

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Susana ESPADA MALLORQUÍN, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Sara MARTÍN SALAMANCA, Nieves MORALEJO IMBERNÓN, Carlos ORTEGA MEILÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN.**

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 jurisprudencial sobre la teoría los actos propios.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo mantiene en reiterada jurisprudencia que la fuerza vinculante de los actos propios exige que éstos se hayan producido con una finalidad inequívoca de lograr el fin para el que se pretenden invocar. Asimismo, nuestro Alto Tribunal (entre otras, SSTS de 9 de mayo de 2000, 26 de julio de 2002, 25 de mayo de 2003 y 23 de noviembre de 2004) afirma que para aplicar el efecto vinculante, de modo que no sea admisible una conducta posterior contraria a la que se le atribuye a aquél, se requiere que los actos considerados, además de válidos, probados, producto de una determinación espontánea y libre de la voluntad, exteriorizados de forma expresa o tácita, de modo indubitado y concluyente, es preciso que dichos actos tengan una significación jurídica inequívoca («finalidad o conciencia de crear, modificar o extinguir algún derecho causando estado y definiendo o esclareciendo de modo inalterable la situación jurídica de que se trata»), de tal forma que

entre dicha conducta y la pretensión ejercitada exista una incompatibilidad o contradicción. (STS de 8 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Las entidades *MM, S. A.*, y *GDF, S. A.*, tenían cada una el 50 por 100 de las acciones de la entidad mercantil *NG, S. A.*

En junio de 1996, *GDF, S. A.*, vende a la entidad mercantil *F, S. A.*, una serie de acciones de la entidad *NG, S. A.* Posteriormente, en julio de 1996, la citada entidad *GDF, S. A.*, vende en escritura pública a *F, S. A.*, otras acciones de la sociedad mercantil *NG, S. A.*

La entidad *F, S. A.*, es una sociedad que pertenecía en su totalidad a *GDF, S. A.*

El 2 de diciembre de 1996, la entidad *GDF, S. A.* vende por valor de una peseta, en escritura pública, la entidad *F, S. A.* a la sociedad mercantil *FB, S. A.*

El 17 de diciembre de 1996, la entidad *F, S. A.*, vende por valor de una peseta, en escritura pública, a la mercantil *MM, S. A.*, las acciones de la sociedad *NG, S. A.*, que adquirió en junio y julio de 1996.

El 18 de diciembre de 1996, la entidad mercantil *MM, S. A.*, vende, en escritura pública, las citadas acciones de *NG, S. A.*, a don G.

La entidad mercantil *GDF* comunicó, a los efectos del artículo 12 de los Estatutos de la sociedad *NG, S. A.*, a las entidades *NG, S. A.*, y *MM, S. A.*, su intención de vender sus acciones en *NG, S. A.*, a la entidad mercantil *F, S. A.*

El tenor literal del artículo 12 de los Estatutos de la sociedad *NG, S. A.* es el siguiente: «El accionista que se proponga transmitir todas o parte de sus acciones por actos *inter vivos*, y por cualquier título oneroso o gratuito a persona que no sea accionista, deberá comunicarlo en el domicilio de la Sociedad, al Órgano de la Administración de la misma, indicando el valor en venta de aquéllas, la forma de pago, y demás condiciones ofertadas por el interesado en su adquisición, así como los datos personales de éste. [...]. No tendrá eficacia alguna frente a la sociedad la transmisión que se haga incumpliendo estos requisitos; debiendo rechazarse por el Órgano de la Administración la inscripción de las mismas en el Libro Registro de Acciones Nominativas».

Ambas sociedades (*NG, S. A.*, y *MM, S. A.*) renuncian al ejercicio del derecho de adquisición preferente.

La venta de la sociedad *F, S. A.*, que realiza la entidad *GDF, S. A.*, a la entidad mercantil *FB, S. A.*, no es comunicada previamente a *MM, S. A.*, ni a *NG, S. A.*

La entidad mercantil *MM, S. A.*, interpone una demanda contra las entidades *GDF, S. A.*, *F, S. A.* y *FB, S. A.*, solicitando se dicte sentencia en la que se declare la nulidad de la transmisión de las acciones de la entidad *F, S. A.*, por parte de *GDF, S. A.*, a la entidad *FB, S. A.*, por haberse realizado en fraude de ley, así como que se condene a la entidad mercantil *GDF, S. A.*, al pago de una indemnización de daños y perjuicios ocasionados a la demandante como consecuencia de la transmisión de acciones cuya nulidad se solicita.

El Juzgado de Primera Instancia estima la excepción de falta de legitimación *ad causam* y dicta sentencia absolviendo en la instan-

cia a los demandados, sin entrar a conocer del fondo del asunto. Interpuesto recurso de apelación por la entidad demandante, la Audiencia Provincial lo desestima, confirma la sentencia de primera instancia, en cuanto desestima la demanda con la aclaración de que la absolución de los demandados es en cuanto al fondo y no en la instancia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. J. P. G.)

2. Interpretación restrictiva de la figura de la prescripción.—El Tribunal Supremo ha entendido en reiteradas ocasiones que la figura de la prescripción ha de ser tratada de forma restrictiva, de tal manera que, respecto a la prescripción extintiva, en cuanto aparezca fehacientemente evidenciado el *animus conservandi* por parte del titular de la acción, incompatible con toda idea de abandono de ésta, ha de entenderse que queda interrumpido el plazo de prescripción (SSTS de 17 de diciembre de 1979, 18 de septiembre de 1987, 12 de julio de 1991, entre otras). Siendo la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva (STS de 20 de octubre de 1988). Esta construcción finalista de la prescripción tiene dos razones que la justifican: por un lado, la idea de sanción de las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho o de las facultades propias, y, por otro, consideraciones de necesidad y utilidad social. De esta forma, cuando la cesación o el abandono en el ejercicio de los derechos no aparecen debidamente acreditados y sí lo está, por el contrario, el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos que se altere su esencia.

Interrupción de la prescripción extintiva.—La interrupción de la prescripción extintiva por vía de la reclamación extrajudicial, constituye una singularidad en nuestro Derecho en relación con el Derecho comparado. El artículo 1973 CC no exige fórmula instrumental alguna para la reclamación extrajudicial como medio para interrumpir la prescripción, por lo que cualquiera de ellos puede servir para tal fin. Por tanto, el intercambio de correspondencia por cartas es suficiente para fundamentar una interrupción extraprocésal del plazo de prescripción (SSTS de 12 de julio de 1990, 21 de noviembre de 1997, 21 de marzo de 2000, entre otras). (STS de 2 de noviembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—*T. E., S. A.*, ejercita acción indemnizatoria de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual contra *C. M. Z. O. V. y U.* La primera entidad fue con quien la Junta de Compensación del Área Industrial Polvoranca había contratado las obras de urbanización de la misma, si bien subcontrató con *P. P.* la instalación de dos tuberías, y la entidad codemandada es aquella con la que la ejecutante tenía concertada póliza de seguros. Se reclama a ambas como responsables solidarias por los daños y perjuicios derivados de la rotura del cable coaxial producida el 12 de febrero de 1992, al perforar la subcontratista un terreno donde se encontraban las instalaciones de *T.* Queda acreditado que el origen de la acción indemnizatoria está en la causación del daño descrito

y que *T.* remitió un telegrama a *P.* el 5 de febrero de 1993, donde se informaba de la confección de la valoración definitiva del daño. La actora requirió de pago a *P.*, a su aseguradora y a *C. M. Z. O. V.*, mediante cartas certificadas con acuse de recibo desde el 15 de abril de 1993 hasta el 28 de julio de 1994. La demanda se formula el 8 de noviembre de 1994.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y condena a las demandadas al pago solidario de una indemnización a la demandante. Contra esta sentencia se formuló recurso de apelación por las demandadas, recurso que fue estimado y donde la Audiencia Provincial declaró que la acción indemnizatoria ejercitada por *Telefónica* estaba prescrita. Contra esta decisión la actora decide interponer recurso de casación. El Alto Tribunal estima el recurso, al admitir el valor interruptorio del plazo de prescripción del telegrama enviado por la demandante, antes del vencimiento del año que dispone como plazo prescriptivo el artículo 1968.2 CC. La remisión del telegrama implica la intención de mantener la reclamación pendiente por parte de la demandante, lo que se evidencia con la reiteración de las reclamaciones extrajudiciales a los responsables de los daños a los efectos de ejercer y conservar su derecho. (*S. L. M.*)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Derecho al honor. Intromisión ilegítima: inexistencia. Interés general. Veracidad. Información diligentemente contrastada. «Términos duros»: ausencia de propósito de insultar: crítica feroz y contundente.—La información versa sobre hechos de interés general para el entorno sociológico de Melilla. También nos encontramos ante una situación impregnada de veracidad y que recae sobre las mencionadas actuaciones y destacadas por *J. I.*, y así se infiere del *factum* de la sentencia recurrida, obtenida a través de una actividad hermenéutica lógica y racional. Dicho *factum* acredita que el demandado exhibió toda la diligencia que le era demandable en la contrastación de la veracidad de sus fuentes. Las informaciones vertidas en los referidos artículos, ironías aparte, entran de lleno en lo que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos denomina «términos duros» (Sentencia *Handyside*, de 7 de diciembre de 1976, Sentencia *Oztürk*, de 28 de septiembre de 1999), pero que no están reñidos con la preeminencia del derecho a informar y a opinar. Dichas opiniones o informaciones, explicitadas sin tanta dureza, hubieran producido el mismo efecto informativo y, desde luego, hubieran tenido un mejor nivel cultural. La expresión «Espero que no me condene por sacar la conclusión de que usted, señor *P. J.* pudiera ser un ladrón» no se puede estimar como la imputación de un delito, pues sólo contiene una potencialidad y, además, no se puede sacar del contexto de todos los artículos, porque, dentro de él, tal expresión se incardina dentro de la feroz crítica, con términos duros. No se aprecia, dentro del contexto del caso, propósito de insultar o menospreciar a nadie, sino la firme voluntad de denunciar unos hechos que, a la vista de los datos con que se disponía en aquel

momento, eran acreedores de una contundente y rotunda crítica. (STS de 29 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—D. P. J., director del diario *M. H.* es objeto de una serie de artículos publicados en el diario *E. F. de M.* de la firma *P. I., S. L.*, escritos por D. J. I., que aluden a la falta de transparencia de sus actividades económicas, en relación con su participación en las actuaciones conmemorativas del Quinto Centenario de la Ciudad de Melilla. D. P. J. interpone demanda contra D. J. I. y la mercantil *P. I., S. L.*, sobre protección al honor, intimidad personal y propia imagen. El Juzgado de primera instancia aprecia una intromisión ilegítima en el honor de don P. J. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial estima el recurso. (S. M. S.)

4. Derecho al honor y libertad de información. Significado del requisito de la veracidad de la información.—Por información veraz se entiende aquella comunicación de datos que haya sido debidamente contrastada o comprobada y que sea, a la vez, obtenida rectamente, o sea, sin que se infrinja la Ley en el procedimiento de obtención o recepción de datos. En palabras de la STS de 15 de noviembre de 1998 la veracidad de la noticia supone «información comprobada desde el punto de vista de la profesionalidad informativa» o «una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo» (SSTC de 26 de marzo de 1996, 30 de junio de 1998 y SSTS 4 de octubre de 1993, 7 de junio de 1997, 5 de febrero y 31 de julio de 1998).

Publicación de información obtenida de fuentes policiales. Fiabilidad y solvencia de la fuente: inexigibilidad de una sobre investigación o labor de contrate por parte del informador.—La noticia obtenida de fuente palmariamente solvente, como es la policía que investiga los hechos, ofrece visos de veracidad bastante para dar lugar a la información. No cabe apreciar responsabilidad por la irrealidad de los datos cuando el informador se limita a publicar la noticia obtenida de la policía no siéndole exigible al informador que desarrolle mayor labor investigadora o de contraste de la que ha llevado la propia policía. (STS de 11 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Un determinado periódico local publicó como noticia el hallazgo del cadáver de una mujer aparecido en el río Andarax. Con anterioridad y en el mismo lugar se habían descubierto otros ocho cuerpos de víctimas de asesinato u homicidio, correspondientes a mujeres que se dedicaban a la prostitución. A la muerte, objeto de la noticia, también se le aplicó la condición de prostituta. Sin embargo estas últimas suposiciones resultaron carentes de realidad y, por ello, el mismo periódico desmintió días más tarde la noticia, de manera relevante, en lo referente al oficio de la víctima.

Familiares de la víctima demandaron, por vulneración del derecho al honor, a la periodista que divulgó la noticia, al director y al representante legal del Diario en la que se publicó. El Juzgado estimó parcialmente la demanda. La Audiencia revocó la sentencia y absolvió a los demandados y el Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

5. Persona jurídica: personalidad: levantamiento del velo jurídico: procedencia. Sociedad meramente aparente y sin actividad mercantil: semejanza de denominación y objeto social con sociedad ejecutada. Abuso de personalidad con fin defraudatorio.—Se trata de establecer si el tercerista tiene, en efecto, la condición de tercerista, en relación con la jurisprudencia sobre el denominado «levantamiento del velo». La evidente semejanza entre la denominación de la sociedad tercerista y las iniciales de la denominación de la ejecutada, la coincidencia de sus objetos y, lo que es más importante, el hecho acreditado de que, en la fecha en que se trabó el embargo, era la ejecutada la única de las sociedades a las que se viene aludiendo que consta que estaba ejerciendo una actividad real, pues la tercerista ni siquiera figura dada de alta en la Seguridad Social, ha de concluirse necesariamente que la existencia de *Pmp M., S. L.* era meramente aparente y que no consta que su constitución obedeciese a una voluntad real de crear una empresa con verdadera actividad, por lo que la aportación de la maquinaria litigiosa a su patrimonio fue también meramente formal, pues en la fecha del embargo estaba incorporada al proceso de producción *P. M. P., S. L.*, que era la que realmente estaba ejerciendo una actividad mercantil; era, por tanto, la que estaba asumiendo los riesgos derivados de dicha actividad y era la que venía utilizando dicha maquinaria, desde mucho antes de que fuese constituida la sociedad tercerista. Con los anteriores datos fácticos, cabe afirmar, como sintetiza, en relación con otras muchas, la STS de 10 de junio de 2004, que se dan los requisitos para aplicar la técnica del levantamiento del velo, que se utiliza para averiguar el sustrato real de la personalidad jurídica tratando de superar una manipulación financiera para que triunfe en el derecho y en la justicia, y con la finalidad de evitar el abuso del derecho, la mala fe o el fraude y cuya base legal se encuentra en los artículos 6.4 y 7.1 y 2 CC. (STS de 30 de mayo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Burgos se promueve juicio de menor cuantía, a instancia de la entidad *P. M. P. M., S. L.*, contra la *Tesorería General de la Seguridad Social* y la entidad *P. M. P., S. L.*, esta última en situación de rebeldía procesal, sobre tercería de dominio. La actora formula demanda solicitando que se dictara sentencia declarando los bienes objeto de embargo relacionados en la demanda, como pertenecientes a la entidad actora, ordenando se alzara el embargo trabado sobre los mismos, dejándolos a disposición de la entidad actora, con expresa condena en costas a los demandados. El Juzgado desestima la demanda sobre tercería de dominio y la Audiencia Provincial el recurso de apelación. (*S. M. S.*)

6. Reclamación del recurso cameral por las Cámaras Oficiales de Comercio e Industria. Jurisdicción competente. Cuotas devengadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación.—Aunque dichas Cámaras sean corporaciones de derecho público y se configuren como órganos consultivos y de colaboración con las administraciones, según dispone la Ley 3/1993, la facultad de proceder a la recaudación del recurso cameral por la vía de apremio, que les reconoce el artículo 14 de la citada Ley, sólo fue admisible desde que ésta entró en vigor y no respecto

de las cuotas pendientes de pago devengadas en años anteriores, para las cuales regía, en sentido contrario a tal privilegiada posibilidad, el Decreto 3154/1968, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el Reglamento General de Recaudación. Esto determina, como ha tenido ocasión de señalar el Alto Tribunal en repetidas ocasiones, que la jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones del recurso cameral devengadas con anterioridad a 1993, sea la civil por imperativo de lo dispuesto en el artículo 9.2 LOPJ, de suerte que el problema jurisdiccional planteado ha de resolverse y decidirse en el sentido de decretar la plena competencia jurisdiccional de los Tribunales civiles (SSTS de 19 de noviembre de 1998 y 24 de enero y 28 de febrero de 2000). (STS de 13 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid* demandó a la mercantil *P. C., S. A.*, por la cantidad de trece millones de pesetas en concepto de recurso cameral dejado de abonar por la demandada entre los años 1987 a 1991. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda planteada y condenó a la compañía al pago de tal cantidad. La demandada interpuso recurso de apelación al considerar que la jurisdicción civil era incompetente para conocer del asunto, dada la naturaleza de corporación de derecho público de las Cámaras Oficiales y del privilegio de auto tutela ejecutiva con que cuentan; debiendo, a su entender, remitirse la decisión a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo. La Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (L. A. G. D.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

7. Contrato de permuta a cambio de obra. Tratos preliminares: inadmisión: verdadero contrato. Contrato verbal: libertad de forma. Autocontratación prohibida: la carente de autorización.—No se trató de tratos preliminares, por cuanto resulta probado en la resolución recurrida el pleno consentimiento contractual, es decir, el concurso *—cum sentire—* de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que constituyen el contrato (art. 1262 CC). Carecen de fundamento las alegaciones consistentes en que, para concertar el contrato de permuta a cambio de obra es prácticamente indispensable su formalización por escrito, para prestar el consentimiento, porque, en nuestro derecho contractual rige el sistema de libertad de forma (arts. 1278-1280 CC), salvo precepto específico que la exija. Por otro lado, en nada se contradice el artículo 1459 CC, pues nada impide al que quiere vender una cosa hacerlo al agente a quien había encargado su venta, pues la norma invocada únicamente veda el autocontrato sin autorización.

Interpretación del consentimiento contractual. Actos de las partes: artículo 1282 CC.—En este caso, puntualiza el Tribunal Supremo, no está en duda la intención de los contratantes, sino la existencia del mismo. Por otro lado, los actos de las partes pueden ser tenidas en cuenta por el tribunal cuando revelan inequívocamente el consentimiento contractual. La sentencia recurrida alude al detalle muy significativo de que nos encontramos ante una actividad con suficiente publicidad como para ignorar la misma en una

pequeña localidad de escasos habitantes (1.985), donde reside la demandada ejerciendo el comercio de comestibles, en la que resulta inadmisibles afirmar no conociese toda la pública y oficial actividad que, en relación a la construcción de las viviendas llevó a cabo la demandada desde finales de 1995, fecha del primer contacto entre el señor C. M. y la demandada hasta el mes de octubre de 1996, en que ésta comunica a los actores tener una mejor oferta para el solar donde se había proyectado la obra.

Consentimiento tácito.—Se argumenta por la recurrente que, según la resolución recurrida, doña C. prestó su consentimiento al contrato verbal de permuta de forma tácita, pero para que ello pudiera ser así los hechos que integren la conducta valorada como expresión de voluntad habrán de ser concluyentes e inequívocos, sin que quepa confundir conocimiento con consentimiento. El Tribunal se acoge a que la resolución recurrida dice que el consentimiento «claramente se deduce de la actividad, incluso conjunta, en que, en algún momento, coincidieron ambas partes», e indica actos en que se da tal circunstancia, y, como tal apreciación fáctica devino incólume en casación, resulta inconsistente la alegación. Finalmente, aunque es cierto que, generalmente, el mero conocimiento no implica conformidad, ni basta el mero silencio para entender que se produjo la aquiescencia, el silencio puede entenderse como aceptación cuando se haya tenido la oportunidad de hablar, es decir, que no se esté imposibilitado para contradecir la propuesta del oferente, por impedimento físico o por no haber tenido noticia del mismo y se deba hablar, existiendo tal deber de hablar cuando haya, entre las partes relaciones de negocio que así lo exijan, o cuando lo natural y normal según los usos generales del tráfico y en aras de la buena fe, sea que se exprese el disentimiento, si no se deseaba aprobar la propuesta de la contraparte. Y, en el caso, habida cuenta las relaciones negociales existentes entre las partes y las circunstancias concurrentes expuestas con amplitud en la sentencia de instancia, que devienen incólumes y vinculantes para este tribunal, siempre resultaría correcta la aplicación de la doctrina de que «otorga quien calla pudiendo y debiendo hablar», aunque, además, el juzgador de instancia también toma en cuenta la existencia de una intervención positiva (actos de doña C.), con el significado de hechos concluyentes de aquiescencia implícita del negocio contractual. (STS de 10 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don E. y don C. M. deducen demanda contra doña C., solicitando que se declare resuelto el contrato de permuta celebrado entre la demandada y los actores y se condene a doña C. a indemnizar los daños y perjuicios causados. Alternativamente, y si se considera existente una simple promesa de contrato, declarar resuelto el contrato de promesa bilateral de permuta suscrito, indemnizando doña C. los daños y perjuicios causados. Los actores afirman la existencia de un contrato verbal de permuta de un solar propiedad de la Sra. C., a cambio de obra y una cantidad de dinero, el cual consideran incumplido por la mencionada propietaria. doña C., en cambio, sostiene, en esencia, que no existió contrato verbal de permuta, sino que, inicialmente, hubo un encargo a don C. M., para la venta del solar a terceros y, posteriormente, unas conversaciones para la transmisión del solar a unas personas presentadas por aquél, que resultaron ser él mismo y don E., conversaciones que concluyeron sin acuerdo, por lo que el contrato nunca se celebró y,

por consiguiente, no pudo haber el incumplimiento contractual denunciado en la demanda.

Las sentencias de instancia afirman la existencia del contrato verbal de permuta —permuta de solar por prestación subordinada de obra y dinero—. La sentencia de primera instancia, estima parcialmente la demanda y la de la Audiencia Provincial estima parcialmente los recursos de apelación de ambas partes, modificando la resolución recurrida en el sentido de reducir la indemnización por daño emergente y acordar la remisión a ejecución de sentencia del lucro cesante. Contra esta resolución se formulan dos recursos de casación: uno por doña C. y otro por don E y don C. M. (*S. M. S.*)

8. Interpretación de los contratos. Facultad reservada a los tribunales de instancia.—Constituye una jurisprudencia inveterada la que sostiene que la interpretación de los contratos es competencia del Tribunal de instancia y sólo puede ser revisable en casación cuando sea ilógica, absurda o contraria a la Ley (entre muchas, SSTs de 20 de enero de 2000, 23 de diciembre de 2003 y 25 de marzo de 2004), sin que pueda pretenderse sustituir la interpretación efectuada por los Tribunales competentes por el criterio del recurrente, siempre y cuando las normas hermenéuticas hayan sido aplicadas correctamente.

Incumplimiento resolutorio ex artículo 1124 CC. Requisitos.—La reiterada interpretación del artículo 1124 CC que hace la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, exige para que el contrato pueda ser resuelto por la vía de este precepto: *a)* que el contrato contenga prestaciones recíprocas; *b)* que sean exigibles; *c)* el cumplimiento por quien ejerce la acción de las obligaciones que le incumbían y *d)* un incumplimiento esencial por la parte no cumplidora (SSTs de 27 de noviembre de 1992, 16 de mayo de 1996 y 10 de julio de 2003, entre otras muchas). En el caso presente no concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la aplicación de la mencionada disposición, puesto que no se ha probado que haya existido el incumplimiento por parte del arquitecto técnico demandado, ya que en definitiva la falta de la actividad empresarial proyectada no fue debida a las condiciones de la remodelación, sino a otras causas ajenas por completo al contrato en cuestión. (**STS de 21 de septiembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Las actoras contrataron los servicios del arquitecto técnico señor P. G. para que se encargara de la realización de las obras de adecuación de un local que aquéllas destinaban a gimnasio y sala de aeróbic. Terminadas las obras la empresa comenzó a funcionar pero el Ayuntamiento de Oviedo procedió a la clausura del local por haber procedido a su apertura sin la correspondiente licencia. También se produjeron denuncias de los vecinos debido a las molestias causadas por la utilización de música amplificadas. Las demandantes pidieron que se condenara al arquitecto técnico por no haber previsto esta eventualidad en el proyecto constructivo, lo que les ocasionó, según las actoras, la pérdida económica derivada del cese de su empresa. El Juzgado de Primera Instancia declaró no haber lugar a la demanda. Esta sentencia fue confirmada en apelación por la Audiencia Provincial. Los tribunales de instancia llegaron a la conclusión de que no se encargó una insonorización especí-

fica distinta de la proyectada por el arquitecto técnico; de manera que entendieron que lo proyectado y ejecutado cumplía con los términos del contrato. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante. (L. A. G. D.)

9. Resolución de contratos. Contrato de agencia: contratos de duración determinada y concreta. Revocación. Valor de continuación de relaciones comerciales.—Los contratos de agencia celebrados entre la actora y las demandadas A. y B-A. eran de duración determinada y concreta, aunque se fuesen prorrogando en el tiempo. Los dos contratos fueron resueltos, en el sentido de que las entidades empresarias hicieron saber a la entidad agente comercial el ejercicio de la facultad revocatoria, con respecto del plazo de preaviso. Habida cuenta de ello, no cabe «continuar lo extinguido». Una cosa es continuar un contrato, y otra, continuar relaciones comerciales o de negocios. Y si la intención de los contratantes fue extinguir un vínculo contractual para crear otro nuevo, había que entender que se produjo una novación extintiva. En todo caso, las relaciones comerciales habidas con A., después de la revocación (sean de hecho o por concierto verbal no merecen la calificación contractual de agencia, porque difieren de las existentes con anterioridad a la revocación, tanto por la forma de retribución, como porque a partir de la fecha de extinción del vínculo contractual (31 de diciembre de 1989, en que se cumplió el plazo de prórroga y se hizo efectiva la revocación del contrato comunicada en junio del propio año), no existe documentación alguna que remita la citada entidad comunicando objetivos que debe cumplir en esa función. Respecto a B-A., el hecho de que existiese voluntad de negociar un nuevo contrato conforme a la nueva normativa jurídica (Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia), no supone ningún óbice a la extinción del vínculo anterior.

Legislación aplicable al contrato de agencia. Inaplicabilidad directa de la Directiva Comunitaria 86/653/CEE. Contratos anteriores a la Ley 12/1992. Indemnización de daños y perjuicios por resolución unilateral. Indemnización por clientela.—A las relaciones jurídicas del caso no es aplicable la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, porque la nueva normativa no entró en vigor hasta el 1 de enero de 1994, con independencia de que quepa tomar en cuenta sus preceptos con carácter orientativo (SSTS de 13 y 30 de abril de 2004). Y también procede indicar que no cabe denunciar infracción de los artículos de la Directiva Comunitaria 86/653/CEE, de 18 de diciembre, porque no es de aplicación directa (SSTSJCE de 26 de febrero de 1986 y 14 de julio de 1994; STS de 18 de marzo de 1995), sin perjuicio de que el Derecho interno vigente debe interpretarse lo más conforme con una Directiva no transpuesta (SSTS de 24 de julio de 2000, 22 de abril y 13 de junio de 2002, 5 de mayo de 2003, 30 de abril de 2004). La doctrina jurisprudencial relativa a los contratos de agencia sujetos a la legislación anterior a la Ley 12/1992, así como también a los contratos de distribución, venía entendiendo que procedía la indemnización de daños y perjuicios en los contratos de duración indefinida si la resolución unilateral tenía lugar de forma abusiva o contraria a la buena fe (SSTS de 17 de mayo de 1999, 13 de junio de 2001, 22 de abril, 3 de mayo y 3 de octubre de 2002, 30 de abril, 20 de mayo y 13 de octubre de 2004), o sin respetar el plazo pactado o razonable de preaviso (SSTS de 28 de enero y 18 de marzo de 2002; 16 de diciembre de 2003), siempre y cuando se probase la realidad de dichos

daños y perjuicios. En un sentido similar el artículo 29 de la Ley sobre Contrato de Agencia sólo prevé la indemnización referida para el caso de que «el empresario denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida». Por lo tanto, al no concurrir en el caso los presupuestos exigidos por la doctrina de esta Sala para la prosperabilidad de la pretensión indemnizatoria, dado que los contratos eran de duración definida y se cumplieron los plazos de preaviso. Respecto a la indemnización por clientela, la jurisprudencia ha venido entendiendo, con equiparación a las situaciones de enriquecimiento injusto (SS de 22 de marzo de 1988, 27 de mayo de 1993, 3 de mayo y 23 de diciembre de 2002, 5 de mayo de 2003, 13 de octubre de 2004), que el empresario debe remunerar o compensar la labor de creación de la clientela en los supuestos en que la resolución unilateral va seguida del disfrute por parte del mismo de la clientela aportada por el agente, o bien, cuando en contemplación del momento inmediato posterior a la ruptura del vínculo contractual es posible un pronóstico razonable acerca de cuál será el futuro comportamiento probable de dicha clientela y existe, por lo tanto, la susceptibilidad de que el empresario continúe disfrutando y favoreciéndose de ella (SSTS de 27 de enero y 7 de abril de 2003, 30 de abril de 2004). La *ratio decidendi* de la sentencia aquí impugnada claramente responde a la no concurrencia del presupuesto de aportación de nuevos clientes o incremento sensible de las relaciones económicas que las empresas demandadas tenían con sus anteriores clientes. (STS de 23 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *T. de la P., S. A.* deduce demanda sobre indemnización por resolución unilateral de contrato de agencia contra las entidades *A., S. A., B-A. S. A.* y *S., S. A.*, en la que solicita condena de las demandadas al pago de diversas cantidades por los conceptos de comisiones, operaciones de compra de recambios, garantías facturadas desde 1989 a 1993, inversiones pendientes de amortización, gastos facturados por equipamiento de taller, de oficina y formación correspondientes a los cinco últimos años, gastos financieros, e indemnizaciones de daños y perjuicios y por clientela. Según quedó probado, en 1989, se había revocado el contrato de agencia concluido entre la entidad actora y las demandadas *A., S. A.* y *B-A., S. A.* —que a su vez operaban como concesionarias de la codemandada en situación de rebeldía procesal *S., S. A.* A pesar de ello, *T. de la P., S. A.* continuó vendiendo y reparando vehículos Audi-Volswagen, así como comprando recambios, después de esa fecha. En concreto, respecto a *B-A., S. A.*, las partes convinieron la modificación de los acuerdos sobre duración y vigencia del contrato, prorrogándolo hasta el 31 de diciembre de 1993, período que se fijaba para negociar con anterioridad un nuevo contrato adaptado a la normativa vigente. En fecha 23 de junio de 1993, *B-A.* comunica a *T. de la P.* no renovar el contrato vigente entre ambos, cuya fecha de terminación es 23 de diciembre de 1993. Pero, con fecha 12 de enero de 1994, *B-A.* aún remite otro documento escrito a *T. de la P., S. A.*, notificándole que la denuncia unilateral del contrato dejaba extinguido el contrato a partir del 31 de diciembre de 1993.

La demanda fue desestimada en las dos instancias. (*S. M. S.*)

10. Contrato de distribución en exclusiva por tiempo determinado. Resolución unilateral.—El desligarse del contrato antes de su finalización exige una cumplida causa que lo justifique, pues *pacta sunt servanda*.

Contrato de distribución en exclusiva por tiempo indefinido. Resolución unilateral.—Los contratos de exclusiva de duración indefinida pueden ser resueltos unilateralmente con plena validez y eficacia jurídica.

Solidaridad de deudores. Atenuación del rigor del artículo 1137 CC.—No es preciso para entender que existió una solidaridad en el contrato que se utilice una expresión literal en tal sentido sino que puede ser estimada su concurrencia por el conjunto de antecedentes demostrativos de que ha sido querido por los resultados aquel resultado económico, siguiendo las pautas de la *bona fides*, en base a la cual la jurisprudencia viene atenuando el rigor del último párrafo del artículo 1137 CC, bastando que aparezca de modo evidente la voluntad de los contratantes de haberse obligado *in solidum* o resulte dicha solidaridad de la naturaleza de lo pactado.

Contrato de distribución en exclusiva por tiempo indefinido. Indemnización por falta de preaviso.—Resuelto unilateralmente un contrato de distribución en exclusiva de duración indefinida, en principio el concesionario no tiene derecho a ninguna indemnización por el ejercicio correcto por el concedente de su facultad de resolución. Sin embargo, sí la tiene cuando la usa con mala fe o con abuso de derecho. La resolución sin respetar un plazo de preaviso es un ejercicio abusivo, en tanto impide al concesionario tomar las medidas oportunas para la liquidación de la relación jurídica que se extingue. En tal caso, la indemnización debida por el concedente en modo alguno puede abarcar el propio daño de resolución, pues el concesionario debió prever la precariedad de su situación jurídica por la indefinición del plazo de duración. El daño por falta de preaviso es el indemnizable, que es completamente distinto del daño de resolución.

Contrato de distribución en exclusiva por tiempo indefinido. Plazo de preaviso: criterios para su determinación.—Si el preaviso no se ha pactado, no por ello no ha de observarse ningún plazo, pues entra en la naturaleza de la propia relación jurídica por tiempo indeterminado que anticipadamente se ponga en conocimiento de la otra parte la finalización de la relación, y así se observa en el uso cotidiano de los negocios (art. 1258 CC). La concreción del plazo dependerá de las circunstancias concurrentes. Un criterio que puede ser aplicable es el que contiene el artículo 25 de la Ley de Contrato de Agencia, en tanto que en él se contempla el mismo problema que se trata de resolver, sin que exista imposibilidad de acudir a esta vía de integración vía la naturaleza distinta del contrato de agencia y de distribución en exclusiva. Tanto el agente como el distribuidor en exclusiva son colaboradores del empresario.

Contrato de distribución en exclusiva. Indemnización por clientela: finalidad y supuestos admitidos legalmente.—El establecimiento de una relación jurídica de naturaleza duradera, como es la de distribución en exclusiva, es susceptible de crear una clientela que potencialmente pueda ser aprovechada por el concedente que extingue aquella relación, lo que supone el enriquecerse a cuenta del esfuerzo ajeno, ya sin ninguna retribución. Es cierto que todo ello es meramente potencial, pues la clientela puede disminuir en mayor o menor medida según se actúe sobre ella para conservarla, pero lo que corrientemente enseña la realidad es que sigue adquiriendo los productos pese a que ha desaparecido el distribuidor exclusivista. El ordenamiento jurídico no ha sido insensible a esta situación, y preceptúa en determinadas rela-

ciones jurídicas una indemnización por clientela, calculada de forma variable, al extinguirse aquéllas. Así el artículo 34 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, respecto a la extinción del contrato de arrendamiento de finca en que se haya ejercido una actividad comercial abierta al público, y el artículo 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de Régimen Jurídico del Contrato de Agencia.

Contrato de distribución en exclusiva. Indemnización por clientela: aplicación analógica y principio general.—Puede extraerse de ello un principio favorable a la indemnización en aquellos supuestos en que se pueda producir el mismo resultado (creación de clientela) y no se encuentren regulados por la Ley. La jurisprudencia ha venido concediendo de modo reiterado una indemnización al concesionario en base a una aplicación analógica del artículo 28 de la Ley 12/1992. Por tanto, el concesionario tendrá derecho a una indemnización en función de la concurrencia de las circunstancias que señala el citado precepto. (STS de 21 de noviembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil C., S. L., interpuso demanda contra Egurko, S. Coop. solicitando se declarase el incumplimiento contractual de las obligaciones dimanantes del contrato de distribución en exclusiva por parte de las cooperativas demandadas Egurko-Ortza, la resolución del contrato de distribución en exclusiva con mala fe, abuso de derecho y enriquecimiento injusto por parte de las cooperativas demandadas; así como la existencia de daños y perjuicios tanto por el incumplimiento contractual de las cooperativas demandadas, como por la resolución unilateral, sin preaviso, con mala fe, abuso de derecho y enriquecimiento injusto. El Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Valencia desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia resolvió estimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

11. Contrato de compraventa. Resolución por incumplimiento ex artículo 1124 CC. Retroacción de los efectos de la resolución al momento mismo de celebración del contrato.—Es opinión comúnmente aceptada que la resolución contractual produce sus efectos no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos *ex nunc* sino *ex tunc*, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se ha establecido para los casos de rescisión en el artículo 1295 CC, para el caso de nulidad en el artículo 1303 CC y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el artículo 1123 CC (SSTS de 17 de junio de 1986 y 5 de febrero de 2002).

Devolución del precio pagado con los intereses legales. El abono de intereses a que alude el segundo párrafo del artículo 1124 CC no tienen naturaleza indemnizatoria, sino restitutoria.—El vendedor tiene que reintegrar el precio percibido con sus intereses legales, los cuales deben ser computados desde que efectivamente se hizo el pago, y no desde la celebración del contrato. Los términos en que esta redactado el pedimento de la demanda

reconvencional evidencian que en el mismo no se contiene una pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios, sino el reintegro de los intereses legales como forma de obtener la íntegra restitución de lo entregado, esto es, el precio con sus intereses. (STS de 27 de octubre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La actora había comprado, en unión de su marido luego fallecido, un trozo de terreno con una pequeña casa en la localidad de Torrox, abonando seis millones de pesetas y quedando pendiente el pago de otro millón. Con posterioridad solicitó judicialmente la resolución del contrato por incumplimiento ex artículo 1124 CC, pidiendo se le reintegrase lo ya pagado más los intereses legales de dicha cantidad. Los vendedores se opusieron y reconvinieron solicitando el abono del millón de pesetas pendiente de pago. El Juzgado de Primera Instancia desestimó esta reconvencción y, estimando parcialmente la demanda interpuesta, declaró resuelto el contrato de compraventa y condenó a los demandados a la devolución de los seis millones pagados más los intereses legales de dicha cantidad. La Audiencia Provincial de Málaga acogió parcialmente el recurso de apelación planteado por los demandados, y acordó no haber lugar al devengo de intereses legales de los seis millones que los recurrentes debían devolver a la actora. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la actora. (L. A. P. M.)

12. Preferencia de créditos: los créditos documentados por corredor de comercio colegiado se equiparan, a efectos de preferencia, a los que consten en escritura pública.—La jurisprudencia ha venido aplicando el artículo 1924.3.º A) CC a las pólizas intervenidas por corredor colegiado de comercio o agente de cambio y bolsa, de modo que ha equiparado a estos efectos, los créditos que constan en ellas a los que lo hacen en escritura pública (SSTS de 3 de noviembre de 1971, 21 de septiembre de 1984, 20 de septiembre de 1991 y de 8 de mayo de 2001, entre otras muchas).

Contrato de apertura de crédito en cuenta corriente intervenido por corredor de comercio colegiado. Liquidación: su fecha determina la preferencia del crédito.—Cuando la cantidad debida por el deudor no consta en el propio título ni puede determinarse por simples operaciones aritméticas, como sucede en el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, se hace necesaria una operación complementaria de liquidación, ya que la concedente, obligada a tener a disposición del acreditado sumas de dinero dentro de los límites convenidos, sólo será efectiva titular de un derecho a exigir la devolución si la otra parte del contrato hubiera hecho uso del crédito con disposiciones de dinero. Además, la medida objetiva de tal derecho vendrá, en todo caso, determinada por el resultado de compensar, en el momento pactado, los fondos dispuestos con los ingresos realizados en la cuenta por el deudor acreditado (SSTS de 3 de noviembre de 1971 y 13 de marzo de 1995).

En tales casos, la preferencia se determina en función de la fecha de liquidación o determinación del saldo deudor (SSTS de 21 de septiembre de 1984, 3 de noviembre de 1989, 22 de marzo de 1994, 2 de octubre de 1995, 6 de junio de 1996, 8 de mayo de 2001 y, 19 de junio y de 2 noviembre de 2002). (STS de 25 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Una entidad bancaria planteó una tercería de mejor derecho al entender que su crédito debía ser antepuesto al del ejecutante (el cual también pretendía la satisfacción de su crédito contra los bienes embargados a la ejecutada). Ambos derechos de crédito, el de la entidad actora y el del ejecutante, habían nacido de contratos del mismo tipo (apertura de crédito), documentados en pólizas con intervención de corredor colegiado de comercio. Se dio la circunstancia que la liquidación efectuada por el ejecutante era anterior a la de la actora; pero, sin embargo, en cuanto a la fecha que los corredores de comercio dejaron constancia de que las referidas liquidaciones, ya realizadas, respondían a lo pactado, fue primera la del actor a la del ejecutante. El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda al entender que había que atenerse a las fechas de las efectivas liquidaciones, en lugar de a aquellas en que las que los corredores dejaron constancia de la realización de las mismas conforme a lo convenido. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*I. D. L.*)

13. Privilegio de créditos salariales: limitación. Improcedente extensión a indemnizaciones por despido. Legislación aplicable a los hechos: anterior a la reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1994.—Las indemnizaciones por despido o por cualquier otro tipo de cese, concedidas a los trabajadores, en las que se subroga el Fondo de Garantía Salarial no son equiparables a los créditos salariales, pues así lo declara expresamente el artículo 26.2 del Estatuto de los Trabajadores, de 10 de marzo de 1980, aplicable a los hechos del pleito. La STS de 24 de mayo de 1993, citando las de 25 de enero de 1991 y 11 de mayo de 1992, declaró que las indemnizaciones por despido o cese de la relación laboral son indemnizaciones por perjuicios y no tienen el carácter de contraprestación laboral. Y, aunque las mismas hubieran sido satisfechas por el Fondo de Garantía Salarial, ya que el apartado cuarto del artículo 33 del Estatuto autoriza al Fondo a subrogarse en los derechos y acciones de los trabajadores, «conservando el carácter de créditos privilegiados que les confiere el artículo 32», la remisión a este precepto no puede ser extensiva a lo que constituye su contenido propio, para poder incluir las indemnizaciones y por ello el hecho de la subrogación no puede ir más allá de los límites marcados por la norma y aumentar nuevos privilegios que no aparecen expresamente incluidos en la misma (en este sentido también STS de 5 de noviembre de 2002). El artículo 32 del Estatuto fue modificado por Ley de 19 de mayo de 1994, para atribuir a las indemnizaciones por despido la misma consideración que la de los créditos salariales, respecto al amparo de garantía que el precepto establece, y tal redacción se ha mantenido en la conferida al Estatuto por Real Decreto Legislativo de 24 de marzo de 1995, pero dicha normativa no es aplicable a los hechos de autos, por ser posterior.

Jurisprudencia.—Se exige la aportación, como mínimo de dos sentencias relacionadas con la cuestión del debate procesal. Las resoluciones de la Sala Especial de Conflictos no constituyen propia jurisprudencia vinculante, sino meramente indicativas, pues conforme al artículo 1.6 CC, la jurisprudencia a aportar es exclusivamente la emanada de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo (SSTS de 15 de febrero de 1982, 24 de marzo de 1995, 20 de marzo de 1997, 28 de febrero de 2002, 26 de marzo de 1976, 15 de febrero de 1982 y 5 de noviembre de 2002). (**STS de 21 de junio de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Fondo de Garantía Salarial* ejerce el mejor derecho contra la *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba* actuando por subrogación de los trabajadores que fueron despedidos por la empresa *C. E. de I., S. A.* y ostentando dos clases de créditos, uno correspondiente a salarios (que ha sido satisfecho por la entidad deudora) y otro referente a indemnizaciones por despido. El Juzgado de Primera Instancia estima los pedimentos del *Fondo de Garantía Salarial*. Recurrida su sentencia en apelación por la demandada, la Audiencia Provincial estima el recurso. (S. M. S.)

14. Contrato de compraventa. Consumidores y usuarios. Cláusulas, condiciones o estipulaciones que, en general se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios: requisitos de validez y eficacia: artículo 10.1.c.11 Ley 26/1984.—Según el artículo 10.1.c.11 de la Ley 26/1984, se excluye de las condiciones de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones en el caso de cláusulas o condiciones generales, en el caso de la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación, que, por su naturaleza, corresponda al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación). Los recurrentes entienden, por ello, que no les corresponde satisfacer el pago de los gastos de cancelación de la hipoteca que grava la vivienda. El Tribunal Supremo desestima su motivo porque, de las apreciaciones fácticas se deduce que no se dan los requisitos subjetivos y objetivos de aplicación del artículo 10.1.c de la Ley 26/1984, porque la cláusula discutida no puede conceptuarse de carácter general y «cuya aplicación no pueda evitar el consumidor siempre que quiera obtener el bien de que se trate (art. 10 Ley 26/1984). Ni siquiera está preredactada, formando parte del cuerpo del contrato y el consumidor ha podido eludir fácilmente su aplicación, puesto que lo pactado era la entrega de la cantidad final en la Notaría al momento de la firma de la escritura pública, sin que la vendedora impusiera la formalización de préstamo, sino que esta modalidad fue libremente elegida por los compradores, quienes eran plenamente libres de firmar la cláusula adicional o no firmarla, pues bastaba que se personaran en la Notaría con el resto del precio para obtener el bien objeto del contrato de compraventa. Ni siquiera se ha demostrado que, a pesar de su condición de anexa, la constructora impusiera *de facto* a todos los compradores de los pisos. (Respecto a los requisitos de las cláusulas generales, el Tribunal Supremo cita, las SSTs de 20 de noviembre de 1996, 31 de enero de 1998, 21 de noviembre de 2000 y 28 de febrero de 2002). (STS de 7 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *C., S. A.*, y don E. y doña M. R concluyen contrato privado de compraventa de una vivienda en construcción y plazas de garaje, el 19 de noviembre de 1991 por un precio alzado de X pesetas, más el impuesto correspondiente, de las que Y debían entregar a la firma del contrato, parte en efectos cambiarios de distintos vencimientos y Z se abonarían por los compradores en el acto de la firma de escritura pública en la propia notaría. En la misma fecha, firman un anexo al contrato en el que se estipula, en relación con la cantidad Z que los compradores manifiestan

su intención de solicitar un préstamo hipotecario para el pago de dicha suma, y concedía a la vendedora facultades amplias para que lo concertase y se obligaba a subrogarse en dicho préstamo si éste fuese concedido a nombre de la entidad vendedora. Dicho préstamo es concertado por la mercantil.

Se prevé la elevación a documento público del documento privado de compraventa para el mes de julio de 1993. Pero es pospuesto hasta el 1 de diciembre de 1993, a fin de ejecutar unas obras de reparación. Terminada y pendiente de entrega la vivienda, los compradores pretenden cancelar el préstamo en vez de subrogarse en el mismo, negándose a pagar los gastos de cancelación de la hipoteca. Ello impide la firma de escritura y la entrega de llaves que debían realizarse conjuntamente.

La mercantil C., S. A., interpone demanda de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, contra don E. y doña M. R. sobre incumplimiento por los demandados de su obligación de firmar la escritura pública de compraventa de la vivienda y plazas de garaje celebrada entre las partes, solicitando asimismo que se les condene a elevar a escritura pública el contrato privado de compraventa de 19 de noviembre de 1991 y documento anexo al mismo, incluyendo este la correspondiente subrogación en el préstamo hipotecario del que es objeto la vivienda de autos. Los demandados formulan oposición y reconvención, en la que solicitan que se condene a la mercantil citada a que entregue la posesión de la vivienda y de las plazas de garaje y a elevar a escritura pública los anteriores contratos. Asimismo solicitan que la sociedad actora indemnice a los reconvinientes por el tiempo que no han ocupado la vivienda y las plazas de garaje.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda formulada. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación planteado. (S. M. S.)

15. Saneamientos por vicios ocultos ex artículo 1484 CC: requisitos.—Para que surja responsabilidad del vendedor han de concurrir los siguientes requisitos: 1.º) el vicio ha de ser oculto, es decir, no conocido ni fácilmente reconocible por el comprador; se tiene en cuenta la persona del comprador y se exime de responsabilidad al vendedor si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente reconocerlos; 2.º) el vicio ha de ser preexistente a la venta, sin que se responda de los defectos sobrevenidos, pues la cosa ha de entregarse en el estado en el que se hallaba al perfeccionarse el contrato (art. 1468 CC); de ahí que el comprador debe probar no sólo la existencia del vicio, sino también que existía al tiempo de la perfección del contrato; 3.º) el vicio ha de ser grave; se requiere que el defecto entrañe cierta importancia, es decir, únicamente se tendrá en cuenta, respecto a la cosa vendida si la hacen impropia para el uso a que se destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella (art. 1484 CC); y 4.º) la acción ha de ejercitarse dentro del plazo legal (art. 1490 CC).

La construcción de una estructura de una finca urbana con «cemento aluminoso» supone un vicio oculto y grave aunque las patologías («aluminosis») de que adolecía el edificio se encuentren subsanadas, y la

vivienda litigiosa esté en condiciones de habitabilidad.—La finca construida con cemento aluminoso, aunque se encuentre rehabilitada, supone un vicio oculto y grave ya que constituye un peligro potencial que sólo puede ser evitado mediante la íntegra reparación o sustitución funcional de la estructura. En el caso de falta de sustitución íntegra de la estructura, es necesario un costoso mantenimiento, así como la realización de periódicas reparaciones con la consiguiente disminución en el uso del inmueble por sus propietarios. Del mismo modo es pertinente un mayor control y cuidado en su conservación, de manera que continúa la contingencia de la necesidad de nuevas obras con los consiguientes gastos extraordinarios y privación en el uso pacífico y normal de la finca.

Agravación de la responsabilidad del vendedor ex artículo 1486.2 CC.—El artículo 1486.2 CC contiene una agravación de la responsabilidad del vendedor fundada en la mala fe, y tiene lugar cuando el comprador opta por la rescisión del contrato y el vendedor conocía los vicios o defectos de la cosa vendida. (STS de 17 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora compró una vivienda en el año 1996. En el año 1993 en el edificio en el que se encuentra el piso adquirido se detectó el vicio o defecto conocido por el nombre de construcción con hormigón de «cemento aluminoso», hallándose afectadas de «aluminosis» toda la estructura de la finca y determinadas zonas del inmueble (seis de los diecisiete pisos o locales). La comunidad de propietarios acometió las obras de rehabilitación que consistieron en reforzar la estructura de las zonas afectadas por «aluminosis» mediante la colocación de nuevas viguetas bajo las dañadas a fin de garantizar la estabilidad del edificio. Además, se realizó una intervención integral en la cubierta del inmueble, fachadas, claraboyas, cajas de escalera y red de desagüe vertical con el objeto de evitar las humedades. En lo que respecta al piso que adquirió la parte actora se reforzaron 3/4 partes de su estructura. Concluidas las obras la finca no presentaba defectos de estabilidad y cuando fue vendida a la actora no se le informó en ningún momento sobre la causa de las recientes reformas de la misma. Según el informe pericial técnico las patologías de las que adolecía el edificio se encontraban subsanadas y la vivienda que se transmitió estaba en perfectas condiciones de habitabilidad, pero, aun así, la finca construida con este material, requería de un mayor control y cuidado en su mantenimiento, por lo que se hacía necesario realizar controles técnicos cada cuatro años al estar ante un problema no advertible a simple vista.

La actora demandó a la vendedora solicitando la nulidad del contrato de compraventa, la devolución del precio y una indemnización de daños y perjuicios. Subsidiariamente y para el caso de que no se acordase la nulidad solicitaron la reducción del precio de la vivienda.

El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia estimó el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y declaró rescindido el contrato de compraventa de la vivienda. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

16. La entrega de cosa diversa o aliud por alio supone un incumplimiento pleno y no un vicio oculto.—En los casos de entrega de cosa distinta se produce un incumplimiento pleno por inhabilidad del objeto, lo que permite acudir a la protección dispensada por los artículos 1101 y 1124 CC y, por tanto, a la posibilidad de llegar a la reparación integral del daño causado por una u otra vía (SSTS de 2 de enero de 1998, 12 de junio de 1995, 4 de abril y 16 de mayo de 2005, entre otras). La entrega de cosa distinta significa incumplimiento de contrato y no vicio oculto, lo que origina sometimiento a diferentes plazos de prescripción. (**STS de 21 de octubre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Una entidad mercantil adquirió una partida de aceite de oliva que le suministró *A. del S., S. A.* El aceite estaba destinado a la exportación, en concreto a Angola, extremo que conocía la vendedora. La mercancía fue embarcada en mayo de 1992. El 10 de diciembre de ese año, la adquirente recibió una comunicación de la Aduana de Cádiz en la que se le informaba que tras los análisis de muestras tomadas antes de partir la mercancía, el aceite no podía ser considerado como «de oliva».

Consecuencia de ello es que la sociedad compradora del aceite debía devolver al SENPA el beneficio de restitución por exportación de aceite de oliva concedido por la CEE, además de sufrir la sanción correspondiente. La sociedad sancionada recurrió en vía administrativa, y posteriormente en vía contencioso-administrativa, sin éxito. No llegó a plantear recurso de casación.

La adquirente demandó a *A. del S., S. A.*, por los daños y perjuicios sufridos. La demanda fue estimada en parte por el Juzgado. La Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*I. D. L.*)

17. Precontrato: concepto.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo considera que la esencia del precontrato (también denominado contrato preliminar, contrato preparatorio o *pactum de contrahendo*) es la de constituir un contrato en virtud del cual las partes se obligan a celebrar posteriormente un nuevo contrato (el denominado contrato definitivo) que, de momento, no quieren o no pueden celebrar. Así pues, el precontrato «consiste en un quedar obligado a obligarse».

Resolución por incumplimiento de los contratos de compraventa de inmuebles: artículo 1504 CC.—El citado precepto establece un régimen especial para la resolución de los contratos de compraventa de inmuebles por falta de pago del precio, al disponer que el comprador podrá pagar el precio, aun después de expirado el término pactado, mientras no sea requerido judicialmente o por acta notarial, aunque se haya pactado que la falta de pago del precio en el tiempo convenido implicará de pleno derecho la resolución del contrato.

La Sala 1.^a del Tribunal Supremo afirma que no procede la resolución del contrato de compraventa cuando el vendedor formula el requerimiento el último día del plazo previsto para el pago y está acreditado que el comprador ofrece ese mismo día al vendedor, por vía notarial, el pago mediante cuatro cheques conformados y efectúa también ese mismo día la consignación judicial del pago. (**STS de 28 de noviembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don E. interpone demanda contra la entidad P., solicitando se dicte sentencia por la que se estimen, entre otras, las siguientes pretensiones: *a)* que el contrato privado de compraventa celebrado entre las partes en abril de 1997 es válido; *b)* que el demandante adquirió la propiedad de la finca en virtud del citado título y de la posterior tradición; *c)* que se condene a la demandada a otorgar escritura pública de venta y, en su defecto, que la misma sea otorgada por el Juez, y *d)* subsidiariamente, para el caso de no estimarse las anteriores pretensiones, que se condene al demandado a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

La parte demandada formula demanda reconvenzional y solicita que se dicte sentencia que declare, entre otras cosas, las siguientes: *a)* que el contrato de compraventa de abril de 1997 se ha resuelto por incumplimiento del comprador; *b)* que la entidad P., sigue siendo propietaria de la finca objeto del citado contrato, y *c)* que la entidad P. no tiene obligación de devolver a don E. la cantidad de dinero que recibió en el acto de firma del mencionado contrato.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y desestima la demanda reconvenzional. Interpuesto recurso de apelación por la entidad P., la Audiencia Provincial lo desestima. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad demandada alegando, entre otras cuestiones, que lo plasmado en el documento de abril de 1997, no es un verdadero y perfecto contrato de compraventa, sino un contrato previo o preparatorio del mismo.

NOTA.—En relación con la interpretación que la doctrina y los tribunales realizan del artículo 1504 CC, véase la monografía de Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Madrid, 2004, pp. 443-453 y 492-505. (M. J. P. G.)

18. Contrato de leasing: concepto.—La DA 7.^a de la Ley 26/1989, de 29 de julio, sobre Disciplina en la Intervención de las Entidades de Crédito, define los contratos de arrendamiento financiero o *leasing*, como los que «tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles e inmuebles, adquirido para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una prestación consistente en el abono periódico de las cuotas», definición que mantiene la DA 1.^a de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Ventas a Plazos de Bienes Muebles.

Naturaleza del leasing.—El contrato de *leasing* es complejo y atípico, está gobernado por sus específicas estipulaciones y es de contenido no uniforme (STS de 14 de diciembre de 2004).

Diferencia entre el leasing y la venta a plazos.—El contrato de *leasing* cumple unas funciones económicas distintas de la compraventa a plazos.

El montante del valor residual no es suficiente para desvirtuar la calificación de un contrato como de leasing.—Para calificar el contrato de *leasing* no es decisivo el dato del valor residual del precio pactado (SSTS de 1 de noviembre de 1987, 28 de noviembre de 1997, 1 de febrero de 1999, 21 de abril de 2004 y 18 de mayo de 2005). (STS de 31 de octubre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia del embargo trabado a instancia de la entidad *B., S. A.*, en juicio ejecutivo seguido contra la entidad *S., S. L.; C. de L., S. A.* promovió tercería de dominio contra las compañías mencionadas respecto a unos camiones volquete que describía, por considerar que eran de su propiedad al haberlos adquirido *S., S. L.*, por medio de un contrato de *leasing*.

El Juzgado no estimó la demanda por considerar que se trataba de un contrato simulado que encubría en realidad una compraventa de bienes muebles a plazos, sentencia que fue confirmada por la Audiencia. La actora recurrió en casación y el Tribunal Supremo dio lugar al recurso al considerar que de las concretas cláusulas pactadas se deduce que ésta conservó la propiedad de los bienes que había cedido en arrendamiento financiero. (*I. D. L.*)

19. Contrato de *leasing* o arrendamiento financiero: concepto y distinción con la compraventa a plazo de bienes con reserva de dominio.—Careciendo el arrendamiento financiero de una regulación jurídico privada, el Tribunal Supremo, en numerosas sentencias de esta Sala, ha puesto de relieve que se trata de un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio. Según el parecer más autorizado y mayoritario, se conceptúa como contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el *leasing* opere como negocio aparente, para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, habrá de ser esta excluida como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica perseguida por una y otra operación es distinta y el contrato, igualmente distinto del préstamo de financiación a comprador regulado en el párrafo 2 del artículo 3 de la Ley de 17 de julio de 1965.

Importe del valor de la opción de compra: valor simbólico: insuficiente para cambiar la caracterización del contrato como arrendamiento financiero.—La S de 30 de diciembre de 2003 abunda en el mismo criterio y establece que «no es por tanto de recibo, a efectos de desautorizar la naturaleza de la relación contractual que se discute, el hecho de que el valor residual que actuaba a efectos del ejercicio de la opción coincidiera exactamente con el importe de las cuotas mensuales fijadas para el arrendamiento, ya que la cuantía, más o menos elevada, reducida y también coincidente para la opción de compra, no es por sí suficiente para el pretendido cambio de calificación contractual». Tampoco el valor simbólico del precio de la opción de compra, por lo tanto, resulta relevante en este sentido.

La opción de compra: elemento distintivo del contrato de arrendamiento financiero.—La S de 13 de noviembre de 1992 dice que «sabido es que la opción de compra no aparece regulada suficientemente en el Código civil, aunque tenga reconocido su aspecto registral en el artículo 14 RH, teniendo declarado esta Sala que debe entenderse como tal aquel convenio en virtud del cual una parte concede a otra facultad exclusiva de decidir la celebración o no de otro contrato principal de compraventa, que habrá de realizarse en plazo cierto, y en unas determinadas condiciones, pudiendo ir también acompañado del pago de una prima por parte del optante; así pues,

constituyen sus elementos principales la concesión al optante a decidir unilateralmente respecto a la realización de una compra; la determinación del objeto, el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición, y la concreción del plazo para el ejercicio de la opción, siendo por el contrario elemento accesorio el pago de la prima». Y asimismo tiene declarado esta Sala que «el ejercicio de opción exige que, dentro del plazo pactado, el optante manifieste su decisión de llevar a cabo el contrato negociado, notificando su voluntad positiva en este sentido al concedente, para que, sin necesidad de ninguna otra actividad, se tenga por consumada la opción». En el caso enjuiciado, no puede afirmarse, en una concreta interpretación, que se reconociese al arrendatario un derecho de opción cuya efectividad dependiese de su voluntad, en este sentido, sino que lo que estableció o se dio por supuesta fue la adquisición automática, por el arrendatario, de los bienes objeto de los respectivos contratos, salvo que manifestase, en forma fehaciente, su voluntad contraria a ese efecto adquisitivo del dominio. En los contratos considerados se estipulaba la adquisición del bien mediante libramiento de efectos que comprendían, desde un principio, el valor residual y se contenía una cláusula que acarrea los efectos automáticos de una transmisión de la propiedad, en caso de silencio del arrendatario a la formalización del contrato, imponiéndole el tener que efectuar una notificación fehaciente en un plazo determinado, para poder eludir tal efecto. (STS de 18 de mayo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Bilbao, fueron vistos los autos promovidos a instancia de *GDS-L., S. A.*, contra *G. Z., S. A.*, y Dirección Provincial de Vizcaya de la *Tesorería General de la Seguridad Social*, sobre tercería de dominio. Por la parte actora se formula demanda, solicitando que se dictara sentencia por la que se estimase la tercería interpuesta y declarase el dominio del actor sobre los bienes que son objeto de la misma, argumentando, principalmente, que su título de tercerista se asentaba sobre la conclusión, con *G. Z.*, de un contrato de arrendamiento financiero o *leasing*.

El Juzgado de Primera Instancia, primero, y la Audiencia Provincial, después, desestiman sus pedimentos. (*S. M. S.*)

20. Arrendamiento de industria. Pago de rentas. Obligación solidaria: comunidad jurídica de objetivos.—La concepción actual de la obligación solidaria requiere poner de relieve que aunque los créditos de los particulares deudores puedan desarrollarse hasta cierto grado con independencia, permanecen, no obstante, unidos entre sí a través de la identidad de fin de las prestaciones, que es el estar destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor, cual sucede cuando existe una comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones de los diversos deudores (STS de 19 de julio de 1989. En sentido análogo, SSTs de 26 de julio de 2000 y 23 de junio de 2003).

Efectos que produce la «entrega de llaves» respecto al acreedor de la restitución (arrendador).—El acreedor de la restitución tiene una carga, que impone la buena fe, que integra el contrato de acuerdo con lo que establece el artículo 1258 CC, de proveer a la seguridad del bien desde que puede tomar posesión. Sin perjuicio, desde luego, de realizar el inventario y las comprobaciones fehacientes dirigidas a constatar el estado de la cosa y a exigir las

responsabilidades por los desperfectos que el arrendatario no pruebe haberse producido sin su culpa.

Rehusar la «entrega de llaves» significa consentir una situación de abandono y puede dar lugar a una imputación objetiva.—Rehusar las llaves significa consentir una situación de abandono y, por tanto, incumplir la carga de diligencia, con el resultado de que ha de perder la posibilidad de reclamar deterioros o menoscabos que se hayan producido a partir de ese punto. La actitud del arrendador a quien se ofrecen las llaves durante el juicio de desahucio y las rehusa puede ser considerada desde la perspectiva de la técnica de *imputación objetiva*, en cuanto impediría poner a cargo del arrendatario los daños que se hayan producido después de que quien los ha sufrido pudiera haberlos evitado al asumir el control y la salvaguarda de la cosa, cumpliendo así un deber, anclado en la regla de la buena fe, de evitar o de mitigar el daño, y así cabe entenderlo teniendo presente que el ejercicio de todos los derechos se ha de realizar de buena fe (art. 7.1 CC) y que el acreedor de la restitución tiene la carga de evitar o mitigar el daño, carga que precisamente cabría considerar insita en su posición de titular del derecho subjetivo.

No cabe imputar el arrendatario daños que se hayan producido cuando no se halle en el goce de la cosa arrendada.—En este sentido, habrá que excluir de la responsabilidad del arrendatario los daños que se hubieren producido después de que el arrendador haya podido evitarlos (STS de 7 de marzo de 1991). En definitiva, estamos ante el artículo 1563 CC que establece que el arrendatario es responsable «del deterioro o pérdida que tuviere la cosa arrendada, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya». Este precepto, según la jurisprudencia (SSTS de 12 de diciembre de 1988, 28 de enero de 1998 y 12 de febrero de 2001, entre otras muchas), es una aplicación del principio general del artículo 1183 CC donde se dice que cuando la cosa se perdió en poder del deudor se presumirá que la cosa se perdió por su culpa en virtud de una presunción *iuris tantum* cuya aplicación exige (SSTS de 2 de octubre de 1995 y 7 de marzo de 1991) que el deudor esté en la posesión y que, por tanto, resiste la aplicación cuando no puede determinarse en qué momento se produjeron los daños.

El juicio de desahucio sólo produce efectos de cosa juzgada en las cuestiones que son materia estricta de dicha juicio.—Si bien es cierto que los procesos sumarios limitan la cognición a determinados aspectos de la relación jurídico-material, ello implica que los efectos de la cosa juzgada también han de respetar esos límites y, consiguientemente, recaída resolución en el proceso sumario, podrán plantearse en el ordinario las demás, porque el desahucio o la resolución del contrato ha de limitarse al examen del título arrendaticio o de la razón jurídica que justifique la ocupación, y en ese punto concreto sí que la sentencia recaída en el primer proceso (sumario) produce los efectos de cosa juzgada (STS de 23 marzo de 1996. En sentido análogo SSTS de 26 de febrero de 1990, 28 de febrero de 1991, 27 de noviembre de 1992, 16 de junio de 1994, 21 de marzo y 20 de septiembre de 1996).

La prueba de confesión no es prevalente, ni es prueba tasada.—En este sentido, al no tener esta prueba prevalencia sobre las demás, ni ser prueba tasada, ha de ser apreciada en su conjunto con las demás (SSTS de 28 de junio de 2000, 4 de junio de 2003, 11 de noviembre de 2004). (STS de 28 de octubre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La actora reclamaba: 1.º) rentas del «arrendamiento de industria», sobre un local por ella arrendado y subarrendado a

los demandados, correspondientes a los meses de julio de 1994 a julio de 1995, ambos inclusive, sobre la base que la sentencia del juicio de desahucio se había dictado el 26 de julio de 1995, y 2.º indemnización de daños provocados por falta de parte del material inventariado, por desperfectos del material que se encontraba en el local y por daños causados en las instalaciones.

Los demandados oponen: 1.º) en cuanto a las rentas, que debían comprender el período entre julio de 1994 y mayo de 1995, ya que en el Acta del juicio de desahucio de fecha 9 de mayo de 1995, habían entregado las llaves del local dejándolas a disposición de la actora; 2.º) que había que descontar el importe de la fianza entregada, 3º) que debía declararse que la obligación de pago tenía carácter mancomunado y 4º) que los desperfectos fueron causados por terceros en fecha posterior a la entrega de llaves.

La sentencia de primera instancia estimó que se debían las rentas, con carácter mancomunado, hasta la entrega de llaves, que no había prueba de la fianza y que se debía abonar, como obligación solidaria, determinados desperfectos de la cosa arrendada. La Audiencia mantiene la sentencia del juzgado salvo que reduce la indemnización al importe de los daños por desaparición de material inventariado que fue retirado por los demandados. El Tribunal Supremo admite en parte el recurso de la actora y modifica la sentencia de la Audiencia sólo en el sentido de considerar que los demandados de forma solidaria deben abonar todas las rentas reclamadas por la actora, y que, también, de forma solidaria, le indemnicen los daños que se determinen en ejecución de sentencia con referencia a los bienes entregados según el Inventario. (*I. D. L.*)

21. Retracto de arrendamiento urbano (art. 51 de la LAU de 1964): el plazo de dos años para que el retrayente no pueda por actos *inter vivos* transmitir el piso adquirido, comienza desde la adquisición de la vivienda por éste, lo que requiere *título* y *modo*.—El plazo de prohibición de transmitir, impuesto por el artículo 51 de la LAU de 1964 a quien adquirió en virtud de derecho de retracto arrendaticio, opera precisamente desde la «adquisición» de la propiedad del piso, momento a partir del cual el retrayente pueda a su vez transmitirla a terceros. Ello porque, en nuestro sistema, la adquisición de la propiedad requiere «*título*» y «*modo*» como se desprende de lo dispuesto en los artículos 609 y 1095 CC, de los que se deduce que la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes «se adquieren y transmiten» no por el contrato, simple creador de obligaciones, sino por la «*tradicción*» que, no realizarse mediante la efectiva entrega de la posesión al comprador, se entienda efectuada por el otorgamiento de la escritura pública de compraventa.

La acción resolutoria prescribe con carácter general a los quince años.—La prescripción de la acción resolutoria al tratarse de una acción de carácter personal para cuyo ejercicio la ley no ha establecido plazo especial, se rige por el general de quince años establecido en el artículo 1964 CC. (**STS de 5 de octubre de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—La antigua copropietaria de una vivienda solicitaba en su demanda, la resolución del contrato de compraventa de

fecha 11 de enero de 1989, en virtud del cual el retrayente adquirió de la actora y de la otra codueña la propiedad de la citada vivienda. Igualmente se pedía la resolución de la venta de 31 de enero de 1989, por la que el retrayente enajenó esa misma vivienda a dos personas que también fueron demandadas.

En el Registro de la Propiedad constaba tanto la fecha de la adquisición de la propiedad por el retrayente, como el hecho de que el mismo había adquirido en virtud del ejercicio del derecho de retracto arrendaticio urbano.

El Juzgado desestimó la demanda al igual que la Audiencia al entender, esta última, que la acción no podía prosperar ya que la transmisión efectuada por el retrayente se produjo pasados dos años desde la firmeza de la sentencia que reconoció su derecho a retraer y la fecha de esta resolución judicial significaba el momento a partir del cual había que contar el plazo de la prohibición de transmisión a terceros. El Tribunal Supremo admite el recurso de casación presentado por la actora al quedar demostrado que entre la fecha del otorgamiento de la escritura al retrayente y la otorgada por éste a favor de los codemandados, no habían transcurrido dos años. (L. A. P. M.)

22. Arrendamiento parciario: retracto. Tácita reconducción: legitimación activa. Artículo 80 LAR.—Se denuncia la infracción del artículo 80 LAR por cuanto al ser varios los hijos que pudieran tener derecho a suceder a don C. R., deberían haber elegido a uno solo para continuar la situación jurídica y no pueden ejercitar el retracto dos de ellos. El Tribunal Supremo rechaza este motivo, porque, de la lectura del párrafo segundo del artículo 80 LAR resulta la lógica previsión legal de que sean varios los arrendatarios, añadiendo que, en caso de fallecer uno de ellos, se integrarán en la relación arrendaticia los que le sucedan, sin que se altere el carácter indivisible de la misma, solución que, evidentemente, ha de ser igualmente aplicable a supuestos en que fallezca el único arrendatario dejando varios herederos; todo ello, sin perjuicio de los derechos de elección que confiere el apartado primero del artículo y que en el presente caso no han sido ejercitados. (STS de 1 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El presente recurso trae causa de la demanda que don O. y don A. D. formularon contra doña P., interesando que se declarara su derecho a retraer la finca rústica «La Torreta» o «María de Ramos», que la demandada había adquirido por compraventa en escritura pública de 28 de octubre de 1996. Don C. R., padre de los demandantes, había concluido contrato de arrendamiento parciario con la titular de la finca rústica. Vencido el plazo legal del arrendamiento en 1988, don C. R., y, tras su fallecimiento, en 1996, sus hijos, los demandantes, han continuado cultivando y explotando personalmente y de forma ininterrumpida la heredad, abonando puntualmente el canon acordado, sin que las propietarias doña F. y luego doña P., realizaran actos obstativos para impedirlo. La que muestra su oposición es la actual propietaria, pero, en 1997, cuando, según los demandantes, ya se había producido la tácita reconducción durante dicho año agrícola. Al haber accedido al Registro

de la Propiedad el 27 de enero de 1997 la compraventa realizada por la hoy recurrente, don O. y don A. D. interpusieron seguidamente la demanda de retracto. El Juzgado de Primera Instancia desestima en su totalidad la demanda, entendiendo que en el momento en que se ejercitaba la acción ya se había extinguido el contrato de arrendamiento que los actores invocaban. La Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia y acoge la pretensión deducida. (S. M. S.)

23. Arrendamientos rústicos históricos. Sucesiones *mortis causa* de posibles arrendatarios que admite la LAR, en relación con la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos.—La STS de 13 de octubre de 1998, en un caso similar al presente, se separó del criterio hasta entonces mantenido por la Sala y que era favorable al criterio de una única sucesión. Es de mantener el criterio jurisprudencial disidente de 1998, reiterado en la STS de 27 de febrero de 2001, y acabar por entender que están legalmente autorizadas las diversas sucesiones que, desde la viuda de M. A. a C. M., y de éste a R., se han producido, declarando que éste sigue ostentando la posesión arrendaticia, pagando la renta, a pesar de los últimos intentos de la Compañía para despojarle de ella, pues ésta no ha acudido al sistema arbitrado por el artículo 99.2 LAR. Es más acorde con la realidad social, dado que la acción que se ejercita en demanda, de acceso forzoso a la propiedad, se ampara en la LARH, en la que se sientan como nuevos criterios para entender más de una sola de las sucesiones *mortis causa*: 1) la alusión, en la EM de la Ley, a que, con ella, se establecía un único y último período de prórroga, durante el cual, el arrendatario podrá ejercitar el derecho de acceso a la propiedad y, ello, parte del principio de que, en el actual valor de las fincas arrendadas han contribuido, de forma notable, el arrendatario y sus ascendientes, mediante su cultivo, a lo largo de varias generaciones; 2) la LARH no prevé, en su artículo 2, la posibilidad de recuperación de la finca por sus propietarios en un plazo previo anterior a la finalización de cualquiera de las prórrogas, a diferencia de lo que sí prevenía la LAR, para finalizar con las situaciones arrendaticias derivadas de los tres casos recogidos como históricos; 3) en cambio, la LAR sí que recoge el ejercicio de la acción de acceso forzoso a la propiedad por los arrendatarios, para completar la tendencia de eliminación de las situaciones de prórrogas de la antigua LAR; y 4) la LARH ha suprimido las subrogaciones *inter vivos* entre arrendatario y sus descendientes, que la antigua LAR prevenía para paliar las limitaciones de la sucesión *mortis causa* de tal relación arrendaticia.

Arrendamiento rústico histórico: existencia: antigüedad del arriendo.—Según el artículo 1.c) puede considerarse protegido el arriendo por el importe convertible de la renta, anterior al 1 de agosto de 1942. Cabe su demostración por cualquier medio admitido en Derecho. El resto de los requisitos exigidos por el artículo 1.c) LARH concurren, dado que el arrendatario es cultivador personal y que, según la Ley, no se perderá tal condición por el hecho de que las artes hayan establecido algún pacto que modifique la renta u otros elementos o condiciones del contrato primitivo, siempre que se mantenga constante el arrendamiento sobre todas o parte de las fincas primitivamente arrendadas. La continuación del contrato primitivo en la persona del actual reclamante, no modifican su existencia, por la tácita reconducción. (STS de 10 de junio de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don R. actúa como arrendatario de finca rústica de la que es propietaria la demandada, E.-A., C. de A., S. A. La renta que paga es de 180 pesetas anuales y el actor la cultiva directa y personalmente. Mediante contrato de compraventa otorgado en escritura pública de fecha 1 de julio de 1925, la C. M. A. L., S. A., de la que fue sucesora la demandada, adquirió dicha finca, de su anterior dueño, don M. A., abuelo del hoy demandante, para dedicarla a «playa de remolacha», por estar próxima a la estación de Andollu del ferrocarril, y así poder embarcar la remolacha en ferrocarril y trasladarla a la azucarera de Miranda de Ebro. No obstante, este destino proyectado no llegó a hacerse efectivo.

Está reconocido por la partes, sin que conste desde cuándo, que la finca fue dada en arrendamiento, por la propietaria, a la viuda de don M. A., y que, fallecida ésta (tampoco se sabe cuándo), pasó a su hijo don C. M. que también falleció sin constar fecha de su muerte. El hijo de este último, don R., demandante, sigue cultivando personalmente la finca y ha seguido pagando la renta (invariable en su cuantía) a la demandada, si bien la indicada mercantil, al menos, en 13 de mayo de 1997, le ha notificado que daba por resuelto el mencionado contrato, por no considerarlo arrendatario.

Don R. presenta demanda interesando que se le reconozca su derecho de acceso a la propiedad de la finca, y que se condene a la demandada a otorgar a favor del actor escritura pública de compraventa de la finca, argumentando que su derecho se ampara en el artículo 2.1 y 2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos, de 10 de febrero de 1992, por ser la fecha del arriendo, al abuelo del demandante, aproximadamente de 1930 y, en cualquier caso, de su hijo, don C. M., anterior al 1 de agosto de 1942 y la renta inferior a 40 quintales métricos de trigo. La mercantil se opone por entender que no cabe más que una sucesión en el arrendamiento y niega la antigüedad que se pretende, considerando que la relación arrendaticia se extinguió con el último titular anterior al reclamante. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y también la Audiencia Provincial. (S. M. S.)

24. Responsabilidad por vicios constructivos (art. 1591 CC). Ruina funcional: concepto.—El amplio concepto de ruina de la edificación elaborada por la jurisprudencia, comprende la denominada «ruina funcional» y abarca las deficiencias graves que exceden de las imperfecciones corrientes e inciden en la habitabilidad o goce del inmueble haciéndolo imposible o dificultoso (SSTS de 30 de enero de 1997, 18 de diciembre de 1999 y 15 de diciembre de 2000, entre otras)

La llamada ruina funcional no abarca cualquier vicio o imperfección. Los defectos de pintura no constituyen vicios ruinógenos.—Aunque la caída y desconche de las pinturas se debe a que no se cumplió con lo que disponía el proyecto, por mucho que se quiera ampliar el concepto de ruina no puede tener esta consideración los defectos de pintura de las puertas corrafuego y de las paredes. (STS de 26 de septiembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio de garajes demandó a la empresa promotora-vendedora del edificio y

al director técnico de la obra por la existencia de vicios graves en la construcción del edificio solicitando que se condene a los demandados a la reparación de tales vicios y al pago de doce millones de pesetas como indemnización de daños y perjuicios, subsidiariamente, para el caso de que no sea posible la terminación o reparación de la obra conforme a lo señalado se solicitó una indemnización de 29.174.227 pesetas.

El Juzgado estimó parcialmente la demanda y condenó solidariamente a los demandados a reparar los desperfectos existentes y referidos a: humedades por filtraciones de agua, al pavimento de entrada y salida de vehículos, a las escaleras, al correcto funcionamiento de las luces, a la falta de pintura de las puertas cortafuegos, a las pinturas de las paredes, a las deficiencias de las puertas de entrada y salida, y a la falta de aislamiento del techo del último piso. La Audiencia estima parcialmente el recurso presentado por la empresa promotora-vendedora, al que se adhirió el director técnico de la obra, y revoca la sentencia de instancia sólo en el sentido de dejar sin efecto la condena a reparar los defectos en la escalera. Los demandados presentan recurso de casación y el Tribunal Supremo resuelve que los defectos relativos al pavimento de entrada y salida de los vehículos, son vicios ruinógenos en cuanto que el estado actual del mismo es consecuencia del empleo de un material distinto al proyectado y no hábil para soportar el peso de los vehículos. En lo que concierne al sistema de alumbrado, la causa reside en las humedades y filtraciones y también constituyen vicios ruinógenos. En relación al aislamiento del último piso el vicio tiene la misma naturaleza que los anteriores en cuanto que no se colocó la fibra de vidrio de aislamiento. En cambio respecto a la falta de pintura de las puertas cortafuegos y paredes, estima parcialmente el recurso y señala que no tienen carácter ruinógeno. (C. O. M.)

25. Contrato de obra. Responsabilidad del arquitecto director de la obra. Incumplimiento del deber superior de vigilancia.—El daño se produjo por diversas causas, imputables a los distintos agentes de la construcción, sin poder individualizar la aportación causal de cada uno de ellos, y entre las que se encontraban las imputables a los arquitectos recurrentes, ya por tratarse de deficiencias del proyecto o de la dirección de la obra (insuficiencia de las juntas de dilatación o problemas estructurales), ya por haber sido propiciadas por el incumplimiento de las funciones de alta vigilancia de la ejecución de la misma que habían de ejercer, respecto de defectos atribuibles directamente al constructor, pero de tal entidad que no hubieran debido escapar al control de los arquitectos superiores. A tal fin, es constante la jurisprudencia que exige al arquitecto director de la obra el cumplimiento de funciones de control y vigilancia superior o mediata del proceso constructivo (SSTS de 3 de octubre de 1996, 26 de septiembre de 1997, 3 de abril de 2000 y 5 de abril de 2001); y en particular, le hace responsable de la realidad de deficiencias que, aunque directamente atribuibles al constructor, debía haber percibido en el desempeño de aquellas competencias (SSTS de 29 de diciembre de 1998 y 5 de abril de 2001).

Vicios de la construcción. La condena a prestaciones de hacer no excluye el pago de las obras de reparación o reforma llevadas a cabo

por los actores durante el proceso judicial.—En nuestro sistema el cumplimiento de la obligación por equivalencia es subsidiario de la satisfacción del acreedor en forma específica. La reparación *in natura* es preferente a la indemnizatoria, tratándose de obligaciones de hacer, como es la que podía exigir la demandante (STS de 13 de julio de 2005). Sin embargo, la regla general a que se refiere el artículo 924 LEC de 1881 (hoy, los arts. 705 y siguientes de la LEC 1/2000, de 7 de enero), no impiden que en determinadas circunstancias el acreedor, sin esperar a dicha condena (y su ineficacia), pueda realizar por sí o por otro la reparación de lo mal ejecutado por el deudor y reclamar al mismo el coste de tal prestación. Ello sucede cuando resulte evidente que el obligado no va a cumplir, correctamente, la prestación de hacer que debe o cuando haya sido requerido a ejecutarla sin resultado positivo (SSTS de 7 de enero de 2002 y 13 de julio de 2005). La realidad de este requerimiento a la promotora, suficiente a estos efectos, y la oposición procesal de los demandados a asumir sus responsabilidades, unidas al legítimo interés de la demandada en no vivir permanentemente con las incomodidades derivadas de los defectos en la construcción, justifican que, en el funcionamiento del contrato de ejecución de obra, la demandante, tras reparar por sí las deficiencias, reclame a los demandados el coste de la reparación. (STS de 10 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—En proceso instado por la presidenta de la comunidad de propietarios de un edificio de Calpe, antes de que entrara en vigor la LOE de 1999, la sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación de la actora y condenó solidariamente a todos los agentes de la construcción por ella demandados a pagarle la suma de dinero en que se había liquidado el coste de las obras, ya realizadas, de reparación o eliminación de los defectos constitutivos de ruina (en el sentido en que la jurisprudencia interpreta este término, al aplicar el art. 1591 CC) denunciados en el escrito de demanda. La decisión judicial atribuyó el daño a una serie diversa de causas, imputadas a los agentes de la construcción demandados, sin posibilidad de individualizar la aportación causal de cada uno de ellos. Los dos arquitectos superiores de la obra recurrieron en casación la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante al considerar que la misma infringía lo establecido en el artículo 924 LEC de 1881 (hoy arts. 705 ss. de la LEC 1/2000), en la medida en que habían sido condenados a pagar el coste de las obras de reparación ejecutadas por otro, sin haber sido condenados a realizarlas y, además, sin haber incumplido dicha condena en el plazo que se les debería señalar. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados. (L. A. G. D.)

26. Responsabilidad decenal: solidaridad impropia.—La solidaridad que reconoce la jurisprudencia cuando se enfrenta a los defectos en la ejecución de un contrato de obra no obedece a la propia esencia de la obligación sino que viene motivada por razones prácticas, y así se aplica, cuando no se puede discernir la influencia o intervención de cada una de las partes que intervienen en un proceso constructivo respecto a los vicios o defectos de la obra.

En la responsabilidad decenal no son indemnizables los daños morales.—De acuerdo con una reiterada jurisprudencia sobre el artículo 1591 CC, no se considera indemnizables los supuestos daños morales.

Colegio Profesional. Ejercicio de acciones por mandato: posibilidad de oponer excepciones y reconvenir.—La actuación de algunos Colegios profesionales no puede separarse del concepto de representación, sea institucional, corporativa, o estatutaria, que además, como sucede en el presente caso, resulta voluntaria, pues existe un poder al efecto conferido por el Arquitecto a favor del Colegio, y, por ello, no cabe una escisión de las relaciones jurídicas sustanciales que vinculan al representado, ni, por ello, en supuestos litigiosos, de la carga de soportar en toda su extensión el ejercicio de los derechos procesales inherentes al demandado, que, obviamente, puede reconvenir y excepcionar, tal cual si fuera demandado por el representado.

Límite subjetivo de la cosa juzgada: personas ligadas con carácter solidario a una relación jurídica.—La extensión subjetiva de la cosa juzgada entre los sujetos que están ligados por vínculos de solidaridad, no puede llevarse a los extremos de impedir todo ulterior proceso sobre la misma cuestión frente a los restantes deudores solidarios, cuando, previamente, se haya dictado sentencia contra uno de ellos, pues eliminará la esencia de la solidaridad, dada la imposibilidad de perseguir y ejecutar la condena contra los restantes deudores al carecer de título ejecutivo para ello, y limitaría indebidamente el contenido de los artículos 1144 y 1148 CC, que permiten, respectivamente, al acreedor dirigirse simultáneamente o sucesivamente contra todos los deudores, mientras no esté cobrada la deuda y al deudor solidario oponer las excepciones personales que tuviera contra el acreedor y que pueden ser ajenas a los restantes obligados. (STS de 24 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid en representación de uno de sus colegiados demandó al dueño de una obra, dirigida y proyectada por el Arquitecto representado, reclamándole 1.386.533 pesetas derivadas del arrendamiento de obra en que habían intervenido estos últimos. El dueño de la obra se opone a la demanda y formula demanda reconvenzional por deficiencias constructivas, ruina funcional y negligencia del arquitecto en la dirección de la obra, solicitando que el referido arquitecto le indemnice por los daños y perjuicios sufridos por los vicios en la construcción y dirección de la obra que detalla y evalúa. El Juzgado desestima la demanda y la reconvección. Ambas partes recurren y la Audiencia estima parcialmente sólo la reconvección y condena al arquitecto, representado por su Colegio Profesional, a que abone a la actora la cantidad de 7.639.441 pesetas. El Tribunal Supremo no da lugar a los recursos de casación interpuestos por ambas partes del litigio. (I. D. L.)

27. Acción de responsabilidad por ruina. Liquidez de los daños y perjuicios.—La jurisprudencia de esta Sala ha interpretado el artículo 360 LEC de 1881 en el sentido de resultar procedente la reserva de su determinación cuantitativa para el trámite de ejecución de sentencia.

Acción dirigida contra el propietario de un local para que permita las reparaciones y acumulación con las acciones de responsabilidad por ruina.—Se trata de una acción innominada de dejar hacer y de colaboración con las obras que afectan a todo el edificio, conforme al artículo 9 LPH y al artículo 560 CC por analogía. Se compatibilizan las acciones acumuladas (S de 3 de febrero de 1995), que no se excluyen ni son contradictorias entre sí (S de 14 de mayo de 1993), sobre todo cuando las garantías del proceso seguido no merman ni restringen los medios de defensa e impugnación.

Los constructores posteriores codemandados realizaron el 55 por 100 de la obra, finalizaron la edificación, y también desconocieron los cuidados más elementales sobre la colocación de bovedillas, empleo de los materiales más comunes en la construcción, y finalmente en el cierre, que tampoco se acomodó a un juicio de buena construcción, como ha puesto de relieve el perito informante.

Procedía decretar la situación de solidaridad aunque la construcción del edificio se hubiera acometido por promotores distintos.—En la producción de los vicios ruínógenos han contribuido cada uno de los que resultaron condenados, sin que se hubiera probado debidamente la participación por cuotas precisadas. (STS de 24 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Los propietarios de un solar iniciaron la construcción de un edificio y, tras completar un 45 por 100, vendieron lo levantado a otros constructores. Estos últimos completaron la obra y transmitieron las edificaciones resultantes; ante la existencia de defectos de construcción, la comunidad formada por los adquirentes de esas edificaciones demandaron a todos los constructores, así como a los técnicos, en solicitud de que se les condenara solidariamente a ejecutar las obras necesarias para dejarlo en perfectas condiciones de uso, y a indemnizar a los integrantes de la comunidad por los daños y perjuicios causados y por los que pudieran sobrevenir si hubieran de abandonar sus viviendas durante la ejecución de las obras; también se solicitaba la condena de uno de los propietarios a soportar la ejecución de las obras precisas en su local para la consolidación del edificio, todo ello en los términos fijados en el juicio o en ejecución de sentencia. El Juez absolvió al propietario del local y a la heredera de uno de los codemandados, cuya intervención en la obra no se indica en la narración fáctica, condenando solidariamente a los demás a pagar 5.000.000 de pesetas en concepto de importe de las obras de reparación. Recurrida la sentencia por ambas partes, la Audiencia estimó la apelación de la comunidad, condenando a los codemandados solidariamente a realizar las obras descritas en los informes periciales y a indemnizar a todos los propietarios los daños causados por la indebida ejecución de la obra y los que pudieran sobrevenir si hubieran de abandonar las viviendas durante la ejecución de las reparaciones, todo ello según se determinará en ejecución de sentencia; también se condena al propietario del local a soportar la ejecución de las obras precisas en el interior del mismo para la consolidación del edificio. Los constructores que sucedieron a los iniciales interpusieron recurso de casación alegando que el tribunal de apelación no fijó cuantitativamente las reparaciones (cuyo importe cifró el Juzgado en

5.000.000 de pesetas), que las acciones contra los constructores y técnicos no podían acumularse con la entablada contra el propietario del local, que ellos sólo habían realizado un 45 por 100 de la obra (partiendo de una estructura inadecuada que se complicó con el uso de mezclas inadecuadas), y que en el caso de autos procedía la individualización de la responsabilidad y no la condena solidaria. (*L. M. L. F.*)

28. Mandato. Extralimitación en el uso del poder.—El mandatario está obligado a dar cuenta de la utilización del mandato y a devolver el valor de lo recibido cuando se extralimite en el uso del poder (art. 1720 CC), valor que se convierte en el que correspondiere a la cosa cuando se perdió (art. 1307), que es el que, por su transferencia a tercero hipotecario, o de buena fe, la convierte en «pérdida» jurídicamente, o sea, en el presente caso, en el momento en que la S del pleito precedente, que ordena la restitución, se convierte en inejecutable, precio que no consta y que se debe determinar, como es obvio, a través de una prueba pericial.

Nulidad de contrato. Efectos.—Decir que cuando la S de la que se recurre explica que la compraventa discutida «ya existió», y que por ello, al ser declarada nula, el que percibió su precio, debe devolverlo al perjudicado, con ello se está reflejando una irrealidad jurídica que invade, negándolos, preceptos que avalan, sin ningún aspecto de alerta, el resarcimiento para la parte que de buena fe se ve despojada de una situación jurídica que le era favorable, por la actuación antijurídica de otra, como aquí ha ocurrido: así, en las indemnizaciones a que da lugar el matrimonio declarado nulo —art. 98 CC, en favor del «consorte» (que se sigue llamando así hasta la efectividad de la nulidad consorcial), y en casos como el presente, en los supuestos del artículo 1307 CC—, que es el que aplica el Juzgador de primera instancia; y en los del 1720 del mismo Cuerpo legal, que encuentra su apoyatura, en este litigio, en la propia demanda, así como en el motivo 4.º del recurso. (**STS de 7 de junio de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. D. propietario de un terreno, otorga poder, en 1982, a favor del demandado don A. J., en el que se contiene la facultad de disponer de dicha finca. Don J. D. fallece en París, el 12 de mayo de 1983, habiendo otorgado testamento en el que instituye legataria universal de sus bienes a la ahora actora, doña D., habiendo sido notificado el demandado, A. J., del fallecimiento de su poderdante en noviembre de 1983. El 16 de febrero de 1984, no obstante conocer el demandado el fallecimiento, y usando el poder antes referenciado y otorgado por don J. D., declaró la obra nueva de un chalé, constituido en aquel terreno y otorgó escritura de compraventa del mismo a favor de don C. y doña M. J., quien, a su vez, vende la indicada finca a los señores C. M. e I., quienes inscriben tal adquisición en el correspondiente Registro de la Propiedad, el 2 de octubre de 1985. Doña D. interpone demanda contra don A. J., don C. y doña M. J., en petición de que se declarara la nulidad de la compraventa producida. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Denia, de 26 de septiembre de 1986, estima los pedimentos, declarando la nulidad pedida y quedando firme. Pero, en trámite de ejecución de la referida sentencia, ésta no puede lle-

varse a cabo, debida a la compraventa ulterior que habían concluido don C. y doña M. J. con los señores C. M. e I. Doña D., como propietaria de la finca, reconocida en la referida sentencia, presenta demanda frente a don A. J., en petición de que, en ejecución de sentencia se condene al demandado a pagarle la cantidad recibida por la compraventa de la finca, más los intereses desde la recepción de la misma, hasta su total pago.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto por la parte demandada. (S. M. S.)

29. Principio nominalista. Corrección por el Código Civil.—Se aprecia en preceptos como el artículo 1074 CC. Dicha corrección se lleva a cabo, por una parte, aproximando el momento de valoración al de la liquidación y pago y, por otra, estableciendo la regla de pago en la moneda corriente en el momento de la liquidación.

Enriquecimiento sin causa. Remedio de carácter residual.—No puede ser aplicado a supuestos previstos y regulados por las leyes pues, entre otras razones, no está a disposición del juzgador corregir en razón de su personal estimación sobre lo que sea justo en cada caso. La Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha dicho que el enriquecimiento sin causa sólo puede entrar en juego en defecto de previsión normativa (STS de 18 de enero de 2000, 5 de mayo de 1997, 4 de noviembre de 1994 y 19 de febrero de 1999, entre otras muchas).

Sociedad interna. Concepto.—Es una de las sociedades a las que el artículo 1699 CC se refiere como sociedad sin personalidad jurídica llamadas irregulares y cuyo régimen jurídico se determina de acuerdo con el artículo 1699 II CC. De este precepto se deduce que, en cuanto no haya sido perfilado por las partes el régimen de estas sociedades se remite a las normas de la comunidad de bienes en los aspectos relativos a la titularidad de los bienes o infraestructura patrimonial pero no en el organizativo, en el que, si los interesados nada han establecido, se habrán de aplicar las normas de la sociedad.

El problema que se plantea es el de separar los aspectos societarios y comunitarios, ya que se solapan sociedad y comunidad. Parece claro que las normas de la comunidad rigen el fondo común o sustrato material donde está enclavada la configuración del derecho de cada comunero, en tanto que los aspectos organizativos y obligatorios se han de llevar a la sociedad, en función de las remisiones de los artículos 392 II y 1669 II CC y teniendo en cuenta que la comunidad de bienes es un régimen de goce y disfrute de carácter real pero también un sistema organizativo de la titularidad de bienes y derechos.

El fallecimiento del socio en este tipo de sociedades produce el venir a menos instantáneo del vínculo social y genera entre los socios una mera situación de comunidad cuya división procederá por las reglas de la división de la herencia. Tanto si se entiende el proceso de liquidación como subsistencia transformada de la misma sociedad, como si se piensa que se produce la extinción social por venir a menos el vínculo (sociedades internas), decae el derecho al reparto de beneficios, que se sustituye por el derecho a la cuota de liquidación. (STS de 21 de octubre de 2005; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El objeto de la discusión en la que se centra la sentencia del Tribunal Supremo analizada es la valoración de determinados derechos incluidos en el inventario de la herencia de la madre de los contendientes, que la causante adquirió a título de heredera y de usufructuaria universal de la herencia del esposo fallecido veintidós años antes. Éste era titular del 20 por 100 de un negocio de viveros, participación de carácter ganancial. El resto del mencionado negocio pertenecía a los seis hijos comunes, contendientes en este proceso. El Tribunal Supremo considera que la naturaleza jurídica de dicho negocio es la de sociedad interna (FD 4).

Fallecido el padre y extinguida la sociedad sin haberse practicado la liquidación, quedó en poder de los hijos continuadores de facto de la misma empresa la totalidad del haber social, un 20 por 100 del cual, en realidad, pertenecía por mitad a su madre y por mitad, en nudo dominio, a los seis hijos herederos y en usufructo a la propia madre.

En el juicio incidental de inclusión de bienes en la herencia seguido en el juicio de testamento anterior al proceso del que trae causa la sentencia analizada, la Audiencia estimó incluido en el inventario de la causante el 10 por 100 del negocio, cuya titularidad le pertenecía, y los beneficios del 20 por 100 generados desde la fecha del fallecimiento del esposo hasta la de la causante.

Al no existir acuerdo entre los herederos de la causante sobre la valoración de dicha participación y de los mencionados beneficios, se inicia el proceso en el que se inserta la presente sentencia: los demandantes consideran que la valoración debe referirse al momento del fallecimiento de su padre, mientras que para las demandadas, la fecha que debe tenerse en cuenta es la de liquidación o adjudicación. (*B. F. G.*)

30. Contrato bancario: cuenta corriente de crédito. Reclamación del saldo de la cuenta liquidada: pacto de solidaridad de los cónyuges que lo suscribieron como acreditados. Carácter abusivo: no se aprecia.—La jurisprudencia de esta Sala ha considerado la «solidaridad» pactada, en algunos supuestos de contratos de apertura de cuentas de crédito, como abusiva para el deudor, criterio éste no general y común para todos estos pactos, precisándose, en realidad, por parte del que alega tal carácter, y aquí no se ha dicho en qué consiste este «abuso» (la cláusula es, en cualquier caso, de inclusión corriente, en estos supuestos), y, además, con el deber de probarlo. (**STS de 24 de junio de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—El presente juicio, se interpone por el *B. E. de F. S. A.*, en base a la Póliza de Crédito a Interés Fijo, núm. NUM001, firmada por los esposos codemandados, don J. C. y doña L., y con intervención de Corredor de Comercio. Se reclama la cantidad de 7.189.499 pesetas acompañando a la demanda la Póliza original suscrita con fecha 1 de febrero de 1991, las certificaciones con las que el Corredor de Comercio acredita, respectivamente, la conformidad con el asiento núm. 566 (de fecha 1 de febrero de 1991, folio 629/30 del tomo núm. 1 —doc. núm. 3—), y con la que se certifica que la liquidación realizada por el Banco ha sido practicada en

la forma pactada por las partes, y si bien no se reseña en dicha certificación un saldo final, no obstante, se contienen en ella los datos contables que constituyen el movimiento de la cuenta de la que son titulares los demandados.

Los codemandados se oponen a la reclamación de cantidad, por la separación de bienes de don J. C. y doña L., afirmando que la póliza fue suscrita mancomunadamente. Asimismo, la «disconformidad con el saldo reclamado» se justifica en que, estando otorgada la cuenta de crédito por dos titulares, debía haberse realizado una reclamación individualizada a cada uno de los titulares, significando cuál era el saldo. También se alega por ellos «plus petición», basada en que en la cuenta se han efectuado cargos que en modo alguno han sido autorizados por los codemandados. Y, por último, que, en el declarativo ordinario de menor cuantía, la documentación aportada a las presentes actuaciones, no acredita la existencia de la deuda, su exigibilidad, ni la persona del deudor.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. (S. M. S.)

31. Aval a primer requerimiento. Concepto.—Entre las nuevas modalidades de garantías personales nacidas para satisfacer las necesidades del tráfico mercantil al resultar insuficiente o inadecuada la regulación legal de la fianza, se encuentra el aval a primera solicitud, o a primer requerimiento, también denominado por la doctrina como garantía a primera demanda o a simple demanda o garantía independiente, contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad sancionada por el artículo 1255 CC (STS de 14 de noviembre de 1989), en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza. (STS de 27 de octubre de 1992).

Aval a primer requerimiento. Diferencias con la fianza.—Es nota característica de esta forma de garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el CC, su no accesoriidad (SSTS de 11 de julio de 1983 y 14 de noviembre de 1989). De ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, si bien en aras del principio de la buena fe contractual (art. 1258 CC), se permite al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, produciéndose así una inversión en la carga de la prueba ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal.

Aval a primer requerimiento. Efectos. Aplicación de las normas sobre el contrato de fianza. Necesidad de que se constituya de forma expresa.—El efecto último es, pues, que el beneficiario tiene un claro derecho a exigir el pago, siendo la obligación del garante independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial, sin perjuicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía (STS de 5 de julio de 2002). Ahora bien, su propia especialidad no la desnaturaliza y desgaja

por completo del contrato de fianza, presentándose como una modalidad que resulta perfectamente compatible con el tipo contractual fideusorio (SSTS de 2 de octubre de 1990 y 15 de abril de 1991), ya que junto a su función garantizadora se refuerza e intensifica la seguridad del pronto e inmediato cobro de la deuda por el beneficiario-acreedor. De ahí que no puede desconocerse la aplicación a esta figura jurídica de las normas propias de la fianza en cuanto se acomodan a su especial naturaleza y muy singularmente de la contenida en el artículo 1827 CC respecto a la necesidad de su carácter expreso, sin que pueda presumirse en forma alguna la obligación del fiador, y a la imposibilidad de extender su obligación más allá de lo expresamente asumido por el mismo al contraer la obligación de garantía. (STS de 28 de mayo de 2004).

Aval a primer requerimiento. Las condiciones accesorias del contrato no impiden la eficacia de la garantía.—El señalamiento del día de la semana en que debía expedirse la factura —sábado— no es una condición esencial de la que pueda hacerse desprender la eficacia de la garantía pues lo pretendido por la voluntad negocial de las partes es que las compras de cada período semanal se reflejen en una factura única al finalizar cada semana.

Doctrina de los actos propios. Imposibilidad de defraudar la legítima confianza o expectativa creada en la contraparte negocial.—Es inveterada la jurisprudencia que considera que la doctrina de los actos propios tiene su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de buena fe, que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (SSTS de 25 de octubre y 28 de noviembre de 2000, y 16 de septiembre de 2004, entre muchas). En el caso en cuestión los recibos estuvieron expedidos en distintos días de la semana, pese a lo cual fueron satisfechos mediante actuación propia de la entidad fiadora que, sin duda, generó en la actora la confianza en que se mantendría igual conducta. Se configura así una serie de «actos propios» de la fiadora que no pueden ser desconocidos unilateralmente por la misma sin explicación, al menos, de las razones de tal apartamiento.

Condena en costas. La estimación de la petición subsidiaria no excluye el principio del vencimiento.—Esta Sala tiene declarado que si se estima una petición alternativa o subsidiaria, ello no excluye el vencimiento del actor (SSTS de 27 de noviembre de 1993, 30 de mayo de 1994 y 15 de marzo de 1997), siendo así que en el caso la parte demandada se opuso totalmente a la estimación de la demanda sin aceptar ser la deudora por cantidad alguna, lo que en definitiva determinó la necesidad de que se siguiera todo el proceso en su contra, situación que posiblemente no se habría producido si hubiera aceptado la pretensión formulada de modo subsidiario, por lo que en suma debe regir el principio *victus victori* contenido en la norma cuya aplicación se combate. (STS de 27 de septiembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Mediante la suscripción de un aval a primera demanda, la entidad *B. H., S. A.* se obligaba a pagar las facturas que le presentara al cobro la *Cofradía P. B.*, por importe de hasta un millón de pesetas y a cargo de la mercantil *P. M. V. B., S. A. L.*, generadas por la compra de pescado o marisco. A los pocos días de suscrito este contrato, se expidió una certificación complementaria en la que, entre otros extremos, se estipuló que la facturación de las compras debía efectuarse el sábado de cada semana así como la posibilidad del Banco de dejar sin efecto el aval previa notificación

a la beneficiaria. Unos años después de venir ejecutándose el contrato en los términos acordados, el Banco comunica su resolución a la Cofradía. Requerido aquél para el pago de los últimos suministros anteriores a la fecha de cancelación del aval, fue aceptado y abonados los importes reclamados, a excepción de una serie de facturas al estimar el Banco que no era procedente su pago por superar el importe acordado de un millón de pesetas y estar emitidas en días distintos del sábado. La *Cofradía P. B.*, demanda al Banco en reclamación de la suma total de 11.727.894 pesetas, que importaban las facturas rechazadas y, subsidiariamente, de la cantidad de 7.826.616 pesetas a que se reduciría de no sobrepasar el importe de un millón de pesetas por factura. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda y estimó la petición subsidiaria, con condena en costas al Banco demandado. La Audiencia Provincial de Asturias desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Banco. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada. (L. A. G. D.)

32. Carta de patrocinio. Contrato atípico.—Las «cartas de patrocinio», también denominadas «cartas de confort», «cartas de apoyo», «cartas de conformidad», «cartas de responsabilidad», «cartas de garantía» son «..., una fórmula de crédito financiero, que se ha introducido en nuestro derecho proveniente del derecho anglosajón, véase las denominadas *letter of responsibility, letter of support, letter de patronage, letter of intention*, etc., a las que la doctrina científica moderna española ha dado verdadera carta de naturaleza, y que asimismo aparece recogida y estudiada por la jurisprudencia de esta Sala —SS de 16 de diciembre de 1985 y 10 de julio de 1995—, y fundamentada en el principio de libertad de contratación recogido en el artículo 1255 CC.

Tipos: «cartas débiles» y «cartas fuertes».—Las cartas débiles más bien son recomendaciones que no sirven de fundamento para que la entidad crediticia pueda exigir el pago del crédito a la entidad patrocinadora. Las cartas fuertes pueden entenderse como contrato atípico de garantía personal, con un encuadramiento específico en alguna de las firmas negociales o categorías contractuales tipificadas en el ordenamiento jurídico como contrato de garantía, o como contrato a favor de terceros, o como promesa de crédito, criterio seguido por nuestro Tribunal Supremo en la S de 16 de diciembre de 1985 que lo refiere al contrato de fianza.

La carta de patrocinio: diferencias con la fianza.—Como similar a la fianza, a menudo, la carta de patrocinio puede chocar con el presupuesto de que la declaración constitutiva de fianza ha de ser clara y precisa, sin que pueda sustentarse en expresiones equívocas, que se prodigan en las cartas de patrocinio, para atenuar su fortaleza jurídica. En todo caso, como contrato atípico, la carta de patrocinio no embebe ni supone la constitución de una fianza y, aunque pueda participar en algunos aspectos de sus características, son contratos atípicos con personalidad propia y no confundibles.

La carta de patrocinio como oferta de mandato de crédito: encargo de dar crédito a un tercero determinado.—El Tribunal Supremo prefiere acudir, con otros sectores doctrinales a la asimilación con otras figuras contractuales, distintas de la fianza por menos sensibles al factor de equivocidad que frecuentemente pretende introducirse en estos documentos por aquel que los emite, para desdibujar la idea de afianzamiento, en concreto, la figura tra-

dicional del mandato de crédito, asimilando las relaciones derivadas de la emisión de las cartas de patrocinio y las relaciones típicas del mandato, implicando como principal consecuencia, el reconocimiento de la responsabilidad del emisor en aquellos casos en que su destinatario accede al requerimiento formulado en la carta. Así el encargo de dar crédito a persona determinada pasa a constituir como cualquier otro encargo, una proposición de mandato con sus propios efectos jurídicos, cuando esa invitación o incitación a la concesión de crédito va acompañada de una promesa de garantía, asumiendo más o menos directamente el exhortante (mandante) el riesgo de la operación (promesa atípica de garantía), susceptible de llevarse a cabo por cualquiera de las formas admitidas en el Código civil (STS de 10 de julio de 1995).

Facultades del firmante de la carta para obligar al patrocinador.–

En el ámbito de las garantías ofrecidas por una sociedad matriz respecto de alguna que se entiende comúnmente entre las de gobierno y gestión del órgano de administración de la entidad patrocinadora, figuran los llamados «actos neutros», aquellos que, aunque no comprendidos directamente en el objeto social, tampoco suponen una ampliación de éste, presumiéndose que se realizarán o estipularán, en beneficio de la sociedad y al servicio del objeto y fin sociales. Estos actos, como son concertar préstamos, prestar avales o garantías, etc., pueden incluirse dentro del concepto general de actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo de las actividades indicadas en el objeto social, al que se refiere el artículo 117.2 del Reglamento del Registro Mercantil, para declarar que no podrán incluirse en el objeto social. En cualquier caso, aunque se entendiase que las cartas de patrocinio no pueden configurarse como «acto neutro», el artículo 129.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, interpretado conforme al artículo 9 de la primera Directiva de la UE en materia de sociedades, hace que el objeto social sólo pueda ser opuesto como límite de la actuación de los administradores frente a terceros que hayan obrado de mala fe o con culpa grave. En el caso, L. era Presidente del Consejo de Administración de *Rústicas, S. A.*, y, además, su apoderado general. Además, antes de la fecha de la firma, la Junta General otorgó poderes al Consejo de Administración para operar con Bancos, Cajas y cualesquiera entidades de financiación y avalar y garantizar operaciones propias y de terceros. (STS de 30 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.–Por el *Banco Z., S. A.* –parte antes demandante y ahora recurrida en casación–, se formuló demanda en la cual solicitaba que se dictara sentencia condenando a *R., S. A.* –parte antes demandada y luego recurrente en casación–, al pago de las cantidades a las que fue condenada la entidad *C. I., S. A.*, en juicio ejecutivo. La solicitud del *Banco Z., S. A.* tenía como base un escrito de fecha 28 de septiembre de 1992 firma de L., Presidente del Consejo de Administración de *R., S. A.*, y su apoderado general, y cuyo tenor es el siguiente: «Muy señores nuestros: En relación con la solicitud de la cuenta de crédito que por importe de 20.000.000 de pesetas (veinte millones de pesetas) les fue solicitado a ustedes por la empresa *C. I., S. A.* de Zaragoza, les comunicamos que poseemos el 100 por 100 del capital de la misma. Con respecto a la mencionada cuenta de crédito, les comunicamos que si *C. I., S. A.*, tuviera problemas en devolverlo a su vencimiento, procederíamos a ampliar capital hasta el importe de dicho crédito para poder hacer frente a

tal compromiso.—». Ante el impago parcial, *Banco Z.* interpone demanda de reclamación de cantidad contra la compañía mercantil *R., S. A.* El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda presentada por el *Banco Z.* Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia desestima el recurso. (*S. M. S.*)

33. Aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto.—La excesiva generalización de la doctrina del enriquecimiento injusto puede crear riesgos para la seguridad jurídica, pero su aplicación a supuestos e intereses concretos, otorgando a favor de un sujeto concreto una acción de restitución, constituye un postulado de justicia ineludible. Para que proceda la aplicación de este principio general, es preciso que la causa para su no aplicación deje de ser injusta y se torne en justa y suficiente cuando exista una clara disposición legal (STS de 18 de enero de 2000). Es decir, la acción de enriquecimiento injusto debe entenderse subsidiaria, en el sentido de que cuando la ley concede acciones específicas en un supuesto concreto, son tales acciones las que se deben ejercitar, y ni su fracaso ni falta de ejercicio legitiman la utilización de la acción de enriquecimiento injusto o sin causa. (**STS de 30 de noviembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor formula demanda de reclamación de cantidad contra *R. P. L.* Ambas partes adquirieron por mitad y en régimen de pro indiviso un negocio restaurante. Posteriormente se concertó un contrato de arrendamiento de industria a favor de *S., S. L.* La parte actora reclama la mitad de las rentas percibidas por la demandada como propietaria y arrendadora del local. La demandada alega que el demandante se había negado a satisfacer los gastos necesarios que se habían ocasionado como propios del dominio del inmueble y demás elementos anejos al mismo (el impuesto sobre bienes inmuebles, el impuesto sobre transmisiones patrimoniales, el IRPF...).

El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda, condenando a la demandada al pago de una cantidad de dinero menor de la solicitada por el actor al deducir el Juzgado la cantidad que el actor adeudaba a la demandada. Ésta interpone recurso de apelación, que es desestimado, motivo por el cual recurre en casación. Se alega principalmente la infracción del principio del enriquecimiento injusto. El Tribunal Supremo desestima el recurso al entender que en este caso hay disposiciones legales suficientes para dar una solución justa y coherente a la compensación de deudas, como los artículos 1195 y siguientes CC, que regulan la compensación como mecanismo extintivo de las obligaciones, sin tener que recurrir a la doctrina del enriquecimiento injusto, que debe aplicarse de manera subsidiaria. (*S. L. M.*)

34. Existencia de enriquecimiento injustificado como resultado de un proceso de ejecución hipotecaria.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo afirma que existe enriquecimiento injustificado cuando en el patrimonio del rematante en un proceso de ejecución hipotecaria se produce un incremento patrimonial (*lucrum emergens*) como consecuencia de entrar en su patrimonio, sin

contraprestación alguna, una edificación existente en la finca hipotecada, produciéndose de esta manera un correlativo empobrecimiento en el patrimonio del dueño de la edificación como consecuencia del daño positivo (*damnum emergens*) consistente en la pérdida de la citada edificación.

Para nuestro Alto Tribunal, en este tipo de casos no existe justa causa que legitime la adquisición de la edificación por parte del rematante, pues la citada construcción no estaba hipotecada ni su valor estaba incluido en el precio pagado como remate en el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria regulado en el artículo 131 LH.

Enriquecimiento injustificado: existencia de justa causa.—Afirma la Sala 1.ª del Tribunal Supremo que existe justa causa, y por tanto, no puede aplicarse la doctrina del enriquecimiento injustificado, cuando lo resuelto se ampara en un precepto legal concreto o en una resolución judicial motivada definidora de derechos entre las partes.

Buena fe registral.—No existe cuando se conoce la situación física y jurídica de la finca, o hubo posibilidad de conocerla con una mínima diligencia. (STS de 18 de noviembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—En octubre de 1982 don E. J. y doña E. R. constituyen un derecho de hipoteca sobre la finca registral núm. 3319 del Registro de la Propiedad de Arenys de Mar, a favor de la entidad financiera CAL (inscripción 3.ª).

Posteriormente, don E. J. vende su mitad indivisa sobre la citada finca a don V. R. (inscripción 4.ª).

En virtud de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Valls en abril de 1987, se inscribe en el Registro de la Propiedad, en septiembre de 1987, el dominio del *chalet practic* prefabricado existente en la finca núm. 3319 a favor de la entidad H. P. E., S. A., (inscripción 5.ª).

En agosto de 1991, don L. inscribe (inscripción 6.ª) en el Registro de la Propiedad el dominio de la finca núm. 3319 a título de cesión de remate en el procedimiento del artículo 131 LH seguido en el Juzgado de Mataró a fin de ejecutar la hipoteca (el precio fijado para la subasta en el proceso de ejecución hipotecaria era el establecido en la escritura pública de constitución de la hipoteca, y, por tanto, no incluía el valor del *chalet practic*, posteriormente construido, pues la hipoteca constituida sobre la citada finca registral sólo se extendía al solar y a la casa de teja árabe existente en dicho solar).

Por Auto firme de 4 de julio de 1991 se cancela la inscripción de hipoteca (inscripción 7.ª).

El 21 de agosto de 1991 se produce la inscripción de obra nueva (inscripción 8.ª), conforme a la escritura pública de 6 de agosto de 1991, con remisión a acta anterior de declaración de obra nueva de 20 de enero de 1987, anterior a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valls e inscripción registral de la misma.

La entidad H. P. E., S. A., interpone demanda contra don L., solicitando se dicte sentencia que declare, entre otras cosas, las siguientes: a) declarar que el *chalet practic*, que se describe en la demanda, enclavado en la finca registral núm. 3319 del Registro de la Propiedad de Arenys de Mar, es propiedad de la entidad H. P. E., S. A., y tiene derecho a inscribirlo en el Registro de la Pro-

piedad; *b*) que don L. está obligado a entregar el *chalet practic* al demandante; *c*) declarar que conforme al artículo 278 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña, la entidad *H. P. E., S. A.*, tiene derecho de retención sobre el citado chalé, hasta que no se le abonen las cantidades de 11.787.924 pesetas que señaló la sentencia del Juzgado de Valls, dictada en abril de 1987, o aquella otra cantidad, mayor o menor, que la sentencia que se dicte en este proceso estime ser más justa; *d*) declarar nulas o ineficaces y sin valor las declaraciones de obra nueva otorgadas en acta notarial por el demandado don L. en enero de 1987, así como declarar la nulidad de la inscripción que dichas declaraciones de obra nueva causaron en el Registro de la Propiedad; *e*) declarar que conforme al artículo 278 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña y a la sentencia del Juzgado de Valls de abril de 1987, y con las correcciones que el Juzgador estime justas y equitativas, el demandado tiene que ser condenado a pagar a la parte demandante la cantidad que señale el Juzgado como valor actual del *chalet practic*, en cuyo caso, pagando la cantidad señalada, el citado inmueble sería propiedad del demandado (don L.), o declarar que siendo el mencionado chalet propiedad de la entidad *H. P. E., S. A.*, condene al demandado a tener que vender mediante precio justo y equitativo que señale la sentencia, el terreno en que está enclavado dicho chalé, y *f*) subsidiariamente para el caso de que la entidad *H. P. E., S. A.*, no pudiera recobrar el dominio del *chalet practic* por habérselo vendido el demandado a un tercero, se condene a don L. a pagar a la sociedad mercantil *H. P. E., S. A.*, el valor en pesetas del citado inmueble.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial lo estima parcialmente, revoca la sentencia de primera instancia y estima parcialmente la demanda, condenando al demandado a pagar al demandante la cantidad de 13.647.924 pesetas. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado, casa y anula la sentencia recurrida en el sentido de reducir la condena al pago de 11.787.924 pesetas.

NOTA.—Téngase en cuenta que con la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento de ejecución hipotecaria ya no se rige por lo dispuesto en el artículo 131 LH (cuya redacción ha sido modificada), sino por lo establecido en los artículos 571 siguientes y 681 siguientes de la vigente LEC.

Por otra parte, también debe tenerse en cuenta que el artículo 278 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña fue derogado por la DF 1.^a de la Ley catalana 25/2001, de 31 de diciembre, de la accesión y de la ocupación y que esta Ley a su vez ha sido derogada por la DD de la Ley catalana 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales. (*M. J. P. G.*)

35. Competencia jurisdiccional: contencioso-administrativa: accidente de circulación con graves lesiones y secuelas para el conductor por deficiente estado de una carretera local en obras. Todos los codemanda-

dos están adscritos al servicio público para el mantenimiento de las carreteras.—La adscripción de los codemandados al Servicio Público de la Brigada de Conservación de Carreteras de la Diputación de Cuenca, implica que los mismos son «servidores» de la Administración (sean funcionarios o estén adscritos al mencionado servicio público por cualquier título, de mayor o menor permanencia), por ello encajan en la exclusión que de la jurisdicción civil hace el artículo 145.1 de la Ley 30/1992, sin que sea preciso acudir a la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cuanto no es aplicable al caso (el accidente ocurrió el 26 de octubre de 1994 y la demanda se presentó en el año 1997), donde quedó resuelta la exclusividad de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La declaración de incompetencia de la jurisdicción civil y la evocación del principio de evitación del «largo peregrinaje procesal».—La invocación del principio de evitación del «largo peregrinaje procesal», en defensa del principio constitucional de la «tutela judicial efectiva» (art. 24.1 CE), para permanecer en la jurisdicción civil, no puede ser apreciado, pues ante la clara dirección mostrada por la sentencia de la Audiencia al particular demandante y apelante, para deber dirigirse a la jurisdicción contencioso-administrativa, ha sido una decisión personal de la parte, la de acudir ante la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, la que ya tiene acompasada su jurisprudencia, para los casos como el presente, a la Ley 30/1992. (STS de 27 de septiembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Debido a un accidente de circulación, por pérdida de control del vehículo ocurrido el día 26 de octubre de 1994, cuando el demandante circulaba por un tramo de una carretera, de la provincia de Cuenca, indebidamente señalizado y con una espesa capa de grava gruesa existente en la calzada, el conductor-demandante sufrió graves lesiones y secuelas, por lo que dirigió su demanda contra los integrantes de la Brigada de Conservación de Carreteras de la Diputación de Cuenca, y contra la referida Corporación, por *culpa in eligendo e in vigilando*. El Juzgado entra en el fondo y desestima la demanda. La Audiencia no entra a conocer el fondo de la cuestión recurrida al apreciar de oficio la excepción de falta de jurisdicción planteada en el escrito de contestación a la demanda. El Tribunal Supremo no da lugar a la casación. (L. A. M. P.)

36. Accidente de trabajo. Determinación de la jurisdicción competente. Compatibilidad del conocimiento de estas cuestiones por las jurisdicciones laboral y civil.—Las cuestiones relativas a la determinación de la jurisdicción competente, así como la doctrina jurisprudencial sobre compatibilidad de pretensiones en los supuestos de accidente de trabajo y la naturaleza complementaria de la indemnización acordada en vía civil, ha sido una materia que ha experimentado en ciertas épocas importantes variaciones. Y aunque, ciertamente, el Alto Tribunal se apartó en dos ocasiones de su doctrina tradicional, no lo es menos que pronto retornó a aquella misma doctrina tradicional, reafirmando la competencia del orden civil siempre que la demanda se fundara en los artículos 1902 y 1903 CC (SSTS de 16 de octubre y 4 de noviembre de 2004). Por lo tanto, debe quedar claro que, en cuanto a las consecuencias civiles derivadas de un accidente laboral (respecto al que el trabajador afectado por él, o sus herederos, de haber el mismo fallecido a sus

resultas, hayan sido ya satisfechos indemnizatoriamente por las normas de trabajo –Seguridad Social–), puede instarse una reclamación complementaria en el orden civil, que ésta deba basarse inexorablemente para su amparo por normas meramente civiles (por lo tanto, excluidas ya las laborales), concretamente, en Derecho común, las de los artículos 1902 y 1903 CC.

Accidente de trabajo. Responsabilidad civil del empresario. Procede declararla cuando no ha adoptado las medidas básicas de cautela y prevención, con independencia de que intervenga también culpa de su empleado.—La responsabilidad de la demandada debe decretarse, pues la ausencia de cualquier medida de cautela y prevención, ante la existencia de una situación de riesgo, genera responsabilidades en la empresa, que incluso hace extensiva a la previsión de actuación negligente del operario y sólo en caso de desobediencia voluntaria de instrucciones concretas o de actuación consciente contraria a las indicaciones de la empresa es aplicable la culpa exclusiva de la víctima (STS de 11 de mayo de 1996). (STS de 19 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor, en su condición de jefe de máquinas en la empresa para la que trabajaba, procedió a realizar tareas de limpieza, para lo que se introdujo en las mismas; momento en el cual se activó por accidente el mecanismo de su puesta en funcionamiento y sufrió lesiones debidas a los golpes recibidos por las aspas de ventilación interiores. Presentada demanda por el lesionado contra la empresa y contra el trabajador que había activado la puesta en marcha de la máquina, éstos alegaron entre otros motivos de oposición la cosa juzgada, al haber sido ya resuelto el asunto en la jurisdicción laboral. Asimismo, opusieron la culpa exclusiva de la víctima. El Juzgado de Primera Instancia, desestimó la demanda planteada. La Audiencia Provincial de Córdoba estimó parcialmente el recurso de apelación y condenó a la empresa, absolviendo al otro operario demandado. La compañía mercantil condenada interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

37. Culpa extracontractual: accidente laboral: no uso por el trabajador del arnés de seguridad que le ofreció la empresa: jurisprudencia contradictoria: se opta por la dirección subjetivista de exigir al empresario una acción u omisión negligente.—Si el trabajador se hubiera servido del arnés de seguridad que le había facilitado el empresario demandado, como por demás sí hizo en sus tareas de antes de almorzar, no se habría producido la caída de una altura de nueve metros, ni por tanto la muerte, de suerte que tanto la falta de una especial cualificación del trabajador como el hecho de que le acompañara otro en sus tareas de ese momento no pueden considerarse factores de relevancia causal suficiente como para justificar la declaración de responsabilidad del empresario demandado. (STS de 14 de diciembre de 2005; ha lugar.)

NOTA.—Correcto planteamiento (Pte.: Marín Castán) en presencia de jurisprudencia contradictoria de la Sala 1.ª a la hora de exigir responsabilidad civil al empresario por accidente laboral. Efectivamente en el 2.º FD se recogen las dos divergentes orienta-

ciones jurisprudenciales, que obligan a la Sala 1.^a a tener que decantarse por una de ellas:

«La respuesta casacional a la cuestión planteada ante esta Sala pasa por constatar que, efectivamente, no son pocas las sentencias que, como la citada por el tribunal de apelación, han aplicado criterios o tendencias objetivadoras a la denominada responsabilidad civil del empresario por accidente laboral. Es más, en alguna de ellas se apunta incluso *un nuevo principio de responsabilidad por riesgo o sin culpa, que responde a las exigencias de nuestro tiempo* (STS de 17 de octubre de 2001); en otras, y con base en la *protección de las víctimas se mantiene una presunción de culpa del empresario* con el argumento de que, aunque cumpliera toda la normativa de prevención de riesgos laborales, el propio accidente habría demostrado su insuficiencia y, por tanto, la omisión de algún grado de diligencia (SSTS de 15 de julio y 24 de septiembre de 2002, 13 de febrero, 22 de abril y 18 de junio de 2004); y, en fin, en la de 29 de abril de 2004 se declara muy rotundamente que también en este ámbito de la responsabilidad civil *la objetivación se acentúa cada vez más*. Ahora bien, frente a esa línea marcada por la objetivación existe otra, representada por un número muy considerable de sentencias que rechaza muy decididamente la aplicabilidad en este ámbito de la responsabilidad por riesgo y *exige la prueba tanto del nexo causal como de la culpa del empresario*. Así la STS de 31 de marzo de 2003 rechaza explícitamente que el riesgo pueda erigirse en fuente única de la responsabilidad regulada en el artículo 1902 CC; la STS de 8 de octubre de 2001, al justificar la competencia del orden jurisdiccional civil en esta materia frente al orden social, puntualizó que en coherencia con ello sería preciso aquilatar cuidadosamente la concurrencia de todos los elementos de dicho artículo 1902, en la dirección marcada ya por la STS de 18 de diciembre de 1998; en las de 9 de julio y 6 de noviembre de 2001, 27 de mayo 2003 y 27 de diciembre de 2004, se analiza muy detenidamente la concurrencia tanto de la culpa del empresario como del nexo causal; y en las más recientes, dos de 28 de octubre y una de 15 de noviembre de 2005, cabe advertir un especial esfuerzo por identificar con precisión cuál fue la omisión concretamente imputable al empresario o sus dependientes».

A las citadas cabe añadir: STS de 14 de octubre de 2004 según la cual basta la concurrencia de responsabilidad por riesgo con inversión de la carga de la prueba. En STS de 31 de diciembre de 2003 se deniega la responsabilidad por ausencia total de culpa en el empresario, si bien, después de un análisis meticuloso de las circunstancias, se reconoce que de seguirse la otra dirección, hubiera habido responsabilidad (anotada por mí en *ADC*, 2005, p. 1457)

A mi juicio el razonamiento de la sentencia extractada sería suficiente para que, eventualmente, el Tribunal Supremo considerara, en el caso de que se interpusiera un recurso por infracción del principio de igualdad constitucional, estar razonadamente argumentado el hecho de apartarse de la dirección objetivadora. En realidad, no parece haber suficientes razones, sin embargo, para entender definitivamente zanjado el tema que afronta la sentencia extractada. (*G. G. C.*)

38. Culpa extracontractual: accidente laboral en la reparación arriesgada de retro excavadora: negligencia del encargado y del capataz: previsibilidad.—La Audiencia Provincial considera probada la existencia de una omisión culposa por parte del encargado y del capataz de la U. T. E. demandada, a los que correspondía una posición de garantes en cuanto a la seguridad de los trabajos a efectuar, los cuales consistieron en reparar una retro excavadora, como había ocurrido otras veces, de forma arriesgada, singularmente por el peligro que representaba la utilización de la propia pala de la máquina como palanca para la elevación de la misma, hincándola en tierra, asumiendo un riesgo por parte del trabajador del que podía preverse la posibilidad del resultado mortal, al ceder el terreno y aplastar la máquina a aquél como sucedió. La STS de 10 de julio de 2003 señala que la previsibilidad del resultado es el presupuesto lógico y psicológico de la evitabilidad del mismo, y la de 22 de julio de 2003, que la esencia de la culpa consiste en no prever lo que pudo y debió ser previsto, o en la falta de adopción de las medidas necesarias para evitar el evento dañoso.

Insuficiencia de la diligencia reglamentaria.—Según la STS de 8 de octubre de 2004, no resulta suficiente la que podría denominarse *diligencia reglamentaria* si la realidad fáctica evidencia que las medidas adoptadas para evitar los daños previsibles han resultado ineficaces, pues la diligencia que ha de adoptarse en el cumplimiento de las obligaciones comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios sino además todos los que la prudencia imponga para evitar los eventos dañosos.

Quantum indemnizatorio.—Es reiteradísima la jurisprudencia que mantiene que el *quantum* de la indemnización que se acuerde en caso de responsabilidad extracontractual pertenece a la prudente discrecionalidad del Tribunal de instancia y que no es revisable en casación, a menos que se acredite el error en las bases fácticas o jurídicas en que se ha basado la sentencia de instancia para fijar aquélla. En el presente caso ningún error de tal naturaleza cabe imputar a la sentencia impugnada pues la víctima al ocurrir el accidente el 20 de agosto de 1992 tenía treinta y nueve años de edad, y sus expectativas de vida, la situación familiar (casado con un hijo menor), así como el constituir sus ingresos el único sustento familiar, autorizan a calificar de adecuada la indemnización de veinte millones de pesetas a repartir por partes iguales entre la viuda y el hijo menor.

Compatibilidad con prestaciones por accidente de la Seguridad Social.—Es doctrina reiterada (últimamente, SSTS de 5 de diciembre de 1995, 28 de noviembre de 2001 y 8 de octubre de 2004) que las percepciones que puedan derivarse del sistema de Seguridad Social y la dimanante del acto culposo son compatibles, pues aquéllas nacen del sistema público de aseguramiento y éste tiene su fundamento en un acto culposo no penado por la ley, lo que ha de resultar predicable igualmente de las percepciones futuras y periódicas que puedan resultar a favor de los familiares del fallecido.

Imprudencia del enriquecimiento injusto.—La esencia del enriquecimiento injusto o sin causa consiste en la carencia de razón jurídica para el incremento patrimonial producido para una parte, lo que pugna con la discusión por dicha vía de la cuantía de la indemnización concedida por el hecho dañoso, desnaturalizando dicha teoría, y desconociendo el carácter subsidiario de la figura proclamado por SSTS de 18 de diciembre de 1996, 19 de febrero de 1999 y 4 de noviembre de 2004.

Intereses de demora.—La sentencia dictada en apelación condena a las demandadas al pago de los intereses legales sobre la cantidad objeto de la

condena desde el emplazamiento, los que se incrementarán en dos puntos desde la fecha de aquella resolución. La STS de 12 de mayo de 2003 dice que si bien es cierto que la más moderna jurisprudencia de esta Sala ha superado la tradicional concepción de la regla *in illiquidis non fit mora*, por razones de equilibrio económico y de justicia distributiva, tal jurisprudencia no es aplicable en aquellos casos en que se trata de fijar el *quantum* indemnizatorio; doctrina reiterada por la STS de 14 julio del mismo año, y que resulta de aplicación al caso, no ya por la absoluta indeterminación inicial del importe debido, extraña a cualquier imputación de demora al deudor, sino fundamentalmente porque ha resultado necesario el seguimiento del proceso para establecer la propia existencia de la obligación de las empresas demandadas, resultando ser aplicable el artículo 921 párrafo 4.º, de la derogada LEC, de modo que los intereses allí previstos habrán de devengarse desde la fecha en que se dictó la sentencia en segunda instancia, procediendo la estimación parcial del recurso. (STS de 9 de noviembre de 2005; ha lugar en parte.)

NOTA.—La doctrina jurisprudencial sobre la compatibilidad entre las prestaciones sociales y la indemnización civil por culpa o negligencia del empresario en los accidentes laborales parece bastante consolidada. Puede verse últimamente STS de 4 de noviembre de 2004 y mis anotaciones en *ADC*, 2006, pp. 1521 ss. llamando la atención sobre alguna inseguridad e incertidumbre de la misma, lo que genera cierto escepticismo. Sobre la llamada *diligencia reglamentaria*, vid. STS de 2 de diciembre de 2004 (en *ADC*, 2006, p.1528). (G. G. C.)

39. Arrendamiento de servicios. Accidente de trabajo de subcontratista. Culpa extracontractual. Frente al dueño de la obra: comunidad de propietarios: no ha lugar.—En la sentencia impugnada se da por acreditado que el fallecido era un profesional en igual medida que el contratista: que conocía y debía prever las medidas de seguridad necesarias para realizar su trabajo, siendo que realizaba las obras de albañilería en régimen de autónomo; estableciéndose, por tanto, en el caso, una autonomía de organización y relación laboral con el contratista. Y, por tanto, como profesional, debe establecer independientemente, la adopción de medidas para un cumplimiento del trabajo óptimo. Con tal acreditamiento no puede impugnarse culpa alguna a la comunidad de propietarios, dueña de la obra, frente a quien, al margen de sus relaciones administrativas, no puede razonablemente admitirse su intervención en su realización, a cargo del contratista, sin que se haya podido probar *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando* a su cargo.

Frente al contratista: no ha lugar.—El Tribunal Supremo establece que la responsabilidad tipificada en el artículo 1903.4.º CC requiere como presupuesto indispensable una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa demandada, sin olvidar que, cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relaciones de subordinación entre ellas, falta toda razón esencial para aplicar la norma. El artículo 1903.4 CC establece una responsabilidad directa del empresario, que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, requiere indefectiblemente una relación jerárquica o de dependencia entre el causante del daño y

el primero y siempre, por supuesto, que se acredite la culpa o negligencia del dependiente, pues, si se acredita haber empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, cesará tal responsabilidad. Según reiterada doctrina del Tribunal Supremo, cesa la responsabilidad establecida en el último párrafo del artículo 1903 CC, cuando el elemento fáctico indica que se encarga la realización de la obra a personal especializado y cualificado profesionalmente, con suficientes conocimientos para un ejercicio normalmente correcto de la *lex artis* y para la realización de unas determinadas operaciones, desentendiéndose el dueño o comitente de cómo se realizaron prácticamente las mismas. (STS de 13 de mayo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M., tenía constituida, junto con otras personas, una pequeña empresa de construcción, que actuaba bajo la forma jurídica de una comunidad de bienes, realizando trabajos de construcción, bien por adjudicación directa, bien en régimen de subcontrata.

El 22 de septiembre de 1993, cuando don M. se encontraba trabajando en régimen de subcontrata para don J. P., realizando unas obras para la comunidad de propietarios, don M. sufrió una caída al desmontar el andamio en que se encontraba, que le provocó la muerte.

El andamio en que don M. estaba desarrollando su trabajo no cumplía con ninguna de las medidas de seguridad exigibles ni siquiera se había confeccionado el preceptivo proyecto de seguridad del andamio debidamente visado por el Colegio Oficial correspondiente. Dicho proyecto fue debidamente exigido por el Ayuntamiento al concederse la licencia de obra, condicionada a la elaboración del correspondiente proyecto de seguridad del andamio, exigencia que se realizó directamente a la comunidad de propietarios.

La viuda promueve juicio de menor cuantía contra las aseguradoras de la comunidad de propietarios y de don J. P. Su demanda es estimada en primera instancia. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por las demandadas. El Tribunal Supremo desestima los pedimentos de la recurrente. (S. M. S.)

40. Contrato de seguro. Responsabilidad civil por empleados o dependientes: ámbito penal y civil.—El artículo 22 del Código Penal (CP) atribuye una responsabilidad subsidiaria a las empresas por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicio, lo que de hecho no se llega a hacer efectivo sino ante la insolvencia de los que sean criminalmente responsables (art. 21 CP); el artículo 1903 CC, en cambio confiere esa misma responsabilidad a las empresas, pero con carácter directo, es decir, al mismo nivel que el dependiente o empleado responsable principal del hecho (acción u omisión dañosa interviniendo culpa o negligencia), por lo que la acción civil aun siendo única y la misma tiene en este caso particular un ámbito más amplio e incisivo que la acción penal; la jurisdicción penal se pronuncia con plena soberanía, dados los términos literales de los artículos 100, 110, 111, 112, 114, y 116 de la LECrim a los que implícitamente nos remite el artículo 1092 CC ya que

la referida Ley Adjetiva es complemento y desarrollo procesal de la sustantividad del Código Penal. (STS de 30 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *E. y C. I. y D., S. L. (E., S. L.)* interpuso demanda contra la entidad aseguradora *A., Cia. de S. y R., S. A.* solicitando se declarase que los daños y perjuicios derivados del accidente mortal sufrido por don J. C. L. R. se encuentran cubiertos por la póliza suscrita por la entidad actora con la aseguradora *A.* El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Gijón dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Asturias estimó parcialmente el recurso estimando el único sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento relativo a la condena en costas. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

41. Culpa médica: intervención con importantes secuelas: incompetencia jurisdicción civil.—Los Tribunales no pueden volver una y otra vez sobre cuestiones que ya fueron resueltas, o no aparecen claramente determinadas, como ocurre en este caso en el que dirigida una demanda contra un particular y, solidariamente, contra la Administración en 1995, es competente para conocer de la reclamación indemnizatoria el orden jurisdiccional civil, dado que la atribución de competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa no se produjo hasta la Ley de 13 de julio de 1998, que añadió al artículo 9.4 LOPJ el párrafo segundo con un inciso con arreglo al cual *si a la producción del daño hubieren concurrido sujetos privados, la demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional* (contencioso-administrativo); criterio que es el que ha venido manteniendo con carácter general esta Sala, salvo contadas excepciones.

Responsabilidad de la Administración sanitaria autonómica en caso de transferencia.—Las cesiones del INSALUD de los correspondientes servicios sanitarios a las CCAA, por lo general, operan transfiriendo no sólo los derechos sino también obligaciones, salvo la excepción de la Comunidad Foral de Navarra (STS de 3 de diciembre de 1999), y así ocurre con la Valenciana. Conforme a la jurisprudencia de esta Sala se viene declarando la inoponibilidad al perjudicado del momento en que se hubiera producido la transferencia de competencias en materia de sanidad e higiene a la Comunidad Autónoma demandada e, incluso, la solidaridad del INSALUD y del Servicio Autonómico frente al perjudicado al margen de las reclamaciones que después de satisfacerle la indemnización procedieran entre ambos, y de que la transferencia no puede perjudicar a quien ha sufrido el daño, como tampoco las interpretaciones contradictorias de SERVASA e INSALUD, ni la confusión de normas político-administrativas.

Doctrina general sobre la responsabilidad civil médica.—Con reiteración este Tribunal, en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico, ha descartado toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, incluida la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC 2000, salvo para supuestos debidamente tasados (art. 217.5), bien es cierto que con algunas excepciones para los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria o satisfactiva, en los que se atenúa la exigencia del elemento subjetivo de la culpa para proteger de manera más efectiva a la víctima, flexibilizando tales criterios. De esa

forma, a partir del daño que fundamenta la responsabilidad, el criterio de imputabilidad se basa en el criterio culpabilístico y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo *—lex artis ad hoc—*; razón por la que habrá de responder incluso del riesgo típico si el daño se debió a su actuación descuidada o a la aplicación de técnicas inapropiadas, pero en cambio no responderá de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia, al no poder atribuírseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación.

No hay negligencia al optar el médico entre dos métodos posibles de curar malformaciones arteriovasculares cerebrales.—No ha resultado probada una actuación médica que pueda calificarse de negligente y como tal imputable al médico demandado al haber decidido intervenir quirúrgicamente al actor. La prueba pericial demuestra que, a la vista de las características de la enfermedad del actor, eran correctas tanto la intervención neuroquirúrgica, como la radiocirugía; y si tan adecuado era uno y otro método para intentar la curación, no cabe establecer una relación de causalidad culposa entre las secuelas del actor, y la intervención llevada a cabo mediante la utilización de una de las dos técnicas por parte de quien en aquellos momentos era el responsable del Servicio y, como tal, respondía de las decisiones adoptadas. (STS de 24 de noviembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—El actor ingresa en 1982 en una Residencia Sanitaria de Alicante afectado de una brusca cefalalgia occipital con pérdida de conciencia y vómitos, siendo diagnosticado de *malformación arteriovenosa* causante de hemorragias meníngocerebrales, siendo tratado sin éxito quirúrgicamente; posteriormente se le trata mediante radiocirugía en el Hospital Universitario de Valencia, siendo dado de alta con el diagnóstico de persistencia de la malformación. El enfermo al ser operado tiene veinticinco años de edad y trabaja en la hostelería, siendo declarado, después de la intervención médica, en situación de invalidez permanente absoluta. Demanda al primer médico que le trató quirúrgicamente, así como al Servicio Valenciano de Salud y a la Compañía aseguradora, reclamando una indemnización de veinte millones de las antiguas pesetas. El Juzgado de Primera Instancia rechaza la demanda, pero la Audiencia Provincial estima íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso y confirma la sentencia plenamente absolutoria del Juzgado de Primera Instancia. (Pte.: Seijas Quintana). ¿Estamos en presencia de un nuevo giro jurisprudencial en sentido restrictivo en relación con la culpa médica? O ¿se trata más bien de una fase jurisprudencial de una cierta decantación doctrinal, conforme, además, con las normas de la recientemente promulgada LEC 2000? Por otro lado el retraso de casi un cuarto de siglo en dictar sentencia firme después de causados los hechos, viene probablemente a batir un triste récord de dilaciones procesales en casación. Hay otra sentencia de la Sala 1.^a de la misma fecha sobre supuesto parecido con idéntica doctrina, publicada en este fascículo del ADC.

Un caso similar de transferencia de las competencias del INSA-LUD se resolvió por STS de 30 de enero de 2004 (extractada y anotada en *ADC*, 2005, p. 1462). (G. G. C.)

42. Culpa médica: extracción molar con secuela de angina de Ludwig: relación de causalidad.—La Audiencia Provincial considera probado que la relación de causa a efecto entre una extracción dentaria y una angina de Ludwig no es previsible, ni siquiera evitable con cobertura antibiótica, no existiendo en el caso antecedentes ni presupuestos necesarios que justificaran dicha cobertura; la historia y la exploración clínica no hacían suponer la existencia de infección, y la fractura de la corona o de las raíces durante la exodoncia de un molar endodoncido es una situación frecuente y no se puede considerar como complicación operatoria.

Error de diagnóstico.—Para exigir responsabilidad por esta causa ha de partirse de si el médico ha realizado o no todas las comprobaciones necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en el momento, para emitirlo; razón por la cual, realizadas todas las comprobaciones necesarias, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad. En este caso, en el momento de la primera intervención, el paciente no presentaba signos de angina de Ludwig, sino infección en el suelo de lengua, iniciándose a continuación el tratamiento adecuado, siendo en momento posterior cuando se presenta aquélla.

Imprudencia de aplicar la teoría del daño desproporcionado.—Aun siendo llamativo el resultado para un profano, que no entiende que de una extracción dental se puedan derivar tan graves consecuencias, ello no permite aplicar la técnica del llamado daño desproporcionado, como elemento que justifica la inversión de la carga de la prueba, puesto que este resultado se explica de una forma coherente y convincente en la sentencia en razón a la virulencia de gérmenes involucrados en la infección. Hay que reiterar que en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, incluida la inversión de la carga de la prueba, desaparecida ésta en la vigente LEC 2000, salvo para supuestos debidamente tasados (art. 217.5), bien es cierto que con algunas excepciones para los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria o satisfactiva, en los que se atenúa la exigencia del elemento subjetivo de la culpa para proteger de manera más efectiva a la víctima, flexibilizando tales criterios, por lo que tampoco responderá de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia, como es el caso. (STS de 24 de noviembre de 2005; ha lugar en parte.)

NOTA.—En sentencia de la misma fecha, dictada por la misma Sala, con idénticos Magistrados y Ponente, viene a reiterarse idéntica doctrina respecto de situación similar (véase en este mismo fascículo del *ADC*); sólo difieren en que aquí la suma reclamada asciende a más de 149 millones de antiguas pesetas, y a que el retraso en resolver es sólo de trece años; además en que en aquélla la demanda fue rechazada en ambas instancias, mientras que aquí hay una estimación parcial por la Audiencia Provincial que redujo la condena a unos treinta y dos millones pesetas.

Parece claro que, en esta materia, hay un propósito por parte de la Sala 1.^a por fijar una jurisprudencia, a veces no siempre coincidente, en términos que se presentan ahora más bien restrictivos. La STS de 19 de julio de 2001 estima responsabilidad médica por daño desproporcionado (extractada en *ADC*, 2002, p. 1498, con anotaciones más sobre la que parecía hasta entonces *jurisprudencia consolidada*). (G. G. C.)

43. Culpa médica: intervención quirúrgica con secuelas: información verbal suficiente.—De acuerdo con reiterada doctrina de esta Sala, la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor *ad probationem* (SSTS de 2 de octubre de 1997, 26 de enero y 10 de noviembre de 1998, 2 de julio y 2 de noviembre de 2002) y puede ofrecerse en forma verbal, en función de las exigencias del caso (SSTS de 1 de noviembre de 2000 y 10 de febrero de 2004); doctrina que como señala la STS de 29 de septiembre de 2005, no anula la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito, en la forma que previenen los núms. 5 y 6 del artículo 10 de la Ley General de Sanidad, vigente en el momento de los hechos, y que exige que sea el médico quien pruebe que proporcionó al paciente todas las circunstancias relacionadas con la intervención mientras éste se halle bajo su cuidado, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, como corolario lógico de que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por él, y que, además, integran una de sus obligaciones fundamentales en orden a determinar la suficiencia o insuficiencia de la información y consiguiente formalización del consentimiento o conformidad a la intervención (SSTS de 25 de abril de 1994, 7 de marzo de 2000 y 12 de enero de 2001), y que hoy se resuelve a partir de las reglas sobre facilidad probatoria contenida en el artículo 217.6 de la nueva LEC.

Incongruencia: hecho autónomo.—La consideración procesal de un hecho autónomo, como determinante de la incongruencia de una resolución judicial, supone un hecho que se desvía de las alegaciones fácticas sustanciales que conformaron el debate, con la consecuente falta de correlación o correspondencia entre los elementos de hecho alegados y los acogidos en la sentencia; razón por la que no cabe atribuir aquel carácter a toda clase de apreciaciones fácticas que, aunque no alegadas, sean tomadas en consideración por el juzgador para explicar su convicción, siempre que no se altere la *causa petendi*, ni se produzca un efecto sorpresivo, determinante de indefensión. (STS de 17 de noviembre de 2005; no ha lugar.) (G. G. C.)

44. Responsabilidad médica. Alcance.—Como ha tenido ocasión de declarar esta Sala, la obligación médica comprende la dispensa al paciente de todos los cuidados que requiera, tomando en consideración tanto el caso concreto en que la intervención y su proceso posterior se producen, como las circunstancias de todo orden concurrentes e, incluso, las incidencias poco frecuentes pero estadísticamente constatables que puedan surgir en el normal actuar profesional (entre otras, SSTS de 24 de mayo de 1999, 1 de julio de 1997 y 31 de julio de 1996).

Diligencia exigible: responsabilidad prácticamente objetiva de entidades especializadas ante resultado lesivo que deba considerarse desproporcionado en relación con el riesgo de la intervención.—Además, es doc-

trina jurisprudencialmente reiterada, que la responsabilidad por negligencia sanitaria de una entidad especializada debe imponerse de forma prácticamente objetiva, si se revela que su defectuoso funcionamiento ha dado lugar a un resultado lesivo que deba considerarse desproporcionado en relación con el escaso riesgo que, en principio, debía atribuirse a la intervención realizada, sin que, por la misma, se ofrezca prueba suficiente de que, por su parte, se había contribuido con toda la diligencia requerida por el caso (SSTS de 7 de octubre de 2004, 8 de mayo de 2003 y 17 de mayo y 10 de julio de 2002). (STS de 23 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña J. y don J. P. formulan demanda contra don L. A., don A., don F., el INSALUD y don J. M., director del Hospital Comarcal de Melilla, reclamando indemnización para cada uno de los demandantes, pues la actora, a causa de la operación y del tratamiento posterior al que había sido sometida en el mencionado Centro, padecía atelectasia del lóbulo medio del pulmón derecho que le dificultaba la respiración y la realización de actividades que le supusieran un esfuerzo físico, trastornando gravemente el desarrollo normal de su vida y la de su marido. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la pretensión deducida. En Apelación, con revocación parcial de la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial condena al INSALUD a abonar indemnización por valor de cinco millones de pesetas a doña J. (S. M. S.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

45. Prescripción adquisitiva: posesión: requisitos de la posesión en concepto de dueño. Mutación del concepto posesorio: transformación de la posesión como administrador en posesión en concepto de dueño.—El artículo 436 CC establece la presunción de que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en el que se adquirió. Pero tal presunción posesoria cede cuando se demuestra lo contrario, que es lo que aquí ha ocurrido, ya que se le reconoce al Obispado haber poseído a título de dueño hasta 1954, pero, desde entonces no acreditó hubiera realizado acto externo alguno expresivo de su voluntad inequívoca de seguir manteniendo la posesión dominical. A partir de 1954 cambia la situación y el título de poseedor como administrador que ostentaba el Ayuntamiento hasta entonces, pasó a ser título posesorio en concepto de dueño, apto para usucapir, habiendo realizado en las fincas actuaciones exteriores de efectivo titular dominical, con proyección a que tuviera lugar la prescripción adquisitiva extraordinaria a su favor. La mutación universal del «*animus*» por parte del usucapiente requiere que el cambio de voluntad del poseedor se exteriorice mediante un comportamiento no clandestino y de tal modo se pruebe con claridad y precisión el inicio posesorio en concepto de dueño (STS de 24 de marzo de 1983). La certificación municipal de 16 de abril de 1976, que la parte recurrente invoca, sólo constata que el Libro de Inventario y Registro de Bienes del Ayuntamiento refleja que existe una sexta parte de las fincas aún no consolidada su adquisición, «reservándose a otra», sin mención expresa del Obispado, pero ello no

es impositivo de la posesión ostentada con ánimo de adquirirla por usucapión, y en dicha certificación se hace constar los actos de efectivo titular dominical llevados a cabo por la entidad municipal al especificar que las casas de la parte izquierda entrando del Mercado fueron derruidas por Acuerdo del Ayuntamiento de 24 de julio de 1973, así como que el Teatro Liceo era, en época antigua, el Convento de San Francisco y había sido derruido hacía años, para convertirlo nuevamente en ruinas de dicho Convento, de incalculable valor artístico y a su vez, también en la Plaza de Toros se realizaron importantes reparaciones a cuenta del presupuesto municipal.

Prescripción adquisitiva extraordinaria que autoriza el artículo 1959 CC.—Ha tenido lugar por posesión pública, pacífica y continuada (art. 1941 CC) por el período de treinta años. (STS de 19 de mayo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El Ayuntamiento y el Obispado de Jaén se enfrentan en el recurso de casación, al combatir, este último, la decisión que contiene la sentencia recurrida, en cuanto decretó la usucapión, a favor del Ayuntamiento demandado, de la sexta parte indivisa de las fincas objeto del pleito, que el Obispado había adquirido a través de la Parroquia de San Andrés de Baeza, por legado de doña A. (testamento otorgado el 29 de abril de 1932), y cuya administración, mediante acuerdo fechado el 26 de junio de 1950, había conferido a dicho Ayuntamiento. El Tribunal de Apelación estableció como día inicial, para el plazo prescriptivo, el 21 de abril de 1954, correspondiente a la última rendición de cuentas del condominio por el Ayuntamiento, puesto que a partir de esa fecha consideró que el ente municipal había comenzado a ostentar la posesión de las fincas del pleito en concepto de dueño, hasta el 2 de septiembre de 1994, en que el Obispado interesó la extinción y liquidación de la comunidad, con la valoración de los bienes a precio de mercado. (S. M. S.)

46. Artículo 348 CC. Identificación de la finca registrada.—Es un elemento de hecho. Al establecerse en la instancia que la finca sobre la que se pretende declarar la propiedad en el procedimiento no está claramente identificada físicamente, el reivindicante es quien tiene la carga de probar que el bien inmueble del que se dice ostentar su dominio se corresponde en perfecta identidad con lo descrito en el título legitimador. (STS de 21 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes interponen demanda frente al Excmo. Ayuntamiento de Teruel sobre acción declarativa de dominio.

El Juzgado desestimó la demanda por falta de reclamación previa en vía gubernativa.

La Audiencia Provincial entra a conocer el fondo del litigio desestimando íntegramente la demanda. Del relato de los hechos de la sentencia analizada, se extrae que una de las razones por las que se desestima la demanda fue la falta de identificación física de la finca reclamada. (B. F. G.)

47. Acción de deslinde. Inexistencia de *litisconsorcio pasivo necesario* por el mero hecho de no demandar a todos los colindantes.—La expresión «dueños de los predios colindantes» debe ser interpretada en función de la finalidad buscada por el propio artículo 384 CC, porque sería absurdo obligar a traer a la litis a personas a quienes esta acción de deslinde no va a afectar. Por ello dice la S de 3 de noviembre de 1989 que esta acción «sólo interesa a los propietarios que estén en linde incierta y discutida y no a los demás que tengan perfectamente reconocidos sus límites» (también SS de 16 de octubre de 1990 y 27 de enero de 1995).

La posesión *ad usucapionem* es un hecho que debe probarse.—La S de 10 de febrero de 1997 y la sentencia de la Audiencia declara que no han existido actos de detentación física claros y concretos que permitan concluir que el terreno haya quedado a la voluntad del recurrente.

Confusión de linderos.—La sentencia recurrida considera probada la indeterminación por lo que procede la acción de deslinde ejercitada.

La razón de la expresión «estimación parcial».—Contenida en la sentencia recurrida es excluir a dos codemandados de la acción ejercitada por el demandante —suponemos que el Tribunal Supremo se refiere a la acción relativa a la restitución de la franja y demolición de lo edificado en ella, no a la de deslinde. (STS de 16 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1994 el propietario de una finca promovió acción de deslinde frente a una constructora y un matrimonio que habían adquirido porciones segregadas de una finca colindante con la del actor. La incertidumbre sólo se planteaba en relación con el lindero oeste de la finca del demandante, pretendiéndose que la fijación del mismo se realizara por un perito topógrafo y mediante la distribución proporcional de la diferencia existente entre la superficie real de las fincas y la superior que se les atribuía en las inscripciones del Registro, según la regla contemplada en el artículo 387 CC. En primera instancia se admitió la excepción de *litisconsorcio pasivo necesario*, porque al parecer no habían sido demandados los propietarios de terrenos colindantes por el norte, sur y este. La Audiencia Provincial revocó la sentencia apelada y estimó parcialmente la demanda, decretando que se realizara el deslinde en los términos solicitados por el demandante y que se repusiera a éste en la posesión de la superficie invadida, con demolición de cualquier edificación realizada sobre dicha franja, pero absolviendo de esta última pretensión al matrimonio codemandado y en situación de rebeldía, sin perjuicio de los derechos que correspondan al demandante en base al artículo 361 CC. La constructora planteó recurso de casación por no aplicarse la excepción de *litisconsorcio pasivo necesario*, desestimarse la usucapión ordinaria de la franja discutida, no existir confusión de linderos y haber sido condenada a las costas causadas en primera instancia (salvo las generadas por el matrimonio en rebeldía), pese a la estimación meramente parcial de la apelación. (L. M. L. F.)

48. Extensión del dominio público marítimo-terrestre.—Declarada la constitucionalidad de la Ley de Costas por la STC 149/1991, de 14 de julio, la

cuestión litigiosa ha de resolverse aplicando las normas de dicha Ley y de acuerdo con la extensión que al dominio público da el artículo 132.2 CE.

Determinación de las características físicas del dominio público marítimo-terrestre.—La determinación de si en una finca se dan las características físicas a que se refieren los artículos 3, 4 y 5 de la Ley de Costas que permite, a través del deslinde aprobado, la declaración de la titularidad dominical a favor del Estado, es una cuestión de hecho cuya declaración corresponde a los Tribunales de instancia mediante la valoración de las pruebas practicadas y cuyo resultado sólo puede ser impugnado en casación mediante alegación de error de derecho en la valoración de la prueba, con cita de las normas reguladoras de esta actividad judicial.

Competencia de los órganos jurisdiccionales del orden civil.—Viene limitada a las cuestiones referentes a la titularidad dominical, pública o privada, de los terrenos comprendidos en el deslinde administrativo, en tanto que (el otorgamiento de) la concesión para la ocupación de bienes de dominio público marítimo-terrestre estatal es competencia de la Administración del Estado. En consecuencia, las cuestiones judiciales que se susciten con esa conversión del dominio privado reconocido en concesión administrativa habrán de dilucidarse ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. (STS de 28 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Los propietarios de un inmueble, incluido en el deslinde de la zona marítimo-terrestre practicado de acuerdo con la vigente Ley de Costas y que había sido excluido de dicha zona en virtud de deslindes practicados al amparo de leyes anteriores, formularon demanda ante el Juzgado de Primera Instancia en solicitud de que se declarase su propiedad sobre dicho inmueble y la rehabilitación de las inscripciones registrales a su favor, así como la nulidad del título esgrimido por el Estado. Subsidiariamente pedían que se declarase la nulidad de la inscripción de dominio a favor del Estado, por incumplimiento del procedimiento expropiatorio referido en la DA 3.ª de la vigente Ley de Costas, y, para el caso de no admitirse ninguna de las pretensiones anteriores, que se condenara a la Administración demandada a satisfacer a los demandantes la indemnización prevista en la DA 1.ª de la reiterada Ley (concesión por treinta años prorrogables), la diferencia de valor entre ese aprovechamiento temporal y el derecho de propiedad temporalmente ilimitado, y el valor del inmueble construido de buena fe con sus mejoras (aplicando el régimen de la accesión). En primera instancia se estimó la demanda, declarando que los bienes en cuestión no son dominio público, que en el momento de la entrada en vigor de la vigente ley de costas constituyen titularidades privadas sobre terrenos que no reúnen las características físicas descritas en los artículos 3, 4 y 5 de la Ley de Costas, y que el inmueble fue edificado legalmente, según la normativa vigente en su momento. La Audiencia Provincial estimó la apelación del Abogado del Estado declarando que los bienes litigiosos *fueron* propiedad legítima de los actores *hasta la entrada en vigor de la Ley de Costas de 28 de julio de 1988* y que la jurisdicción civil es incompetente para conocer de las pretensiones indemnizatorias planteadas en la demanda, que habrán de plantearse ante la jurisdicción contencioso-administrativa; interpuesto recurso de

casación por los propietarios, el Tribunal Supremo lo desestima con la argumentación resumida en los apartados anteriores.

NOTA.—Parece claramente consolidada la jurisprudencia civil relativa a que este orden jurisdiccional limita su competencia, en cuanto a los inmuebles incluidos en el deslinde del dominio público marítimo-terrestre, a declarar que existió propiedad privada sobre esos terrenos, con el fin de que sus dueños puedan solicitar a la Administración la concesión prevista en la DT 1.^a, párrafo primero, de la vigente Ley de Costas. En cuanto al aspecto relativo a la incertidumbre sobre el momento en que dejó de existir esa propiedad privada (entrada en vigor de la Constitución Española, de la Ley de Costas, o firmeza del deslinde), la resolución glosada resuelve, a nuestro juicio como mero *obiter dictum*, que tal cosa sucedió a la entrada en vigor de la Ley de Costas, y finalmente, sobre el espinoso tema de las indemnizaciones, remite su resolución a la jurisdicción contencioso-administrativa. Al plantearse la posibilidad de alegar y probar, ante el orden jurisdiccional civil, que los terrenos no reúnen las condiciones físicas contempladas en los artículos 3, 4 y 5 de la reiterada Ley, pese a existir un deslinde administrativo que así lo declara y poderse producir sentencias contradictorias con las procedentes de la jurisdicción contencioso-administrativa (en el caso de que el deslinde fuera impugnado en dicha sede), la sentencia presentada no descarta la competencia de la jurisdicción civil (admitida expresamente en primera instancia), sino que se limita a desestimar el recurso de casación fundado en tales cuestiones porque no se hicieron constar los preceptos relativos a la valoración probatoria que los impugnantes consideraban infringidos (en relación con todos estos aspectos pueden consultarse nuestros comentarios a las SSTs de 7 de mayo de 2002 y 24 de julio de 2003, publicados en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, números 61, pp. 31-51, y 65, pp. 619-630, respectivamente). (L. M. L. F.)

49. Los Estatutos de Propiedad Horizontal y la Ley de Consumidores y Usuarios.—Según la moderna doctrina científica española y alemana, aunque la venta de una vivienda no supone la venta de un producto u objeto en régimen de monopolio a través de un contrato absoluto de adhesión, esto no significa que, con carácter general, la Ley de Consumidores y Usuarios no pueda aplicarse a las cláusulas de los Estatutos de propiedad horizontal, cuando su contenido haya sido propuesto por el promotor e impuesto a los adquirentes de las viviendas, ya que dichas cláusulas pueden tener un carácter abusivo.

La contribución a los gastos generales: interpretación del artículo 9.5 LPH.—El sistema de distribución de los gastos generales ha de tener por base la cuota de participación fijada en el título de constitución del régimen de propiedad horizontal. Sin embargo, según se desprende de la interpretación jurisprudencia del artículo 9.5 LPH (SSTs de 16 de febrero de 1971, 5 y 7 de diciembre de 1974, 27 de abril de 1976, 7 de octubre de 1978, 28 de diciembre de 1984, 2 de marzo 1989 y 2 de febrero de 1991) esta distribución puede modificarse a través de los Estatutos para establecer un régimen distinto o incluso para consignar ciertas exclusiones a favor de determinados elementos privativos del edificio. La Comunidad de propieta-

rios estará sometida a esta distribución de gastos hasta que las reglas contenidas en esos Estatutos sean modificadas por acuerdo unánime de los propietarios (art. 16 LPH). (STS de 14 de diciembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios T. de C. I. demanda a la entidad mercantil C. S. F., S. A., y solicita que se declare la nulidad de pleno derecho de la norma novena de la Norma Fundamental de Regulación de la Comunidad de la Escritura de Declaración de Obra Nueva y División Horizontal y, por ello, la demandada tendrá que contribuir al pago de las cuotas de la comunidad en función de su porcentaje de participación en el título constitutivo, sin privilegio de ninguna clase.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. Interpuesto el recurso de apelación, la Audiencia lo estima y declara la nulidad de la cláusula, condenando a la mercantil demandada a contribuir al pago de las cuotas de la comunidad en función de su porcentaje de participación en el título constitutivo, sin privilegio de ninguna clase, todo ello desde la fecha de constitución de la comunidad. Se interpone recurso de casación, el Tribunal Supremo lo estima, casa y anula la sentencia recurrida y absuelve a la mercantil demandada. (S. E. M.)

50. Propiedad horizontal. Alteraciones que requieren consentimiento de los copropietarios. Elementos comunes. Forjados: elemento común.—Dentro del vocablo «muros» del artículo 396 CC, en la redacción vigente al momento de interponer la demanda, han de entenderse comprendidos, no sólo las paredes maestras, sino también los paramentos horizontales que forman parte de la estructura y esqueleto, metálico o de cemento, que sustenta la edificación. El carácter de elemento común de los forjados, que actualmente, consta en el artículo 396 CC, tras la reforma introducida por la Ley 8/1999, nunca ha sido puesto en duda y, de hecho, los estatutos de la Comunidad en litigio, lo daban por supuesto. La destrucción parcial de estos paramentos no puede llevarse a cabo sin la autorización de los demás copropietarios.

Conductos de ventilación de los locales comerciales.—Según los Estatutos de la Comunidad, se autoriza su establecimiento, con el único requisito de que el vertido de gases, humos, etc., se realice a 1,10 m. por encima de la cumbre del edificio. Según el Tribunal, aun cuando en los Estatutos se previese que la salida de humos de los locales de los bajos podía establecerse a través del patio de luces y debía sobrepasar la cubierta del edificio, en el caso que nos ocupa, la afectación de aquél, la reducción de la ventilación e iluminación de determinadas dependencias de algunas viviendas del edificio y la parcial destrucción de su cubierta requerían la autorización de todos los comuneros y, en caso de no poder obtenerse la misma, un pronunciamiento judicial que determinase en qué medida podrían ser afectados los intereses de la colectividad y de algunos de sus componentes, con la instalación de unas conducciones que en principio estaban previstas en los Estatutos (excesiva ocupación del patio de luces por tres chimeneas de dimensiones considerables que además reducen en un 44 por 100 la ventilación e iluminación de los cuartos de baño de los dormitorios principales de las viviendas en cuya proximidad han sido instaladas; destrucción de 1,45 metros del peto y hormigón

del zuncho del voladizo correspondiente al forjado de la cubierta, que ha quedado debilitado al haber sido cortada parte de la armadura de acero longitudinal de aquélla).

Acristalamiento de terraza existente en la parte delantera del local comercial. Zonas comunitarias de uso privativo. Elemento común que se extiende parcialmente sobre la vía pública.—Según la sentencia recurrida, las terrazas existentes al sur y oeste del inmueble, ocupando parte de la vía pública, constituyen zonas comunitarias cuyo uso y disfrute ha sido concedido a la demandada, sin que esto suponga que pueda alterar la fachada del edificio mediante la apertura de huecos, instalación de estructuras fijas y jardineras de obra construidas sobre la solería. Esta conclusión ha de calificarse de acertada por cuanto si bien en el artículo 12.º de los Estatutos de la Comunidad se permite que en las fachadas de los locales comerciales se instalen toldos, marquesinas o luminosos sin necesidad del consentimiento de la Junta, se prohíbe, en cambio, en el artículo 6.º, cubrir los balcones o terrazas con galerías, aunque sea en forma de cristalera, para evitar el cambio en su configuración (apartado A), así como cubrir patios comunes en toda su dimensión o altura, total o parcialmente (apartado B). Resulta evidente la voluntad comunitaria respecto a que, aun cuando el uso de determinados espacios pueda ser privativo de alguno de los copropietarios, por disponer, por ejemplo, de acceso directo y exclusivo a los mismos, esto no significa que en ellos puedan llevarse a cabo actuaciones que afecten a la configuración del edificio o que alteren la consideración de que determinados elementos comunes han de ser mantenidos como superficies abiertas, según había sido definido en el proyecto general del edificio. Pero el pronunciamiento al que se alude, ha de entenderse limitado a la zona de terraza que tiene la naturaleza de elemento común del edificio de litigio, por ser éste el espacio al que alcanza la legitimación de la Comunidad actora y no sobre la parte de terreno de dominio público, cuya utilización y explotación ha sido concedida a *J., S. A.*, por el Ayuntamiento. (STS de 15 de junio de 2005; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La presidenta de la comunidad de propietarios del edificio X formula demanda contra *J., S. A.* y *Ch., S. A.*, la primera como propietaria de un conjunto formado por la agrupación de local, varias plazas de garaje y un trastero, pertenecientes a la planta baja y al sótano del edificio, y la segunda, como subarrendataria de dicho conjunto. Se interesa la condena de ambas demandadas a la demolición de todas las obras realizadas indebidamente, devolviendo a su estado originario los elementos comunes alterados y a indemnizar a la comunidad actora por los daños y perjuicios causados por la ocupación y modificación de los mismos.

Las obras realizadas habían sido:

- apertura en la planta sótano de puerta que comunica la entrada del restaurante al sótano con la zona de aparcamiento;
- colocación en la terraza que separa la fachada del local comercial de los jardines del Paseo Marítimo, de jardineras prefabricadas de hormigón y construcción de una estructura de madera y perfiles metálicos con hojas acristaladas, anclada sobre aquéllas;
- instalación en el patio de luces de tres conductos de 40 centímetros de diámetro cada uno, para evacuación de humos y ventilación del restaurante, habiéndose destruido parcialmente el peto y el hormigón del zuncho del voladizo del forjado de la cubierta; pro-

tección de dichos conductos con muro de ladrillo que reduce en un 44 por 100 aproximadamente la ventilación e iluminación de los cuarto de baño de los dormitorios principales de las viviendas cuyas ventanas recaen a dicho patio de luces;

– unión de planta baja del local de litis con la planta sótano, a través de dos escaleras independientes, abriendo huecos sobre el primitivo forjado.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda de la comunidad de propietarios. La actora y *J., S. A.*, interponen recurso de apelación. La Audiencia Provincial acoge el recurso de la comunidad de propietarios y desestima el de la demandada. (*S. M. S.*)

51. Obligaciones derivadas del artículo 9 LPH.—Las obligaciones del artículo 9 LPH, impuestas al propietario de un piso o local sujeto al régimen de propiedad horizontal, vienen a ser límites específicos que sufren sus facultades dominicales al tener que conciliarse los intereses particulares de cada propietario con los intereses generales de la comunidad. La tercera obligación señalada en el precepto impone a los propietarios el deber de consentir en su piso las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir en él la constitución de servidumbres requeridas para la creación de servicios comunes de interés general. Según el Alto Tribunal, en el fondo, cada propietario tiene una o varias servidumbres, como predio sirviente, en relación a la comunidad (predio dominante), algo que se ha denominado en el régimen de la propiedad horizontal como «relaciones de vecindad».

Esta obligación, establecida en el actual artículo 9.1.c) LPH, debe cumplirse en beneficio de los servicios generales, de tal manera que cuando el propietario se niegue a facilitar la entrada para poder llevar a cabo las reparaciones necesarias, el artículo 9.1.d) LPH regula la posibilidad de que la comunidad imponga la entrada en el domicilio, aun en contra de la postura del titular del piso o local correspondiente (STS de 13 de diciembre de 2001, entre otras). (**STS de 28 de octubre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La cuestión litigiosa se centra en determinar si los demandados estaban o no obligados a permitir el acceso a su vivienda, situada en el ático del edificio, al objeto del depósito de materiales y la instalación de andamios colgantes en su terraza para ejecutar unas obras extraordinarias aprobadas por la comunidad, consistentes en la reparación de las fachadas del edificio y la sustitución de las barandillas de las viviendas. La comunidad de propietarios promovió demanda sobre indemnización de daños y perjuicios contra don *J. M. Z. V.* y doña *M. A. A. M.*, por negar la entrada a los obreros a sus viviendas para los motivos ya mencionados.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, motivo por el cual la demandante recurre en apelación. La Audiencia Provincial estima el recurso y obliga a los demandados a permitir el acceso a través de sus viviendas y a indemnizar a la comunidad de propietarios. Los demandados interponen recurso de casación, alegando la aplicación indebida del artículo 9.3 de la entonces vigente LPH [ahora 9.1.c) LPH]. El Tribunal Supremo entiende que, si bien el supuesto que aquí se plantea no coincide exactamente con el

tenor literal del precepto, pues no se trata de efectuar reparaciones en la vivienda de los demandados ni se pretende constituir una servidumbre para la creación de un servicio común, sí se ajusta con el espíritu y finalidad de la norma, pues existe la obligación de los propietarios de consentir que su piso sea utilizado, al considerarse el medio más idóneo, para instalar los sistemas mediante los cuales se va a ejecutar una obra necesaria en beneficio de toda la comunidad. (S. L. M.)

52. Acción reivindicatoria. Requisitos. Principio de exactitud registral referido a los datos de hecho de las fincas inscritas.—En este caso se plantea la extensión de la presunción de exactitud contemplada en el artículo 38 LH a los datos de hecho de la finca. El contexto en el que se produce la alegación de este precepto es el de un procedimiento declarativo iniciado con motivo de la interposición de una acción reivindicatoria. El Tribunal Supremo confirma en esta sentencia dos ideas que ha venido manteniendo en esta clase de litigios, referidas en ambos casos al requisito de identificación de la finca que la jurisprudencia exige para el ejercicio de la acción reivindicatoria, junto a la acreditación del dominio del actor y la demostración de que la cosa reclamada estaba siendo poseída por el demandado sin título o con un título de inferior categoría al del demandante. En concreto, se trata de la tesis de que la identificación de la cosa reivindicada constituye una cuestión de hecho que deben apreciar los tribunales de instancia, y que por ello no es revisable en casación a menos que el juzgador hubiera incurrido en error. Por otro lado, el Tribunal Supremo confirma su doctrina de que la presunción de exactitud contemplada en el artículo 38 LH puede abarcar también los datos físicos o de hecho de la finca (*vid.* entre otras STS de 5 de febrero de 1999). Frente a la alegación del recurrente de que este precepto tiene un carácter *iuris tantum* que permitiría probar la verdadera consistencia física de la finca, el Tribunal Supremo concluye que precisamente en este caso la corroboración entre ambas realidades —registral y extrarregistral— había tenido lugar a través del informe de un perito. (STS de 2 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de la urbanización «Mare Nóstrum» formuló demanda de menor cuantía en ejercicio de acción reivindicatoria contra la entidad mercantil *IT*, en la que solicitaba que se declarase su dominio sobre un terreno de unos 800 metros cuadrados, que la demandada había invadido construyendo en ellos parte de una edificación —con motivo de la ampliación de un establecimiento de bar— y dedicando el resto —una explanada no edificada— a aparcamiento de vehículos. En la demanda se pedía que se condenase a la demandada a devolver los terrenos en los que no había construido y a abonarle el precio de aquellos sobre los que la sociedad había edificado con extralimitación. Por último, como tercer *petitum* se instaba la condena de la demandada a abonar a la actora los frutos civiles consistentes en la renta que, desde la interposición del acto de conciliación y hasta la ejecución de la sentencia, hubiera percibido y la que hubiera podido percibir del arrendamiento de la edificación para la explotación de un negocio de bar. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando el dominio de la actora sobre esos terrenos y condenando a la parte demandada

a retirarse de los 712 metros cuadrados que se utilizaban como explanada de aparcamiento, debiendo abonar a la demandante 182.785 pesetas como precio del que se edificó. Los frutos civiles que la demandada había de entregar a la actora se cifran en una renta de 7.120 pesetas mensuales desde el acto de conciliación hasta la fecha de la entrega definitiva. La Audiencia Provincial de Tarragona desestima el recurso de apelación interpuesto por la demandada, que entabla recurso de casación contra la misma.

NOTA.—El Tribunal Supremo confirma en este pronunciamiento su doctrina sobre la eficacia sustantiva que posee la inscripción registral de los datos de hecho de las fincas (art. 9 LH). Dicha doctrina asume que el juego de la fe pública registral no puede hacerse extensivo a tales circunstancias, dado que el Registro de la Propiedad carece de una base fáctica fehaciente al reposar exclusivamente sobre las manifestaciones de los otorgantes. Otra cosa distinta sucede con la presunción de exactitud registral del artículo 38 LH, cuyo carácter *iuris tantum* —frente al *iuris et de iure* que tiene en el marco del art. 34 LH— permite llevar a su ámbito las circunstancias fácticas del inmueble, que siempre podrán ser desvirtuadas cuando se pruebe su falta de coincidencia con la realidad extrarregistral. Ahora bien, debe reconsiderarse hasta qué punto esta doctrina podrá mantenerse en el futuro habida cuenta de las recientes reformas que la legislación hipotecaria ha ido experimentando en el terreno de la verificación de los datos de hecho de las fincas. Así, la operada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que añadió tres nuevos párrafos al artículo 9 LH, en los que se permite completar la identificación de la finca mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica o mediante su definición topográfica referido a redes nacionales geodésicas y de nivelación en proyecto expedido por técnico competente. (N. M. I.)

53. Doble inmatriculación. Recurso a las normas del Derecho civil puro ante la neutralización de los principios hipotecarios, incluso cuando sólo uno de los contendientes merece la calificación de tercero protegido.—Es doctrina del Tribunal Supremo, confirmada en el pronunciamiento que se reseña, que la preferencia entre titulares registrales en caso de doble inmatriculación de una finca en el Registro de la Propiedad debe ser resuelta con arreglo a las normas del Derecho civil puro, y no por aplicación de los principios hipotecarios, que quedan neutralizados por la existencia de esta duplicidad registral. Incluso en este caso, en que la condición de tercero protegido del artículo 34 LH concurría exclusivamente en uno de los contendientes, el Tribunal Supremo reconoce el mejor derecho de la demandada —adquirente a título gratuito— en razón de la antigüedad del historial registral de la finca por ella adquirida —inmatriculada desde el año 1921— frente a la fecha en la que tuvo lugar la segunda inmatriculación —año 1976—. (STS de 12 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor, don F. B. L. entabla acción reivindicatoria contra la *Residencia de Ancianos Nuestra Señora de la Encina-Fundación Fusteguerras*, solicitando que se declare su propiedad

sobre una finca, y se ordene la cancelación de la inscripción registral a favor de la demandada. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, a pesar de apreciar en el demandante la condición de tercero hipotecario del artículo 34 LH, con base en la diferente antigüedad de ambos historiales registrales. Esta doctrina es suscrita igualmente por la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo en los correspondientes recursos de apelación y casación interpuestos por el demandante.

NOTA.—La coexistencia de dos asientos incompatibles de igual rango y naturaleza origina la quiebra de los principios rectores del sistema tabular. En el campo del Derecho civil son dos los criterios sentados por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo: 1.º) el de la prevalencia de la hoja registral de la finca cuyo dominio sea de mejor condición atendiendo al Derecho civil, es decir, abstracción hecha de las normas inmobiliarias registrales; 2.º) el de la prevalencia de la hoja registral de la finca cuya inmatriculación sea más antigua. Si bien, como ha señalado esta misma jurisprudencia, el primero constituye la regla general, y sólo para ciertos casos podrá aplicarse el segundo. La razón es que si el legislador hubiera querido decantarse por este último lo hubiera dicho expresamente, «y de no hacerlo, lo que no cabe pensar es que lo remitiera a un juicio ordinario declarativo, cuando la cuestión estaba resuelta con el mero examen de las hojas registrales» (*vid.*, entre otras, STS de 18 diciembre de 2000). Las normas de Derecho civil puro a las que se refiere la jurisprudencia son el artículo 1473 CC, en el caso de que la doble inmatriculación derive de una doble venta o enajenación (SSTS de 19 julio de 1999, 14 de octubre de 2000, 11 de octubre de 2004) o, en general, la prioridad del título material en que se base la adquisición de uno de los titulares registrales (regla *prior tempore* o prioridad civil). No obstante, también es habitual que, concurriendo exclusivamente en uno de ellos la condición de tercero protegido del artículo 34 LH, el Tribunal Supremo se decante por el juego de los principios hipotecarios, protegiendo a quien haya adquirido a título oneroso y de buena fe de la persona que figuraba en el Registro como titular frente al que no ostente tal condición (SSTS de 9 de diciembre de 1997, 9 de mayo y 28 de julio de 2003). En el supuesto de la sentencia que se reseña —en que se daba esta última hipótesis, ya que la adquisición de la demandada había tenido lugar por vía de herencia— el Tribunal Supremo resuelve a favor de la hoja registral más antigua, dada la notoria y abrumadora diferencia temporal existente entre el historial de una y otra inmatriculación. (*N. M. I.*)

54. Conflicto entre los adjudicatarios de un inmueble en sendos procedimientos ejecutivos. Caducidad de la anotación preventiva de embargo del primer procedimiento. Eficacia de la anotación respecto de enajenaciones posteriores. Principios hipotecarios de prioridad registral y de inoponibilidad de lo no inscrito.—La preferencia entre dos adjudicatarios de un mismo inmueble en sendos juicios ejecutivos es el objeto de este procedimiento que entabla la primera adjudicataria, que inscribió su adquisición después de que hubiera caducado la anotación de embargo, contra la

adjudicataria del segundo que había inscrito su auto de adjudicación cuando todavía estaba vigente la anotación de embargo de este segundo juicio ejecutivo. La demandante alegaba su mejor derecho sustantivo y registral sobre la finca con base en los artículos 32 LH y 1473 CC por haber sido la primera tanto en entrar en la posesión del inmueble como en inscribir su dominio en el Registro de la Propiedad. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda al entender que la falta de reflejo registral de la anotación preventiva de embargo –que había caducado en el momento en que se expidió la certificación de cargas del segundo juicio ejecutivo– conlleva su inoponibilidad frente a terceros *ex* artículos 32 LH y 175.2 RH. Respecto del artículo 1473 CC –que, en caso de doble enajenación, reconoce el mejor derecho a quien primero inscribió– el Juzgado de Primera Instancia entiende que debe favorecer a la demandada puesto que la inscripción primera a favor de la actora se había practicado de un modo provisional y sometida al efecto de purga de gravámenes que produjera la inscripción de la segunda adjudicación. La Audiencia Provincial tampoco da lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora: el artículo 97 LH presume extinguido el derecho al que se refiere un asiento que ha sido cancelado. Además debía considerarse a la adjudicataria del inmueble en la segunda subasta –la demandada doña C. A. G. –tercera protegida del art. 34 LH–. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad actora, que invocaba como infringidos los artículos 32 LH y 1473 CC, y alegaba también la imposibilidad de conocer la caducidad de la anotación y de obtener su prórroga al tratarse de un tercero ajeno al procedimiento ejecutivo. Desde un punto de vista registral, el Tribunal Supremo concluye que no es cierto que los principios hipotecarios favorezcan a la recurrente, ya que precisamente la prioridad registral conduce a afirmar la preferencia de la segunda adjudicataria, cuya inscripción retrotrae sus efectos al momento en que fue practicada la anotación preventiva, todavía en vigor en el momento en que su propiedad accedió al Registro. También desde un punto de vista registral advierte el Alto Tribunal que sólo cuando la anotación preventiva de embargo se encuentra vigente, sujeta la titularidad de los bienes objeto de la misma al resultado del proceso en que se haya producido la traba. Al contrario, si se trata –como en este caso– de una adquisición –la del primer adjudicatario con anotación caducada– que ha tenido lugar con posterioridad a la práctica de la segunda anotación de embargo –letra B– tal enajenación quedará sometida a esta segunda traba, aunque haya sido practicada en el curso de un procedimiento de apremio iniciado con posterioridad. El Tribunal Supremo considera que no se trata de un caso de doble venta del artículo 1473 CC, ya que este precepto se aplica cuando estamos ante dos asientos incompatibles. En este caso no existe tal incompatibilidad sino que la primera inscripción a favor del recurrente –primer adjudicatario– «fue admitida con carácter subordinado a la eficacia de la anotación preventiva que la precedía». Respecto del argumento de que la recurrente no tuvo la oportunidad de evitar la caducidad de la anotación preventiva de embargo por no ser parte del procedimiento, el Tribunal Supremo considera que no se puede alegar ni desconocimiento ni tampoco imposibilidad de solicitar la prórroga. La razón es que las anotaciones preventivas poseen un plazo de caducidad que aparece predeterminado en la ley (art. 86 LH), y que puede prorrogarse a instancia de cualquier interesado, entre los que figura el adquirente de un inmueble en juicio ejecutivo. (STS de 4 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *E., S. A.*, entabla acción declarativa de dominio contra don J. M. C. G., doña M.^a L. G. G., el *Banco B. V., S. A.*, y doña C. A. G., solicitando que se declare su propiedad sobre la finca inscrita a nombre de la última demandada, así como que se cancele esta última inscripción registral. La sucesión de hechos es la siguiente. Con motivo de las deudas contraídas por los esposos don J. M. C. G. y doña M.^a L. G. G., el *Banco G., S. A.*, entabla juicio ejecutivo contra ellos que causa el embargo de una finca inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad, que se anota preventivamente con la letra *A* el 8 de julio de 1991. Dicha anotación fue cancelada por caducidad el 31 de octubre de 1995, antes de que fuera dictado el auto de adjudicación de la finca a favor de *E., S. A.* —actora en este procedimiento—, que tuvo lugar el 9 de mayo de 1996 y fue inscrito en el Registro de la Propiedad el 24 de septiembre de 1996. Con anterioridad a la finalización de este juicio, la entidad *Banco B. V., S. A.*, entabló un segundo juicio ejecutivo contra los titulares de la finca, que motivó la práctica de la anotación preventiva de embargo letra *B* en el Registro de la Propiedad. Previamente a la inscripción del primer auto de adjudicación, pero después de haber caducado la anotación de embargo letra *A*, fue expedida certificación de cargas del segundo juicio —en fecha 31 de octubre de 1995— en la que no se hizo constar la anterior anotación preventiva por haber caducado sin que nadie instara su prórroga. El segundo juicio finaliza con un auto de adjudicación de la finca embargada a favor de doña C. A. G., que fue inscrito en el Registro, ordenándose a continuación la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la certificación de cargas, entre las cuales estaba la inscripción de dominio a favor de la actora.

NOTA.—El Tribunal Supremo se pronuncia en este procedimiento sobre un problema clásico que es la eficacia de las anotaciones preventivas de embargo en relación con las enajenaciones o adquisiciones de derechos reales que hayan tenido lugar con posterioridad. Como es sabido, este asiento despliega dos clases de efectos. El primero es dotar al crédito que ha dado lugar a la anotación de un carácter privilegiado frente a los créditos posteriores (art. 1923.4.º CC). La segunda es proporcionar a la traba una eficacia real, similar a la que produce la constitución de una hipoteca, según la cual el embargo será oponible frente a los adquirentes posteriores del inmueble, que lo recibirán con esta carga debiendo sufrir la ejecución como de si una finca hipotecada se tratara (FJ 3.º: «la doctrina actual y las últimas resoluciones de la Dirección General de los Registros parten de la equivalencia práctica de la anotación preventiva de embargo a la hipoteca en relación con los terceros adquirentes del inmueble...»). Esto significa que el adjudicatario del inmueble en ese procedimiento ejecutivo será preferente respecto de ese adquirente posterior, y que esta preferencia motivará asimismo la cancelación de todas las inscripciones o anotaciones practicadas con posterioridad a la anotación preventiva (arts. 175.2.ª RH, 674 LEC). Al último efecto de oponibilidad *erga omnes* del embargo anotado en el Registro se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando distingue el carácter constitutivo de la resolución judi-

cial que decreta la traba de la medida de aseguramiento que supone su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad (arts. 587 y 629 LEC). La propia sentencia del Tribunal Supremo que es objeto de esta reseña lo afirma expresamente cuando señala que «la anotación preventiva de embargo produce una afección de los terceros adquirentes o titulares de derechos reales sobre el bien embargado, cuando sus títulos tengan fecha posterior a la anotación y que la inmunidad que se predica se refiere únicamente a los títulos de fecha anterior, aunque se inscriban con posterioridad a la anotación». En efecto, la eficacia real de la traba, esto es, la oponibilidad del embargo frente a adquirentes posteriores se refiere sólo a los sujetos que hayan consolidado su dominio con posterioridad a la práctica de este asiento en el Registro de la Propiedad. Los adquirentes anteriores, aunque hayan inscrito con posterioridad, gozan de una preferencia que, sin embargo, deberá hacerse efectiva por el cauce de la tercera de dominio, que necesariamente habrán de instar si quieren hacerla valer, sin que para ello sea imprescindible la previa inscripción de su dominio en el Registro de la Propiedad (art. 595 LEC). Una vez finalizado el procedimiento de ejecución, el verdadero propietario de la finca gravada por las deudas de otro –normalmente el *dominus* anterior– sólo tendrá el cauce del juicio declarativo –acción reivindicatoria en la mayoría de los casos, pues se trata de un propietario no poseedor–, arriesgándose entonces a que el adjudicatario de la finca en el juicio ejecutivo sea un tercero del artículo 34 LH (*vid.* en este sentido art. 594.1 LEC). En el caso que se planteó en esta sentencia la actora había sido adjudicataria de la finca en un procedimiento de ejecución que había causado una anotación preventiva cuya cancelación por caducidad había tenido lugar durante el transcurso del mismo sin que nadie solicitara su prórroga. La titular registral de la finca, también demandada, era la adjudicataria del segundo procedimiento, cuya inscripción fue practicada al tiempo que se cancelaba la primera por haber accedido al Registro después de emitida la certificación de cargas en la que ya no figuraba la anotación de embargo primera. El conflicto se reduce, pues, a la preferencia entre dos adquirentes del dominio de una finca en sendos procedimientos de realización forzosa, ignorando el segundo la existencia de esa adquisición anterior. El artículo 1473 CC no resulta aplicable al caso, afirma el Tribunal Supremo, porque se refiere a asientos incompatibles y no a supuestos, como el planteado, en que se practica una primera inscripción que sólo cede [se cancela] cuando accede al Registro la segunda. Además, junto a lo argumentado por el Tribunal Supremo, debe tenerse en cuenta que el artículo 1473 CC no sería aplicable aquí ya que este precepto se refiere a la doble venta y no a la venta de una cosa ajena –la primera ya había sido consumada por otorgamiento de la escritura pública de adjudicación y entrada en la posesión de la finca por el adjudicatario– (SSTS de 6 de mayo de 2004, 18 de mayo de 2005). Entraría en juego, en cambio, la protección que el artículo 34 LH dispensa al tercer adquirente de una finca inscrita a nombre de un *non dominus* cuando la adquisición es onerosa, el tercero es de buena fe y procede a inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad. Así razona la Audiencia Provincial, y si el Tri-

bunal Supremo no entra en el examen de la concurrencia de los requisitos establecidos en el referido precepto para otorgar protección, es porque el recurrente «no ha invocado como infringido este precepto ni razonado sobre dicha infracción». Una de las dificultades principales que suele plantear la aplicación del principio de fe pública registral reside en valorar el momento concreto en que deberá apreciarse la buena fe del tercer adquirente. La jurisprudencia se ha decantado por dos soluciones distintas: bien el momento de la adquisición –STS de 5 de diciembre de 2002–, bien el de la inscripción por el tercero de su derecho –implícitamente STS de 17 de febrero de 2004–. En el caso de procedimientos de realización forzosa –en los que también resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 34 LH– la valoración no coincide con ninguno de los dos anteriores, sino que queda necesariamente anticipada al trámite procesal-registral en el que el Juez ordena al Registrador de la Propiedad la expedición de una certificación de las cargas del inmueble embargado (art. 656 LEC). Una vez que –como sucede en el presente caso, en que la anotación primitiva de embargo no se hace constar en la certificación registral de cargas del segundo procedimiento ejecutivo– se ha advertido que ningún derecho preferente grava el inmueble ejecutado, no se puede oponer al tercero –adjudicatario de la subasta o adquirente por cualquier otro procedimiento de realización contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil– una titularidad inscrita con anterioridad a la suya (pero con posterioridad a la mencionada certificación de cargas), porque de lo contrario le obligaríamos a evacuar sucesivas consultas al Registro hasta el momento mismo de inscribir su adjudicación con merma no sólo de la seguridad del tráfico sino también de la efectividad de los procedimientos de ejecución. (N. M. I.)

55. Inscripción de títulos falsos en el Registro de la Propiedad. No conlleva su subsanación.–Los títulos falsos no se subsanan por la decisión de acceso al Registro de la Propiedad. Corresponde a la autoridad judicial en vía jurisdiccional con sus correspondientes connotaciones *contra tabulas* decretar la nulidad de dicho título inscrito para su adecuación a la realidad extrarregistral declarada.

Presunción de veracidad del Registro.–Se trata de una presunción *iuris tantum*. En el caso concreto, declarada la ausencia de buena fe a la vista del documento del que se deriva la inscripción, no puede trasladarse la carga de la prueba a la otra parte por tratarse de un hecho contundente que ya no es rebatible.

Prescripción extintiva de la acción de nulidad.–La acción de nulidad absoluta por inexistencia de título es imprescriptible. (STS de 30 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.–C. T. G. era propietaria y única titular registral de la finca objeto del litigio. La citada señora falleció sin otorgar testamento y por Auto dictado tras el correspondiente expediente sobre declaración de herederos *ab intestato* se declaró heredero a su hijo J. J. H. T. Una vez fallecido éste, le sucedieron en todos sus bienes

sus herederos universales, demandantes en este litigio, y en la cuota legal usufructuaria, su viuda.

C. T. G. se había casado en segundas nupcias. Su marido y la hija de éste de su primer matrimonio se trasladaron a vivir con ella en el domicilio situado en la finca litigiosa.

Fallecida C. T. G., C. R. R. (la hija de su segundo marido) continuó ocupando la vivienda negándose a abandonarla a pesar de ser requerida para ello. La ocupante alegaba que la vivienda había sido adquirida por su padre de C. T. G. en documento privado de compraventa.

C. R. R. y su hijo, a los que el padre de ella les había nombrado herederos universales, incoaron expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido. El Juzgado se lo reconoció y se produjo en su favor la oportuna inscripción registral.

Los demandantes ejercen acción reivindicatoria contra C. R. R. y su hijo solicitando la nulidad y cancelación de la inscripción practicada, pues alegaban que estaba basada en un contrato falso e inexistente.

La sentencia de primera instancia estima totalmente la demanda y declara que los actores son propietarios, así como la nulidad y cancelación del asiento registral que figura a nombre de los demandados en el Registro de la Propiedad.

En segunda instancia se desestima el recurso de apelación. (B. F. G.)

DERECHO DE FAMILIA

56. Filiación no matrimonial: reclamación: negativa a la práctica de pruebas biológicas: indicios insuficientes.—El valor indiciario de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica no está complementado con otras pruebas que permitan al Juzgador llegar al convencimiento de la realidad de la filiación demandada; esta Sala acepta la ponderada valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia la cual no permite afirmar la existencia, entre demandante y demandado, de relaciones sexuales en período hábil para la concepción del menor. (STS de 22 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—La demanda había sido rechazada en ambas instancias, y la prueba complementaria consistía en la declaración de dos testigos, uno de los cuales era poco concluyente y la del otro meramente aseverativa, además de un borrador de carta y la fotocopia de otra dirigida al supuesto padre. Se invoca la doctrina de la STS de 4 de febrero de 1999, según la cual *si bien los Tribunales de justicia no exigen una prueba férrea y absoluta, dada las especiales condiciones de las situaciones humanas que se debaten y los intereses a proteger de los hijos, tampoco por ello cabe una permisibilidad abierta e incontrolada que permitiría, unas veces, alcanzar decisiones coincidentes con la realidad genética, con lo cual se autorizaría a definir situaciones de estado civil difusas, despejando su*

incertidumbre para las personas interesadas; pero, en otros casos, puede suceder que se atribuya filiación equivocada, con las graves consecuencias que ello implica, por lo que la exigencia de prueba medianamente suficiente y sobre todo convincente, con sujeción a la legalidad a cumplir, se impone y se hace exigente a los Tribunales. Doctrina prudente que, no obstante, cabe apostillar: la atribución de una filiación equivocada puede resultar también, junto a la negativa, de una prueba complementaria insuficiente o ambigua, sin caer en esa denostada permisibilidad abierta e incontrolada, pese a lo cual se ha declarado, en algunos casos, la filiación por los Tribunales. (G. G. C.)

57. Filiación no matrimonial: reclamación de la hija frente al presunto padre: impugnación implícita de la filiación registral.—Según la interpretación jurisprudencial es correcto que se haya ejercitado la acción de reclamación sin deducir *expressis verbis* una pretensión de impugnación de la paternidad establecida en el Registro, ya que se trataría de una pretensión accesoria, implícita en la acción principal de reclamación que se ejercita, aunque también es claro que ello no supone que el Tribunal de instancia no pronuncie, con expresa y clara indicación, una condena a tener por impugnada la filiación establecida, ordenando lo precedente para su rectificación en el Registro Civil, como lo exige la coherencia del sistema y, en especial, el artículo 50 LRC.

Ausencia de litisconsorcio pasivo.—Esta Sala considera que, en base al principio de tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 CE, ha de entrar en el examen del invocado defecto de litisconsorcio pasivo necesario que denuncia, de pasada, la parte recurrente, toda vez que como se ha dicho, entre otras, en las SSTs de 26 de octubre de 1990 y 25 de octubre de 1994, el mal planteamiento de un motivo no es óbice al examen de la cuestión cuando la infracción denunciada haga referencia a un precepto de orden público que ha de ser aplicado de oficio; y tal es lo que ocurre con la carencia de citación y emplazamiento de los herederos del padre aparente, en cuyo favor está establecida la filiación que ahora resulta implícitamente impugnada por reclamación de otra contradictoria. No puede suplirse la falta de litisconsorcio necesario por una comparecencia declarando como testigo, ya que, atendida la seguridad no sólo familiar sino social que ha de rodear la posesión de estado civil, las resoluciones que se dicten en los procesos de esta naturaleza llevan consigo un valor absoluto, *erga omnes*, como expresamente declara el artículo 1252 CC, lo que genera la exigencia del mencionado litisconsorcio, que es estimable de oficio aun en el trámite extraordinario de casación, pues estimación de la demanda afectaría a los derechos de los herederos del fallecido padre aparente de la reclamante, y el principio de veracidad de la cosa juzgada.

Efectos de la estimación del recurso.—Procede declarar la nulidad de todo lo actuado y retrotraerse al momento de la comparecencia, dando a la parte afectada el plazo legal para subsanar el vicio procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario. (STS de 22 de noviembre de 2005; ha lugar.)

NOTA.—Compleja situación fáctica que se resuelve de momento con esta también compleja sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado señor Montés Penadés. La actora había sido inscrita

como hija legítima de un matrimonio pero el marido, al parecer, no era verdadero padre. La demanda se dirige contra el supuesto padre, luego fallecido, que sí había previamente reconocido unilateralmente a otros tres hijos, y que se había casado con la madre después de divorciarse ésta del primer marido. Al prosperar en ambas instancias la acción de reclamación, los demandados, observa el Tribunal Supremo, se convertirían en hermanos de doble vínculo de la actora. Aunque el resultado de la prueba biológica no es concluyente, el juez valora el testamento del presunto padre y determina la filiación, si bien la supuesta madre en su testamento había afirmado que la actora era hija de su primer matrimonio y sólo menciona como hijos suyos a los ahora demandados. La Audiencia Provincial confirma y toma en consideración cartas cruzadas entre uno de los demandados y la actora en que aquél reconoce la filiación, luego retractada. El debate casacional se plantea porque la actora había omitido impugnar la filiación con que ella aparece en el Registro, y legalmente sólo puede existir una única filiación. La sentencia extractada dice que los herederos del padre aparente deben tener la posibilidad de intervenir en este proceso, y anula las actuaciones al momento inmediatamente anterior en que se produjo el defecto procesal. (G. G. C.)

58. Filiación no matrimonial: acción de reclamación: innecesariedad del consentimiento de la hija.—Se ejercita una acción de reclamación de una filiación extramatrimonial, eficaz desde su constancia en el Registro civil, y no un reconocimiento, imposible por resultar inscrita una filiación contradictoria. Esta acción no puede contar nunca con el consentimiento de aquel a quien afectará la impugnación, a no ser que se allane a la demanda, en cuyo caso resulta obvio.

Ejercicio abusivo y de mala fe.—Se acusa de ejercitar la acción de reclamación de forma abusiva y de mala fe porque supone una grave alteración de la vida familiar de las demandadas, pero con ello se introduce un hecho nuevo que no puede ser admitido en casación, al tiempo que se recuerda que el demandante actuó en ejercicio de un derecho, sin que en ningún momento se haya probado que su actuación fuera abusiva.

Ausencia de posesión de estado: interpretación del artículo 133 CC.—La STS de 22 de marzo de 2002 resume la jurisprudencia de esta Sala en relación con el tema de la admisión de la legitimación del padre no matrimonial para reclamar su paternidad; considera que frente a la interpretación literal del artículo 133 CC hay que aceptar una interpretación más flexible que resulta de relacionar los artículos 133 y 134, ya que si este último permite al progenitor la impugnación de la filiación contradictoria en el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación *también esta impugnación condicionará la habilitación para que pueda ejercitar la acción de reclamación* (SSTS de 8 de julio de 1991). Esta tesis se ha mantenido en las sentencias posteriores (de 13 de junio de 2002, 17 de junio y 8 de julio de 2004), de modo que al superarse la literalidad del artículo 133 CC que atribuye legitimación sólo al hijo, para decidirse por una interpretación más flexible, la que resulta más acomodada a los principios y a la filosofía de la institución de la filiación, como a su finalidad, también le está habilitando para ejercitar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial.

Doctrina del Tribunal Constitucional.—La STC de 27 de octubre de 2005 ha considerado que la redacción actual del artículo 133 CC vulnera el artículo 24 CE en su vertiente de acceso a la jurisdicción y ha considerado que *la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial, en los casos de falta de posesión de estado, no resulta compatible con el artículo 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad ni, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción*. A pesar de ello el Tribunal Constitucional no declara la nulidad del mencionado precepto pues la insuficiencia normativa del precepto cuestionado exige que sea el legislador el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores en los casos de falta de posesión de estado. Aunque el Tribunal Constitucional ha considerado insuficiente para evitar la declaración de inconstitucionalidad del artículo 133 la interpretación correctora de este Tribunal Supremo, esta Sala, con mayor razón, debe seguir sus propios precedentes antes recordados.

Negativa a la práctica de la prueba biológica: existencia de indicios suficientes.—La falta de prueba biológica acordada no permite, por sí misma, declarar la filiación, pero hay pruebas suficientes para declarar la paternidad, como la participación del actor en la inscripción del nacimiento de una de las hijas, que consta con el mismo nombre del actor, aunque sin los apellidos a los meros efectos de identificación; las aportaciones económicas constantes, y las fotografías aportadas.

Caducidad de la acción de impugnación: no procede estimarla.—El actor interpuso dos acciones, a saber, la de reclamación de la filiación no matrimonial y la de impugnación de la filiación contradictoria; se trata de una acción mixta que debe quedar sometida al régimen de la acción de reclamación, porque la finalidad de esta última es la de determinar la filiación, a la que se opone de manera formal la que consta en el Registro civil, y por ello debe ser impugnada conforme al artículo 113.2 CC; por ello esta Sala ha considerado de modo unánime que la acción de impugnación es accesoría, instrumental e inevitable cuando se reclama una filiación que contradice la inscrita; todo lo cual lleva a la conclusión de que al ser la acción de reclamación imprescriptible por tratarse de una acción de estado, no se le puede aplicar el plazo de caducidad del artículo 140 CC para las acciones de impugnación ejercitadas de forma aislada. (STS de 14 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—Estamos, sin duda, ante el ejercicio tardío de la acción de reclamación de una filiación no matrimonial, respecto de dos hijas (¿parto gemelar?) las cuales, por lo menos, son mayores de edad al tiempo de la demanda, falleciendo el actor en fase de apelación. Hubiera sido interesante conocer el estado familiar de la madre, igualmente demandada, y los cambios que aquél pudo haber experimentado a lo largo de la vida de sus hijas; sólo consta el reconocimiento por parte de aquélla —probablemente, al tiempo del nacimiento—, cuya nulidad se solicita y obtiene. Ello induce a pensar o en una inicial unión de hecho, luego rota, o más bien en relaciones episódicas con alguna duración (pues hubo aportaciones económicas del actor a la madre que, obviamente, no convivía en ese momento con el actor), y que luego dieron paso a nupcias de la madre con otro varón que reconoció y legitimó a las hijas. En todo caso el actor no invoca en ninguna fase del proceso la posesión de

estado, cuando recuerda sus obligaciones legales al cabo de cierto número de años (al menos, hasta después de alcanzar aquéllas la mayoría de edad), haciendo acto de presencia en unas relaciones familiares al parecer socialmente consolidadas, lo que explicaría la referencia al abuso del derecho, punto insuficientemente argumentado en el recurso, y poco estudiado doctrinalmente con referencia al ejercicio de estas acciones de filiación. Sentencia conforme con la más reciente doctrina tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, de la que ha sido Ponente Encarnación Roca Trías. (G. G. C.)

59. Derecho de visita del padre cuando la guarda corresponde a la madre: motivación de la sentencia: doctrina general.—Siguiendo reiterada jurisprudencia la motivación de la sentencia, como elemento enclavado para una necesaria tutela judicial efectiva, supone principalmente: 1) Hacer patente el sometimiento del juez al imperio de la ley (art. 117.1 CE) o, más ampliamente, al ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), lo que ha de redundar en beneficio de la confianza en los órganos jurisdiccionales. 2) Lograr la convicción de las partes en el proceso, así como también la ciudadanía sobre la justicia y la corrección de una decisión judicial que afecta a los derechos de un ciudadano. 3) Mostrar el esfuerzo realizado por el Juez o Tribunal, así como su cultura jurídica, para garantizar una resolución carente de arbitrariedad. Y, 4) garantizar la posibilidad de control de la sentencia a través de los recursos. Pero también es necesario constatar que esta Sala ha dicho que tal motivación ha de ser suficiente y razonable, y que para mensurar la suficiencia de tal motivación habrá que irse a cada caso concreto, sin que la misma se pueda determinar *a priori* y con carácter general. En el presente caso la sentencia recurrida tiene una motivación suficiente, porque acepta y hace suya el fundamento de la sentencia de primera instancia en el cual se explícita de manera, que se puede calificar de exhaustiva, el por qué del derecho de visita del padre, y además porque si hasta ahora los contactos han sido escasos, ello se remediará incrementándolos, y así se tenderá a la normalización de las relaciones entre padre e hija, tan necesarias para la formación integral y la estabilidad emocional de la misma.

Ratio decidendi del derecho de visita paterno.—Aunque el recurso invoca infracción del artículo 160 CC, no alega hecho ni valoraciones nuevas, olvidando que la razón de ser de aquél es la de lograr la formación integral y la estabilidad emocional de la pequeña, inspirándose en los artículos 2 y 20 de la Ley de 15 de enero de 1996, y en la STDH de 23 de septiembre de 2003 que dice *el Tribunal ha declarado repetidamente que el artículo 8 [del Convenio de 1950] incluye el derecho de los padres a que se tomen medidas para que se les permita reunirse con sus hijos y la obligación de las autoridades nacionales de tomar tales medidas (...). Sin embargo, la obligación de las autoridades nacionales de tomar medidas para facilitar la reunión no es absoluta, puesto que la reunión de un progenitor con los hijos que han vivido durante algún tiempo con el otro progenitor tal vez no pueda producirse de forma inmediata y puede exigir que se tomen medidas preparatorias. La naturaleza y el alcance de dicha preparación dependerá de las circunstancias de cada caso, pero la comprensión y la cooperación de todas las personas afectadas es siempre un ingrediente importante. Aunque las autoridades nacionales deben hacer todo lo posible para facilitar dicha cooperación,*

cualquier obligación de aplicar medidas coercitivas en este campo debe ser limitada ya que deben tenerse en cuenta tanto el interés como los derechos y las libertades de todas las personas afectadas, y muy especialmente el interés del menor y sus derechos en virtud del artículo 8 del Convenio. Cuando los contactos con el progenitor puedan parecer que amenazan ese interés o interferir con esos derechos, las autoridades nacionales deben establecer un justo equilibrio entre ellos.

Audiencia de la menor que ha cumplido doce años.—Habiendo transcurrido desde el momento en que se adoptaron las medidas de guarda y custodia, el tiempo suficiente para que la menor, ya mayor de doce años, pueda ser oída, según el artículo 9.3 de la Ley del Menor, y a la vista de las determinaciones procesales de los artículos 770.6.º, 774 y, especialmente, artículo 775 LEC 2000, procede acordar la audiencia de dicha menor, con intervención del Ministerio Fiscal, de manera que éste pueda solicitar, en su caso, si viere convenirle al interés del menor, la modificación de las medidas adoptadas. (STS de 16 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—Sin que la sentencia aclare la clase de proceso matrimonial que media entre los progenitores, el padre solicita y obtiene en 1997 el derecho de visita sobre la hija común cuya guarda se atribuye a la madre; ésta se opone y logra que haya que esperar a noviembre del 2005 para que el Tribunal Supremo se pronuncie rechazando el recurso interpuesto por la madre. Mientras tanto ésta ha *monopolizado la convivencia con la hija*, la cual, al haber cumplido los doce años, puede desequilibrar esa balanza de derechos e intereses que el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo encomienda los jueces nacionales. En el presente caso, nuestro Tribunal Supremo ofrece una interpretación que puede calificarse de *dinámica* del interés de la menor: *Si hasta ahora los contactos han sido escasos, ello se remediará incrementándolos, y así se tenderá a la normalización de las relaciones entre padre e hija, tan necesarias para la formación integral y la estabilidad emocional de la misma.* (G. G. C.)

60. Derecho de visita de padre no matrimonial: artículo 94 CC.—El artículo 94 CC se refiere a los progenitores que no tengan consigo a los menores para establecer el derecho que les asiste a visitarlos, el que judicialmente sólo se podrá limitar o suspender cuando se den graves circunstancias que así lo aconsejen, actuando este supuesto como excepción a la regla general de carácter imperativo —pues el precepto emplea el término *gozará*—, en cuanto a las relaciones personales entre padres e hijos, y como toda excepción ha de ser cumplidamente probada.

Progenitor condenado penalmente por causar lesiones al hijo: suspensión del derecho de visita.—Según SSTs de 30 de abril de 1991, 19 de octubre de 1992, 22 de mayo y 21 de julio de 1993, el derecho de visita ha de ceder ante los supuestos de presentarse algún peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor, y en este sentido se ha pronunciado el Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992 con referencia a los divorcios de parejas europeas que no tuviesen la misma nacionalidad, para establecer que el derecho de visita ha de suspenderse cuando se pone con elevada probabilidad directa y seriamente en peligro la salud del hijo en todas

sus dimensiones. En este caso tenemos una sentencia firme penal condenatoria que vincula a la jurisdicción civil en cuanto a los hechos declarados probados, y los mismos ponen bien de manifiesto la conducta agresiva y violenta del padre hacia el hijo y con ello el peligro que para éste puede suponer mantener relaciones personales en los actuales momentos, al concurrir tanto graves circunstancias como justas causas para poder decretar la suspensión del derecho de visita, respecto a lo cual los juzgadores gozan de amplias facultades discrecionales, que aquí no se establece con carácter definitivo para dejar abierta su modificación según las circunstancias futuras concurrentes.

Pensión de alimentos: igualdad con los hijos matrimoniales.—Para fijar el *quantum* la sentencia de apelación tuvo en cuenta las disponibilidades económicas actuales del padre, cargas que pesaban sobre el mismo y necesidades del mismo, limitándose a reconocer las atenciones y cuidados que le puede prestar la abuela materna, y a establecer que también pesa sobre la madre el deber de contribuir con una cifra igual a la aportada por el padre, por lo que se fijó la suma de 35.000 pesetas como pensión alimenticia mensual, que se presenta como la adecuada y proporcional. El principio de igualdad entre los hijos no impide apreciar situaciones diferenciadoras que autorizan a fijar los alimentos de que se trata en distinta cuantía a los establecidos para una situación precedente y a favor de otros hijos del obligado, nacidos de un matrimonio anterior (STS de 18 de mayo de 2001), debiendo atenderse en cada caso a las circunstancias y estados concurrentes, como aquí ha ocurrido. (STS de 4 de noviembre de 2005; ha lugar.)

NOTA.—Ninguna discrepancia puede suscitar la suspensión del derecho de visita respecto del padre no matrimonial, el cual y respecto de un hijo nacido de relaciones extramatrimoniales el 2 mayo 1997, es condenado por sentencia penal firme por actos de violencia física ejercidos sobre aquél cuando tenía sólo algunos meses de edad, en calidad de criminalmente responsable de un delito de malos tratos, cuatro delitos de lesiones y de una falta de lesiones, con privación de la patria potestad del hijo. No siendo fácilmente comprensible que en 1998 solicite él mismo la declaración de ejercicio conjunto de la patria potestad sobre el menor, con un generoso régimen de visitas en su favor. Demanda que fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia, pero que no menos incomprensiblemente resultó parcialmente estimada por la Audiencia Provincial en el 2000, basándose en informes psicológicos que no detectaban en el padre trastornos mentales, psicopatológicos, o disfuncionalidades en las relaciones respecto a otros hijos del explorado, ni criterios educativos erráticos, considerando conveniente para el menor mantener la relación con los progenitores, la que debería establecerse respecto al padre en forma progresiva y con el control inmediato de tercera persona. Afortunadamente el Tribunal Supremo restablece la justicia y la cordura. En cambio resulta novedoso el argumento invocado por la madre de la igualdad de trato en la fijación de alimentos para toda clase de hijos, pues al parecer este violento progenitor había sido condenado anteriormente a abonar pensiones de alimentos en superior cuantía a la ahora establecida, en favor de otros dos hijos matrimoniales. Aquí la Sala 1.^a se acoge a las circunstancias fácticas que ordenan tener

en cuenta los artículos 146 y 147 CC para fijar o modificar la cuantía de la pensión otorgada a hijos no matrimoniales, para rechazar aquella alegación, lo que, acaso, requiera mayor profundización. (G. G. C.)

61. Patria potestad sobre hijos nacidos de unión de hecho: privación por incumplimiento de sus deberes por el progenitor: doctrina general.—Sea desde la perspectiva de la interpretación restrictiva del artículo 170 CC (SSTS de 6 de julio y 18 de octubre de 1996, entre otras), sea desde la exigencia de una interpretación que atienda prioritariamente al interés del menor (SSTS de 12 de febrero de 1992 y 31 de diciembre de 1996, entre otras), postulados ambos no incompatibles, la privación total o parcial de la patria potestad requiere la realidad de un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia imputable de alguna forma relevante al titular o titulares de la patria potestad, juicio de imputación basados en datos contrastados y suficientemente significativos de los que pueda inducirse la realidad de aquel incumplimiento con daños o peligro grave y actual para los menores derivados del mismo. En el presente caso, después de la ruptura de una unión de hecho durante la cual habían nacidos las dos menores en 1992 y 1993 que quedaron bajo la custodia de la madre, el padre demandado se mantuvo en una situación de precariedad económica, intentando infructuosamente visitar a sus hijas menores, sin que en ningún momento se hubiera comportado agresiva o violentamente para con ellas. La STS de 18 de octubre de 1996 requiere que la inobservancia de aquellos deberes sea de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad; por su parte la STS de 6 de julio de 1996 declara que el artículo 170 CC, en cuanto contenedor de una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva, y que aparezca plenamente probado que el progenitor al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma. (STS de 10 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia que, a tenor de las circunstancias, debe aprobarse. Con fecha de 12 de julio de 2004, la Sala 1.^a ha dictado dos sentencias, denegando, en una, la solicitada privación de la patria potestad, y otorgándola en otra, a petición de la Diputación que ejercía la guarda, en otra (véanse las dudas que suscita esta última, a la vista de las circunstancias, en mis anotaciones al extracto de dicha sentencia en *ADC* 2006, p. 488). (G. G. C.)

62. Relaciones personales entre abuelos y nietos: madre que se opone a que la hija se relacione con la abuela paterna: audiencia de la menor al cumplir doce años.—Es doctrina de esta Sala que el carácter siempre enriquecedor de las relaciones entre abuelos y nietos no pueden ni deben limitarse a los pertenecientes a una sola línea, y con mayor razón cuando tales relaciones sólo han sufrido un deterioro indirecto por motivos ajenos a su recíproca comunicación, como la muerte de uno de los progenitores. No obstante, habiendo transcurrido desde el momento en que se adoptaron las medidas de guarda y custodia el tiempo suficiente para que la menor, ya mayor de doce años, pueda ser oída, procede acordar la audiencia de dicha menor con intervención del Ministerio Fiscal, de modo que éste ordene, en su

caso, si viere convenirle al interés de la menor, la modificación de las medidas adoptadas. (STS de 11 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—Supuesto, quizá, el más simple de los que contempla el artículo 160, párrafo 2.º CC. Matrimonio en situación normal, con una niña que nace en mayo de 1991, pero que en 1997 queda huérfana de padre. Las relaciones entre la madre y la familia paterna parecen deteriorarse, y en 1999 la abuela de esta rama solicita judicialmente un derecho de visita, que sólo consigue en el 2000 por sentencia de la Audiencia Provincial. La madre de la menor interpone el recurso de casación basada en que esta última manifiesta rechazo a su abuela paterna. Mientras tanto se supone que la nieta sigue creciendo... bajo la influencia psicológica de su madre que ha demostrado clara animadversión a la familia de su marido. Aunque la Sala 1.ª resuelve la casación en plazo relativamente breve — para lo habitual— (en torno al quinquenio), sucede que, al dictar sentencia del Tribunal Supremo la nieta ha cumplido ya catorce años, y tiene derecho ser oída. No sería raro que el rechazo invocado en el recurso sea precisamente el que ella ha inducido en su hija. ¿Qué queda de la solemne declaración del artículo 160, párrafo 2.º? Sobre esta cuestión he alertado recientemente: *Parece claro que la agilidad de los trámites procesales es una de las condiciones para que este derecho cumpla su razón de ser* [cfr. GARCIA CANTERO, *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre 2003* (Madrid, 2004), p. 186]. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

63. Interpretación del testamento: sustitución fideicomisaria condicional.—Respecto a la interpretación de los testamentos ante todo es necesario buscar la verdadera voluntad del testador (entre otras, SSTS de 1 de febrero de 1988 y 9 de octubre de 2003), primando el sentido literal, salvo que sea evidente que la intención del testador fue otra (SSTS de 9 de junio de 1962, 23 de septiembre de 1971, 18 de julio de 1991, 18 de julio de 1998 y 23 de febrero de 2002) y correspondiéndole a los tribunales de instancia dicha labor interpretativa (entre otras, SSTS de 14 de mayo 1996, 30 de enero de 1997, 21 de enero de 2003 y 18 de julio de 2005). Por ello, según el Tribunal Supremo, cuando en una sustitución fideicomisaria se impone la condición de «tener sucesión», esta condición ha de interpretarse como lo que se denomina «hijos puestos en condición», lo que sirve para condicionar la delación del fiduciario, de tal forma que, si se incumple la condición y el heredero muere con sucesión, el fiduciario será heredero libre y, en caso contrario, tendrá que devolver los bienes a los fideicomisarios llamados por el causante. El cumplimiento de la condición se tendrá que producir a la muerte del fiduciario. Además, esta referencia a la sucesión es genérica, por lo que no es admisible ningún tipo de discriminación entre hijos biológicos y adoptivos (STEDH de 14 de julio de 2004 y SSTS de 6 de febrero de 1997 y 22 de junio de 2002).

Será nulo el documento por el que se liquide un fideicomiso condicional, si este acuerdo parte de la causa falsa de incumplimiento de la condición. De tal forma que, si se realiza la entrega de la posesión de los bienes en virtud de dicho documento nulo, la tradición carecerá de título, porque este acuerdo no crea un título propio que justifique la entrega. (STS de 15 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. P. A. fallece en 1898 con tres hijos (don P., don I. y doña E. P. A., ya que su hija A. premurió). El causante había otorgado sendos testamentos complementarios en 1892 y 1894. En el primero llamaba por parte iguales a sus cuatro hijos, «entendiéndose que en caso de fallecimiento de cualquiera de ellos sin sucesión, pasará la porción que corresponda a los que le sobrevivan». En el testamento de 1894, establece que «si sus hijos reconocidos fallecen sin ninguno dejar sucesión, pasen los bienes a los herederos abintestato». Don P., don I. y doña E. P. A. llevan a cabo la partición, consignado para cada heredero la tercera parte de los bienes. Don I. fallece soltero y sin descendencia, y sus hermanos don P. y doña E. se adjudican los bienes que éste había recibido de su padre, afectos a la sustitución fideicomisaria. En 1942, doña E. adopta una niña, y en 1960, don P. fallece, dejando dos hijos (don F. y don B. P. M.) y en 1983, doña E. fallece instituyendo heredera a su hija adoptiva, doña M. En abril de 1984, los dos hijos de don P. y la hija adoptiva de doña E. firman un documento privado, por el que esta última declara que doña E. «falleció sin descendencia de clase alguna», por lo que los hijos de don P. eran los únicos descendientes de don A. P. A., por lo que doña M. se compromete a devolver los bienes que habían pertenecido a su madre adoptiva hasta su fallecimiento. Don F. y don B. P. M. demandan a doña M. para que se declare que los bienes que habían pertenecido a doña E., les pertenecen en virtud del documento suscrito por doña M. La demandada formula reconvencción y solicita que se declare que su madre había fallecido con sucesión y que los demandantes no tienen derecho sobre los bienes que ella había recibido de doña E.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima la reconvencción. Posteriormente, la Audiencia confirma la sentencia de instancia y, en casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto por los demandantes.

NOTA.—Ver el profundo y minucioso estudio que en materia de interpretación de la voluntad del testador realiza Esther Gómez Calle en su reciente monografía *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Aranzadi, 2007. (S. E. M.)

64. El legado de cosa específica: interpretación de la voluntad del testador.—La interpretación literal de los términos del testamento resulta a veces insuficiente, siendo imprescindible ver la lógica del testamento en su conjunto para poder interpretar la voluntad del testador. Por ello, el hecho de que un testador enuncie, en primer lugar, un legado de usufructo universal y, posteriormente, un legado de cosa específica, no implica necesariamente que el primero tenga que recaer sobre el segundo. El hecho de que el testador

lleve a cabo una enumeración permite afirmar que, en realidad, la voluntad del testador es realizar dos legados con objetos distintos. Parece más oportuno pensar, en el contexto del testamento en su conjunto, que quien realiza un legado de cosa específica, tras legar el usufructo universal de la herencia, quiere hacer dos legados con objetos distintos y, por lo tanto, lo que el testador desea al enumerarlo separadamente es excluir el objeto específico de la herencia que es objeto del usufructo universal. (STS de 14 de diciembre de 2005; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don J. M. C. fallece casado con doña I. S. P., con la que no tuvo descendencia común, aunque tiene tres hijos don J., don E. y don J. A. M. G., de un anterior matrimonio, disuelto por fallecimiento. El causante en el testamento notarial abierto le lega a su cónyuge el usufructo universal y vitalicio de la herencia. Si sus hijos no aceptan este gravamen, su herencia quedará reducida a la legítima estricta, acreciendo el resto a los que estén conformes con el usufructo. Si todos estuvieran disconformes, el usufructo quedará convertido en legado de pleno dominio del tercio libre, además de la cuota viudal. A continuación de esta disposición, el testador lega a su hijo don J. un restaurante. Doña I. S. P. solicita que se declare que ostenta el usufructo universal y vitalicio del caudal hereditario, para lo que se ha de proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales existente con el causante. Don J. y don E. M. G. solicitan que se declare que la mitad de los bienes son del causante y que el usufructo exclusivamente recae sobre esa mitad, excluyendo el legado del restaurante.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara que la demandante ostenta el usufructo universal de todo el caudal hereditario, para lo que se deberá proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales. Los demandados interponen recurso de apelación y la Audiencia lo desestima y confirma la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declara haber lugar en parte al recurso de casación, ya que declara que el restaurante legado no entra en el legado de usufructo universal, manteniendo la sentencia recurrida en lo demás. (S. E. M.)

65. Testamento en peligro inminente de muerte: requisitos de validez: presencia de Notario. No puede prescindirse discrecionalmente de la intervención del Notario, cuando nada obste para que este funcionario autorice el testamento.—La doctrina jurisprudencial ha declarado reiteradamente que el testamento que nos ocupa se refiere única y exclusivamente a aquellos supuestos en que el estado del testador es de tal gravedad que se pierde toda esperanza de salvación y no hay lugar a que pueda acudir el Notario. En el caso debatido no hay duda del peligro inminente de muerte, pues el testador, de ochenta y ocho años de edad, estaba afectado el día 11 de septiembre de 1992 por un infarto de miocardio agudo y una hemorragia digestiva alta que provocaron su fallecimiento seis días después. Esta Sala, además, tiene declarado, en numerosas sentencias que, aunque es esencial el estado de peligro de muerte, sin el cual no ha de entenderse válido este testamento, el testador no puede prescindir discrecionalmente de la intervención del Notario, cuando nada obste para que este funcionario autorice el testa-

mento, pero es suficiente la prueba de que no pudo encontrarse al Notario o era difícil obtener su concurrencia (SSTS de 19 de diciembre de 1959, 3 de noviembre de 1962), cuestión de hecho que queda a la apreciación de la sala de instancia. En este caso, no existe dato demostrativo respecto a que, de alguna manera, se haya procurado tal intervención, lo que, al residir el testador en Madrid, no ofrecía dificultades, en atención al número de funcionarios de esta clase con destino en la capital, y sin que obstaculice a ello la circunstancia de que el día 11 de septiembre de 1992 fuera viernes, habida cuenta del servicio de guardia establecido en el Colegio Notarial durante los viernes, sábados y domingos para situaciones de urgencia.

Testamento otorgado dolosamente: no se aprecia.—El dolo al que se refiere el artículo 673 CC no es aquel en que el testador aparezca como sujeto activo del mismo, sino el que sufrió como sujeto pasivo de la maniobra de un tercero. Debe ser demostrado; y no quedó acreditado en autos. No basta la mera constatación de que los demandados regentan la residencia donde habitaba el causante y, a la vez, son empresarios y empleadores de todos los testigos del testamento. (STS de 10 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—En febrero de 1989, don J. P. ingresó en la actual Residencia Renta Jubilados. Don J. P. había otorgado testamento abierto el 10 de junio de 1964, a favor de su hermana, M.^a M., a la que nombraba heredera universal, y, en su defecto, a sus hermanos, J. L. y P. J.

Doña M.^a M. premurió al testador, en estado de soltera, con testamento otorgado a favor de don J. P. y los otros dos hermanos, J. L. y P. J., fallecieron el 20 de septiembre de 1990 y 13 de octubre de 1992, respectivamente. Don J. P. dispone nuevo testamento en peligro inminente de muerte, el 11 de septiembre de 1992, después de sufrir un infarto de miocardio agudo y una hemorragia digestiva alta. El testamento fue otorgado ante cinco testigos y firmado por todos ellos y en el que aparece una huella dactilar que se dice que corresponde al testador, en cuyo documento se hace constar que es soltero y que instituye única y universal heredera de todos sus bienes, a pleno dominio, a doña B., administradora de la residencia donde el señor J. P. se alojaba, junto con su esposo, don L. A. Don J. P. fallece el 17 de septiembre de 1992 y doña B. solicita adverbación del testamento, el 17 de diciembre de 1992 y fue protocolizado el 3 de mayo de 1993. Don P., doña M.^a M., doña V., don R., don L., doña R. y don S. demandan a doña B. y su esposo, interesando la declaración de nulidad absoluta del testamento otorgado en inminente peligro de muerte el día 11 de septiembre de 1992. El Juzgado de Primera Instancia acoge en parte la demanda y su sentencia fue revocada en grado de apelación, por la Audiencia, que rechaza las peticiones del escrito inicial. (S. M. S.)

66. Sucesión hereditaria: preterición.—La preterición es la omisión de un legitimario en el testamento, sin que el mismo haya recibido atribución alguna en concepto de legítima. Lo cual no puede apreciarse hasta que haya muerto el causante, con testamento y haya sido examinado éste. Y, en un sentido más amplio, no se puede hablar de legítima hasta después de la apertura de la sucesión producida por muerte del causante. Lo cual significa que el

mismo tiene poder de disposición, mientras vive, sobre todos sus bienes, por actos *inter vivos* onerosos e incluso gratuitos, sin perjuicio de que a estos últimos se les pueda aplicar la reducción por inoficiosidad. En ningún caso puede limitarse y, menos aún, impugnarse actos *inter vivos* por razón de una sucesión futura que incluye la sucesión forzosa (el Alto Tribunal cita, en este sentido, la STS de 11 de diciembre de 2001). (STS de 12 de mayo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El 17 de julio de 1991, dos hermanos, copropietarios por mitad y pro indiviso de un inmueble don C. M. y don J., venden, el primero el 30 por 100 y el segundo su 50 por 100 a: doña L., 12 por 100 y doña S., 9 por 100 (esposa e hija del primero, respectivamente), a doña C., 22 por 100, doña M., 15 por 100 y doña M. I., 22 por 100 (esposa e hijas del segundo, respectivamente). En la misma fecha, se otorga escritura de declaración de obra nueva, división de finca en propiedad horizontal y adjudicación de locales.

Pasados más de dos años, fallecido don C. M., formulan demanda su viuda e hijos. Impugnan el reparto al 50 por 100 de todo lo edificado para cada una de las dos familias. En la demanda se solicita la declaración de nulidad de ambos negocios por vicio del consentimiento, falta de causa, inexistencia de objeto y, subsidiariamente, se interesa la condena a los demandados a abonarles la diferencia del valor de las adjudicaciones de uno y otro grupo.

Tanto la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia como la de la Audiencia Provincial desestiman la demanda por entender que no se había probado el vicio de la voluntad, que existía causa y no simulación y que el objeto era existente y cierto y no procedía abono de valor ninguno. El Tribunal Supremo también desestima el recurso de casación. (S. M. S.)

67. Sucesión hereditaria: división y adjudicación. Sorteo ante Notario para la atribución de lotes a los interesados: conforme a derecho, ante la falta de acuerdo entre los interesados.—Según jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, la facultad divisoria, al no establecer el legislador modalidades excluidas para llevarla a cabo, puede realizarse, de estimarse judicialmente procedente, y como más adecuado, con formación de lotes y subsiguientes sorteo de ellos entre los condóminos, para alcanzar la mayor objetividad en la división, modalidad que ya concretamente se considera en la específica cesación de la comunidad hereditaria a medio de lo normado en el artículo 1061 CC. (SSTS de 30 de noviembre de 1988, 31 de octubre de 1989). (STS de 20 de mayo de 2005; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Los padres de los litigantes, L. C. y C., fallecieron, el primero el día 11 de junio de 1985, y la segunda, el 22 de septiembre de 1988, ambos bajo testamento abierto, otorgado el 22 de septiembre de 1975. Cada uno de los cónyuges, en su respectivo testamento, legaba al otro el usufructo universal y vitalicio de sus bienes, moraban a sus hijos L. F. y F., en la parte que les correspondía de la casa núm. X de la calle Y, e instituían como herederos, por partes iguales, a sus hijos.

O., uno de los hijos, promueve juicio voluntario de testamentaría respecto al patrimonio de sus padres. Todos los bienes integrantes de las herencias tenían carácter ganancial, excepto una cantidad de dinero, privativa de la esposa. En el juicio de testamentaría, el contador partididor llevó a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales de los padres, sin atribuir a cada uno de los cónyuges bienes concretos, sino el valor de la mitad de los gananciales y procedió a la formación de lotes, con los bienes relictos, atribuyendo un lote a cada uno de los herederos. Ante la oposición sobre la forma de adjudicar los lotes, se convoca a los interesados y al contador dirimente, para la junta prevista en el artículo 1086 LEC. No se llega a acuerdo y, mediante Auto de 17 de marzo de 1995, se decreta el archivo de las actuaciones y se compele a las partes a que acudan al juicio declarativo correspondiente. Así lo hacen, formándose pieza separada de la administración de la herencia, en el juicio voluntario de testamentaría, siendo nombrado administrador el coheredero D. O.

El 1 de febrero de 1992, el administrador había rendido cuentas de la administración relativa al año 1991, aprobadas, al no formularse oposición, por Auto de 29 de septiembre de 1992. Al presentarse rendición de cuentas correspondiente al año agrícola 1992-1993, y seguido incidente para la tramitación de la oposición formulada, se dictó Sentencia de 3 de diciembre de 1994, por la que se aprobó la rendición de cuentas con exclusión de determinadas partidas de gastos.

Varios de los hermanos, adjudicatarios de los bienes hereditarios interponen demanda, en 1996, contra sus tres hermanos, don O., don M. y doña F., y contra los albaceas contadores-partidores de las herencias de sus padres don L. y don L. F., sobre partición y adjudicación de bienes hereditarios. La sentencia de primera instancia acogió parcialmente sus pedimentos. La Audiencia Provincial revocó parcialmente la del Juzgado. (S. M. S.)

68. Atribución testamentaria de los muebles, alhajas, enseres y objetos de la vivienda: concurrencia con los derechos del usufructuario.—Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, las SSTs de 29 de mayo y 8 de junio de 1990), el artículo 449 CC no establece una presunción general de titularidad dominical a favor del propietario de una cosa inmuebles sobre los bienes muebles que existan dentro de ella, si el inmueble se posee en concepto distinto del de dueño. Por ello, el usufructuario de una vivienda no puede adquirir, en virtud del artículo 449 CC, la propiedad de los muebles, alhajas, enseres y demás objetos que se encuentren en el inmueble que posee, si consta que la propiedad de esos muebles le ha sido atribuida a un tercero por disposición testamentaria. (STS de 7 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don P. M. V. demanda a doña M. M. V. y solicita que se declare que él es propietario de todos los bienes muebles, alhajas, enseres y objetos que se encuentran dentro de la vivienda, cuya usufructuaria es la demandada. A su vez, solicita que se realice inventario y tasación de estos muebles, se preste fianza por los

que todavía se están usufructuando y se le pague el valor de los bienes muebles vendidos.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial revoca en parte la sentencia, en el sentido de que el actor es nudo propietario de los citados bienes muebles de la vivienda. La demandada interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. (*S. E. M.*)

69. Renuncia de derechos: renuncia de la viuda a sus derechos en la sociedad de gananciales: alcance limitado a bienes inmuebles y no a dinero. Interpretación de los negocios en función de los actos coetáneos y posteriores de las otorgantes de la escritura en que tal renuncia se manifiesta.—La hoy recurrente insiste en el planteamiento básico que formuló en su contestación a la reconvencción del primero de los procesos: que la renuncia de la viuda a su mitad de gananciales tenía que extenderse también al dinero. Y lo hace afirmando que la viuda, concedora de las cuentas bancarias de su fallecido esposo, las ocultó intencionadamente, quedando entonces atrapada por su propia ocultación. La respuesta casacional pasa por destacar que tal interpretación es insostenible por las propias alegaciones de la hoy recurrente, a lo largo del litigio. Si es ella misma la que, en su tercera demanda, admite que negoció con la viuda de su padre, para liquidar las cuentas bancarias y que había entre ambas un «pacto tácito» sobre el dinero; si la propia recurrente se quejaba de sufrir presiones psicológicas ejercidas por la viuda de su padre al haber logrado el reintegro de la imposición a plazo fijo; si, en su primera demanda se limitó a pedir la mitad del principal e intereses de tal imposición, reconocimiento implícito y patente de que no creía tener derecho a la otra mitad del capital y de que tampoco la viuda era mera usufructuaria de la totalidad del capital, sino cotitular de la imposición; si la explicación de ese proceder, como inicialmente respetuoso de ese pacto tácito con la viuda, es difícilmente asimilable desde el momento en que tal pacto habría consistido, según aclaraciones en el propio acto de la vista del recurso casacional, en una reproducción de lo acordado en la escritura de manifestación y aceptación de herencia (capital íntegro para la hija e intereses para la viuda); si la ocultación maliciosa de cuentas queda rotundamente desmentida por la apertura de cuentas con dinero procedente de la sociedad de gananciales casi un año después de muerto el causante e incluso de haberse otorgada la escritura; y si, en fin, en la misma escritura, la viuda llegó a venderle a la hija de su fallecido esposo una finca privativa de la primera, entonces lo que se patentiza es que ninguna de las dos otorgantes, concedoras por igual de la existencia del dinero ganancial, quisieron incluirlo en el ámbito de lo acordado, ni, por tanto, tampoco, en el ámbito de la renuncia. (**STS de 30 de mayo de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—En la primera demanda, presentada el 28 de septiembre de 1994, la hoy recurrente pedía la mitad del capital y los intereses de una imposición a plazo fijo titulada indistintamente a favor de actora y demandada el 17 de abril de 1991, casi un año después de fallecido el padre de la actora y esposo de la demandada (9 de mayo de 1990), siendo el fundamento de la pretensión la solidaridad activa de las depositantes o imponentes frente a la entidad bancaria, ya que con anterioridad la demandada había promovido

un pleito contra dicha entidad pidiendo el reintegro de la totalidad del capital. La demandada se opuso admitiendo que la actora tenía derecho a la mitad del capital e intereses, pero no a la cantidad solicitada, porque, valiéndose ésta de su firma autorizada, había retirado una importante cantidad que había que sumar a otra más que la propia demandada ya había transferido a la actora a cuenta de los intereses. Además, en reconvencción, solicitaba la mitad del capital e intereses de una «cuenta única», abierta conjuntamente con la actora en otra entidad bancaria, alegando que el dinero provenía de la sociedad de gananciales que había regido el matrimonio con su difunto esposo y que la actora, hija de éste, no se avenía a firmar para repartirlo por mitad, de suerte que acababa pidiendo una declaración de que el capital e intereses de la imposición a plazo fijo y de la cuenta única habían de repartirse por mitad pero imputando a la actora-recorrida tanto la cantidad de la que había dispuesto como la suma que la demandada-reconviniente le había transferido. Finalmente la actora reconvenida contestó a la reconvencción negando radicalmente la copropiedad de las litigantes sobre el dinero, porque su padre había otorgado testamento instituyéndola heredera única y legando a la demandada el usufructo vitalicio de la totalidad de la herencia. Se mencionaba por vez primera una escritura pública de manifestación y adjudicación de herencia y compraventa, otorgada conjuntamente por actora y demandada, el 23 de junio de 1990, por la que se inventariaban como bienes de la herencia varios inmuebles, se manifestaban no existir bienes gananciales del primer matrimonio del testador, se reseñaba el carácter ganancial, respecto al segundo matrimonio, de una de las fincas y se declaraba la pertenencia del resto a la hija del testador como heredera y se computaba por mitad el valor de la primera, para, finalmente, renunciar pura y simplemente la viuda a todos cuantos derechos le correspondieran en su disuelta sociedad conyugal, pero aceptando el usufructo vitalicio de todas y cada una de las fincas descritas en el inventario (tanto las privativas de su esposo como la ganancial).

En la segunda demanda, presentada el 24 de noviembre de 1994, se reclamaba una cantidad «en concepto de todo lo que la demandada ha ido obteniendo y adquiriendo para sí de la disuelta sociedad conyugal, tras el fallecimiento de su esposo y padre de mi representada», así como los intereses que se habrían devengado desde el 11 de abril de 1991, todo ello a partir de otra cuenta bancaria diferente de las mencionadas hasta entonces y de la que habría sido titular el padre de la actora, aduciéndose como fundamentos de tal petición el testamento, la ya mencionada escritura de manifestación y adjudicación de herencia y la ocultación por la demandada de las cuentas de su fallecido esposo.

Por último, en la tercera demanda, presentada el 20 de abril de 1995, fallecida ya la demandada de los otros dos procesos y dirigida por tanto contra sus herederos, se reclamaba la otra mitad del principal de la imposición a plazo fijo objeto de la primera demanda, alegando la demandante que en su primera demanda había preferido fundarse en el principio de solidaridad activa pero que, dada la mala fe de la demandada al reconvenir, se fundaba ahora en el testamento de su padre para, así, reclamar la totalidad del capital;

que la viuda no había cumplido con la obligación de hacer inventario que como usufructuaria le incumbía; que al reclamar en su reconvencción el saldo de la «cuenta única» había roto un «pacto tácito» de respetar el *status quo*, razón por la cual pedía también una indemnización; que efectivamente hubo negociaciones entre ella y la viuda de su padre para repartir el dinero, pero nunca por mitad; que había tenido que soportar la «presión psicológica» de la viuda al haber dispuesto ésta de la cantidad depositada a plazo fijo y, en fin, que el pacto «tácito» no respetado por ésta consistía en su propia renuncia.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente tanto las demandas segunda y tercera, como la reconvencción del primero de los procesos. Interpuesto recurso de apelación por la actora, la Audiencia Provincial lo estimó únicamente en cuanto a que una parte del dinero que en la contestación a la primera demanda se decía indebidamente dispuesto por la actora, lo había recibido ésta de la demandada a título de liberalidad y por tanto no debía computarse en su contra. La actora apelante ha interpuesto recurso de casación contra esta sentencia de segunda instancia. (S. M. S.)

DERECHO MERCANTIL

70. Competencia desleal: intereses protegidos.—El artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal, veda los actos que generan e inducen a confusión con la empresa, actividades, productos, ... competidores, así como cuando se hace un uso injustificado de los mismos, mientras que el artículo 12 trata de proteger, no sólo el mercado, sino al competidor que ha logrado reputación industrial, comercial o profesional, y tipifica como desleal cualquier comportamiento adecuado para producir como resultado el aprovechamiento de las ventajas que la misma proporciona. Estamos, ante el aprovechamiento indebido en beneficio de la demandada de la reputación industrial, comercial y profesional conseguido con estos aparatos tanto en los mercados nacionales como internacionales, con independencia de que pueda o no resultar idónea para generar la asociación por parte de los consumidores.

Competencia desleal. Copia contraria a la buena fe.—La copia realizada después de haber sido distribuidora oficial del producto, aprovechándose indebidamente, en beneficio propio, de las ventajas de la reputación y crédito comercial alcanzado por este aparato, reputación y crédito conocido y utilizado por la demandada precisamente por haber sido distribuidora oficial del producto se califica de contraria a la buena fe, en los términos de los artículos 5 y 12 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal.

Competencia desleal. Imitación: riesgo de confusión.—La imitación asocia el posible riesgo de confusión, desde la idea de que los destinatarios del producto no conocen su verdadero origen o gozan de los conocimientos, experiencias y medios aptos e idóneos para la identificación de procedencia y características singulares, tanto respecto a los productos creados por las actoras como respecto a los productos copiados por la demandada y de que la comercialización llevada a cabo por ésta ha de ser considerada idónea en los términos del artículo 6 de la misma Ley de Competencia Desleal, comportan-

do el riesgo de asociación y el aprovechamiento indebido de la reputación ajena, producido en el mercado.

Competencia desleal. Acción resarcitoria y publicación de sentencia.—La acción resarcitoria de los daños y perjuicios ocasionados por el acto exige declaración de dolo o culpa por parte de su autor para que pueda condenársele, incluida la publicación de la sentencia, esta última sin necesidad de una previa condena al pago de aquéllos, y su viabilidad requiere la prueba de los daños y perjuicios cuya indemnización se pide y la relación de causalidad entre el acto constitutivo de competencia desleal y aquellos daños y perjuicios.

Propiedad industrial. Patentes: régimen de responsabilidad.—El artículo 64 de la Ley de Patentes a diferencia de lo que establece el artículo 63 («podrá»), otorga al titular de la patente la posibilidad de obtener «en todo caso» la reparación económica por parte de quien fabrica o utiliza el procedimiento patentado sin consentimiento de su titular. Se trata de una responsabilidad objetiva, que se alinea a la doctrina sobre la estimación de daños y perjuicios inherentes, sin necesidad de prueba directa de los mismos en cuanto de los hechos demostrados o reconocidos por las partes se deduzca necesaria y fatalmente de los mismos como reales y efectivos.

Propiedad industrial. Patentes: determinación del perjuicio.—Es perfectamente posible deducir el perjuicio originado teniendo en cuenta que las ventas efectuadas repercuten en principio de forma negativa en las ventas del titular de la patente y de quien la explota, y su estimación responde a idénticos criterios de lógica expresados en el artículo 66 de la Ley, en cuanto se concretan a una suma equivalente al precio que hubiera debido pagar por la concesión de una licencia de explotación que le hubiera permitido llevar a cabo la utilización del objeto de la patente, hasta que el cese en la explotación ilícita del producto. (STJ de 30 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Las entidades mercantiles *T.-O.-M. AB, E. M. I. GM-BH* y *E., S. A.*, interpusieron demanda contra *O., S. A.* solicitando se condenase a la demandada por violación del derecho exclusivo de *T.-O.-M. AB* sobre dicha patente así como infracción de la Ley de Competencia Desleal. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Madrid, dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 14.^a de la Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

71. Propiedad industrial. Marca registrada: control jurisdiccional.—No es admisible enfrentar una sentencia con la resolución de la Oficina Española de Patentes y Marcas que dio lugar al registro de su marca, ello supondría privar a los órganos jurisdiccionales de examinar la corrección y ajuste de los registros concedidos a las normas de la Ley de Marcas relativas a las prohibiciones de registro.

Propiedad industrial. Marca. Derecho de exclusiva: aspecto positivo.—El artículo 30 de la Ley de Marcas de 1988 confiere al titular registral el derecho exclusivo de utilizarla en el tráfico económico. Este derecho subjetivo de exclusiva utilización de la marca presenta un aspecto positivo y otro negativo; el aspecto positivo implica que el titular de la marca dispone, en

exclusiva, de las tres facultades siguientes: *a*) facultad de aplicar la marca al producto, *b*) facultad de poner en el comercio o de introducir en el mercado productos o servicios diferenciados mediante la marca y *c*) facultad de emplear la marca en la publicidad concerniente a los productos o servicios diferenciados a través de la marca.

Propiedad industrial. Marca. Derecho de exclusiva: aspecto negativo.—El aspecto negativo consiste en la facultad de prohibir a los terceros que usen de su marca, prohibición que se extiende tanto a los signos iguales como a los confundibles y comprende tanto a los productos o servicios idénticos como a los similares.

Propiedad industrial. Marca. Prohibición de registro: riesgo de confusión.—El artículo 12.1.a) de la Ley de Marcas 1988 prohíbe el registro de signos o marcas que por su identidad o semejanza fonética, gráfica o conceptual con una marca anteriormente solicitada o registrada para designar productos o servicios idénticos o similares puedan inducir a confusión en el mercado o generar un riesgo de asociación con la marca anterior. Se da riesgo de confusión en sentido estricto cuando se da lugar a la errónea creencia de que las prestaciones proceden de la misma empresa, y en sentido amplio cuando se supone equivocadamente que el producto procede de empresas que son diferentes pero pertenecen a una misma estructura u organización global.

Propiedad industrial. Marca. Prohibición de registro: determinación de la semejanza.—Al no establecer la Ley reglas precisas y concretas en orden a las denominaciones semejantes, en materia de marcas, ha de ser el Tribunal el que ha de fijar en cada caso su criterio mediante el estudio analítico y comparativo en la instancia que ha de respetarse mientras no se demuestre que sus decisiones son contrarias al buen sentido, doctrina que es aplicable cualquiera que sea la clase de las marcas enfrentadas, no sólo a las denominativas. (STS de 7 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil de nacionalidad francesa *C., S. A.*, interpuso demanda contra *B., S. L.*, solicitando se dictase sentencia que reconozca la titularidad de la actora de la marca internacional gráfica en cuestión y se condene a la demandada por lesionar los derechos de marca. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Valencia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia desestimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

72. Propiedad industrial. Marca: sistema español (Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, derogada por la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas).—La Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, adoptó, en cuanto al nacimiento del derecho sobre la marca española, un sistema mixto, pues, por un lado, estableció en el artículo 3.1 que el mismo se adquiere por el registro válidamente efectuado y, por otro (al margen de contemplar situaciones transitorias en la disposición tercera de esa clase), a fin de evitar los inconvenientes de un cambio radical tras la derogación de las normas correspondientes del Estatuto de la Propiedad industrial, concedió una protección limitada o parcial a determinadas situaciones carentes de reflejo registral (arts. 3, apartados segundo y tercero, y 14, este último en

relación con el 6 septies del Convenio de la Unión de París, de 20 de marzo de 1883), como excepción al régimen general de inscripción constitutiva.

Propiedad industrial. Marca: marca notoria (Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, derogada por la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas).—El artículo 3.2 de la Ley 32/1988, de Marcas, legitimó al usuario de la marca notoriamente conocida en España para rectificar el registro, mediante el ejercicio, en determinado plazo, de una acción de nulidad de marca registrada posteriormente, en caso de riesgo de confusión y dentro del principio de especialidad.

Propiedad industrial. Marca notoria: acción de nulidad (Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, derogada por la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas).—Para que la acción de nulidad pudiese triunfar, era preciso, entre otros requisitos, que quien pretendiese la anulación del registro confundible fuera usuario de una marca anterior y que la misma fuera notoriamente conocida, en España, por los sectores interesados.

Propiedad industrial. Marca notoria: conflicto entre uso previo y registro posterior. (Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, derogada por la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas).—El artículo 3.2 de la Ley 32/1988 resuelve el conflicto entre un uso previo y un registro posterior de la misma marca, dando por supuesto que quien usa es persona distinta de quien después registra. Y, también, que los sujetos de esa situación son dos personas en cada una de las que concurre, exclusivamente, la condición de usuario y la de titular registral, respectivamente.

Propiedad industrial. Marca notoria: uso anterior a su concesión: comparación. (Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, derogada por la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas).—Cuando el titular registral de la marca también la hubiera utilizado antes de su concesión, su uso debe entrar en comparación con el de quien ejercita la acción de nulidad, de conformidad con la regla *prior tempore potior iure*, ya que, de ser el primero anterior en el tiempo o coetáneo, no estaría justificada la protección de un poseedor que, al ser posterior, resultaría de peor condición que aquel que va a ser sacrificado. (STS de 11 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *L., S. L.*, interpuso demanda contra *G. Z. Ediciones, S. L.* y doña *G. Z. A.* solicitando se declarase la violación del derecho de la marca «El Periódico de las comarcas Mineras» del que era titular la actora. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

73. Sociedad anónima. Alcance del anuncio de convocatoria de junta general: interpretación del artículo 97.2 de la LSA de 1989.—Este artículo de la Ley de Sociedades Anónimas. responde a la necesidad de permitir a los socios el conocimiento de que la junta general se va a reunir para tratar determinados asuntos, pues sólo una previa noticia de éstos les permitirá decidir fundadamente sobre la conveniencia de asistir, sobre la necesidad de obtener más información y, finalmente, sobre el sentido del voto (STS de 17 de mayo de 1995).

Orden del día de la Junta General: límites a la posibilidad de modificación.—El orden del día constituye un instrumento de información. Pero no, necesariamente, una especie de propuesta u oferta de acuerdo que no deje nunca otra alternativa que la aceptación o el rechazo, sin posibilidad de modificación alguna.

La acción social contra los administrados: relación con el orden del día de la junta general que lo acuerde.—El acuerdo referido al ejercicio de la acción social contra los administradores, no exige previa constancia en el orden del día (art. 134.1 LSA 1989).

Efectos de la anulación de acuerdos de aprobación de cuentas anuales sobre las cuentas correspondientes a los ejercicios siguientes.—La anulación de los mismos no implica la anulación de los acuerdos de aprobación de cuentas anuales correspondientes a los ejercicios siguientes (SSTS de 21 de febrero de 1973, 14 de marzo de 1980 y 29 de noviembre de 1983). (STS de 12 de julio de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Dos de los socios de una sociedad anónima impugnaron los acuerdos adoptados por la junta general de la misma al entender que dos de los asuntos objeto de los acuerdos adoptados, no fueron mencionados en la convocatoria. Tanto el Juzgado como la Audiencia desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo admite el recurso de casación al no haber coincidencia entre el orden del día y el acuerdo adoptado, y no ser respetado el límite objetivo que a la deliberación y votación impone el contenido de la convocatoria, ya que este contenido fue desconocido por la mayoría en la junta general al tomar los acuerdos primero y segundo del orden del día, con la aprobación de unas cuentas que no eran las que habían sido identificadas en el orden del día. (*I. D. L.*)

74. Sociedades Anónimas. Cuentas anuales: impugnación por los accionistas.—La facultad de impugnación de los acuerdos sociales anulables por parte del accionista asistente a la junta, que hubiese hecho constar en acta su oposición por entender que se ha conculcado su derecho de información previo cuando se trata de la aprobación de las cuentas sociales (arts. 115.1, 117.2 y 212 TRLSA), nace precisamente del hecho de que tal aprobación, que se somete a la consideración de la junta, viene como consecuencia de una convocatoria y de un orden del día al que no se puede oponer, de modo que frente a la posición mayoritaria expresada en la aprobación de las cuentas, que considera improcedente, no queda al socio otra alternativa que la impugnación judicial del acuerdo sobre el que no pudo votar con suficiente conocimiento por falta de información.

Sociedades Anónimas. Junta Universal: información anticipada.—Estando presente todo el capital social, los asistentes aceptan por unanimidad la celebración de la junta y los asuntos a tratar, lo que ha de hacerse constar en el acta que al efecto se levante (art. 97.4.^a del Reglamento de Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, entonces vigente), debiendo entenderse que si todos los socios asumen voluntariamente la celebración de esa junta es porque nada tienen que objetar respecto al cumplimiento por parte de los administradores de cualquier requisito previo a la misma y, en concreto, en relación con la prestación de información anticipada en los términos del artículo 212.2 TRLSA (sea porque se consideren

suficientemente informados o porque se conforman con el examen documental que puedan llevar a cabo en la misma junta), ya que si el socio no ha recibido esa información anticipada, o se muestra disconforme con la misma, es suficiente con que se oponga a la celebración de la «junta universal», forzando la convocatoria en forma de una junta general.

Sociedades Anónimas. Junta General. Derecho de información: solicitud verbal.—En cuanto a la información solicitada verbalmente en el acto de la junta por quienes, presentes o representados, impugnan ahora los acuerdos (aprobación de cuentas), ha de concluirse que tal solicitud de información ha de versar precisamente sobre lo necesario para el debate y consideración de tales extremos y precisamente tal información dimana del acceso a la documentación a aprobar, el informe de gestión y el de los auditores de cuentas, documentación que lógicamente habría de estar presente en el momento de la celebración. (STS de 18 de octubre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Doña C. A. J., don A. L. A., don I. L. A., doña M.^a A. L. A., y doña M.^a M. L. A. interpusieron demanda contra *E. de S. M., S. A.*, solicitando se declarase la nulidad de los acuerdos referentes a examen y aprobación de la memoria, balance y cuenta de resultados. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Motril dictó sentencia estimando parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por los actores, la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Granada desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

75. Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores ex artículo 134 LSA: requisitos.—El artículo 134 de la Ley de Sociedades Anónimas contempla la acción social de responsabilidad, de aplicación a las sociedades de responsabilidad limitada, conforme al artículo 11 de la Ley de 25 de julio de 1989, y su ejercicio requiere el presupuesto previo y básico de que los administradores hubieran causado daño a la sociedad por haber llevado a cabo actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o sin la diligencia necesaria con la que deben desempeñar el cargo (art. 133). A su vez resulta preciso que en Junta General se decida el ejercicio de la referida acción.

Sociedades anónimas. Administradores: rendición de cuentas anteriores a liquidación.—El administrador en ningún momento queda liberado de dar rendición de las cuentas anteriores a la apertura de la liquidación y así lo disponen los artículos 171 y 172 LSA, en relación al artículo 34 y concordantes del Código de comercio, y artículos 13 y 26 LSRL. La rendición de cuentas y gestión administradora se integra en el área competencial propia de los administradores sociales válidamente nombrados, tratándose de funciones de las que son exclusivos depositarios e inherentes al cargo, siendo actividad de su propia iniciativa por acatamiento de lo dispuesto en la Ley, de la que no les exonera y menos puede justificar el que la sociedad no hubiera exigido la referida rendición como tampoco el hecho posterior de entrar en liquidación.

Sociedades anónimas. Administrador de hecho: prueba.—La figura del administrador de hecho, que actúa como verdadero gestor social, requiere para poder apreciar esta situación irregular y oculta, a efectos de establecer las consecuentes responsabilidades en aras de los principios de la buena fe mercantil o de protección de las apariencias, la necesaria prueba, si bien es

cierto que la directa en la mayoría de los casos resultará imposible, por lo que el camino procesal mas apto es la prueba indiciaria. (STS de 24 de noviembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *M., S. L.* interpuso demanda contra don N. M. C. solicitando se condenase al demandado a rendir cuentas de su gestión como administrador de los bienes de la sociedad actora, y a entregar a la sociedad la totalidad de los bienes. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Motril estimó parcialmente la demanda. Recurrída en apelación, la Audiencia Provincial de Granada resolvió desestimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

76. Sociedad Anónima. Responsabilidad de los administradores ex artículo 262.5 LSA: fundamento y requisitos.—La condena de los administradores no deriva, en tal caso, de la obligación de indemnizar un daño, fundada en su falta de diligencia, sino una sanción de responsabilidad solidaria por deudas u obligaciones de la sociedad fundada en el incumplimiento de unos deberes muy específicos; en este otro tipo de responsabilidad la negligencia de los administradores no es distinta de la que contemplan los propios preceptos que la establecen, no tiene por qué haber una relación de causalidad entre el incumplimiento de sus obligaciones por el administrador y el daño al acreedor social y tampoco el demandante ha de probar la culpa del administrador demandado, pues para el éxito de la acción fundada en el artículo 262.5 no es necesario que concurran los supuestos de la culpa.

Sociedad Anónima. Responsabilidad de los administradores ex artículo 262.5: aplicación a las deudas anteriores al 30 de junio de 1992.—La finalidad de tal responsabilidad punitiva debe contemplarse desde la perspectiva del favorecimiento de la seguridad del tráfico y el desencadenamiento de la sanción no precisa de la existencia de un daño, siendo suficiente para que se dé origen a dicha responsabilidad de los administradores la falta de adaptación de los estatutos a lo previsto en la Ley de 1989. Tal responsabilidad nace el 30 de junio de 1992, tope o fecha final para la necesaria adaptación de los estatutos a la nueva normativa societaria y el ámbito objetivo está constituido por las deudas sociales, comprendiendo, tanto las anteriores como las posteriores a esa fecha. Ello es así, no sólo porque donde la Ley no distingue, no debe distinguir el intérprete, sino porque la finalidad del precepto está dirigida a forzar y compeler al cumplimiento de tal obligación legal y evita hacer de peor condición a los acreedores más antiguos y, finalmente, porque el texto legal no hace limitación alguna, extendiéndose por ello a toda clase de deudas sociales subsistentes, sin atender al momento de su generación, ni al órgano actuante en nombre de la sociedad. De esta forma la responsabilidad de los administradores se extiende a la totalidad de las obligaciones pendientes de la sociedad. (STS de 7 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *M. Q. L., S. L.*, interpuso demanda contra don J. J. F. doña M. C. S. L. y don J. J. L. L. A. solicitando se declare la responsabilidad solidaria de los administradores en el cumplimiento de la obligación de pago por infracción del artículo 262.5 LSA. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrída en apela-

ción la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

77. Obligaciones solidarias. Interpretación jurisprudencial del artículo 1137 CC en relación con las obligaciones mercantiles.—La rígida norma del artículo 1137 CC ha sido objeto de una interpretación correctora por parte del Tribunal Supremo, y muy especialmente en relación con las obligaciones mercantiles en las que, debido a la necesidad de ofrecer garantías a los acreedores, se ha llegado a proclamar el carácter solidario de las mismas, sobre todo cuando se busca y se produce un resultado conjunto (SSTS de 27 de julio de 2000 y 19 de abril de 2001). Ello está de acuerdo con el denominado «acervo comercial de la Unión Europea», en la que el artículo 10:102 de los Principios del Derecho europeo de contratos recoge el espíritu de la solidaridad cuando hay varios deudores obligados, principio tradicionalmente aplicado por este Tribunal cuando se trata de obligaciones mercantiles (STS de 27 de octubre de 1999).

Contrato de avituallamiento de buque. Responsabilidad solidaria de fletador y naviero por las deudas contraídas en el avituallamiento del buque.—En el presente caso, la solidaridad entre el propietario de la nave aprovisionada y la compañía fletadora por el pago del combustible resulta de la misma naturaleza de las relaciones entre ambas, que pueden configurarse como una comunidad jurídica de objetivos y todo ello sin perjuicio de las reclamaciones entre las obligadas solidariamente al pago. El artículo 586 CCO establece la responsabilidad del propietario del buque del naviero por los actos del capitán destinados al avituallamiento de la nave, y por ello resulta coherente la consideración como solidaria de esta obligación frente al acreedor.

Transporte marítimo. Funciones del capitán del buque. Representación del naviero.—Es cierto que el Código de comercio aun está construyendo las relaciones entre capitán y propietario del buque sobre una base fáctica que en la moderna navegación ha dejado de producirse. Pero dicho esto, hay que recordar que entre las funciones del capitán está la de ser el representante del naviero y entre las facultades que se le otorgan por la ley, se encuentran las de «reparar, habilitar y avituallar el buque» (arts. 588, 610.5 y 620.2 CCO). Cuando el capitán actúe dentro de la esfera legal de sus facultades —y el avituallamiento del buque lo está—, nacerá el crédito frente al naviero. En definitiva, el artículo 586 CCO hace responsables al propietario del buque y al naviero de los actos del capitán destinados a avituallar la nave, y de acuerdo, por tanto, con estos principios, hay que declarar que cuando el capitán firmó los documentos relativos al avituallamiento del buque estaba actuando en su cualidad de representante del naviero, por lo que su actuación obligó a la propietaria del buque por el suministro de combustible y la convirtió en responsable; debiéndose constatar que la aceptación del aprovisionamiento puede inferirse del silencio de la propia naviera propietaria del buque y ahora recurrente, que no se opuso en ningún momento a ello. Otra cosa distinta son las acciones que la propia naviera tenga contra la fletadora en virtud del contrato de flete, lo que no afecta a los terceros acreedores. (**STS de 27 de octubre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La compañía petrolera *R. P., S. A.*, había aprovisionado al buque *R. G.* con diversas partidas de fuel-oil. El impago de

este aprovisionamiento había motivado el embargo preventivo del buque mientras se encontraba atracado en el puerto de Valencia. La citada petrolera demandó a las entidades *C. N. L. B.* y *C. A. L. I.*, por considerar que en sus cualidades de propietaria y fletadora, respectivamente, respondían solidariamente por el pago del suministro efectuado. El contrato se había concluido directamente con la compañía fletadora, que no compareció en juicio. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó solidariamente a las demandadas. La Audiencia Provincial de Valencia desestimó el recurso de apelación de la mercantil *C. N. L. B.* El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por la demandada condenada. (*L. A. P. M.*)

78. Transporte aéreo de personas. Responsabilidad del transportista. Dualidad de sistemas. Responsabilidad objetiva y responsabilidad culposa. Diferencias.—La Ley de Navegación Aérea prevé dos sistemas de responsabilidad civil para el caso de accidentes sufridos por los pasajeros con ocasión del transporte. Uno, el contemplado en el artículo 120 LNA, en el que se combina una responsabilidad de base objetiva con una limitación cuantitativa de la indemnización; la cual queda excluida en el otro sistema, residenciado en el artículo 121 LNA, de corte culpabilístico, a cambio de exigir una imputación del daño a la transportista o sus dependientes a título de dolo o de culpa grave, y en el que la indemnización a percibir no tiene más límites que el resultante de la petición hecha en juicio y de la entidad de los daños.

Sistema culpabilístico de responsabilidad. Criterios para su determinación. Exigencia de dolo o culpa grave.—El Tribunal calificó las lesiones como causadas por haber incumplido la transportista una prestación accesoria de la principal pactada en el contrato de transporte, cual la de proteger al viajero ante los riesgos evitables que para su integridad física derivasen del vuelo. Calificó el supuesto a la luz de las normas específicas que regulan tal tipo concreto de responsabilidad contractual, exigiendo para poder afirmarla sin límite cuantitativo no cualquier tipo o grado de culpabilidad, sino el dolo, esto es, un incumplimiento intencional, en el sentido de consciente y voluntario, o la culpa grave, esto es, la tradicional culpa lata o grado más intenso de negligencia, en cuanto determinante del incumplimiento, que se entiende provocado por una grosera falta de la diligencia exigible para remover obstáculos previsibles a una correcta o regular ejecución del transporte de personas.

Procedencia de la responsabilidad objetiva cuando en la conducta del transportista no concurre dolo o culpa grave.—No cabe afirmar la concurrencia de dolo o culpa grave, componentes subjetivos del comportamiento de la transportista deudora que no se advierten en su actuación ni en la de sus dependientes. En efecto, la señalización luminosa de la necesidad de abrocharse los cinturones de seguridad y la indicación verbal de las azafatas a los pasajeros de que debían hacerlo (al extremo de sufrir contusiones por anteponer la seguridad de ellos a la propia), ponen de manifiesto un cumplimiento correcto de la accesoria prestación y justifican que la sentencia recurrida haya condenado a las dos demandadas en aplicación del artículo 120 LNA, esto es, por la sola producción del daño pero con límite cuantitativo de responsabilidad.

Condena en costas. No procede la imposición de las ocasionadas a uno de los demandados cuando su intervención en la causación del daño debe ser enjuiciada, aunque luego aquél resulte absuelto.—La demanda se dirigió contra el dependiente de la transportista para que su comportamiento como persona a cuyo mando se encontraba la aeronave pudiera ser enjuiciado con intervención, en la posición de parte, de su autor y ello debió ser valorado como factor excepcional a los efectos de no imponer a la actora las costas de este demandado absuelto. (STS de 22 de septiembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Cuando la aeronave perteneciente a la compañía *I. L. A. E., S. A.*, cubría el vuelo de Las Palmas a Barcelona, debido al mal tiempo, que incluso había motivado el cambio de ruta inicial, entró en una zona de turbulencias y perdió altura de modo súbito con violenta sacudida, provocando a la actora una serie de lesiones, a cuya producción concurrió como concausa eficiente, el que no llevara abrochado el cinturón de seguridad que debía mantenerla sujeta al asiento en tal especial coyuntura. Los pasajeros fueron avisados de la necesidad de abrocharse los referidos cinturones mediante los letreros luminosos existentes sobre los asientos y por el personal de servicio de la transportista a bordo de la aeronave, que, incluso por recorrerla en ese cometido cuando la sacudida se produjo, sufrió lesiones por las mismas causas. La viajera lesionada, doña *C. N. L.*, demandó tanto a la compañía aérea como al comandante de la nave, don *J. S. G.*, y a la aseguradora de la transportista *C. A. M.* en solicitud de la indemnización de los daños y perjuicios que se determinaran durante el proceso, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 121 de la Ley de Navegación Aérea y del Real Decreto 2333/1983, de 4 de agosto, sobre actualización de la cuantía de las indemnizaciones por daños previstas en la Ley de Navegación Aérea. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial de Madrid, que absolvió al comandante demandado y condenó solidariamente tanto a la compañía aérea como a su aseguradora a abonar a la apelante la cantidad de dos millones de pesetas, al entender que en el caso era aplicable la solución prevista en el artículo 120 de la Ley de Navegación Aérea, con un sistema de responsabilidad distinto al postulado por la demandante. La actora interpuso recurso de casación al considerar infringido el precepto del artículo 121 LNA, así como en contra de la condena al pago de las costas del comandante absuelto. El Tribunal Supremo dio lugar parcialmente al recurso de casación en lo tocante a este último punto.

NOTA.—El Real Decreto 2333/1983, de 4 de agosto, ha sido derogado por el vigente Real Decreto 37/2001, de 19 de enero, por el que se actualiza la cuantía de las indemnizaciones por daños previstas en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea. (*L. A. G. D.*)

79. Fianza mercantil. Exigencia de protesto para justificar el impago: declaración equivalente no admisible.—Cuando resulta evidente que la

literalidad del contrato exigía el levantamiento de protesto notarial para justificar el impago de las letras de cambio frente al fiador. El propio artículo 51 LCCh, al equiparar los efectos cambiarios de la declaración por la que se deniegue el pago, contenida en la propia letra, al levantamiento del protesto, excepciona el supuesto en el que el librador haya exigido expresamente en la letra el levantamiento del protesto notarial y resulta lógico entender que, si así puede hacerlo el librador, también podrá exigirlo el fiador condicionando al cumplimiento de tal requisito el nacimiento de su obligación de garantía.

Fianza mercantil. Régimen supletorio.—Al no contener el Código de comercio una regulación completa del contrato de fianza (arts. 439 a 442) han de ser aplicadas las normas del Código civil (arts. 1822 ss.)

Fianza mercantil. Interpretación restrictiva.—La jurisprudencia ha destacado la necesidad de interpretar restrictivamente la fianza excluyendo toda posibilidad de extensión de la garantía a obligaciones distintas de las comprendidas en la misma, en beneficio del deudor. (STS de 27 de octubre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad financiera *B. P., S. A.*, interpuso demanda contra don J. L. G. solicitando se condenase al demandado en condición de fiador solidario al pago de una suma de dinero por razón del impago de efectos cambiados descontados. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Mondoñedo dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial de Lugo estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

80. Contrato de depósito bancario o cuenta corriente. Pago de cheques falsos o falsificados. Diligencia exigible a la entidad bancaria. Diligencia profesional, superior a la diligencia media de un buen padre de familia. Doctrina jurisprudencial.—En relación con el pago de cheques falsos o falsificados, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha estimado de aplicación la doctrina del riesgo profesional inherente al tráfico bancario de modo que la entidad librada debe sufrir por lo general el daño cuando hace efectivo un cheque cuya firma resulta ser falsa pues «la diligencia exigible al Banco no es la de un buen padre de familia, sino la que corresponde al demandado como Banco, comerciante experto que, normalmente, ejerce funciones de depósito y comisión (SSTS de 15 de julio de 1988 y 9 de febrero de 1998, entre otras)». Y «constituye una muy constante doctrina jurisprudencial en torno a la responsabilidad económica que puede surgir del abono de talones y de cheques falsificados, la de proyectar ésta sobre los bancos que los hubiesen satisfecho, actuando negligentemente o por error, y aun cuando hubiesen sido de buena fe» (STS de 1 de marzo de 1994).

Exclusión de la responsabilidad del Banco por el pago de cheques falsos o falsificados cuando en la producción del daño ha sido determinante la negligencia del titular de la cuenta.—La imputación general de responsabilidad a la entidad bancaria ha de ceder por la necesaria aplicación del artículo 156 LCCh, cuando se acredita la negligencia del titular de la cuenta en la custodia del talonario de cheques o cualquier otra forma de actuación culposa. En el presente caso, pese a que el administrador de la actora tuvo conocimiento directo, por información suministrada personalmente por la interventora de la sucursal bancaria, de que alguien había hecho

uso de documentos que aparecían firmados por dicho administrador y había retirado un talonario de cheques, omitió cualquier medida apropiada para eliminar la posibilidad de fraude, que habría sido efectiva en ese mismo momento. Al no hacerlo así incurrió en culpa determinante de lo posteriormente acontecido, sin que quepa atribuirle a la entidad bancaria que después procedió al pago de los cheques extendidos con una firma cuya similitud con la autorizada del administrador resultaba evidente, de modo que la falsificación no podía detectarse mediante la aplicación de los medios normales de comprobación propios del tráfico jurídico bancario.

Presunción de inocencia. Aplicación en el ámbito civil. Doctrina jurisprudencial.—En general, la aplicación de la presunción de inocencia tiene un ámbito propio en el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, como han declarado coincidentemente el Tribunal Constitucional y el propio Tribunal Supremo, excluyendo la aplicabilidad de la presunción de inocencia «a los supuestos de mera imposición de responsabilidad civil en los que sólo se dilucida la imputación al responsable de un hecho productor o fuente de una obligación patrimonial de resarcimiento de daños y perjuicios derivada de un ilícito civil» (SSTC 72/1991, de 8 de abril, 367/1993, de 13 de diciembre y 59/1996, de 15 de abril), o «en los procesos civiles sobre culpa contractual» (STS de 21 de febrero de 2002, y las que cita), aunque excepcionalmente puedan existir «supuestos fronterizos en el caso de resoluciones limitativas de derechos o de sanciones civiles en sentido amplio y no técnico» (STC 13/1982, de 1 de abril, y STS de 8 de marzo de 2002). (STS de 22 de septiembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil actora *C. D. E. O., S. A.*, abrió una cuenta corriente en la entidad *B. B. V. A., S. A.*, en el que aparecía como mandatario autorizado para disponer, entre otros, el señor *S. L.*, el cual venía efectuando disposiciones mediante la firma de cheques. Solicitados al Banco una serie de talonarios, se personó en la sucursal una persona que, afirmando actuar en nombre de la actora y presentando una carta extendida en el modelo y con el membrete propio de la titular de la cuenta y firmada en apariencia por el señor *S. L.*, interesó la entrega de uno de los talonarios; a lo que accedió el Banco. Dos semanas después el señor *S. L.* se presentó en la misma oficina, interesándose por la entrega de los talonarios y siendo informado de lo acontecido, con exhibición de la carta en la que presuntamente figuraba su firma; y sin que el señor *S. L.* instara la anulación del talonario ya retirado, ni procediera a formular denuncia penal, limitándose a pedir la entrega de los restantes talonarios. Pocos días después se cobraron diversos importes con cargo a la cuenta de la actora y contra la emisión de cheques pertenecientes al talonario inicialmente retirado. En dichos cheques figuraba una firma que presentaba clara similitud con la del señor *S. L.* informado el mismo de esta eventualidad, el señor *S. L.* tardó varios días aún en presentar denuncia por falsedad en la Comisaría de Policía. La actora demanda a la entidad bancaria por considerar que incurrió en responsabilidad por el pago de cheques falso en los términos establecidos en el artículo 156 de la Ley 19/1985, Cambiaria y del Cheque. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Esta sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid al resolver el recurso de ape-

lación planteado por la actora. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

81. Seguro de accidentes. Seguro de ocupantes: diferencias con el seguro de responsabilidad civil.—El seguro de ocupantes obedece a una finalidad y principios distintos de los que rigen el seguro de responsabilidad civil. Así, ocurrido el evento asegurado, la entidad aseguradora de ocupantes viene obligada al pago de la indemnización pactada sin que tal obligación dependa de una previa declaración de responsabilidad del tomador del seguro, como ocurre en los seguros de responsabilidad civil (STS de 27 de julio de 1996). Por tanto, el seguro de ocupantes se presenta con plena sustantividad e independencia de cualquier otra modalidad de seguro y en particular del seguro de responsabilidad civil, pues al concertarse expresamente en la póliza ya se viene a establecer y reconocer su independencia, autonomía y propia naturaleza.

Cuando la oposición de la aseguradora se presenta justificada, no procede el interés del 20 por 100 que autoriza el artículo 20 de la LCS.—El interés del 20 por 100 que establece el artículo 20 LCS no procede cuando nos encontramos ante un supuesto en que la oposición de la aseguradora se presenta justificada y era preciso la decisión judicial para determinar si efectivamente el accidente estaba incluido en la cobertura de la póliza (SSTS de 3 de abril de 1992, 11 de mayo de 1994 y 22 de septiembre de 1996, entre otras). (**STS de 30 de septiembre de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—El conductor y único ocupante de un automóvil fallece tras colisionar contra un árbol al derraparle el vehículo y perder el control del mismo. Sus hijos, como herederos, demandan a la compañía aseguradora. En la póliza figuraba como tomadora y asegurada la propietaria del automóvil siniestrado. La póliza cubría las garantías de responsabilidad civil obligatoria y voluntaria, defensa jurídica, asistencia en viaje y, además, incluía un seguro de accidente de ocupantes con referencia precisa al conductor que lo fuera del vehículo con un capital asegurado de siete millones de pesetas. El Juzgado desestima la demanda y la Audiencia confirma el pronunciamiento de primera instancia. El Tribunal Supremo da lugar a la casación y condena a la aseguradora a abonar a los actores la cantidad de siete millones de pesetas, más los intereses del artículo 921 LEC 1881. (*I. D. L.*)

82. Quiebra. Capacidad del quebrado.—La inhabilitación en que se encuentra el quebrado para la administración de sus bienes (art. 878.1 CCO) y que, desde luego, le priva de capacidad para comparecer en juicio con relación a dichos bienes, no le incapacita, sin embargo, para poder ser sujeto pasivo, destinatario o receptor de una demanda dirigida contra el mismo, cuya recepción (a través del correspondiente emplazamiento que se tenga) forzosa y normalmente debe ser conocida por los Síndicos, por la comunicación que de ello habrá de hacerles al quebrado o, incluso, a virtud de toda la correspondencia del mismo (art. 1044-6.º y 1058 CCO de 1829), ante cuyo conocimiento serán los referidos Síndicos los que habrán de suplir la expre-

sada incapacidad de obrar procesal de aquél. (STS de 11 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don F. P. L., don A. H. S. y don M. B. H. en su condición de síndicos de la quiebra necesaria de *P. I. V., S. A.*, formularon demanda contra la *E. H. S. C., S. L.* y el Ministerio de Economía y Hacienda solicitando se declare la nulidad del contrato de compraventa El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

83. Quiebra. Retroacción de los efectos de su declaración.—El término acordado para la retroacción de la quiebra es acertado, conforme al artículo 1024 CCO, pues precisamente la Memoria que se presenta para poder justificar las causas de la insolvencia de la compañía frente a sus acreedores, sitúa como una de las causas decisivas de tal situación, en lo que la misma llama «dramático» incendio, pareciendo claro que los actos de disposición y administración de bienes de dicha Compañía, ante tal situación, son nulos y sería difícil de defender lo contrario. En cualquier caso, el reintegro como consecuencia de la retroacción está hoy regulado en el artículo 71.1 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, por lo que no es tampoco la misma ajena a tal regulación en este momento. Y la póliza de crédito personal concertada ciertamente establece unas garantías de cobro del saldo crediticio, pero no se concede el derecho (ni se pudo hacer) a establecer un privilegio para el banco financiador o prestamista, frente a los demás acreedores, fuera del procedimiento de quiebra, y, en relación a la indemnización del seguro contra el incendio dicho.

Crédito pignoraticio a favor del Banco: no afecta al contrato.—Sobre el crédito pignoraticio o privilegiado, a favor del Banco, en relación al saldo liquidatorio de la póliza, no afecta al contrato, operación mercantil, o acto de disposición de que se trata, pues según la Póliza, tal pignoración se ciñe y concreta sólo en una Letra del Tesoro, de sesenta y tres millones de pesetas, que el acreedor hoy demandado, podrá hacer valer, en su caso, ante la Junta judicial sobre clasificación y prelación de créditos, pero no con la oposición que en este pleito ha efectuado, para defender su actuación al respecto como legítima. (STS de 22 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La Compañía Mercantil, *P.-S., S. A.* es declarada en estado de quiebra, mediante Auto de 8 de junio de 1994, que retrotrae los efectos de la quiebra al 30 de abril de 1993, declarando nulos e ineficaces todos los actos de dominio y administración realizados por la quebrada a partir de esa fecha. El 30 de abril de 1993, la empresa había sufrido un dramático incendio, causa principal de insolvencia de la sociedad, según la memoria presentada por la misma compañía. Los daños fueron peritados en fecha 6 de mayo de 1994, en 127.854.706 pesetas y las existencias perdidas, en 115.678.817 pesetas. En la póliza de seguros concertada se había producido un infraseguro en relación con las existencias del negocio y se aplicó al valor de pérdida una infravaloración proporcional,

del 68,06 por 100. Asimismo, la compañía había concertad, en 23 de julio de 1993, una póliza de crédito personal con el *B. E. C. B., S. A.*, para la atención de tesorería, con un límite de 60.000.000 pesetas y estableciéndose al efecto un contrato de apertura de cuenta corriente hasta dicho límite, siendo el vencimiento el día 23 de enero de 1994. El señor L. prestó aval personal solidario de la deuda que se estableciera en la liquidación de la misma. Y, además, como cláusula adicional, se establece una garantía pignoratícia sobre la letra del Tesoro que se indicaba por un nominal de 63.000.000 pesetas, siendo depositario el Banco. Para efectuar el pago del descubierto producido en dicha cuenta de crédito, a su vencimiento, el representante legal de la compañía, señor L., hizo pago del mismo con la entrega de un cheque por valor de 77.108.504 pesetas, el 9 de febrero de 1994. La sindicatura de la quiebra de *P. S., S. A.*, en representación de la masa de la misma, plantea contra B. una demanda para declarar nula la operación mercantil realizada por don L. y se reintegrarse el capital dispuesto a la masa. El Banco alega que no le afectaba la retroacción de la declaración de quiebra, por ser acreedor de buena fe. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y la Audiencia Provincial desestima el recurso posteriormente interpuesto contra la sentencia de primera instancia. (*S. M. S.*)

DERECHO PROCESAL

84. El error en la apreciación de la prueba en el recurso de casación.—Cuando se vulnera una norma legal que fija un determinado efecto probatorio se produce un error en la valoración de la prueba, puesto que no se reconoce a un medio de prueba aportado la fuerza probatoria que le otorga el ordenamiento o, al contrario, se le otorga un valor que no tiene (entre otras, SSTS de 20 de diciembre de 2000 y 21 de abril de 2005). No obstante, en ningún caso, este error en la valoración tiene por objeto la revisión de la prueba realizada en instancia. En casación no es posible realizar una revisión total de la instancia, pues esto supone incurrir en el vicio casacional consistente en «hacer supuesto de la cuestión», ya que se alegan hechos distintos a los que sirven de base a la argumentación de la sentencia objeto de recurso (SSTS de 12 de junio de 2002, 8 de abril y 15 de mayo de 2005). (**STS de 14 de noviembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Los hermanos S. T. demandan a don A. y don F. S. C. y solicitan que se les declare herederos testamentarios por partes iguales de la mitad de los bienes de don D. S. P.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, porque considera que no se ha probado la titularidad de los bienes, ya que los documentos aportados con posterioridad a la demanda, carecen de valor probatorio. Por el contrario, la Audiencia Provincial considera que esos documentos aportados son básicos y que rige para ellos el principio de libre aportación en el período probatorio, por lo que procede a su análisis y declara que los hermanos S. T. eran

herederos testamentarios por partes iguales de los bienes del causante y que los herederos de don A. S. C. y don F. S. C. son herederos por parte iguales de la otra mitad. Los demandantes interponen recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima. (*S. E. M.*)

85. Tasación de costas. Honorarios de abogado: es correcto minutar el trámite de «instrucción», aunque este trámite sea sustituido por la manifestación de las actuaciones en Secretaría.—No cabe argüir que tal trámite no pueda minutarse, cuando es sustituido por la manifestación de las actuaciones en Secretaría, conforme al artículo 1710.2 LEC 1881. (**STS de 23 de septiembre de 2005**; declara debidos los honorarios impugnados).

HECHOS.—Por sentencia dictada por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, se declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por una entidad mercantil, con imposición a la misma de las costas causadas. La representación legal de la parte recurrida interesó la práctica de la oportuna tasación de costas, con inclusión en la misma de la minuta de los honorarios de su letrado, correspondiente al recurso. Practicada la oportuna tasación, los mismos fueron impugnados por indebidos por la recurrente. El Tribunal Supremo estimó los honorarios reclamados. (*I. D. L.*)