Lucía, solicitando que se declare: 1) Que el acuerdo adoptado por la comunidad en la Junta del día 23 de febrero de 1995 es nulo de pleno derecho; 2) Que la norma estatutaria que establece el sistema de participación de los distintos propietarios en los gastos comunes es nula de pleno derecho y sin valor ni efecto alguno; 3) Que es nula de pleno derecho la exención de pago contenida en la norma 3.ª, apartado B, de los estatutos. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda.

Los actores interponen recurso de apelación, en el que la Audiencia Provincial estima parcialmente la demanda y declara que la norma estatutaria 3.ª B, que establece el sistema de participación de los distintos propietarios de la comunidad en los gastos comunes, y la exención de pago contenida en la misma es nula de pleno derecho y sin valor ni efecto alguno.

Los demandados recurren en casación, alegando la no aplicación de los artículos 9.5 y 16.4 LPH, así como la aplicación indebida del artículo 6.3 CC. El Tribunal Supremo estima el recurso, declarando caducada la acción ejercitada. (S. L. M.)

39. Concepto de hipoteca solidaria.—Se dice de aquella hipoteca en la que quedan sujetas simultáneamente varias fincas ciertas y determinadas en garantía de un mismo crédito, sin que se determine la cantidad o parte de gravamen de que cada una debe responder. Por ello, el acreedor puede repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las fincas gravadas o contra todas ellas.

Indivisibilidad de la hipoteca.—Uno de los elementos característicos de la hipoteca como derecho real de garantía es su indivisibilidad. La misma significa que mientras el crédito asegurado con la hipoteca no se satisfaga íntegramente, la misma sigue gravando la totalidad de la finca hipotecada. Por ello, los pagos parciales del crédito van disminuyendo la deuda pero no alteran ni la función ni la extensión de la hipoteca hasta la extinción completa del crédito (STS de 25 de febrero de 1986). (STS de 4 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—*Lemurias, S. L.* y *Pauce, S. L.* interpusieron demanda contra el *Banco Central Hispano Americano, S. A.*, *Banco de Fomento, S. A.*, *Banco Bilbao Vizcaya, S. A.*, *Banco Exterior de España, S. A.*, *Banco de Alicante, S. A.*, *Banco Popular Español, S. A.*, *Bankinter, S. A.*, *Banco de Sabadell, S. A.*, *Banco Zaragozano, S. A.*, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, S. A.*, *Barclays, S. A.*, *Banco de Urquijo, S. A.* y *Grupo U & U, S. A.* En la demanda se solicitaba obligar a las demandadas a otorgar carta de pago a favor de las demandantes y a otorgar escrituras de cancelación parcial de la hipoteca que existía entre las partes. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y absuelve a todas las demandadas de los pedimentos deducidos contra ellas. Presentado recurso de apelación, la Audiencia Provincial desestima igualmente el mismo. Las demandantes formulan entonces recurso de casación, si bien el Tribunal Supremo confirma las sentencias anteriores declarando no haber lugar al recurso. (*J. D. S. C.*)

40. Préstamos hipotecarios exigibles en vía judicial extraordinaria.—Tienen sus propias normas de exigibilidad, que se recogen en las estipulaciones pactadas y que hay que acomodar a las exigencias impuestas para ese proceso en el artículo 131 LH, vigente en el momento en que ocurren los hechos. Se trata de un juicio sumario de ejecución que impone unas garantías de intervención de los afectados a los que se les debe notificar debidamente el proceso en la forma reglamentada. (STS de 3 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El 23 de enero de 1993 se concertó un préstamo hipotecario entre el prestamista hipotecante *Banco Santander* y la compañía mercantil *Orsueco*, siendo el capital prestado de 250 millones de pesetas. En dicho contrato destacan las siguientes cláusulas: a) la estipulación sobre vencimiento anticipado por causas relativas a intereses y a amortizaciones de capital; b) la determinación del domicilio de la deudora en el que se debían realizar los oportunos requerimientos y hacerse las notificaciones correspondientes al contrato, y que sería el domicilio social de *Orsueco*; c) el derecho del banco de ceder a cualquier otra persona o entidad todos

o cualquiera de los derechos acciones u obligaciones dimanantes del contrato, sin necesidad de tener que notificar la cesión o transferencia a la parte prestataria, que renunciaba al derecho que al efecto le concedía el artículo 149 LH.

Mediante escritura pública de 23 de mayo de 1994 el *Banco Santander* y la compañía mercantil *Súper-Eco Teide* acuerdan la cesión y transmisión del contrato de préstamo citado, en cuyo precio se incluía la asunción por la cesionaria del crédito resultante de los adeudos de *Orsueco* por los impagos de las amortizaciones e intereses correspondientes que vencieron el 26 de marzo y de abril de 1994 y sin que tal contrato supusiera novación o prórroga del principal.

El nuevo acreedor hipotecario acuerda en Junta General el vencimiento anticipado del préstamo. Mediante requerimientos notariales de 23 de mayo, 27 de mayo y 1 de junio de 1994 respectivamente, se notifican a *Orsueco* los siguientes extremos: la cesión de contrato, el vencimiento anticipado del crédito y el requerimiento de pago y notificación del saldo deudor.

Mediante escritura pública de 7 de junio de 1994 la deudora hipotecaria vende las fincas hipotecadas a la sociedad *Jonuel*, subrogándose la compradora en la hipoteca. En el expositivo del contrato referido a cargas se hace constar que las fincas respondían mediante su hipoteca del préstamo hipotecario, haciéndose mención del plazo de vigencia y de los intereses pactados; el Notario autorizante hizo la advertencia de que la descripción de los inmuebles, su titularidad y la referencia de las cargas resultaban de las manifestaciones de la vendedora y de los títulos de propiedad presentados pero que no se estaba en el caso de pedir la información registral previa ya que la parte adquirente manifestaba en el acto su voluntad de prescindir de la misma por su conocimiento de la situación registral-jurídica de las fincas, obrando en su poder una nota simple del Registro obtenida el 30 de mayo anterior. El Notario advertía, además, que la situación registral existente antes de la presentación de esa escritura en el Registro prevalecería sobre las manifestaciones anteriores.

A través de requerimiento notarial de 11 de enero de 1995 se ofreció por *Jonuel* a *Súper-Eco Teide* el pago de las cantidades que adeudaban por amortizaciones del capital e intereses, a lo que se negó esta.

Seguido el procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH frente a *Orsueco*, se personó *Jonuel* planteando la nulidad del juicio, lo que no se aceptó. En dicho proceso se le había intentado notificar su existencia por medio de un escrito remitido a los juzgados de Tenerife. No obstante lo anterior, no participó en la subasta celebrada y los bienes se adjudicaron a la acreedora que cedió el remate a *Comercial Guzmán*.

Jonuel interpone demanda frente a *Súper-Ecop Teide* suplicando se dicte sentencia en la que se declare: a) que el préstamo garantizado con hipoteca no ha vencido; b) que no se ha practicado el requerimiento al tercer poseedor en la forma legalmente establecida; c) que al no cumplirse los requisitos exigidos por la Ley Hipotecaria se declare la nulidad de todo el juicio de ejecución de préstamo hipotecario.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda afirmando, en cuanto a si existió o no vencimiento anticipado, que «no se cumple con la obligación principal de pago de los intereses y devolución de la parte de principal correspondiente durante dos meses [...] este incumplimiento existe en el tiempo y no cabe retrotraer el tiempo o hacer una entrega acumulada de las prestaciones atrasadas de otros meses en contra de la voluntad del prestamista para evitar que opere el vencimiento anticipado, como si de una rehabilitación del contrato se tratase». Por lo que se refiere a la causa de nulidad alegada por la demandante por falta de notificación de requerimiento de pago, el Juzgado afirma que se notifica a quien en ese momento era deudor (*Orsueco*), por lo que se había cumplido con los requisitos legales antes de que *Jonuel* comprase las fincas del deudor hipotecario.

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la demandante y confirma en todos sus extremos la sentencia de la instancia.

La demandante recurre en casación alegando incongruencia de la sentencia, falta de notificación a los avalistas, que se rechazan, y otros motivos que igualmente se rechazan por constituir cuestión nueva. (*B. F. G.*)

41. El tercero hipotecario protegido por el Registro (art. 34 LH).

La jurisprudencia admite de forma pacífica que el artículo 34 LH sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, pero no del propio. Para que el artículo 34 sea aplicable, debe ser válido el acto adquisitivo del tercero protegido; si fuera inexistente, radicalmente nulo o anulable, la fe pública registral no desempeñará una función convalidante o sanatoria de los vicios de que adolezca, ya que únicamente asegura la adquisición del tercero protegido en cuanto se apoya en el contenido del Registro, que para dicho tercero se reputa exacto y verdadero (protección de la apariencia de realidad generada por el Registro de la Propiedad). En caso de nulidad del acto adquisitivo entre el tercero adquirente y el transmitente, entrará en juego el artículo 33 LH, que señala que la inscripción no convalida la nulidad del acto, configurándose el artículo 34 como una excepción al anterior artículo 33.

Naturaleza jurídica de la cesión de remate.—La adjudicación del remate para cederlo a un tercero se configura como una cesión del contrato que supone la transferencia de un sujeto (cedente) a otro (tercero) de los elementos activos y pasivos derivados del contrato, de manera que aunque se produzca sustitución de parte, la nulidad o ineficacia del contrato cedido alcanza a todos los sujetos. Por tanto, ese tercero al que se cede el remate pasa a ocupar la misma posición que tenía su cedente en la ejecución hipotecaria, siéndole oponibles las mismas causas de nulidad del procedimiento, sin que la adquisición por medio de la cesión de remate resulte independiente y ajena a la nulidad del procedimiento judicial sumario del que la cesión de remate trae causa. (**STS de 8 de febrero de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don F. J. y doña B. interponen demanda de nulidad de un determinado procedimiento hipotecario sumario frente a don M. doña E. y doña I. por haberse seguido ese procedimiento con

causa en cuatro obligaciones con garantía hipotecaria sin que don M. aportase los títulos originales que las reflejaban.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y no declara la nulidad del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria ni de la adjudicación de la vivienda litigiosa, realizada a las codemandadas doña E. y doña I. por cesión de remate. Don F. J. y doña B. recurren la sentencia en apelación. La Audiencia entiende que la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria no deviene únicamente de la generación de indefensión en sentido técnico sino que dependerá de la función y alcance que quepa atribuir a la exigencia procedimental omitida o infringida. En el caso de la exigencia de incorporar los títulos originales, dicha función es la de garantizar la seguridad del tráfico jurídico y económico. La importancia esencial de dicha función en la materia lleva a la Audiencia a estimar la demanda formulada y declarar la nulidad del procedimiento hipotecario. Doña E. y doña I. acuden en casación ante el Tribunal Supremo, que entiende que la adquisición por medio de la cesión de remate no supone una segunda transmisión distinta y válida que es la protegida por el artículo 34 LH, no quedando, por tanto, ajena a la nulidad del procedimiento judicial sumario del que la cesión de remate trae causa. Por este motivo el Tribunal Supremo desestima el recurso. (C. L. N.)

42. Protección de la fe pública registral del artículo 34 LH.—Para obtener tal protección es imprescindible que la causa por la que se resuelve el título del otorgante no conste en el Registro de la Propiedad en el momento en que el tercero adquiere a título oneroso. Si tal causa constaba en el Registro y aun así el tercero adquiere la cosa lo hace a riesgo y ventura de lo que suceda ulteriormente en base a dicha causa, es decir, la adquiere sin la protección registral del artículo 34 LH. (STS de 21 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Sociedad de Fomento de Turismo de Nuévalos S. L.* vendió dos fincas a *Medstar, S. L.* Comoquiera que la vendedora solicitó la resolución judicial del contrato de compraventa, la Audiencia Provincial de Zaragoza estimó el recurso de apelación interpuesto y declaró no sólo la resolución del contrato sino también la cancelación de las inscripciones existentes en el correspondiente Registro de la Propiedad derivadas de la compraventa.

Mientras se desarrollaba el citado proceso, la mercantil *Ausalza, S. A.* había adquirido las mismas fincas en la subasta derivada de la ejecución de una sentencia recaída en otro proceso contra la compradora. *Ausalza, S. A.* consideraba que al haber cambiado la titularidad registral de las fincas antes de que se resolviese el contrato de su otorgante, la sentencia debería declarar expresamente la nulidad de tales inscripciones (cosa que no hacía).

Fracasado el intento de *Ausalza, S. A.* de recurrir en casación la precitada sentencia de la Audiencia Provincial que resolvía el contrato de compraventa, presentó al Juzgado un escrito interesando que se librara exhorto. El Juzgado denegó su petición mediante providencia por no ser necesaria para la ejecución de la sentencia. *Ausalza, S. A.* presentó entonces recurso de reposición contra dicha

providencia, el cual fue desestimado mediante auto. De nuevo presentó recurso de apelación contra el auto que esta vez fue estimado en parte por la Audiencia Provincial en el sentido de que la ejecución de la sentencia dictada debía precisar la anulación de las titularidades alcanzadas por *Ausalza, S. A.*, así como los asientos registrales derivados de aquéllas.

Ese auto del Tribunal Provincial fue recurrido en casación por *Ausalza, S. A.* ante el Tribunal Supremo quien declaró no haber lugar al mismo. El Tribunal Supremo mostró su sorpresa por el hecho de que *Ausalza, S. A.* apelase a la protección derivada de la fe pública registral del artículo 34 LH cuando no sólo existía anotación preventiva de la demanda de resolución interpuesta por la demandante *Sociedad de Fomento de Turismo de Nuévalos S. L.* en el momento en el que la recurrente en casación había adquirido las fincas en la subasta sino que además había sido ya emplazada y había incluso contestado a la demanda. (*J. D. S. C.*)

DERECHO DE FAMILIA

43. Matrimonio canónico: efectos civiles de sentencia canónica de nulidad: doctrina general.—Hay que partir de la aconfesionalidad del Estado español, principio establecido en el artículo 16.2 CE que no hace otra cosa que recoger lo proclamado por el artículo 18 de la Declaración Universal de 1948 que proclama la libertad religiosa de manera absoluta; una cosa es reconocer a la Iglesia católica las atribuciones propias de una jurisdicción en materia matrimonial, como se establece en el Acuerdo de 1979, y otra muy distinta, dar eficacia incuestionable en el orden civil a las resoluciones dictadas por los Tribunales canónicos sobre nulidad de matrimonio canónico, pues para este último será preciso, sin excepción alguna, que dicha resolución canónica sea conforme a las condiciones a que se refiere el artículo 954 LEC 1881, ya que la cooperación del Estado con la Iglesia católica no implica automatismo en el reconocimiento de tales resoluciones (STC 66/1982, de 12 diciembre). El respeto, o no contradicción con el orden público de la sentencia cuyo reconocimiento se pretende, solamente se extiende «constatar si las declaraciones de la sentencia dictada conforme al Derecho canónico, no están en contradicción con los conceptos jurídicos y disposiciones equiparables o análogas del Derecho estatal (SSTS de 1 julio 1994 y 5 marzo 2001), esto es, si no contradicen el orden público interno integrado por principios no solo jurídicos públicos y privados, sino también por políticos, económicos, morales, o incluso religiosos y hasta supranacionales (STS de 23 noviembre 1995), en definitiva, por los principios constitucionales del matrimonio según el derecho interno del foro.

Nulidad por reserva mental sobre indisolubilidad del matrimonio canónico.—Si se entiende que el control de homologación no se proyecta sobre el derecho sustantivo (y en igual sentido el Reglamento de la CE 137/2000, del Consejo, de 29 mayo, cuyo ámbito alcanza también a las resoluciones de los Tribunales eclesíasticos cuando median Acuerdos o Tratados particulares), no cabría cuestionar la causa de nulidad aplicada —reserva mental sobre la indisolubilidad canónica—, que incide en un elemento esencial coincidente como es el consentimiento; y si el problema se enfoca, como es necesario, en

el plano del orden público matrimonial, es más que dudoso que se dé la contradicción que declara el Tribunal de instancia, pues no se advierte en qué medida resulta así «perjudicado o alterado el sistema de libertades públicas y derechos fundamentales del ciudadano español» (STS de 8 marzo 2001). En el plano del derecho interno, el compromiso o aceptación de la indisolubilidad del matrimonio no le impide promover su disolución ejercitando la acción personal de divorcio que tendrá, si prospera, plenos efectos civiles. Todo lo cual conduce a dar la eficacia civil procedente de la sentencia del Tribunal Eclesiástico de Getafe, ya que lo contrario supondría negar virtualidad al artículo VI del Acuerdo Jurídico de 3 de enero de 1979.

Matrimonio canónico disuelto por precedente sentencia de divorcio.—La jurisprudencia de esta Sala no ha negado eficacia civil a sentencias canónicas de nulidad posteriores a sentencias de divorcio (así en los casos resueltos por SSTs de 23 de noviembre de 1995 y 5 de marzo de 2001), pues no se trata de resoluciones inconciliables, no tanto por faltar la identidad objetiva cuanto porque sus consecuencias jurídicas no se excluyen jurídicamente en la medida en que los efectos civiles del divorcio no resultan alterados o modificados por la posterior declaración canónica de nulidad. (STS de 23 de marzo de 2005; ha lugar.)

NOTA.—Tema ampliamente debatido en la doctrina civilista y canonista (últimamente Roncesvalles Barber Cárcamo, *La eficacia civil de la nulidad canónica posterior al divorcio* Valencia 2005), cuyo origen radica en la diversidad de efectos civiles que producen, respectivamente, la declaración de nulidad (art. 98) y de divorcio (art. 97); como dice la autora citada se produce en algunos casos una instrumentalización del reconocimiento civil de las sentencias canónicas de nulidad, y coloca a los Tribunales civiles en una postura que, en cierto modo, puede calificarse de *esquizofrénica*, como en el presente caso (y otras anteriores SSTs de 24 de septiembre de 1991, 23 de noviembre de 1995, 5 y 8 de marzo de 2001) pues aquéllos admiten los efectos civiles de la sentencia canónica posterior sin modificar la anterior civil de divorcio. Hace más de medio siglo Carbonnier prologó una curiosa tesis de Borricand titulada *Les effets du mariage après sa dissolution*, y aunque el autor no contemplaba específicamente este supuesto ¿Habrà que releer sus conclusiones? (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

44. Determinación del contenido de un legado: interpretación del término «casas».—La denuncia que contiene el motivo primero de haberse infringido el artículo 675 CC, centra lo que es el verdadero objeto del debate casacional.

El causante don D. A. J., de estado soltero, otorgó testamento en fecha 4 de septiembre de 1990, en el que instituyó heredera universal a la actora doña M. P. A. J. y estableció un legado a favor de las recurrentes (demandadas) con la siguiente literalidad: «Lega a sus sobrinas G. y M. C. J. A. por partes iguales y proindiviso las casas situadas entre las calles José Morales a República Argentina en Carrizal de Ingenio».

Se establece como hecho probado que entre las referidas calles existe un complejo inmobiliario que fue propiedad del testador, integrado por tres bienes que la sentencia del Juzgado detalla debidamente, es decir edificio destinado a cine, vivienda con más de cuarenta años de antigüedad y solar edificable (donde se encuentra un garaje).

El Tribunal de apelación excluyó del legado el cine y el garaje y dice «pensar» (pero no piensa bien) que el garaje y el cine no son propiamente casas, pues ha de entenderse por tales no sólo lo que representa como vivienda y se sigue pensando con desacierto al considerar, sin base fáctica alguna, que el testador sufrió un error de expresión, es decir que debió decir casa y no casas.

La conclusión decisoria a que llega la sentencia recurrida no se sostiene y no cabe aceptarla, pues necesariamente no toda casa tiene el significado absoluto de vivienda y en el concepto cabe incluir la edificación que configura vivienda como la que tiene otros usos distintos, es decir todo edificio tanto para habilitar (*sic*) como no.

Aquí sucede que el testador empleó el plural «casas», y su intención resulta notoriamente manifiesta para comprender en el legado todos los inmuebles sitos en las calles que señala, ya que su plena identificación no ofrece duda alguna.

De seguir la tesis de la Sala se llegaría a la conclusión que se ha producido una minoración arbitraria del objeto del legado al no dar al vocablo «casas» la interpretación y dimensión testadora que le corresponde.

A modo ilustrativo la Ley de 24 de mayo de 1995 de Derecho Civil de Galicia menciona la casa no refiriéndola exclusivamente a vivienda (art. 9) y el Código penal contempla la figura delictiva de robo en casa habitada, dejando fuera por tanto, pero no del término casa, lo que no cabe considerar espacio que sirve de habitación o morada a las personas.

La S de 8 de marzo de 1956, en un supuesto con cierta similitud al presente, declaró que la palabra «casa» equivale a edificio construido y si el testador hubiera querido restringir sólo el legado a la vivienda, no hubiera con toda lógica empleado el vocablo «casas», pues resulta difícil en lenguaje común confundir el singular con el plural o emplear éste en lugar de aquél y aquí sucede que no se segregó expresamente del legado el cine y el garaje que la demandante reivindica ser de su propiedad exclusiva por vía sucesoria.

El Tribunal de apelación al haber dado a la cláusula del legado la interpretación que se combate en casación, lo hizo con patente error, razones todas que determinan la acogida del motivo.

Acta notarial de aceptación de herencia: concepto y función. Es irrelevante como elemento integrador de la voluntad testamentaria.—La aceptación de herencia es un acto de voluntad no recepticia, que no impide la concurrencia de otros coherederos, mediante la cual el designado como heredero universal confirma tal condición. La función jurídica es la de adherirse al llamamiento efectuado por el testador, lo que forzosamente ha de ser respetado y no actuando como instrumento, aunque sea público, para modificarla o alterarla y por tanto su valor jurídico en este aspecto es totalmente ineficaz, ya que lo que predomina y ha de respetarse es la voluntad del causante de disponer de sus bienes por testamento, en la forma en que se exprese y dentro de la legalidad. (ST^S de 21 marzo de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—En lo esencial el conflicto recogido en la sentencia se circunscribe a la reivindicación por parte de la heredera universal de determinados bienes, legados por el testador a sus sobrinas, partiendo de una interpretación estricta del término «casas» conducente a excluir como objeto de la atribución un cine y un garaje. El Juzgado desestimó la demanda mientras que la Audiencia acogió la apelación de la actora. Interponen recurso de casación las demandadas y el Tribunal Supremo declara haber lugar. (R. G. S.)

DERECHO MERCANTIL

45. Competencia desleal. Supuesto en el que cabe apreciarla.—El Alto Tribunal considera que el grado de imitación de las máquinas recreativas fabricadas por la demandada con la fabricadas por la demandante era tan alto que podía crear confusión con la actividad de esta última, incluso en el sector especializado. El comportamiento de la demandada en el mercado, aprovechándose de una autorización contractual para fabricar máquinas de creación ajena en un número muy determinado, en un plazo limitado y bajo unas muy rigurosas condiciones de identificación, con el correspondiente trasvase de tecnología, para después lanzar como de creación propia una máquina prácticamente idéntica, animando a sus clientes a adquirirla con preferencia a sus competidoras, es objetivamente contrario a la buena fe, resulta idóneo para crear confusión y riesgo de asociación por parte de los consumidores y comporta un aprovechamiento de las ventajas de la reputación industrial y comercial ajenas.

Competencia desleal. Indemnización de daños y perjuicios.—La existencia de daños y perjuicios resulta del propio comportamiento ilícito enjuiciado, ya que difícilmente puede concebirse un aprovechamiento no provechoso o una deslealtad en el mercado para con un competidor que no perjudique económicamente a éste. Si por regla general las conductas ilícitas en materia de competencia desleal o marcas buscan el beneficio económico de quien incurre en ellas, su efectiva realización comportará normalmente un perjuicio para la víctima de la ilicitud, que verá disminuir sus ventas tanto como aumentan las del competidor desleal.

Conviene matizar lo declarado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en algunas de sus sentencias sobre la imperiosa exigencia de acreditar los daños y perjuicios en el proceso de declaración (STS de 20 de febrero de 2001) o sobre la falta de consolidación de la doctrina de los daños *in re ipsa* en estas materias (SSTS de 29 de septiembre de 2003 y 3 de marzo de 2004) mediante lo resuelto por aquellas otras que consideran los daños y perjuicios una consecuencia necesaria de la infracción (SSTS de 23 de febrero de 1998, 17 de noviembre de 1999, 7 de diciembre de 2001 y 19 de junio de 2003), pues raramente podrá darse la infracción que ningún beneficio reporte al infractor o ningún perjuicio cause al demandante interesado en que cese la ilicitud, si se tiene en cuenta el interés económico que preside estos ámbitos, generalmente vinculados a actividades empresariales, e incluso la posibilidad de daño moral admitida por esta Sala en su S de 18 de febrero de 1999 al resolver un recurso de casación en materia de marcas, siendo demandante una persona física.

Infracción del artículo 1281 CC. Requisitos para su alegación en casación.—La jurisprudencia ha sido especialmente rigurosa al exigir en los motivos de casación dirigidos a impugnar la interpretación contractual por el tribunal sentenciador que se especifique cuál de los dos párrafos del precepto se consideran infringidos (SSTS de 10 de mayo de 1991, 28 de julio de 1995, 30 de junio de 1996, 23 de junio de 1997, 4 de julio de 1997, 26 de julio de 1997 y 3 de noviembre de 1998), pues la interpretación literal excluye la intencional.

La jurisprudencia exige, además, la puesta en relación del citado precepto con el artículo 1282 CC. (**STS de 23 de diciembre de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—El 21 de septiembre de 1994, la sociedad española que en exclusiva comercializaba en España una máquina recreativa creada por una compañía británica (demandantes), y otra sociedad española (demandada) celebran un contrato cuyo objeto está constituido por «la habilitación para fabricar 5.000 máquinas tipo B» obligándose la demandada a fabricar en el plazo de un año desde la firma del documento y no pudiendo fabricar ninguna máquina de este modelo transcurrido dicho plazo. Además de esta estipulación, interesa destacar las siguientes: *a)* la actora contratante entregaba en el propio acto a la demandada copia de la ficha de homologación debidamente diligenciada y copia de la documentación técnica de la aludida máquina; *b)* el precio de la cesión se fijaba en 150 millones de pesetas más el IVA correspondiente; *c)* la demandada se comprometía a numerar e identificar debidamente todas las máquinas emitiendo los correspondientes certificados y guías de distribución y a serigrafiar en el frontal una descripción en la que constase que las mismas habían sido fabricadas con autorización de la otra contratante.

El 20 de febrero de 1995 la demandada envía una Circular a sus clientes comunicándoles que su acuerdo con la importadora exclusiva demandante no había cumplido sus objetivos y no había sido renovado; acto seguido, daba cuenta de que su departamento de investigación, diseño y desarrollo había creado dos modelos de máquinas recreativas con todos los requisitos precisos para su fabricación y comercialización. Y a continuación indicaba adjunta folletos de esos dos modelos «cuyo lanzamiento os comunicamos con la seguridad de que superarán en aceptación y rentabilidad a los otros modelos similares existentes en el mercado». La demandada, por tanto, aprovechándose del contrato arriba mencionado por el que se le autorizaba a fabricar dicha máquina, había continuado haciéndolo después del tiempo pactado al margen ya de los términos de la autorización bajo términos distintos y merced a los conocimientos obtenidos y a la reputación alcanzada en el mercado por la misma máquina.

En la demanda se pedía la declaración de que la fabricación, distribución y venta de dos tipos de máquina por la demandada constituían, en primer lugar, un acto de competencia desleal y, en segundo lugar, una infracción de los derechos de propiedad intelectual derivados de la máquina.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda en cuanto a la infracción de los derechos de propiedad intelectual pero

la estimó en cuanto a la declaración de competencia desleal. Al fijar la cuantía debida por indemnización de daños y perjuicios, acordó que comprendiera el beneficio dejado de percibir por las codemandantes y el beneficio obtenido por la demandada.

La audiencia desestimó los recursos de apelación interpuestos por ambas partes. La demandada interpone recurso de casación. (*B. F. G.*)

46. Competencia desleal. Significado.—La competencia no es leal cuando, sin más, contraviene la buena fe del mercado concurrente, o se actúe vulnerando los elementales principios de respeto a lo ajeno, o se obtengan logros no por el esfuerzo propio, sino por la apropiación de lo así conseguido por los demás (STS de 14 de julio de 2003).

Supuesto de imitación parcial de la obra ajena.—No hay una imitación de la obra en su totalidad con aprovechamiento del esfuerzo ajeno, sino una imitación parcial de tal obra que conlleva ese resultado. Este supuesto es incardinable en la norma contenida en el párrafo primero del artículo 11.2 LCD, en el que se consagra un supuesto de competencia desleal que la doctrina y la jurisprudencia alemana configuran como de aprovechamiento directo del esfuerzo ajeno o del trabajo de otro, en el que hay una «copia» sin que exista un esfuerzo personal en su obtención como lo hay en la imitación de productos. No se trata de que la demandada haya imitado el directorio de la actora en su diseño, estructura y disposición de la información, ni tan siquiera en su denominación, pues tal actividad no constituye un acto de competencia desleal, sino simplemente de apropiarse y valerse de la información que sobre 301 empresas contenía el directorio de la actora del año 1993, incluyéndola en el suyo propio, lo que supone, aproximadamente, el treinta por ciento de la información contenida en dicho directorio.

Irrelevancia de la falta de originalidad de la obra ajena para integrar el supuesto de competencia desleal.—Resulta irrelevante que la idea del directorio no sea original, y tampoco exista sobre ella un derecho en exclusiva protegido por la Ley, pues tal circunstancia no impide que se verifique el acto de competencia desleal consistente en la imitación de las prestaciones de un tercero, que integra el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno y, en consecuencia, es contrario a la buena fe. (STS de 3 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *D.F., S. L.* había elaborado y publicado en 1993 un «Directorio de Recursos Humanos». Esta obra fue utilizada el año siguiente por la empresa *G. E.J.J., S. A.*, que reprodujo en un directorio publicado en una revista de su propiedad en torno a un tercio de la información recabada y procesada por la actora. Dicha reproducción se había hecho de forma literal, reiterando incluso la transcripción, el mismo modo de abreviar e incluso determinadas erratas, lo que probaba que se trataba de una copia literal de la información facilitada por la demandante. La actora demandó pidiendo que se declarara el acto de competencia desleal, solicitando la entrega de los ejemplares para su destrucción, así como la indemnización de los daños y perjuicios causados y la publicación de la sentencia. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid estimó par-

cialmente el recurso de apelación planteado por la actora y declaró que se había producido un acto de competencia desleal, con condena a la indemnización de los daños y perjuicios, absolviendo a la demandada del resto de los pedimentos. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada. (*L. A. G. D.*)

47. Elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual.—El prestigio de fama comercial adquirido por un empresario, persona física o jurídica, es digno de protección y respeto, como una persona física en el marco del derecho al honor. Dicha protección jurídica tiene lugar en base a la acción de responsabilidad civil extracontractual (art. 1902 y ss. CC) en la medida en que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista. La acción de responsabilidad exige por parte de quien la plantea la acreditación de la acción que se imputa al agente, su culpabilidad y la relación causa-efecto entre la acción y el daño que se dice causado. En relación con la culpabilidad, no cabe deducir su existencia cuando la información que aparece en una revista es veraz, en el sentido de que se aprecia una diligente búsqueda de la verdad y una seriedad del esfuerzo informativo.

Actos de competencia desleal.—Señala el Tribunal Supremo que tienen su origen en prácticas desleales, susceptibles de perturbar el funcionamiento de la competencia del mercado. De manera que es esencial la existencia de fines concurrenciales. Intención que no es posible derivar de la publicación en una revista destinada a los consumidores de una noticia relativa al análisis comparativo de marcas comerciales de un producto lácteo, del que la cooperativa que publica el artículo no es fabricante. (**STS de 3 de febrero de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Una cooperativa de consumidores (*Eroski*) publica en su revista destinada al consumidor vasco un artículo sobre la calidad de los quesos frescos de diversas marcas comerciales basado en el resultado de un análisis realizado en una muestra puntual. En el artículo se hace constar que en la muestra tomada en el queso fresco fabricado por *Mantequerías las Nieves, S. A.*, se ha encontrado el germen de la listeria y se observa la ausencia de indicación de fecha de caducidad en su envase. El artículo es recogido por otros medios de prensa de tal ámbito y de sus zonas limítrofes como Burgos, sin que esta difusión, al margen de la revista, haya sido propiciada por *Eroski*.

La sociedad *Mantequerías las Nieves* entiende que tales actos son constitutivos de competencia desleal y han producido daños y perjuicios morales y materiales, por lo que interpone demanda. El Juzgado de Primera Instancia entiende no aplicable la Ley de Competencia Desleal, Ley 3/1991, de 10 de enero, por no constituir un acto de competencia desleal y rechaza la acción de responsabilidad civil por considerar que no se han dado los presupuestos de la misma. Esta decisión es recurrida en apelación por la sociedad. La Audiencia Provincial estima que no puede considerarse que tal publicación se realizara con fines concurrenciales y que el artículo es correcto desde el punto de vista periodístico y científico por lo

que la actuación de *Eroski* se ve amparada por su derecho a defender esa información que se estima veraz. La parte demandante interpone recurso de casación, y el Tribunal Supremo, en el sentido de las sentencias de instancia, lo desestima subrayando la inexistencia de una acción ilícita negligente por parte de la sociedad y la ausencia del nexo de causalidad entre la publicación (acción) y el descenso de venta de queso (efecto), por cuanto sólo descendió la de mantequilla. (C. L. N.)

48. Caducidad de marca por falta de uso. Inexistencia de justificación de la causa de la inactividad.—No cabe aceptar como justificadas aquellas causas que dependen del propio control de los interesados. La licenciataria *Cidesport* actuó en ejercicio del principio de autonomía privada contractual —aparte de que pudo haber usado la marca 88.222 respecto de productos a los que no se extendía el compromiso de comercialización celebrado con *Nike International LTD*—, y por su parte los señores A. y B. no sólo conocían la situación, sino que la admitieron (como se deduce de sus propias alegaciones), y en todo caso, al no estar vinculados por los contratos suscritos por *Cidesport* con *Nike Int Ltd* pudieron haber controlado y actuado en consecuencia, evitando la incuestionable inactividad de la marca núm. 88.222.

No incurre en comportamiento de mala fe la parte que no ejercita la acción de caducidad de marca mientras mantiene relaciones contractuales con la licenciataria y lo hace cuando esas relaciones se rompen.—No hay fundamento para apreciar una renuncia por parte de *Nike International* al ejercicio de la acción, ni ningún retraso, ni comportamiento alguno del que quepa deducir semejantes conclusiones. Es más, las propias relaciones contractuales hacen impensable que pudiera tener lugar tal ejercicio; y éste se produjo una vez rotas las mismas, e incluso una vez que se dedujo por los recurrentes la acción de nulidad de las marcas registradas a nombre de *Nike International*. Además, el que la marca núm. 88.222 no se haya utilizado hasta los años 1990/1991 (luego veremos con qué alcance) es imputable a los recurrentes —nudo propietario y usufructuaria— y a la licenciataria, los cuales, obviamente por su beneficio económico, prefirieron utilizar la denominación *Nike* de modo diferente a la que tenían registrada (se reconoce en el motivo), y por consiguiente no podían desconocer que colocaban en situación práctica de inactividad su propia marca.

No prevalece el elemento denominativo de la marca.—Aunque, por lo general, prevalece el elemento denominativo, en el caso de la marca núm. 88.222 resulta a todas luces inconsistente considerar, como hacen sus titulares (titular registral y licenciataria), más significativo —distintivo— el elemento mero-denominativo, máxime si se advierte que la figura que la integra no es una mera evocación abstracta, sino de una escultura muy famosa y muy visible —impactante.

La versión de la marca configurada en la etiqueta en forma de cuadernillo de doble hoja no constituye una utilización idónea para enervar la acción de caducidad por falta de uso.—La versión de la marca número 88.222 configurada en la etiqueta en forma de cuadernillo de doble hoja con las características ya repetidas no constituye una utilización idónea para enervar la acción de caducidad por falta de uso. Se trata de una actuación ficticia, impregnada de mala fe (como apreciaron las sentencias de instancia),

de modo que la segunda hoja del cuadernillo es un recurso –ardid ingenioso– para aparentar –simular– la utilización del signo registrado y eludir o enervar la caducidad, en tanto que la primera hoja –la más visible–, mediante una singular similitud en la presentación se crea una asociación con la marca competidora prestigiosa (que antes la licenciataria había distribuido) que se imita. Con tal comportamiento, con distorsión de la verdadera marca y aproximación a la ajena –en la nueva versión se da prevalencia al elemento denominativo respecto del gráfico, y se presenta aquél con gran asimilación al ajeno– se crea el riesgo de error en los consumidores –en el sentido al que se ha referido este Tribunal como el consumidor normal (no el especializado), el cual está alejado de la «minuciosa» comparación de las marcas y diseños.

La marca derivada o versión modernizada no pueden sobrepasar los rasgos esenciales de la marca registrada para considerarse como uso de dicha marca.–No puede justificarse la utilización efectuada, al amparo de la posibilidad de marca derivada o de una versión modernizada, con protección normativa de ésta en el artículo 4.2.a) de la Ley de Marcas de 1988 con arreglo al que «para la aplicación del apartado 1 tendrá la consideración de uso el empleo de la marca en una forma que difiera en elementos que no alteren de manera significativa la forma bajo la cual se halla registrada», porque, –aparte de que la «marca derivada» en la regulación de 1988 (no la recoge la LM de 2001) debía estar registrada de conformidad con el art. 9.1–, como indica la sentencia recurrida, siguiendo a la doctrina científica, y en concreto sobre el denominado elemento extrínseco de la variación de la forma de la marca, el uso no será de la marca registrada cuando, además de sobrepasar los rasgos esenciales de su identidad (lo que en el caso es indudable por lo que se razonó), se invaden o bordean los que son propios de otra distinta, con el efecto añadido de originar riesgo de confusión en el mercado sobre la procedencia de los productos así identificados. (STS de 28 de marzo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.–Los demandantes solicitaron en 1991 que se declarase judicialmente la caducidad de diversas marcas de los demandados por falta de uso, además de otros pronunciamientos complementarios. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda declarando que la marca 88.222 había caducado. La Audiencia Provincial desestimó los recursos de apelación interpuestos por los demandados, pero el Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de septiembre de 1999, estimó parcialmente el recurso de casación al declarar que la marca 88.222 no estaba caducada. La demandante interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que en fecha 9 de febrero de 2004 dictó sentencia otorgando amparo y retro trayendo las actuaciones al momento anterior al de dictarse sentencia por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Definitivamente, el Tribunal Supremo dictó esta sentencia, que desestimaba los recursos de casación en el sentido de considerar que la marca 88.222 había caducado por falta de uso. (L. F. R. S.)

49. Patentes de invención. Protección. Límite: la innecesariedad, como invento.–La inscripción del sistema y mecanismo del invento, como patente de invención, le protege al mismo frente a terceros usuarios, que son los que tienen que probar la innecesariedad, como invento, de dicha patente,

por ser de un uso común alcanzado. Si existe una patente registrada que protege un sistema y la forma y elementos de llevarlo a cabo, no puede ser utilizado por terceros, sin el consentimiento del titular de la patente. (STS de 22 de abril de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Una entidad mercantil que tenía patentada una determinada máquina demandó a otra sociedad, también mercantil, por la fabricación y comercialización por parte de ésta, sin consentimiento de la primera, de una máquina que la actora consideraba sustancialmente igual a la fabricada y protegida mediante patente por ella.

El dictamen del perito designado en el juicio concluía que las diferencias entre las dos máquinas no eran fundamentales.

El juzgado da lugar parcialmente a la demanda y declara que la demandada carece de derecho a fabricar y comercializar las máquinas «modelo 500» por invadir los derechos de exclusiva que la patente mencionada otorgaba a la actora; también, se le impuso a la demandada una indemnización por los daños y perjuicios irrogados que fue bastante inferior a la solicitada por la actora. La Audiencia da lugar al recurso de la demandada y, en consecuencia, revoca la sentencia de primera instancia y absuelve a la demandada. El Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación interpuesto por la actora, al entender que la interpretación pericial dada por la audiencia supone una valoración incorrecta en cuanto a la determinación en sí de los hechos, y confirma la sentencia dictada por el juzgado. (I. D.—L.)

50. Contrato de apertura de crédito en cuenta.—Se define como aquella relación por la que el Banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a su disposición y a medida de sus requerimientos sumas de dinero o a realizar otras prestaciones.

Este contrato, si bien se menciona en el número 7 del artículo 175 CCO, no adquirió carta de naturaleza en nuestro Ordenamiento hasta que lo introdujeron en él las SS de la Sala Primera que citadas en la de 1 de marzo de 1969 y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 25 de febrero de 1933 y 16 de junio de 1966.

Autocontratación.—Se trata de la situación en la que una persona actúa con doble condición, contratando en una doble faceta: en nombre propio y por representación en nombre de otro.

Ratificación en forma tácita.—Se considera que ha existido cuando, como sucedió en el presente caso, la sociedad estuvo recibiendo del banco comunicaciones por extractos periódicos sobre los cargos que se anotaban en la cuenta social como consecuencia de las operaciones realizadas con una tarjeta contratada por su representante, sin que la sociedad hubiera protestado o rechazado en ningún momento los asientos. Todo ello es indicativo de su aceptación y ratificación en forma tácita que actúa con función saneadora y hace válidos y plenamente existentes estos negocios desde el principio.

Procedimiento hipotecario. Artículo 131 LH. Relación con un proceso declarativo ordinario.—Este procedimiento no termina por sentencia y no implica cosa juzgada. La litispendencia sólo es aplicable en aquellos casos en

los que el juicio precedente prejuzgue e interfiera en el posterior, de similar naturaleza, presentándose como interdependientes en los respectivos suplicados de cada uno de los pleitos.

El juicio declarativo ordinario es posible plantearlo con posterioridad o simultáneamente ya que el artículo 132 LH autoriza tanto al deudor, a los terceros poseedores como a los demás interesados a promoverlo para reclamar los derechos que les correspondan, pues la tutela judicial efectiva comprende el derecho del interesado a acceder a la jurisdicción ordinaria por los procedimientos legalmente establecidos.

Procesos sumarios hipotecarios y juicios ordinarios declarativos.—En los primeros lo que se persigue y ejecuta es la garantía hipotecaria contra los inmuebles especificados y afectados al pago de una deuda concreta. En los segundos, se exige la responsabilidad por los débitos contraídos al margen de los garantizados con hipoteca. (STS de 20 de enero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El administrador único de la mercantil recurrente en casación solicitó al Banco el 28 de septiembre de 1990 tarjeta de crédito, que le fue concedida, cargando abonos y deudas en la cuenta bancaria abierta por la mercantil el 23 de junio de 1989. El solicitante tenía las facultades necesarias para que la tarjeta de crédito que solicitó lo fuera con cargo a la cuenta de la sociedad. Era además titular de otra tarjeta contra su cuenta particular. En sus actuaciones como gestor social se había producido en ocasiones confusión con las disposiciones realizadas en nombre propio, en cuanto afectaba a bienes e intereses de la sociedad.

La sociedad estuvo recibiendo del banco comunicaciones por extractos periódicos sobre los cargos que se anotaban en la cuenta social como consecuencia de las operaciones realizadas con la tarjeta, sin que hubiese dado muestras de protesta o de rechazo en ningún momento.

En la cuenta aludida se anotaban diversas operaciones bancarias de cargo y disposición, entre ellas las relacionadas con las pólizas de crédito suscritas por la mercantil y los pagos realizados utilizando la tarjeta de crédito, presentando la cuenta el saldo negativo de 529.119.944 pesetas a fecha de 1 de enero de 1992.

La recurrente combate la inclusión en el total de la deuda, que la sentencia de instancia impone pagar a la mercantil, la cantidad correspondiente a los abonos de deudas contraídas por la mencionada tarjeta de crédito. Alega también que el proceso hipotecario está pendiente de ejecución. (B. F. G.)

51. Fianza mercantil. No es incongruente la sentencia cuyo fallo refleja peticiones del demandante.—Se alega infracción del principio de congruencia recogido en el artículo 359 LEC. Se funda en que no se pide en el suplico de la demanda lo que sí se incluye en el fallo de la sentencia, que es la declaración del reconocimiento de deuda; literalmente dice: «*reconocida la deuda de...*» lo que no se pedía. El motivo se desestima por dos razones: implícitamente esta, más que declaración, frase-punto de partida de la parte dispositiva —declarativa y de condena— se hallaba en el suplico de la demanda; explícitamente se expresa en el escrito de la parte demandante de 12 de

enero de 1984 que en este sentido aclara la demanda, a requerimiento del Juzgado por providencia del anterior día 9.

El fiador mercantil es un obligado solidario que no goza del beneficio de excusión.—Los restantes motivos se formulan al amparo del número 4.º del artículo 1692 LEC. El primero de ellos plantea la cuestión esencial; se alega infracción del artículo 1137 CC en relación con el 1822 porque la fianza no se constituyó como solidaria, por lo que el avalista —por ende, sus herederos— gozan del beneficio de excusión y no se ha reclamado ni demandado a la sociedad deudora que reconoció la deuda. El motivo se desestima por dos razones. La primera, porque se trata de una fianza mercantil; en ésta se ha mantenido —aunque no en forma pacífica— que la obligación del fiador tiene carácter solidario, por lo que no goza del beneficio de excusión (art. 1831.2.º CC); así la sigue la S recurrida y, pese a ser discutible, lo mantiene la jurisprudencia; la Sentencia de 16 de octubre de 1989 lo dice breve e incidentalmente, la de 7 de marzo de 1992 claramente lo expresa.

El ejercicio del beneficio de excusión exige al fiador señalar al acreedor bienes suficientes del deudor en territorio nacional.—La segunda, porque tampoco los demandados cumplieron la exigencia del artículo 1832 CC de señalar bienes del deudor al acreedor, en territorio español suficientes para cubrir el importe de la deuda, que al no haber sido requeridos de pago, lo debieron hacer en la contestación a la demanda, exigencia reiterada por la jurisprudencia en SS de 31 de enero de 1986, 29 de octubre de 1991 y 21 de febrero de 2003.

Cuando la obligación es solidaria no cabe alegar la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario.—Si se ha dicho que los fiadores lo son con carácter solidario por tratarse de una fianza mercantil, en observancia de lo dispuesto en el artículo 1822, párrafo segundo, CC, se aplican los artículos 1140 y siguientes del mismo cuerpo legal y, en especial, el artículo 1144 que, al permitir al acreedor dirigirse contra cualquier deudor solidario, evita que se pueda dar la falta de litisconsorcio pasivo necesario.

Con la doctrina del levantamiento del velo se trata de evitar un fin fraudulento.—El tercero de los motivos alega la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo de la persona jurídica. La sentencia de la Audiencia Provincial estimó la demanda esencialmente por tener el fiador (y sus herederos demandados) el carácter de deudores solidarios con la deudora, sociedad anónima, principal. Y, además, apreció la doctrina del levantamiento del velo, que ahora se combate en este motivo. Se desestima este motivo porque, partiendo de los hechos que considera acreditados la sentencia de instancia, la persona jurídica deudora principal no demandada era un simple instrumento de funcionamiento dentro del tráfico mercantil, cuyo patrimonio no puede quedar separado del propio fiador para evitar el cumplimiento de la obligación que fue reconocida y garantizada; en definitiva, con esta doctrina, que se mantiene en el presente caso, se trata de evitar un fin fraudulento: así, SS, entre otras muchas, de 31 de enero, 11 de octubre, 22 de noviembre de 2000, 5 de abril, 18 de abril y 16 de octubre de 2001.

La jurisprudencia ha flexibilizado el principio *in illiquidis non fit mora*.—El motivo se estima porque la jurisprudencia, tiempo ha, flexibilizó adecuadamente este principio en el sentido de que se declara una obligación dineraria, ésta produce intereses desde que el deudor se constituye en mora —normalmente por la intimación que representa la demanda— aunque la cuantía no sea exacta e idéntica a la inicial reclamada; es decir, la prestación de los intereses moratorios se constituye cuando la obligación pecuniaria es

substantialmente igual a la reclamada inicialmente. Todo ello, en el presente caso, se ve reforzado porque en la réplica se fijó la cantidad que era la que finalmente ha sido declarada en la sentencia.

El criterio objetivo del vencimiento obliga a imponer las costas procesales al demandado totalmente vencido.—En este motivo del recurso se alega la infracción del artículo 523 LEC en cuanto establece el criterio objetivo del vencimiento y debe ser estimado porque la parte demandante fijó definitivamente su pretensión en el escrito de réplica, por lo que la estimación de la demanda fue total y las pretensiones de la parte demandada fueron totalmente rechazadas. Así, quedó infringido el citado artículo. (STS de 15 de abril de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad anónima *Alfonso Correa, S.A.* reconoce a otra en documento privado una deuda, de la que se constituye en fiador don A. C. (persona física). A la muerte de éste, la sociedad acreedora demanda a los hijos y herederos del fiador. La sentencia de primera instancia apreció la falta de litis consorcio pasivo necesario alegada por los demandados, por lo que no entró en el fondo del asunto. La sentencia de apelación revocó la del Juzgado, estimando parcialmente la demanda. Ambas partes litigantes interpusieron sendos recursos de casación: la demandante por la parte no estimada de la demanda (intereses y costas) y los demandados por la estimación sustancial de la misma. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto por estos últimos y sí al interpuesto por la demandante. (M. C. B.)

52. Donación de acciones futuras. Los litigios a que se refiere el artículo 904 CC son aquellos que tienen por objeto exclusivamente la validez o nulidad del testamento o de alguna de sus disposiciones.—Los litigios a que se refiere el artículo 904 CC han de tener necesariamente como objeto la validez o nulidad del testamento o de alguna de sus disposiciones, y no otra cuestión distinta.

La donación de acciones se rige por la normativa reguladora de la transmisión de acciones y participaciones, sin que la existencia de bienes inmuebles propios de la sociedad cuyas acciones se donan, obligue a seguir otras normas específicas.—Se desestima porque se efectúa una interpretación inadecuada de los citados artículos 633 y 1280.6 CC, toda vez que, si bien la transmisión de acciones o participaciones integra la de una parte alícuota del activo y pasivo de la sociedad, no puede alcanzarse la conclusión de que si en la sociedad hay inmuebles, se ajustará a la normativa reguladora de la transferencia de estos bienes, sino que corresponde aplicar la concierne a la de acciones y participaciones.

El artículo 108.2.1.º de la Ley de Mercado de Valores tiene efectos meramente fiscales.—Por otra parte, el artículo 108.2.1.º de la Ley de Mercado de Valores tiene efectos fiscales, y únicamente regula la sujeción de determinadas operaciones al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, sin que se extienda al ordenamiento de cuestiones civiles o mercantiles, con la particularidad de que uno de los requisitos exigidos por este precepto hace mención a que el activo de las sociedades cuyas acciones se transmiten «esté constituido al menos en su 50% por inmuebles situados en territorio nacional», cuya circunstancia no consta acreditada en el caso.

La incongruencia o no de la sentencia recurrida resulta de la comparación entre el fallo de la misma y las peticiones de las partes contenidas en los escritos rectores del proceso.—Esta Sala tiene declarado, entre otras, en S de 2 de febrero de 1998, que, si se denuncia la incongruencia de la sentencia recurrida, ha de ponerse en relación el fallo de ésta con las peticiones de los escritos rectores del proceso para comprobar si concede más, menos o algo distinto de lo pedido; si recae sobre un debate diferente del promovido por los litigantes; o si contiene puntos contradictorios entre sí, o está en discrepancia con los fundamentos de derecho constitutivos de su *ratio*, no con los que contienen meros *obiter dicta*.

Desde la óptica expresada en el párrafo precedente, se evidencia que la sentencia recurrida incurre en incongruencia.

La falta de inscripción en el Registro Mercantil de una sociedad o del aumento de capital de la misma no invalida los negocios transmisivos sobre los derechos incorporados a las futuras acciones, sino que únicamente impide la emisión y entrega material de los correspondientes títulos-valores.—Por otra parte, el artículo 62 LSA establece que «hasta la inscripción de la sociedad o, en su caso, del acuerdo de aumento del capital social en el Registro Mercantil no podrán entregarse ni transmitirse las acciones»; el precepto indicado ha sido interpretado por un relevante sector de la doctrina científica en el sentido de que la imposibilidad material de confeccionar la acción antes de la inscripción puede ser un obstáculo para la entrega, pero no para la transmisión de los derechos del socio o futuro socio, de modo que la prohibición de transmisión se refiere sólo al título valor, que evidentemente no puede ser transferido si no existe como tal, por incorporarse a un soporte de papel o a ese otro de la anotación en cuenta, pero no a la acción concebida como conjunto de derechos o, más exactamente, a los derechos derivados de la cualidad de socio o de futuro socio.

Según esta posición doctrinal, no existe una imposibilidad dogmática o conceptual para la transmisión de que se trata, y la prueba de su factibilidad se produce en el caso del fallecimiento del socio antes de la inscripción, y como, según el artículo 661 CC, «los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones», los del socio sucederán en los derechos y obligaciones entre él y los demás socios, si se trata de constitución de sociedad, o entre él y la sociedad, si es un aumento de capital social, aunque a este conjunto patrimonial no se le llame aún «acciones». Es decir, la prohibición del artículo 62 tal vez pueda derogar la regla general del artículo 1271 CC, de que «pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras», pero no a la del artículo 1112 de este ordenamiento, de que «todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario», de manera que podrá transmitirse por actos entre vivos, lo mismo que, sin que la ley pueda prohibirlo, cabe su transferencia por causa de muerte.

La doctrina jurisprudencial se ha pronunciado sobre esta materia en varias ocasiones.

Algunas SSTs, como las de 8 de mayo de 1987, que cita las de 22 de octubre de 1984 y 28 de septiembre de 1985, en que se apoya la sentencia del Juzgado, señala que la prohibición de transmisión de acciones mientras no esté inscrita la sociedad en el Registro Mercantil, que establece el artículo 14 de la derogada Ley de Sociedades Anónimas, es tajante y la consecuencia del incumplimiento acarrea la nulidad radical prevista en el artículo 6.3 CC, que

hace totalmente ineficaz el contrato en cualquier concepto, no sólo el de compraventa, sin que pueda ser de aplicación la doctrina de los actos propios, ni de la buena fe, al tratarse de un negocio jurídico contra ley.

Otras sentencias del Tribunal Supremo mantienen una respuesta diferente.

Así, la STS de 14 de febrero de 1967 atribuye validez a un pacto de adjudicación en pago de acciones de una sociedad antes de su inscripción.

La STS de 4 de febrero de 1971 ha sentado que «la compraventa de valores mobiliarios presenta dos momentos perfectamente diferenciados: uno, el de la celebración del contrato, cuya efectividad para quienes lo concertaron no depende de la presencia del funcionario o mediador de ninguna clase; y otro, el de su ejecución o transmisión de las acciones enajenadas, que si bien en principio se produjo por la simple tradición del documento, más adelante precisó para lograrlo la intervención de Agente de Cambio o Corredor de Comercio, al extremo de que la ausencia de este requisito “*ad solemnitatem*” no sólo priva a esta operación de la irrevindicabilidad, sino que la convierte en radicalmente nula, (...), si bien semejante sanción por su carácter excepcional, no se extiende a la del convenio que sirvió de antecedente a la transmisión (...), que produce todos sus efectos entre quienes lo suscribieron y sus herederos, que recíprocamente pueden compelerse a formalizarlo».

La STS de 16 de julio de 1992, afirma que «el artículo 14 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 prohíbe transmitir a ningún accionista sus acciones mientras la sociedad no esté inscrita en el Registro Mercantil, pero no imposibilita que previamente, en etapa presocial, se puedan concertar pactos de enajenación de acciones entre los accionistas y terceros, como sucede en el caso de autos», y también que «así las cosas la venta de referencia resulta eficaz y vinculante para los interesados directos en la misma, en cuanto representa un convenio válido para la transmisión de los títulos y es antecedente a su debida formalización, pero exige, conforme fue previsto en el convenio, la intervención de Agente de Cambio y Bolsa. De esta manera no es aplicable la pretendida sanción de nulidad a un contrato surgido de las libres voluntades concertadas de los intervinientes en el mismo que cabe completar para su plena y debida efectividad, con el cumplimiento y realización de las formalidades esenciales exigidas para su total operatividad en el tráfico mercantil. La necesidad de forma en los convenios como el controvertido no representa una solemnidad absoluta, determinante de su nulidad, sino más bien viene a ser precisión que las partes han de observar para la plena transmisión de las acciones enajenadas, pudiendo compelerse a su cumplimiento, en el caso de que una de ellas no preste debida colaboración al efecto (art. 1279 CC)», y finalmente, con referencia expresa a la Ley de 1989, y cita de numerosas sentencias del Tribunal Supremo, sienta que «la Ley de Sociedades Anónimas del año 1951, no regula de manera específica y suficientemente amplia, la transmisión de acciones sociales, lo que ha corregido el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo de 22-72-1989 (sic). La doctrina de esta Sala, mantiene una línea definida de respeto a las voluntades contratantes, cuando no exista sospecha o concurrencia de fraude, que no es el caso de autos, moderando las exigencias formalistas, susceptibles de cumplirse y poder acceder a las mismas, de manera que no hacen de imposible cumplimiento los negocios de transmisión de acciones (SSTS 13 de octubre de 1959, 4 de febrero de 1971, 21 de febrero de 1986 y 8 de febrero de 1988)».

Posteriormente, las SSTs de 8 de junio de 1995 y 12 de diciembre de 2002, han seguido la línea jurisprudencial de la STS de 16 de julio de 1992.

En definitiva, con seguimiento de la doctrina científica antes aludida y de las posiciones jurisprudenciales recién expuestas, consideramos que la prohibición del artículo 62 LSA afecta sólo a la emisión y entrega de las acciones antes de la inscripción de la sociedad o del aumento de capital, pero no prohíbe la celebración de negocios sobre estas acciones, dejando para momento posterior la consumación de los mismos mediante la transmisión de los títulos una vez creados. (STS de 18 de marzo de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—El día anterior a su fallecimiento, un señor dona a otro parte de su patrimonio y concretamente, las acciones que le correspondían en una sociedad cuyo capital se había acordado aumentar seis meses antes. En el testamento del donante, se instituye como heredera universal a una fundación que demanda al donatario arguyendo, entre otras cosas, que es nula la donación de acciones futuras, que en ningún caso pueden ser objeto de transmisión antes de procederse a la inscripción del correspondiente aumento de capital social. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y declaró la nulidad radical de tales acciones, siendo su sentencia confirmada íntegramente por la de apelación. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la fundación demandante y, en cambio, declara haber lugar al interpuesto por el demandado, basándose en la incongruencia de la sentencia de instancia y en el argumento de que la falta de inscripción del aumento de capital social sólo impide la emisión y entrega previa de las acciones, pero no la válida celebración de negocios transmisivos de los derechos incorporados a las mismas. (M. C. B.)

53. El artículo 130 LSA.—El artículo 130 LSA, en su párrafo primero, se limita a disponer que la retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos y a establecer las cautelas de necesaria observancia cuando tal retribución consista en una participación en las ganancias.

Aplicación del artículo 116.2 LSA.—El plazo de caducidad del artículo 116.2 LSA se aplica a la impugnación de actos contrarios a los estatutos de la sociedad, como puede ser la omisión de la retribución estatutaria. No se aplicará, por tanto, cuando la impugnación se refiera a actos contrarios a la ley. (STS de 7 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. presenta demanda contra don A. don J. don F. y la mercantil *Industrias y Finanzas S.A.* en liquidación, solicitando que se declare nula de pleno derecho la liquidación de la sociedad, los asientos registrales de cancelación de la compañía, las operaciones de división y adjudicación, y se ordene la apertura de un nuevo período liquidatorio que permita hacer efectivas las deudas sociales y se practique la correspondiente liquidación con arreglo a la ley. Alega el actor que durante el período comprendido durante el año 1993 y hasta septiembre de 1994 no había recibido su retribución, y señala, como fundamentos de derecho, el artículo 116.1 LSA, en cuanto al

plazo de un año para el ejercicio de la acción, y el artículo 130 LSA, en cuanto a las condiciones para retribuir a los administradores mediante una participación. Los demandados se oponen a la demanda, alegando la caducidad de la acción conforme al artículo 116.2 LSA, por haber transcurrido con exceso el plazo de cuarenta días incluso aunque como fecha de cómputo inicial más favorable para el actor se tomase el 25 de enero de 1995 (fecha en la que, según el demandante, solicitó por escrito sus retribuciones). Y, respecto del fondo, señalan los demandados que los administradores nunca habían ejercido su derecho a la retribución y que el actor no había reclamado nada con ocasión de su cese en septiembre de 1994.

La sentencia de primera instancia apreció la caducidad de la acción, razonando que el plazo de cuarenta días del artículo 116.2 LSA era aplicable a los acuerdos adoptados por la Junta de 2 de noviembre de 1994. Incluso aunque se tomara como fecha inicial del cómputo la de la carta mencionada de 25 de enero de 1995, también habría caducado la acción, puesto que la demanda se había presentado el 11 de mayo siguiente.

Se interpone recurso de apelación, que la Audiencia desestimó razonando que el derecho a la retribución reconocida en el artículo 39 de los estatutos sociales no era un crédito de los administradores de nacimiento automático, pues de algún modo estaría precisado de previa reclamación o reserva expresa de acciones; que los administradores nunca habían hecho uso de tal derecho; y que la actuación de los liquidadores a lo sumo podría ser calificada como infractora del artículo 39 de los estatutos sociales, de modo que el acuerdo adoptado en la Junta de noviembre de 1994 sería como mucho anulable y la acción correspondiente, por tanto, sometida al plazo de caducidad de cuarenta días.

Esto lleva al actor a recurrir en casación, motivando el recurso en la infracción de los artículos 130 y 116.2 LSA, entre otros. Según el recurrente, el reparto del haber social por los liquidadores sin previamente haber pagado a los acreedores es un acto nulo y por tanto impugnabile en el plazo de un año, ya que lo infringido no es el artículo 39 de los estatutos sociales sino el artículo 130 LSA, siendo indiferente la previa reclamación de su remuneración por el actor o la reserva de acciones.

Según el Tribunal Supremo, este planteamiento no es aceptable por varios motivos: 1) la pasividad del recurrente cuando, como miembro del Consejo de Administración, nada objetó a la formulación de las cuentas anuales de 1993 que prescindían de la retribución de los administradores; 2) es un hecho probado que la falta de retribución de los administradores fue algo pacífico a lo largo de la vida social. De ahí que el Tribunal Supremo acoja la solución de la sentencia recurrida, aplicando el plazo de caducidad del artículo 116.2 LSA, pues lo que en realidad impugnaba la demanda era la omisión de la retribución de los administradores prevista en el artículo 39 de los estatutos, y no ningún acuerdo social fijando una retribución contraria a la ley ni prescindiendo de un acreedor social. Así, el verdadero objeto de la impugnación sería un acto contrario

no a la ley sino a los estatutos. En conclusión, el Alto Tribunal termina desestimando el recurso de casación planteado por el actor. (S. L. M.)

54. Sociedad anónima. La acción de responsabilidad de los administradores no se interrumpe, a efecto de prescripción, por la declaración de quiebra de la sociedad.—La solicitud de declaración de quiebra no puede suponer una actuación judicial que a tenor de lo dispuesto en el artículo 1973 CC pueda servir para interrumpir el plazo de prescripción, en este caso, para el ejercicio de acciones de responsabilidad societaria, ya que dicho proceso universal, dada su naturaleza y finalidad liquidativa, no puede incidir en el ejercicio futuro de estas acciones societarias. Es más, la tramitación de la quiebra no puede determinar la finalidad de las acciones de responsabilidad societaria. (STS de 30 de marzo de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—El 28 de febrero de 1991, dos de los tres consejeros delegados de una sociedad anónima vendieron los inmuebles que constituían el único activo de la sociedad, desviando el producto de la venta a saldar la deuda de otra sociedad que a su vez era accionista de la primera, pero que no mantenía crédito alguno frente a ésta. El 5 de julio de 1993 se inició el proceso universal en el que recayó sentencia declarando la quiebra fraudulenta de la primera sociedad el 20 de febrero de 1997. Posteriormente, el 3 de abril de 1997 se presenta la demanda objeto del presente pleito por la sindicatura de la sociedad anónima, en la que se exigía responsabilidad a los tres consejeros delegados como administradores de la sociedad. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia y estimó las pretensiones de la actora. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por uno de los tres administradores y, en consecuencia, anuló la sentencia de la Audiencia y declaró prescritas las acciones de responsabilidad societaria esgrimidas por la actora. (I. D.—L.)

55. Suspensión de pagos. Responsabilidad de los interventores. Plazo de prescripción de la acción.—A diferencia de lo que ocurre con la vigente Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (art. 36.5), la legislación anterior en la materia no contenía una disposición específica sobre el tiempo que ha de transcurrir para que la inactividad del titular del derecho dé lugar a su prescripción extintiva. Por ello, resulta aplicable al caso el plazo anual que establece el artículo 1968.2.º CC, por su coincidencia con la categoría general de las acciones dirigidas a exigir responsabilidad extracontractual, dada la inexistencia de contrato entre la suspensa y los interventores, designados por el Juez para el desempeño de funciones de fiscalización de las operaciones comerciales del suspenso.

Cómputo del plazo de prescripción. Fijación del día inicial o *dies a quo*. Diferencias entre los artículos 1968.2.º y 1969 CC.—El artículo 1969 CC refleja la regla de la *actio nata*. La norma impone estar a la fecha en que pudo ser objeto de ejercicio, no el derecho sino la acción, al considerar el legislador que, cuando aquél ha sido desconocido, lesionado o insatisfecho por el comportamiento positivo o negativo del tercero, su titular se encuentra en una

situación que exige accionar para considerarlo ejercitado. Por su parte, el artículo 1968.2.º CC, que tiene su inmediato precedente en el artículo 1976.1.º del Proyecto de 1851, sustituye la referencia a la posibilidad abstracta de ejercicio, contenida en el artículo 1969 CC, por una posibilidad en concreto, de modo que señala como día inicial de la prescripción de las acciones para exigir responsabilidad por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902 CC, aquél en que lo supo el agraviado.

Corrección jurisprudencial de la rigidez del criterio del artículo 1968.2.º cuando se trata de daños continuados o permanentes.—La jurisprudencia ha matizado la regla del artículo 1968.2.º CC en el caso de que los daños hayan sido causados por comportamientos continuados o permanentes (SSTS de 12 de diciembre de 1980, 17 de marzo de 1986 y 24 de junio de 1993) y, en particular en el de lesiones cuya curación o cuyas secuelas no se conozcan plenamente hasta pasado un tiempo (SSTS de 22 de marzo de 1985, 3 de abril de 1991 y 14 de febrero de 1994), exigiendo en tales supuestos y para el inicio del plazo, una verificación total de los daños producidos (con el alta médica si se trata de lesiones), al entender que sólo en ese momento el perjudicado está en condiciones de valorar en su conjunto las consecuencias dañosas y de cifrar el importe de las indemnizaciones que puede reclamar.

Inicio del cómputo del plazo para exigir responsabilidad a los interventores de la suspensión de pagos.—El plazo de prescripción anual había empezado a correr, lo más tarde, el día en que se produjo el cese de los interventores demandados. Los hipotéticos resultados dañosos derivados de las acciones y omisiones que se imputan a las interventoras demandadas tenían sustantividad propia, individual y conjuntamente, para posibilitar el ejercicio de la acción de responsabilidad, cuanto menos, en el momento en que el repetido cese tuvo lugar. (STS de 21 de marzo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La aseguradora demandante, en estado de liquidación, había solicitado ser declarada en suspensión de pagos y, admitida a trámite su solicitud, fueron nombradas interventoras las acreedoras RTVE y CLEA, a través de las personas físicas que éstas designaron. Posteriormente, por auto del Juzgado de la suspensión pasó a ejercer exclusivamente estas funciones la CLEA. Tiempo después, la actora demanda a las entidades interventoras y a las personas físicas que les representaban pretendiendo la condena solidaria de las mismas a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por distintas acciones y omisiones en que aquéllos habrían incurrido durante el ejercicio de sus funciones, y que habrían supuesto una merma de los activos y recursos de la suspensión. El Juzgado de Primera Instancia, sin entrar a valorar si la conducta de los interventores era o no generadora de responsabilidad, acogió la excepción de prescripción de la acción, planteada por las demandadas y desestimó la pretensión de condena. La Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación de la actora y confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante. (L. A. G. D.)

56. Retroacción de la quiebra. Nulidad absoluta y automática de todos los actos de dominio y administración realizados por el quebrado con posterioridad a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra.—En consecuencia esta nulidad produce sus efectos sin que sea precisa su declaración judicial, a salvo que alguien resista la entrega de las cosas al quebrado, en cuyo caso corresponderá a los síndicos formular la oportuna petición (SSTS de 29 de noviembre de 1991, 20 de junio de 1996 y 12 de junio de 2000, entre otras).

Excepción a la regla anterior: la Ley 2/1981, de 25 marzo, reguladora del mercado hipotecario, establece que sólo la actuación fraudulenta es requisito imprescindible para que una hipoteca pueda ser afectada por la retroacción de la quiebra de la prestataria.—Su artículo 10 establece que las hipotecas inscritas a favor de las entidades financieras relacionadas en su artículo 2 (en el que se encuentran, entre otras, las Cajas de Ahorro), siempre que sean accesorias de préstamos cuya finalidad consista en la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social y otras obras o actividades semejantes, sólo podrán ser impugnadas por los síndicos de la quiebra probando el fraude en la constitución del gravamen.

Interpretación restrictiva de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, reguladora del mercado hipotecario.—Dado el carácter excepcional de la misma, pues es norma general que el quebrado quede inhabilitado para la administración de sus bienes y que por ello sean nulos todos los actos del mismo (SSTS de 23 de enero de 1997, 12 de junio de 2000 y 11 de abril de 2002).

Contrato de préstamo: carácter real.—La entrega es uno de los requisitos esenciales de este tipo de contrato, el cual no nace por el mero consentimiento de los otorgantes, sino por la recepción de la cosa que constituye su objeto (SSTS de 7 y 27 de octubre de 1994, 22 de mayo de 2001 y 11 de julio de 2002). (STS de 29 de marzo de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La Sindicatura de la Quiebra de una sociedad anónima promotora demandó a Caja Madrid y a la mencionada sociedad promotora, interesando la revocación o, en su caso, la nulidad de la hipoteca sobre dieciséis viviendas de dicha promotora, constituida a favor de Caja Madrid, en garantía de un préstamo de 78.880.000 pesetas. Como la finalidad del préstamo era la financiación de la construcción de las citadas viviendas, se estableció como garantía la no entrega de la totalidad del importe del préstamo, sino la facilitación de cantidades parciales, según se acreditase que la edificación se iba llevando a cabo. Situación ésta que se consideró fraudulenta. El Juzgado estimó parcialmente la demanda declarando la nulidad del préstamo hipotecario por otorgamiento dentro del período de retroacción de la quiebra y por inexistencia de la hipoteca. La audiencia confirmó la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo admitió el recurso de casación sólo en cuanto a las costas de la demandada, que quedaron sin efecto. (I. D.—L.)

57. Legitimación activa para el ejercicio de las acciones de retroacción de la quiebra.—Los acreedores aisladamente no pueden ejercitar la acción de revocatoria concursal porque su ejercicio corresponde a la Sindicatura de la quiebra, a iniciativa propia, por imposición del Comisario o del Juez o a instancia de cualquier acreedor (SSTS de 8 de febrero y 13 de abril de 1988). Los acreedores son, en su conjunto, los titulares de los derechos

que tratan de recuperarse a través de las acciones de retroacción mientras que la Sindicatura es sólo un representante legal y «exclusivo» desde que es nombrada hasta que cesa (SSTS de 30 de junio de 1978, 26 de mayo de 1998, 20 de diciembre de 1999 y 5 de diciembre de 2002, entre otras).

Sin embargo, en determinados casos y aunque no existe una doctrina pacífica sobre el particular, pueden ser cesados los órganos de la quiebra por Convenio aprobado judicialmente y quedar sustituidos por la Comisión Liquidadora, de manera que ésta estaría legitimada para procurar la reintegración a la masa de aquellos bienes que habían salido indebidamente de ella, incluyendo el ejercicio de la acción de retroacción.

Pignoración a favor de un tercero de las acciones de un ente meramente instrumental durante el período de retroacción.—Si durante dicho período las acciones de un ente meramente instrumental (con relación a la quebrada) se pignoran en favor de un tercero perteneciendo realmente dichas acciones a la quebrada, el acto de pignoración es radicalmente nulo sin que importe la identificación de los hechos o su calificación como fiducia, testamento, simulación, etc. (STS de 29 de noviembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La Comisión Liquidadora de *Mateu & Mateu, S. A.*, don R. M. C. y la *Compañía Mateu & Mateu, S. A.* interpuso demanda de Juicio Declarativo de Mayor Cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia contra la entidad mercantil *Inmobiliaria Fidi, S. A.*, el *Banco Exterior de España, Banco de Comercio del Grupo BBV, S. A.* (antes conocido como *Induban, S. A.*), don C. F. C., don T. L. A., don R. V. G., don C. F. A. (en su propio nombre y como representante legal de la entidad *Transportes y Servicios Rápidos, S. A.*), don D. D. V., la entidad *Promotora Industrial y Comercial Subel, S. A.*, don A. M. V. o sus sucesores o causahabientes, don J. M. M. y los herederos de don M. M. C.

El Juzgado, en base a las peticiones solicitadas, estimó parcialmente la demanda declarando lo siguiente: 1) que don R. M. C. y la *Compañía Mateu & Mateu, S. A.* carecen de legitimación activa para el ejercicio de las acciones emprendidas; 2) que absuelve al *Banco de Comercio del Grupo BBV, S. A.* (antes conocido como *Induban, S. A.*) por falta de legitimación pasiva; 3) que el ciento por ciento de las acciones de *Inmobiliaria Fidi, S. A.* eran propiedad exclusiva de la compañía *Mateu y Mateu, S. A.*; 4) que debido a la retroacción absoluta, todos los actos y negocios jurídicos realizados sobre tales acciones eran radicalmente nulos y sin posibilidad de subsanación; 5) que la finca sita en Barcelona inscrita a nombre de *Inmobiliaria Fidi, S. A.* y descrita en la demanda pertenece en pleno dominio a la *Compañía Mateu y Mateu, S. A.*; 6) que todas las inscripciones obrantes en los respectivos Registros de la Propiedad relativas a los actos y contratos nulos, eran asimismo nulas, quedando todas ellas canceladas, así como cualesquiera asientos o inscripciones derivados de aquellos actos.

Como consecuencia de todo lo expuesto, el Juez condenó: 1) a todos los demandados a estar y a pasar por las anteriores declaraciones; 2) a *Inmobiliaria Fidi, S. A.*, *Nadeal, S. A.*, don C. F. A., don D. D. V., y *Promotora Industrial y Comercial Subel, S. A.* a restituir a la masa activa de la *Compañía Mateu & Mateu, S. A.* la finca sita en Barcelona descrita en el párrafo anterior; 3) a los demandados

que hubiesen sido administradores de *Inmobiliaria Fidi, S. A.* a reintegrar a la masa activa de la *Compañía Mateu & Mateu, S. A.* todas las cantidades que hubiesen percibido en concepto de alquileres, frutos y rentas por razón de la finca referida. Algunos de los demandados presentaron recurso de apelación contra la sentencia del Juez de Primera Instancia, el cual fue desestimado.

Posteriormente, la entidad *Banco Exterior de España, S. A.* (después sucedida procesalmente por *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.*) por un lado; y don C. F. A., doña J. B. H., la entidad *Transportes y Servicios Rápidos, S. A.*, don D. D. V., la entidad *Subel, S. A.* y la entidad *Nadeal, S. A.*, por otro, interpusieron sendos recursos de casación ante el Tribunal Supremo. Ambos fueron desestimados en su integridad.

NOTA.—La reintegración de la masa activa puede ser definida, en materia concursal, como el conjunto de operaciones destinadas a facilitar la reivindicación de aquellos bienes del deudor que salieron indebidamente del patrimonio del quebrado. En las distintas tradiciones jurídicas existen *tres sistemas distintos de reintegración de la quiebra*: a) «retroacción absoluta», b) «retroacción relativa» y c) acciones impugnatorias que pueden ser ejercitadas contra algunos actos del deudor anteriores a la declaración de la quiebra.

a) La «retroacción absoluta» de la quiebra implica la nulidad absoluta, radical y de pleno derecho de todos aquellos actos, contratos o negocios jurídicos realizados por el deudor en el plazo de retroacción anterior a la declaración concursal.

b) Por su parte, la «retroacción relativa» permite anular determinados actos realizados por el deudor en un plazo anterior a la declaración. El plazo puede ser fijado legal o judicialmente.

c) Las «acciones impugnatorias» contra determinados actos del deudor son otro modo de reintegrar bienes a la masa de la quiebra. Son acciones con las cuales se pueden *rescindir* concretos negocios jurídicos realizados entre el deudor y terceros, en beneficio de la masa.

En España, nuestro Código de comercio de 1885 estableció un sistema mixto de reintegración basado en la *retroacción absoluta* de los efectos de la quiebra (art. 878.2 CCO y en las *acciones revocatorias* contenidas en los artículos 879 a 882 CCO Sin embargo y como señaló en su momento la doctrina, el sistema derivó en la excesiva protección de los acreedores concursales en detrimento de los adquirentes de los bienes del deudor en ese período de retroacción. Ello unido a la inseguridad jurídica derivada de la fijación de la fecha de retroacción por parte del Juez, ha llevado al legislador a derogar el citado sistema de reintegración mediante la reciente Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. En efecto, el capítulo IV titulado «De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa», dentro del Título III de la Ley, introduce una serie de acciones de reintegración eliminando así la reintegración absoluta. El artículo 71.1 LC establece que en el plazo de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso pueden ser impugnados aquellos actos sospechosos de ser perjudiciales a la masa activa sin perjuicio de la intención fraudulenta de quien los realizó. Es importante destacar que los actos realizados en ese período no pueden ser conside-

rados nulos de pleno derecho porque no opera ya la retroacción absoluta. Se trata tan sólo de un período en el que pueden impugnarse esos posibles actos perjudiciales a la masa activa. (*J. D. S. C.*)

58. Letra de cambio. Ejercicio de la acción de enriquecimiento del artículo 65. Carácter subsidiario.—La acción de enriquecimiento injusto prevista en el art. 65 LCCh tiene una naturaleza subsidiaria, de suerte que sólo puede utilizarse cuando no quepa el ejercicio de acciones cambiarias ni las causales contra los sujetos mencionados en la Ley.

Pago de lo indebido. Enriquecimiento injusto. Cuestión nueva.—La alegación en casación de haberse producido un enriquecimiento injusto cuya reparación debe someterse a la norma general del artículo 1901 CC, sobre pago de lo indebido, introduce una cuestión nueva en el litigio, no aducida por las partes en sus escritos alegatorios, la cual no es susceptible, conforme a una inveterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 20 de septiembre de 1994, 4 de octubre de 1996, 2 de junio de 1999 y 20 de septiembre de 2000, entre muchas), de conocimiento en casación, y debe rechazarse sin entrar en su análisis, pues altera el objeto de la controversia, atenta a los principios de preclusión e igualdad entre las partes y ocasiona indefensión al otro sujeto del pleito. (**STS de 14 de abril de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Con ocasión de las relaciones existentes entre *CC,S.L.* y *E.E.,S.A.*, aquélla libró varias letras de cambio domiciliadas en la cuenta de la entidad bancaria *B.C.H., S.A.*, que fueron aceptadas por *E.E.,S.A.*, con un montante superior a 11.000.000 de pesetas. La libradora percibió la cantidad correspondiente a cada una de las letras en virtud del contrato de descuento que tenía con determinadas entidades bancarias, con lo que, llegado el día de la presentación, los tenedores se hicieron pago de las letras a través de la Cámara de Compensación Bancaria, que trasladó las cambiales al banco domiciliatario, el cual dejó transcurrir el plazo de dos días previsto normativamente por dicha Cámara sin devolverlas y sin poder hacerse pago de las mismas frente al aceptante, cuya reclamación de las cantidades correspondientes a las cambiales la fundamenta la parte actora en el artículo 65 LCCh. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que no se cumplían las condiciones de subsidiariedad exigidas en el artículo 65 LCCh para el ejercicio de la acción de enriquecimiento. La Audiencia Provincial de Barcelona confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por el banco demandante. (*L. A. P. M.*)

DERECHO PROCESAL

59. Efecto que produce en el proceso civil la sentencia penal absoluta. Las reservas judiciales no crean ni quitan derechos.—La sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Badajoz absolvió al acusado don M.M.O. de los delitos de apropiación indebida y de malversación impro-

pia que se le imputaban, por falta del elemento de culpabilidad con base en el hecho probado de «no constar acreditado que al ser designado depositario el acusado se le informara realmente de las obligaciones inherentes a dicho cargo y de las responsabilidades en que podría incurrir caso de incumplimiento del mismo».

Del contenido de la resolución claramente se deduce que la absolución del acusado se fundamentó en la ausencia del dolo penal y no en la inexistencia del hecho que es el supuesto contemplado en el art. 116 LECr para que se produzca la exclusión de la acción civil por efecto de la cosa juzgada producida en la jurisdicción penal.

La doctrina jurisprudencial viene declarando que la sentencia penal absolutoria no produce el efecto de cosa juzgada en el proceso civil, salvo cuando se declare que no existió el hecho del que la responsabilidad hubiere podido nacer (SS, entre otras, de 4 de noviembre de 1996, 23 de marzo y 24 de octubre de 1998, 16 de octubre de 2000, 15 de septiembre de 2003); o cuando se declare probado que una persona no fue autor del hecho (SS de 28 de noviembre de 1992 y 12 de abril y 16 de octubre de 2000), porque repugna a los más elementales criterios de la razón jurídica aceptar la firmeza de distintas resoluciones jurídicas en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron, o que una persona fue su autor y no lo fue. Asimismo tiene dicho que no prejuzga la valoración de los hechos que puede hacerse en el proceso civil (SS de 26 mayo y 1 de diciembre de 1994, 16 de noviembre de 1995, 14 de abril de 1998 y 29 de mayo de 2001), y que no impide apreciar imprudencia civil (SS de 18 de octubre de 1999 y 16 de octubre de 2000 –no empece a que se pueda entablar la acción civil por culpa extracontractual–), pues no significa más que la conducta no es sancionable de acuerdo con la ley penal, no que la misma no pueda ser estimada como fuente de responsabilidad por la ley civil, en su caso (S de 31 de enero de 2000).

Por otra parte debe también indicarse que resulta irrelevante que la sentencia penal absolutoria contenga o no reserva de acciones civiles a favor del perjudicado porque el derecho de éste al ejercicio de la acción civil nace de la ley, y lo ostenta con independencia de dicha reserva.

Una sentencia penal puede utilizarse como elemento de convicción respecto de los no condenados penalmente.—Y, finalmente, en cualquier caso, aunque la sentencia del Juzgado contiene alusiones a la cosa juzgada penal, y si bien la sentencia de la Audiencia dice, que tras valorar las pruebas llega a las mismas conclusiones que la apelada, sin embargo, las tres cuestiones fácticas que pudieran resultar polémicas –a saber, pertenencia del ganado al actor señor S.M., venta con conocimiento de tal derecho de propiedad e identidad de los cerdos vendidos con los que pertenecían al mencionado demandante–, se fijan –declaran probadas– con base en las pruebas practicadas, entre ellas la declaración del codemandado y del testigo que había actuado como corredor en la operación de compra por el señor S. por lo que no es el efecto de la cosa juzgada penal lo que se toma en cuenta, sino el acervo probatorio libremente valorado por el tribunal de instancia en ejercicio de su función soberana; y sin que nada obste a que forme parte de la valoración, como un elemento más para formar la convicción sobre la base fáctica, el testimonio de una sentencia penal, sea condenatoria o absolutoria. **(STS de 30 de marzo de 2005; no ha lugar.)**

HECHOS.—Don F. S. M. dedujo demanda de reclamación de cantidad contra don I. G. G., don M. M. O. y don M. M. M.. Solici-

taba se les condenase a pagarle solidariamente los daños y perjuicios ocasionados por la venta de ciento noventa cerdos de su propiedad. Los señores M. (padre e hijo), a sabiendas de que el señor G. no era más que un poseedor inmediato de la piara con el compromiso contractual de su ceba y engorde y en connivencia con éste, habían promovido el embargo del ganado y posteriormente –alzada la traba– su venta a un tercero con el propósito de aplicar el precio obtenido al pago de un crédito que ostentaban contra el señor G. En un proceso penal inmediatamente anterior, el señor M.O. había sido absuelto de los delitos de apropiación indebida y malversación impropia en relación con su actividad como depositario tras el embargo de los cerdos. El Juzgado de Primera Instancia accedió parcialmente a lo pedido. La Audiencia confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por los señores M. que pretendían hacer valer en su favor y en la jurisdicción civil las sentencias penales absolutorias. (R. G. S.)

60. Arbitraje. Cláusula de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje. Interpretación de la estipulación. Ineficacia de la estipulación al resultar afectados todos los posibles árbitros por el litigio a resolver.–Acordado en la cláusula que la decisión arbitral debía adoptarse por mayoría de los tres componentes designados por sorteo de entre los firmantes del contrato que no fuesen parte en la controversia, y siendo todos los firmantes de dicho acuerdo partes de este litigio y, por tanto, interesados en la controversia suscitada, es correcta, por ajustada a la letra e intención de los suscriptores de aquel convenio, la interpretación que hace la sentencia recurrida de dicha estipulación, al no quedar fuera del litigio ninguna de las partes que pudiera emitir el arbitraje, que deviene así de imposible realización.

Sentencia. La no indicación de los recursos que caben contra la misma no supone infracción de las normas reguladoras de la sentencia.–La omisión de los recursos que caben contra la sentencia no tiene ninguna eficacia casacional, pues como tiene declarado el Tribunal Constitucional, la advertencia de recursos no es un elemento esencial de la sentencia, ni forma parte de la estructura de la decisión judicial, propiamente dicha, y su omisión no es por sí misma causante de indefensión de relevancia constitucional (STC de 13 de noviembre de 1989), doctrina aplicable a toda clase de resoluciones judiciales (STS de 16 de marzo de 1999).

Nulidad relativa o anulabilidad. Debe ser pedida por vía de acción.–Es reiterada y uniforme doctrina de esta Sala la que si bien la nulidad relativa o anulabilidad ha de ser pedida necesariamente por vía de acción (ejercitada en la demanda principal o en la demanda reconvenzional), la nulidad radical o de pleno derecho se puede hacer valer por vía de acción o por vía de excepción (SSTS de 16 de octubre de 1999 y 26 de noviembre de 2001). Es decir, para hacer valer la nulidad de un acto o contrato es preciso usar de las vías adecuadas a su naturaleza. De acuerdo con los artículos 1300 y 1301 CC, los vicios invalidantes del consentimiento, intimidación, error o dolo son causas de nulidad relativa o anulabilidad del contrato cuya alegación ha de hacerse mediante el ejercicio de la oportuna acción. (STS de 31 de marzo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Los hermanos G. P. suscribieron varios convenios para poner término al estado de indivisión existente entre ellos respecto de los bienes recibidos por herencia de su padre, mediante la atribución a cada uno de lotes de bienes concretos y determinados. Entre los diversos acuerdos se celebró una compraventa entre uno de los hermanos y el resto de ellos, por el que aquél adquiriría diversas fincas. En todos los convenios se hizo figurar una cláusula de sumisión a arbitraje de los eventuales litigios que pudieran surgir, ordenando en la misma que la cuestión fuese resuelta por tres de los hermanos, designados por sorteo entre todos los que no fuesen parte en el conflicto a dirimir. Tiempo después todos los hermanos vendedores demandaron al que había comprado para que se elevara a público ciertos documentos y se declarara la validez de la compraventa. El demandado opuso la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje. El Juzgado de Primera Instancia no acogió la excepción y, con estimación parcial de la demanda, declaró la validez de la compraventa solicitada en la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla desestimó el recurso de apelación interpuesto por el demandado. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada. (*L. A. P. M.*)

61. Arbitraje. Cláusula de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje. Su alegación como excepción no es incompatible con la contestación a la demanda. Interpretación jurisprudencial del artículo 11.2.º de la Ley de Arbitraje de 1988.—La redacción desafortunada y polémica del artículo 11.2.º de la Ley de Arbitraje de 1988, en su interpretación jurisprudencial ha dado lugar a una jurisprudencia no uniforme, y en los últimos tiempos ha sido objeto de revisión para llegar a decisiones judiciales concordes y reiteradas, que sientan la doctrina de que toda vez que el artículo 687 LEC 1881 autorizaba al demandado a plantear en contestación las excepciones que tuviese a su favor, tanto perentorias como dilatorias, que se resolverían en la sentencia y el hecho de alegar la excepción de arbitraje y contestar a la demanda, incluso reconvenir, no significa sumisión, ni tampoco la renuncia que prevé el artículo 11.2 LA, y entenderlo de modo distinto atentaría contra la tutela judicial efectiva y produciría indefensión a la parte demandada si sólo estuviera obligada a excepcionar y no a contestar la cuestión de fondo, pues de no prosperar la excepción su situación frente al objeto del pleito instauraría un notorio desamparo, análogo al declarado rebelde (STS de 18 de marzo de 2000). Esta doctrina se mantiene y actualiza en sentencias posteriores, puntualizando que la sumisión a arbitraje ha de ser decisiva, exclusiva y excluyente, no concurrente o alternativa con otras jurisdicciones (SSTS de 20 de junio 29 de noviembre de 2002 y 31 de mayo de 2003). A mayores razones, la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil en su DF 8.ª dio nueva redacción al artículo 11 de la Ley 36/1988, en el sentido de que la renuncia al convenio arbitral se entenderá se produce cuando la parte demandada realice, después de personados en el juicio, cualquier gestión procesal que no sea proponer en forma la declinatoria, autorizando su artículo 63 a plantear la declinatoria para denunciar la falta de jurisdicción del Tribunal ante el que se interpuso la demanda cuando el conocimiento de la misma corresponde tanto a Tribunales extranjeros, a órganos de otra jurisdicción, como a árbitros. (STS de 31 de marzo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad actora *L.S. S.P.A.* demandó a la mercantil *D.L.H.F.S.E, S. A.* solicitando se le condenase a entregar o transferir a la actora la cantidad depositada en determinada cuenta corriente del banco *B.N.L.* más intereses. La demandada se personó y además de oponer la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, dedujo demanda reconvenicional solicitando la condena de la actora principal al pago de determinadas cantidades en concepto de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la demanda reconvenicional. La Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación planteado por la demandada reconviniente y acogió la excepción de arbitraje deducida por la demandada en su contestación a la demanda principal, con absolución en la instancia y previniendo a las partes para que formalizaran el arbitraje y cumplieran el laudo resultante en los términos pactados. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora.

NOTA.—El artículo 11 de la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, ha sustituido la antigua redacción de la ya derogada Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 por otra más acorde con la interpretación sostenida por la doctrina jurisprudencial descrita. De manera que, pese al cambio legislativo, sigue siendo plenamente aplicable dicha doctrina bajo la eficacia de la nueva Ley. (*L. A. G. D.*)

62. Imposibilidad de dictar sentencia en la que se suspende la decisión hasta que no recaiga sentencia en otro pleito.—No es posible en el íter jurídico procesal previsto por la Ley de Enjuiciamiento Civil aplicable al caso suspender en una sentencia definitiva la decisión de fondo o absolutoria en la instancia que proceda, a la espera de otra sentencia que recaiga en otro pleito, pues ello equivale, prácticamente a un *non liquet*, prohibido por el orden público judicial (art. 11.3 LOPJ, art. 1.7).

Cuando se estima procedente una excepción de litispendencia, el órgano jurisdiccional debe abstenerse de resolver en cuanto al fondo.—Es clara la existencia de litispendencia que las partes no han discutido ni puesto en duda y es indiscutible la previsión que hace la ley, que no es la que adopta la sentencia objeto del presente recurso de casación. El único motivo del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don H.G.B. alega infracción del artículo 687 LEC (que lo pone en relación, innecesaria, con el artículo 359) y efectivamente se ha producido, puesto que tal norma impone que el órgano jurisdiccional, en el proceso de menor cuantía, resuelva en la sentencia todas las excepciones y si estima procedente una dilatoria, como la litispendencia, se abstenga de hacerlo en cuanto al fondo. La sentencia de la Audiencia Provincial no ha cumplido tal norma, sino que se ha abstenido de juzgar, cayendo en el concepto romano del *non liquet* y se ha suspendido el dictar sentencia, lo que no está previsto en la normativa procesal. (STS de 19 de abril de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Interpuesta por una entidad de crédito una demanda de juicio declarativo en la que se pretendía la declaración de ineficacia de una compraventa de inmuebles, los demandados exceptuaron la litispendencia. El Juez de Primera Instancia desestimó la

demanda al acoger la excepción de litispendencia. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó el recurso y acordó la suspensión del procedimiento hasta tanto que no recaiga sentencia firme en el juicio de menor cuantía núm. 691/94 del Juzgado de Primera Instancia núm. 33 de Madrid. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo dio lugar al mismo. (*L. F. R. S.*)

63. Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.—Las sentencias de los órganos judiciales colegiados deben ser dictadas por los mismos Magistrados que estuvieron presentes en la vista. Ellos son los únicos que tienen el deber de deliberar y votar incluso en aquellos casos en que después de la vista y antes del fallo hayan sido jubilados o trasladados. El incumplimiento de tal exigencia procesal vulnera el artículo 24 y supone, por tanto, una situación de indefensión para alguna de las partes (STS de 14 de noviembre de 1992, 30 de abril de 1993, 20 de diciembre de 1996 y STC de 1 de marzo de 1993). (**STS de 14 de abril de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Entre Naranjos, S. L.* interpuso demanda contra don S. N. S. y doña C. P. R. con relación al cumplimiento de un contrato de arrendamiento y derecho de traspaso pactado por las partes. Los demandados reconvinieron solicitando al Tribunal la declaración de haber cumplido totalmente las obligaciones que les incumbían. El Juzgado de Primera Instancia estimó totalmente la demanda y desestimó la reconvención. También fue desestimado por el Tribunal provincial el recurso de apelación presentado por los demandados reconvinientes. Sin embargo, al observar los demandados recurrentes que la sentencia que resolvía el recurso de apelación había sido dictada por Magistrados distintos de los que habían asistido a la vista (tan sólo coincidía uno de ellos), interpusieron recurso de casación basado en este motivo. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso. (*J. D. S. C.*)