

Sentencias

A cargo de: **Antonio Cabanillas Sánchez**

Colaboran: **Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Cristina GARCÍA GREWE, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Laura ZUMAQUERO GIL.**

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Abuso de derecho: acción ejercitada por la comunidad de propietarios contra uno de ellos, judicialmente desestimada: doctrina jurisprudencial.–La cuestión de la posible responsabilidad civil frente a quien inicia unas acciones judiciales contra otro que, a consecuencia de las mismas, sufre perjuicio, y sin que aquéllas obtengan respuesta judicial estimatoria, unas veces se ha basado en el artículo 1902 CC y otras en el artículo 7.2 CC, bien aisladamente o en conjunción con la invocación del artículo 11.2 LOPJ según el cual los Juzgados y Tribunales han de rechazar fundadamente las pretensiones, incidentes y excepciones que sea manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. La STS de 29 de diciembre de 2004 se pronuncia en el sentido de considerar más adecuada la segunda conforme a las SSTs de 28 de noviembre de 1967, 2 de junio de 1981, 27 de mayo de 1988 y 31 de enero de 1992; esta tesis encuentra su fundamento esencial en el hecho de que la acción u omisión generadora de la culpa aquiliana ha de ser objetivamente ilícita, aunque también en el aspecto subjetivo ha de ir acompañada de la culpa o negligencia de su autor, mientras que en el caso de la iniciación de actuaciones judiciales no cabe hablar de una ilicitud objetiva, si

bien la ilicitud puede venir por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, según dice el artículo 7.2 CC. Esta Sala ha llamado la atención sobre lo delicado de la operación de identificar, en cada caso, los límites del derecho a acceder a los Tribunales, y así la STS de 31 de enero de 1992 declaró que el proceso en sí es ejercicio de un derecho constitucional a la tutela efectiva, que si no siempre ha de producir el éxito de la acción, no permite en modo alguno extraer y generalizar que el fracaso o el abandono de una acción revele el carácter abusivo de un intento de ejercicio, por lo que no toda desestimación de la demanda es prueba por sí misma del actuar negligente ni puede coaccionarse psíquicamente con la amenaza de un pleito de responsabilidad civil a quien cree honestamente tener derechos que ejercitar o defender, para que no acuda a la vía jurisdiccional, pues se violaría el artículo 24 CE. (STS de 21 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—La comunidad de propietarios había demandado a uno de ellos para que se declarase que las obras realizadas en su local y que afectaban a los elementos comunes, se habían llevado a cabo sin el consentimiento unánime de los condueños; pero la demanda fue rechazada en todas las instancias por apreciarse un consentimiento tácito. El demandado reclama ahora cuarenta millones de las antiguas pesetas en concepto de daños y perjuicios, siendo rechazada en ambas instancias y también desestimado el recurso de casación en cuidada sentencia, de la que ha sido ponente Salas Carceller. (G. G. C.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

2. Compraventa de acciones: falta de causa.—La falta de causa constituye uno de los supuestos de la inexistencia negocial, y el artículo 1277 CC presume que existe y es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario, tratándose la apreciación de la existencia o inexistencia de causa en los contratos o la concurrencia de causa falsa de una cuestión de hecho, que deja gran libertad a los Tribunales de instancia para su apreciación, cuya conclusión probatoria ha de ser mantenida invariable a no ser que la misma sea desvirtuada por el medio impugnatorio adecuado.

Prueba de presunciones.—La prueba de presunciones a que se refieren los artículos 1250 y 1253 CC, actualmente derogados por Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, según doctrina constante y reiterada de esta Sala, requiere la acreditación de que entre el hecho demostrado y aquél que se trata de deducir se dé un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, revelando la existencia de un hecho causal entre ambos aspectos, siendo la determinación de ese enlace un juicio de valor reservado en principio a la Sala de instancia cuya deducción debe ser mantenida mientras no se acredite que la misma es arbitraria, absurda o contraria a las reglas del criterio humano. Esto es lo que ocurre en el presente caso, pues consta en los autos:

1.º) Cuando se realizan las ventas, la vendedora no tenía embargadas sus acciones. 2.º) No es cierto que la venta se haga a familiares o empleados sino que se utilizan los servicios de una empresa mediadora alemana, y los compradores nada tienen que ver con aquéllos. 3.º) La venta se hace por persona legítimamente facultada por la empresa propietaria. 4.º) Se confunde, en unos casos, la inexistencia de precio con la falta de pago, y en otros se pagó efectivamente. (**STS de 14 de diciembre de 2005**; ha lugar.)

NOTA.—La actora adquiere mediante subasta pública en 1975, 399 acciones de las 400 de una sociedad inmobiliaria. Se pretende anular las enajenaciones que, con anterioridad a la venta, se habían realizado de diversos inmuebles pertenecientes a aquélla, por supuesta simulación. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, pero la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación. El Tribunal Supremo estima, a su vez, el recurso y considera plenamente válidas las enajenaciones previas que habían alcanzado el medio centenar. La empresa inmobiliaria es alemana y las ventas impugnadas se hacen exclusivamente a ciudadanos de este país. Sólo la actora es de nacionalidad española. (*G. G. C.*)

3. Imposibilidad de conceder intereses moratorios.—El principio de buena fe contractual y de equilibrio de las prestaciones exige reconocer el derecho del demandante a los intereses moratorios aunque la sentencia conceda una menor cuantía de la pedida en la demanda. Sin embargo, si existe una distancia considerable entre la cantidad solicitada y la concedida, no podrán concederse intereses moratorios (FJ 4.º, STS de 30 de noviembre de 2005).

Interpretación de los contratos. Aplicación subsidiaria del artículo 1289 CC.—El artículo 1289 CC referido a la interpretación de los contratos, únicamente entra en juego cuando haya dudas sobre la interpretación de un contrato y éstas no puedan despejarse con las reglas de los artículos 1281 a 1288 CC. (**STS de 30 de noviembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora interpone demanda solicitando la condena a los demandados al abono de 56.838.545 pesetas de principal, 6.838.625 correspondientes al IVA, más los intereses legales devengados desde la fecha de presentación de la demanda. A su vez, la actora manifiesta en la demanda que ya había recibido por parte de uno de los demandados la cantidad de 12.500.000 pesetas de principal más 1.500.000 pesetas de IVA. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a los demandados a abonar a la actora la cantidad de 49.827.170 pesetas, más los intereses legales devengados desde la fecha de interposición judicial. Interpuesto Recurso de Apelación, la Audiencia Provincial absolvió a uno de los demandados por falta de legitimación pasiva y condenó a la entidad mercantil demandada al abono a la parte actora de 16.561.302 pesetas, más el IVA correspondiente, desestimando el resto de los pedimentos de la demanda. Contra dicha Sentencia, se interpuso recurso de casación tanto por la parte actora como por la

mercantil demandada. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los Recursos de Casación interpuestos.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea el problema de la concesión de intereses moratorios en el supuesto de estimación de una menor cuantía dineraria de aquélla que haya sido reclamada en la demanda. La jurisprudencia se ha pronunciado tradicionalmente en el sentido de considerar que no era posible conceder intereses moratorios en los casos en los cuales la cantidad solicitada superaba aquella que había sido concedida (SSTS de 18 de noviembre de 1960 [RJ 1960/3487], 12 de julio de 1984 [RJ 1984/3848], 29 de noviembre de 1985 [RJ 1985/5916], 4 de abril de 1986 [RJ 1986/1793], 27 de mayo de 1987 [RJ 1987/3585], 5 de marzo de 1990 [RJ 1990/1896], entre otras). El Supremo consideraba, a su vez, que los intereses moratorios únicamente resultaban exigibles cuando la prestación principal dineraria es líquida, sin que sea necesario determinar y precisar la deuda. El Tribunal Supremo subordina la concesión de los intereses de demora de una deuda a su liquidez (STS de 19 de junio de 1995 [RJ 1995/5322]). Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial ha experimentado un cambio consolidando un nuevo criterio jurisprudencial. La antigua doctrina jurisprudencial consideraba que, en los casos en los que la cantidad adeudada no es líquida, es decir, cuando para determinarla es preciso una contienda judicial, el abono de intereses sólo procedía desde el instante procesal de firmeza de la sentencia que resuelve dicha contienda judicial. Sin embargo, a partir de la S. de 5 de abril de 1992, el Supremo ha modificado su criterio, atenuando el automatismo del expresado principio, considerando que la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses aunque fuere menor la cantidad concedida de la reclamada, y que se computen desde el momento de la interposición de la demanda (SSTS de 5 de abril de 1992 [RJ 1992/2389], 13 de octubre de 1997 [RJ 1997/7463], 8 de noviembre de 2000 [RJ 2000/9210], 10 de abril de 2001 [RJ 2001/6674], 5 de abril de 2005 [RJ 2005/3588], 15 de abril de 2005 [RJ 2005/3242]). Ello parece lógico ya que podría crearse una situación de enriquecimiento injusto, produciéndose simplemente por obtener el deudor moroso una ganancia indebida, al no obligársele, desde el momento de ser requerido judicialmente, al pago de los frutos civiles e intereses de una cantidad que está obligado a pagar, sea cual sea el montante definitivo de la misma (SSTS de 13 de octubre de 1997 [RJ 1997/7463], 8 de noviembre de 2000 [RJ 2000/9210]). El problema se plantea en aquellos supuestos en los cuales la cantidad reclamada supera con creces la cantidad finalmente concedida. La doctrina jurisprudencial en estos casos, tal y como resuelve el Supremo en la sentencia objeto de anotación, sigue la línea de considerar que procede mantener la pauta seguida por la antigua doctrina jurisprudencial y, por tanto, no conceder intereses moratorios (SSTS de 7 de noviembre de 2001 [RJ 2001/9298], 20 de marzo de 2003 [RJ 2003/2792]).

Por otra parte, resulta necesario distinguir el concepto de intereses moratorios del de intereses procesales. Aunque ambos son propios intereses, su naturaleza y su operatividad son distintas, ya

que, los intereses legales, al ser considerados punitivos y sancionadores, se devengan aun sin haberse formulado petición expresa, pues los concede la propia ley, y se calculan en ejecución de sentencia, no pudiendo el Juzgador de instancia pronunciarse sobre dichos intereses (SSTS de 7 de julio de 1990 [RJ 1990/5783], 18 de marzo de 1993 [RJ 1993/2023], 5 de abril de 1993 [RJ 1993/2787], 25 de enero de 1995 [RJ 1995/166]).

La segunda cuestión de interés que plantea la sentencia objeto de anotación versa sobre la interpretación de los contratos y la aplicación del artículo 1289 CC. Dispone el artículo 1289 que: «*Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquellas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán a favor de la menor transmisión de derechos e intereses*». En consonancia con lo establecido en dicho precepto, es doctrina jurisprudencial reiterada aquella que considera que el precepto citado únicamente será de aplicación cuando existan dudas sobre la interpretación de un contrato y no puedan despejarse con las reglas contenidas en los artículos 1281 a 1288 CC (SSTS de 23 de julio de 1997 [RJ 1997/5808], 16 de julio de 2002 [RJ 2002/6244], entre otras). (L. Z. G.)

4. Carga de la prueba.—Inversión de la carga de la prueba establecida en el artículo 1214 CC y vulneración del precepto (SSTS de 16 de octubre de 2001, 5 de junio y 22 de octubre de 2002), al exigir el juzgador del demandante reconvenido que pruebe la extinción de una obligación de préstamo cuya existencia no ha sido probada por el demandado-reconviniente, que la alega en el juicio. La carga de la prueba recae sobre la parte que alega un hecho sobre el que fundamenta su derecho o, sobre la parte que lo contradice, cuando con ello introduce un hecho distinto en el procedimiento (STS de 2 de diciembre de 2003). Por tanto, la carga de la prueba no recae sobre la parte que simplemente niega el hecho (STS de 7 de febrero de 1981).

Valoración de la prueba de confesión.—Vulneración del artículo 1232 CC al negar valor a la confesión como prueba contra su autor. Para que la confesión haga prueba contra su autor como prueba tasada, debe absolverse una posición, la respuesta debe ser desfavorable para su autor y no deben existir otras pruebas contradictorias que lleven al juzgador a una valoración conjunta en otro sentido (STS de 19 de octubre de 2004).

Inexistencia de la causa de la obligación cuyo incumplimiento se alega.—Infracción del artículo 1261.3º CC en relación con el artículo 1275 CC, al resultar probada la inexistencia de la causa propia de un contrato de préstamo, por tener el ingreso de los importes en la cuenta del demandante-reconvenido una causa distinta. (STS de 2 de diciembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don M. demanda en juicio ordinario de menor cuantía a la sociedad N, S. L. por un importe de 7.485.613 pesetas más los intereses legales y subsidiariamente a don M. J., a doña C., a don C., doña M. y don F. por 1.247.602 pesetas más intereses legales o, en la parte proporcional que corresponda a cada uno de los demandados en caso de que la sociedad pague parcialmente el importe que se reclama. La sociedad N, S. L. formula reconvenición, exigiendo a don M., en cuanto administrador único de la sociedad N. M., S. A., el pago de

20.931.020 pesetas más los intereses legales, como consecuencia de un préstamo impagado. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Torrent dicta sentencia con fecha 23 de octubre 1996, estimando íntegramente la demanda y parcialmente la reconvencción, condenando a don M. al pago a *Noumobel* de 6.500.000 pesetas. Recurrída por las partes en apelación, la Audiencia Provincial de Valencia confirma el 1 de marzo de 1999 íntegramente la sentencia de instancia. Don M. interpone recurso de casación que, en sentencia de 2 de diciembre de 2005, es estimado por el Tribunal Supremo que casa y anula parcialmente las sentencias de primera instancia y apelación en los pronunciamientos referidos a la reconvencción interpuesta por la sociedad *N., S. L.*

NOTA.- Debe tenerse en cuenta que los artículos 1214 CC y 1232 CC han sido derogados por la DD única apartado 2.1.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero. (*C. G. G.*)

5. Interpretación razonable de una cláusula contractual.—*No es tarea propia de la casación, sino de la instancia, la de interpretar el contrato, siempre que sea dentro de lo razonable. Es razonable interpretar que la cláusula en virtud de la cual se prevé la prórroga de un contrato de arrendamiento «por períodos bianuales», se refiera a períodos de dos años, cuando el contrato de arrendamiento inicialmente tiene estipulada una duración de dos años y conforme también a la costumbre contractual y al uso coloquial de la expresión «bianual», aunque este uso no coincida con la definición estricta que aparece en el diccionario de la Real Academia de la Lengua. (STS de 30 de noviembre de 2005; no ha lugar.)*

HECHOS.—En una cláusula, se estipuló la duración inicial de dos años para un contrato de arrendamiento, que se entendería «prorrogado por períodos bianuales» salvo notificación en contrario emitida por cualquiera de las partes en la forma y tiempo pactados. El litigio se centra en la interpretación de la citada cláusula del contrato. La Audiencia Provincial de Madrid anuló la sentencia de primera instancia e hizo una interpretación de la cláusula favorable al arrendador demandante, conforme a la cual se entendía que cada prórroga tendría una duración de dos años. En casación, el Tribunal Supremo acepta como razonable la interpretación realizada por la Audiencia, pero no niega que hubiera sido aceptable interpretar la expresión «bianual» conforme a lo que dispone el diccionario de la Real Academia de la Lengua, esto es, «que ocurre dos veces al año» (interpretación que favorecería a la parte demandada), mientras que «bienal» hubiera sido la expresión ajustada, conforme al citado diccionario, para referirse a lo «que sucede o se repite cada bienio; que dura un bienio».

NOTA.—En el supuesto de hecho concurre una circunstancia que le añade interés, desde el punto de vista de la hermenéutica del contrato, y es que una de las partes contratantes es la Embajada de México en España, que resulta desfavorecida por una interpretación coloquial del término «bianual». (*C. J. D.*)

6. Incumplimiento contractual: defectos de calidad en las viviendas.—«[...]La acción ejercitada, mediante la denuncia de los defectos de calidad en las viviendas respecto de las que habían sido contempladas a la hora de contratar, es la general derivada de incumplimiento contractual[...]. En tal sentido, para un supuesto de denuncia de vicios ocultos, los artículos 1490 y 1484 CC resultan inaplicables cuando la demanda no se dirige a obtener las reparaciones provenientes de los vicios ocultos de la cosa vendida, sino las derivadas del defectuoso cumplimiento de la obligación contractual [...]» (FJ 3°).

Inexistencia de un plazo especial de prescripción.—La acción ejercitada mediante la denuncia de defectos de calidad en las viviendas, al ser la general derivada del incumplimiento contractual, no esta sujeta a plazo especial de prescripción, sino que ha de aplicársele el plazo general de quince años previsto para el ejercicio de las acciones personales previsto en el artículo 1964 CC (FJ 3°); (**STS de 12 de diciembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora interpone demanda mediante la cual solicita que se declare que las viviendas de los actores adolecían de vicios y defectos constructivos de distinta naturaleza, y que había existido una alteración de las calidades y características constructivas pactadas con la parte demandada. A su vez, solicita se declare la obligación de realizar en las viviendas las obras necesarias para subsanar la totalidad de los defectos, y se condene a la entidad inmobiliaria, arquitecto y demás intervinientes en la construcción al abono de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos debido a la disminución proporcional del valor experimentado por las viviendas como consecuencia de la disminución en la calidad de la edificación y de los materiales, así como por los defectos constructivos por las mismas padecidos. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta por la parte actora, y condena a los demandados a la reparación de los defectos detectados, así como al abono de una indemnización a los propietarios que tuvieran que desalojar las viviendas durante las obras de reparación. La entidad inmobiliaria, el arquitecto y la constructora interpusieron recurso de apelación, el cual fue estimado en parte por la Audiencia Provincial, al considerar que a pesar de existir defectos constructivos que deben ser reparados por los demandados, sin embargo, el arquitecto y la constructora no deben abonar indemnización de daños y perjuicios por alteración de calidades y características de las viviendas. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la sociedad inmobiliaria.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea la cuestión de determinar si la existencia de defectos de calidad de materiales respecto a lo fijado en el proyecto debe considerarse un incumplimiento contractual, quedando la acción sujeta al plazo de prescripción de quince años fijado para el ejercicio de las acciones personales, o si, por el contrario, deben considerarse vicios ocultos sujetos al plazo especial de prescripción de seis meses establecido en los artículos 1484 y 1490 CC.

Es reiterada doctrina del Tribunal Supremo aquella que considera que los artículos 1484 y 1490 CC resultan inaplicables cuando la demanda no se dirige a obtener las reparaciones provenientes de los vicios ocultos de la cosa vendida, sino las derivadas del defectuoso cumplimiento de la obligación contractual (SSTS de 23 de junio de 1965 [RJ 1965/3911], 10 junio de 1986 [RJ 1986/3379], 30 de junio de 1997 [RJ 1997/5406]). Como consecuencia de dicho incumplimiento, el vendedor está obligado a reparar, con la obligación de indemnizar al comprador por los daños y perjuicios causados, no con amparo en la acción rescisoria, ni en la de sanear, sino en la de petición de cumplimiento exacto de la obligación, como una de las modalidades permitidas por el artículo 1101 CC, al establecerse que quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados en el cumplimiento de sus obligaciones, «*los que de cualquier modo contraviniesen el tenor de aquellas*», acción que, careciendo de plazo especial de prescripción, deberá sujetarse al plazo de quince años correspondiente a las acciones personales (STS de 30 de junio de 1997 [RJ 1997/5406]).

Distinto se plantea el supuesto en el caso de defectos de calidad en las compraventas mercantiles. Considera el Tribunal Supremo que en estos casos la acción de reclamación por defecto en la calidad de las mercancías deberá ejercitarse en el plazo de los cuatro días siguientes al de su recibo, conforme a lo dispuesto en el artículo 336 del CCO (STS de 12 de mayo de 1984 [RJ 1984/2409]). (*L. Z. G.*)

7. Distinción entre pretensión diversa y vicios ocultos.—«Partiendo de una doble hipótesis, que habría de definir la existencia de la pretensión diversa como la entrega de una cosa distinta a la pactada, y como el incumplimiento por inhabilidad del objeto o por insatisfacción del comprador. El primer supuesto concurre cuando la cosa entregada contiene elementos diametralmente diferentes a los de la pactada; para el segundo supuesto se hace necesario que el objeto entregado resulte totalmente inhábil para el uso a que va destinado o que, el comprador quede objetivamente insatisfecho; inutilidad absoluta que debe hacer inservible la entrega efectuada, hasta el punto de frustrar el objeto del contrato o insatisfacción objetiva del comprador, que no constituye un elemento aislado, ni puede dejarse a su arbitrio, debiendo estar referido a la propia naturaleza y al uso normal de la cosa comprada, que haga de todo punto imposible su aprovechamiento» (STS de 5 de noviembre de 1993). (**STS de 15 de noviembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el incumplimiento por entrega de lona azul inhábil para la confección de zapatillas a que iba destinada por la falta de solidez del tinte, la entidad *C. A. y V., S. L.*, interpone demanda contra el fabricante *J. G., S. L.* La lona azul con revés de sarga crudo resultaba inadmisibile para la confección de zapatillas por su falta de solidez en el tinte, además dicho producto incumplía la normativa de calidad para elaborar zapatillas de niño. El Juzgado de Primera Instancia estimó la pretensión subsidiaria de la demanda presentada y declaró resuelto el contrato de compra-venta en lo referente a la lona azul y condenó a la demandada a abonar a la

actora la cantidad de dos millones quinientas dieciocho mil cuatrocientas ochenta y nueve pesetas (2.518.489 pesetas) en concepto de daño emergente, más intereses. Como consecuencia de la pérdida de clientes originada por la devolución de zapatillas desteñidas, condenó a abonar al actor la cantidad que se determinase en ejecución de sentencia en concepto de lucro cesante. Asimismo el Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la reconvencción planteada de contrario y condenó a la actora a abonar a la demandada la cantidad de dos millones cuatrocientas cincuenta y tres mil novecientas treinta pesetas (2.453.930 pesetas) más intereses. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, de forma que dejó sin efecto el dictamen pericial en cuanto se refiere a lucro cesante, y condenó al fabricante a abonar a C. A. y V., S. L. la cantidad de 2.259.114 pesetas en concepto de daño emergente. Asimismo, la Audiencia estimó parcialmente el recurso de apelación planteado por C. A. y V., S. L. y pospuso al período de ejecución de sentencia la especificación del lucro cesante de dicha sociedad.

NOTA.—Al igual que la sentencia anotada también distinguen entre prestación diversa y vicios ocultos, entre otras, las SSTS de 1 de julio de 1947, 25 de abril de 1973, 12 y 23 de marzo de 1982, 20 de febrero y 20 de octubre de 1984, 6 de marzo de 1985 y 6 de abril de 1989. (M. C. L. J.)

8. Suministro eléctrico: reclamación de importes de energía no pasadas por error de la suministradora.—Concepto de consumidor final: El artículo 1º, apartados 2 y 3, de la redacción originaria de la Ley de 1984, delimita el ámbito subjetivo de la misma atribuyendo la condición de consumidor no a cualquiera que lo sea por aparecer en la posición de quien demanda frente a quien formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta. Esto es, al que se sirve de tales prestaciones en un ámbito personal, familiar o doméstico (como dispone el art. 3.3 de la Ley 5/1985, de 8 julio, de Consumidores y Usuarios en Andalucía, también señalado por la recurrente como no aplicado). No a quien lo hace para introducir de nuevo en el mercado dichos productos o servicios, ya por medio de su comercialización o prestación a terceros, sea en la misma forma en que los adquirió, sea después de transformarlos, ya utilizándolos para integrarlos en procesos de producción o transformación de otros bienes o servicios (SSTS de 18 de junio de 1999, 16 de octubre de 2000, 28 de febrero de 2002, 29 de enero de 2003 y 21 de septiembre de 2004). A la luz de esa doctrina, el empresario demandado, que adquirió la electricidad para consumo industrial, esto es, para incorporarla a la explotación de su negocio, con posibilidad de repercutir el precio del suministro con el aplicado a sus clientes, no tiene la condición de consumidor a los efectos de la LGDCU de 1984.

No hay enriquecimiento sin causa, sino incumplimiento de contrato.—La suministradora se empobreció, pero no por la atribución efectuada, sino porque, en la ejecución del contrato, al errar sobre el importe de su crédito, no reclamó íntegramente a aquél todo lo que le adeudaba. La reclamación contractual le facultaba para reclamar lo cobrado de menos. Las acciones de enriquecimiento sin causa y de cumplimiento del contrato responden

a supuestos fácticos distintos, que sirven de fundamento a las respectivas pretensiones, sometidas a normas diferentes. Por ello, para no causar lesión a la congruencia no cabe más que desestimar el recurso.

Incongruencia extrapetita.—Recuerdan las SSTs de 20 de diciembre de 2002 y 25 de abril de 2005 que la alteración de los términos objetivos del proceso genera mutación de la *causa petendi* y determina incongruencia *extrapetita*, razón por la que los Tribunales deben atenerse a las cuestiones de hecho y de derecho que las partes les han sometido en los escritos de alegaciones, retores del proceso, por tratarse de una exigencia de los principios de rogación y de contradicción, sin que puedan ampararse en el principio *iura novit curia* para justificar el cambio, ya que los márgenes del mismo no permiten resolver problemas distintos de los recurridos. **(STS de 15 de diciembre de 2005; no ha lugar.)**

NOTA.—Supuesto poco frecuente, pues la sentencia extractada (FD 4º) declara estimados dos motivos del recurso interpuesto por la empresa suministradora de energía eléctrica a un empresario de hostelería, a quien por error de aquélla dejó de facturársele un importe que excede de diez millones de antiguas pesetas, pese a lo cual se desestima el recurso, poniendo de relieve la sentencia extractada (Pte. Ferrándiz Gabriel) el desacertado planteamiento de la demanda (con base en el enriquecimiento injusto; que siempre tiene carácter subsidiario según doctrina y jurisprudencia, en vez de interponer la acción de cumplimiento de contrato) y el evidente error de fundamentación de la Audiencia Provincial al revocar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia por considerar al cliente destinatario final de la energía contratada (destinado, en realidad, al alumbrado, calefacción, acondicionador de aire frío del local, conservación y transformación de alimentos, enfriamiento de bebidas, etc.). *Dura lex, sed lex* (procesal), cabría recordar, aunque el efecto desestimatorio presumiblemente sólo será temporal. (G. G. C.)

9. Resolución del contrato: no procede cuando el incumplimiento es imputable a quien la reclama ni cuando el incumplimiento es recíproco.—La reglamentación contractual no autorizaba a A. a llevar a cabo las instalaciones de suministros a su albedrío y antojo pues estaban supeditadas a que los locales vendidos pudieran ser puestos en marcha en el plazo de entrega conveniente y no dos años después, como fue lo que sucedió. La S de 9 de mayo de 1996 declaró que los locales que han de abrirse al público es imprescindible que se les dote de agua, luz y otros elementos que son calificados como servicios esenciales.

Conforme a reiterada doctrina jurisprudencial suficientemente conocida no puede la parte vendedora promover resolución contractual y dar eficacia a la cláusula penal tercera, cuando, como aquí ocurre, se da incumplimiento previo sustancial a ella imputable, que se manifiesta cuando se ocasiona insatisfacción del comprador en razón a la funcionalidad y destino de la cosa comprada, sin dejar de lado que el sentido del artículo 1461 CC es la entrega adecuada.

Estamos pues ante una situación de incumplimientos recíprocos, alineándose junto al de la parte vendedora el del comprador que no satisfizo el precio convenido, por lo que esta situación de incumplimientos recíprocos impide

también la resolución (SS de 16 de noviembre de 1979, 16 de abril y 16 de mayo de 1991, 3 de junio y 20 de diciembre de 1993, y 10 de enero de 1994, entre otras). **(STS de 16 de noviembre de 2005;** ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil demandante construyó un centro comercial en parcela de su propiedad. En el curso del proceso de edificación vendió al demandado un módulo que se le entregaría en la fecha pactada en estructura, sin pavimentos ni tabiquería, siendo de cuenta del comprador la adaptación y el acabado de los locales. La vendedora, por su parte, quedaba obligada a establecer en el complejo las conducciones generales de energía, agua y saneamientos para que se pudieran conectar a los diversos locales siendo de cuenta de cada adquirente las conexiones particulares a las redes generales y comunes. La puesta a disposición del local tuvo lugar en la fecha prevista pero el comprador no acudió al acto de entrega. Ocurrió también que a la fecha de la entrega las obras de acondicionamiento a cargo del comprador difícilmente hubieran podido llevarse a cabo en tanto que la vendedora no había efectuado lo que le incumbía y las obras necesarias para dotar al complejo de las conducciones necesarias estaban aún pendientes de realización. De ahí que cuando la mercantil solicitó la resolución del contrato por impago de parte del precio el Juzgado desestimase la demanda. La Audiencia, en cambio, falló a favor de su apelación declarando resuelta la compraventa por entender que el local adquirido no lo había sido para su inmediata explotación por lo que los suministros de energía, agua, etc. sólo eran accesorios y no necesarios para que el comprador pudiera acondicionar el local adquirido. El demandado interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar. (R. G. S.)

10. Excepción de contrato no cumplido adecuadamente: consecuencias.—Desde la S de 12 de junio de 1985, citada en las de 21 de marzo de 1991, 8 de junio de 1996 y 12 de junio de 1988, que «si el éxito de tal excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionado a que el defecto o defectos de la obra sea de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, es claro que no puede ser alegada cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del comitente queda satisfecho con la obra entregada u ofrecida, de forma que las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato, no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria del contrato del artículo 1124 del citado texto sustantivo y sólo permiten la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien mediante la consiguiente reducción del precio —SS 21 de noviembre de 1971, 17 de enero de 1975 y 15 de marzo y 3 de octubre de 1979».

Dado que la demandada recurrente en casación no instó por vía reconvenicional la resolución del contrato y que la obra objeto del mismo estaba totalmente ejecutada, si bien no toda ella por la actora recurrida, la acción reparatoria que permite la excepción de contrato no cumplido adecuadamente, ha quedado satisfecha mediante la reducción del precio que establece la sentencia *a quo*, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

Inexistencia de enriquecimiento injusto.—Para que resulte aplicable la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa es exigible que el mismo carezca absolutamente de toda razón jurídica, es decir, que no concorra justa causa, entendiéndose por tal una situación que autorice el beneficio obtenido, sea porque existe una norma que lo legitima, sea porque ha mediado un negocio jurídico válido y eficaz, según tiene declarado esta Sala con reiteración, entre otras, en SS de 18 de febrero y 8 de julio de 2003 y 27 de septiembre de 2004. En el caso enjuiciado la condena al pago que se establece en la sentencia *a quo* no supone un enriquecimiento torticero del demandante al traer causa en el contrato de obra mediante entre las partes. (STS de 16 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa promotora y constructora A demanda a la compañía B suplicando al Juzgado dicte sentencia en la que se le condene al pago de determinada cantidad, pendiente en virtud de un contrato de arrendamiento de obra. Se opone B alegando no deber la suma reclamada como consecuencia del incumplimiento parcial de sus obligaciones por la actora y por aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto y de la excepción *non rite adimpleti contractus*. La demanda es desestimada. La apelación, sin embargo, resulta acogida en parte en el sentido de que la Audiencia rebaja la cantidad inicialmente solicitada en la cuantía que B abonó para la finalización de la obra. Interpone B recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia, declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (R. G. S.)

11. Responsabilidad contractual. Nexo causal.—La reparación indemnizatoria que deriva del artículo 1101 CC viene condicionada a una doble contingencia: la probanza de los daños y perjuicios, cuya existencia y prueba es cuestión de hecho, y la atribución de su comisión a un quehacer doloso, negligente o moroso, es decir, a una conducta culposa entendida en sentido amplio.

Para que de un incumplimiento contractual derive la obligación de indemnizar perjuicios a cargo del incumplidor, la doctrina legal interpretadora del artículo 1101 CC exige que se dé la concurrencia de las siguientes circunstancias: obligación constituida, incumplimiento por el obligado y consiguiente causación efectiva de perjuicios derivados precisamente de ese incumplimiento en relación causa efecto (STS de 10 de octubre de 1990).

Carga de la prueba.—La función de la carga de la prueba es determinar para quién deben producirse las consecuencias procesales desfavorables cuando un hecho controvertido no haya sido probado. No obstante, la doctrina de la carga de la prueba no entra en juego en los siguientes casos: «si la cuestión litigiosa es exclusivamente jurídica; si no hay hechos controvertidos, por haber sido admitidos, o se trata de hechos notorios, o presumidos; así como si los hechos controvertidos han sido probados, sin que importe que la prueba haya sido aportada por una u otra parte, en virtud del principio de adquisición procesal» (FD 2.º).

Prueba testifical.—La prueba testifical es de libre valoración por el juzgador de instancia. Esta prueba es de apreciación discrecional y no es susceptible de ser revisada en casación. «Las reglas de la sana crítica sólo resultan vulneradas cuando las deducciones de la Sala sean contrarias a toda lógica» (STS de 3 de julio de 1992).

Mandato mercantil.—El artículo 292 CCO dispone: «Los comerciantes podrán encomendar a otras personas, además de los factores, el desempeño constante, en su nombre y por su cuenta, de alguna o algunas gestiones propias del tráfico a que se dediquen, en virtud de pacto escrito o verbal; consignándolo en sus reglamentos las compañías, y comunicándolo a los particulares por avisos públicos o por medio de circulares a sus corresponsales. Los actos de estos dependientes o mandatarios no obligarán a su principal sino en las operaciones propias del ramo que determinadamente les estuviera encomendadas».

El artículo 1710 CC implica una normativa genérica referente a las modalidades del mandato que se complementa especialmente en materia mercantil en cuanto a los empleados con el artículo 292 CCO para los supuestos que el mismo contempla. La exigencia de este precepto a que la existencia del pacto escrito o verbal se consigne en los reglamentos de las compañías, es a los meros efectos de publicidad para la mayor garantía de los terceros (FD 6°).

«Tratándose de una actividad realizada por una entidad y determinante de las gestiones propias del tráfico a que la misma se dedicaba, y que eran básicas y necesarias dentro del ámbito de su desenvolvimiento, supone encomienda del desempeño constante en nombre de la entidad comerciante y por su cuenta, en virtud del pacto, cuando menos verbal, conferido por la entidad en favor de los empleados que estaban físicamente al frente de la misma, a que alude el artículo 292 CCO, que como consecuencia de las necesidades del tráfico, posibilita la realización de los encargos por dichos empleados con alcance vinculante para la entidad de que dependían» (STS de 5 de abril de 1982). (STS de 25 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Desde mayo, fecha en la que se solicitó riego para naranjos, hasta el 12 de julio de 1993, doña C. y don P. reclamaron insistentemente el riego incluso por conducto notarial a la *Sociedad de Gestión de Servicios Urbanos, S. A. (Sogesur)*, y la respuesta fue la exigencia de que respondieran por escrito su conformidad con el nuevo precio. Este precio se estableció el 7 de julio y era de 3.621 pesetas/hora, más IVA, lo que suponía un aumento del 40 por 100 respecto del anterior. En los primeros días de mayo de 1994, se solicitó nuevamente el suministro de riego, con la finalidad de salvar no ya la cosecha, sino el propio arbolado. La petición fue desatendida por la entidad demandada alegando el impago de una factura que desde el mes de septiembre de 1993 no se había abonado y a su vez se aumentó la tarifa de riego para 1994 en 5.257 pesetas/hora, lo que en dos años suponía un incremento del 110,28 por 100.

Como consecuencia de los daños sufridos por el retraso en la entrega de agua, doña C. y don P. formularon demanda de juicio declarativo de menor cuantía, sobre indemnización de daños y perjuicios, contra *Sogesur*, en la que solicitaron como indemnización la cantidad de 21.341.850 pesetas, o, subsidiariamente, la que resultase de la prueba y el pago de costas. En sentencia dictada en primera instancia se desestimaron todas las pretensiones de la demanda, con imposición del pago de costas a los demandantes. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó el recurso, con revocación de la sentencia apelada y condenó a pagar a la

demandada la cantidad reclamada de 21.341.850 pesetas y al pago de las costas causadas en la primera instancia.

NOTA.—En la sentencia anotada el Tribunal Supremo acoge en su FD 6º la interesante aplicación que del artículo 292 CCO realiza la STS de 5 de abril de 1982 relativa a un supuesto de mandato mercantil.

El Tribunal Supremo reitera una vez más que la prueba testifical no es susceptible de ser revisada en casación (SSTS de 26 de julio y 6 de octubre de 1993, 10 de noviembre y 24 de diciembre de 1994, 29 de julio de 2002, 19 de noviembre de 2004 y 27 de mayo de 2005, entre otras). (M. C. L. J.)

12. Rescisión por fraude de acreedores. Incorrecta interpretación de la expresión «persecución de bienes» contenida en el artículo 1111 CC.—

«Es exagerado interpretar la persecución de los bienes que exige el artículo 1111 en el sentido de que el acreedor ha de seguir los procedimientos contra esos bienes hasta su final procesal, aún sabiendo que nada útil conseguirá. Esta interpretación formalista debe descartarse pues no es éste el significado del precepto, sino que el deudor se haya quedado insolvente para el pago de las deudas. Tal insolvencia se puede probar con la demostración de que el mismo no tiene ya bienes libres con los que pagar o que los que están en su poder se encuentran gravados o afectos a cargas que disminuyen su valor en relación con lo debido, pues en modo alguno se puede requerir del acreedor el ejercicio previo a la acción rescisoria de otras abocadas a la esterilidad práctica» (FJ 3º). (STS de 25 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora ejercita acción pauliana contra la parte demandada, en virtud de la cual se solicita se dicte sentencia por la que se declare que la escritura de compraventa suscrita por la parte demandada y un tercero fue realizada en fraude de acreedores, debiendo así decretarse la rescisión de la misma. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Interpuesto por la parte demandante recurso de apelación, la Audiencia Provincial estimó el recurso y declaró la rescisión de la compraventa realizada, con declaración de nulidad y cancelación de la inscripción correspondiente. Tanto la parte demandada en primera instancia como el tercero contratante formularon recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los recursos de casación interpuestos.

NOTA.—La nota más característica de la acción rescisoria es su subsidiariedad entendida como remedio para el acreedor cuando carezca de otro cauce para la satisfacción de su crédito, lo que denota, como presupuesto fáctico necesario, la concurrencia de una situación de insolvencia en el deudor, la que, atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial al respecto, no tiene que ser absoluta, sino que es suficiente la existencia de una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso. Junto a este semejante presupuesto, coexiste otro correlativo, el referente a que la desaparición o minoración patrimonial es el referente resultado de una operación transmisiva de bienes por el deudor a favor de

terceros, presupuesto éste al que se enlaza, por último un determinado propósito que viene a determinar el llamado *consilium fraudis*, entendido, de manera amplia, como «conciencia en el deudor del perjuicio de que el empobrecimiento real o fingido causa al acreedor» (FJ 3º STS de 25 de noviembre de 2005 [RJ 2005/9839]). En este sentido, SSTS de 28 de junio de 1994 [RJ 1994/5990], 31 de diciembre de 2002 [RJ 2003/247], entre otras). Ello implica que el concepto jurídico de «fraudulento» en un contrato de venta envuelve, además del de engaño, el de insolvencia del vendedor y consiguiente imposibilidad de cobrar su crédito al acreedor a quien se pretende defraudar, siendo así que la insolvencia del deudor queda determinada no sólo por la imposibilidad de pago completo sino también por la disminución de las posibilidades económicas efectivas para dar satisfacción a la exigibilidad del crédito (SSTS de 28 de octubre de 1992 [RJ 1993/7666], 31 de diciembre de 1997 [RJ 1997/9412], 1 de febrero de 2006 [RJ 2006/435]). Por todo ello, no se presenta necesario realizar una interpretación estricta de la expresión «*persecución de bienes*», contenida en el artículo 1111 CC, como requisito previo para la impugnación de los actos realizados en fraude de acreedores, en el sentido de entender que es imprescindible un seguimiento por parte del acreedor de todos y cada uno de los procedimientos abiertos contra los bienes del deudor. (L. Z. G.).

13. Tercería de mejor derecho. Preferencia de créditos. Relación entre póliza y certificación de la entidad bancaria acreedora: momento de existencia de un crédito determinado y exigible.—Conforme se deriva de la jurisprudencia (SSTS de 11 de junio, 19 de junio y 23 de diciembre de 2002 y 7 de mayo de 2003, entre otras), a efectos de concretar la preferencia del crédito de la entidad bancaria acreedora y decidir si con anterioridad a su certificación del saldo de la cuenta hay un crédito determinado y exigible, han de diferenciarse dos supuestos:

a) Cuando la cantidad adeudada viene exactamente concretada desde el momento mismo de otorgamiento de la póliza, para resolver cuestiones de preferencia de créditos habrá que atenderse a la fecha misma de la referida póliza; y

b) Cuando la cuantía de la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisa de una posterior actividad complementaria que permita conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, como es la liquidación y fijación del saldo, la preferencia crediticia vendrá referida no a la fecha de suscripción de la póliza, sino a la de esa operación de determinación o concreción del saldo exigible.

Tercería de mejor derecho. Preferencia de créditos. Distinción entre pólizas de préstamo y de crédito.—La póliza de préstamo refleja una indiscutible realidad crediticia que representa una deuda exigible, aunque el préstamo se haya pactado con intereses, ya que el cálculo de éstos no afecta a la liquidez de la deuda (STS de 7 de mayo de 2003). Además, el contrato de préstamo es por sí mismo título de ejecución, lo que no se altera por la necesidad de un trámite aritmético, háyase o no pactado en una estipulación en el contrato de préstamo (STS de 2 de noviembre de 2002). Por ello, la preferen-

cia de la póliza se determinará por razón de la fecha, y no por la de la certificación del saldo. (STS de 4 de noviembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—En el juicio ejecutivo seguido por la entidad *Casino La Toja, S. A.* contra don A. C. P., el *Banco Santander Central Hispano, S. A.* presentó demanda de tercería de mejor derecho contra ambos contendientes.

Don A. C. P. había reconocido en escritura pública de 1 de marzo de 1994 adeudar a *Casino La Toja, S. A.* la cantidad de 86.944.000 pesetas, que debía pagar antes del 1 de junio de 1994 y, no habiéndolo hecho, se promovió juicio ejecutivo con base en la indicada escritura como título de ejecución.

Por su parte, el *Banco Santander Central Hispano, S. A.* había concertado con don A. C. P. una póliza de préstamo, intervenida por Corredor de Comercio, de fecha 18 de febrero de 1994, en cuya virtud se entregaron al prestatario 19.000.000 de pesetas, con vencimiento final el día 18 de mayo de 1995, pero pactándose la posibilidad de vencimiento anticipado por el impago de alguno de los plazos fijados. El prestatario dejó de pagar al día 18 de noviembre de 1994 y al día 18 de febrero de 1995, fecha ésta en que el Banco dio por vencido anticipadamente el préstamo, y expidió certificación de la que resulta una cantidad exigible de 20.468.536 pesetas, que se comunica al prestatario en 24 de febrero de 1995 y, al no pagar, promovió juicio ejecutivo en base a la póliza original, tras lo cual dedujo la presente tercería de mejor derecho.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, declarando que el Banco carece de mejor derecho a percibir el importe de los saldos embargados en el juicio ejecutivo. Recurrida en apelación la sentencia, la Audiencia Provincial la desestimó, confirmando la de primera instancia. Finalmente, el Banco recurre en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

14. Contrato de compraventa. Nulidad del otorgado por vendedor luego declarado incapaz: inexistencia. Presunción de capacidad.—De acuerdo con el mandato contenido en el artículo 199 CC, con arreglo al cual nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley, y de conformidad con la regla general del artículo 322, reiterada jurisprudencia mantiene que la incapacidad no puede ser presumida, como exigen los principios constitucionales de libertad personal y libre desarrollo de la personalidad, sino que la capacidad de la persona se presume siempre, mientras su incapacidad, como excepción, no sea probada de modo evidente y completo (SSTS de 10 de abril de 1987, 18 de marzo de 1988, 19 de febrero de 1996 y 19 de noviembre de 2004). La capacidad mental se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriéndose en consecuencia una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa (SSTS de 10 de febrero de 1986, 10 de abril de 1987, 26 de septiembre de 1988 y 20 de febrero de 1989, entre otras), por lo que no es posible que la referida presunción legal y jurisprudencial pueda ser destruida mediante otra presunción de las llamadas «de hombre» (*presumptio hominis* o *presumptio facti*), contempladas en el artículo 1253 CC (SSTS de 28 de junio de 1990).

Carga de la prueba de la capacidad del vendedor.—Debe ser el demandante quien pruebe la incapacidad del vendedor: obligar a la parte demandada a demostrar la capacidad del vendedor equivaldría a establecer una presunción de incapacidad de éste fundada en la existencia de indicios acerca de su concurrencia, lo que tropezaría de manera flagrante con la presunción legal de capacidad. (STS de 10 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El 22 de noviembre de 1985 se otorgó escritura pública por la que don F. J. C. vendía a doña R. R. J., casada con don R. S. L., una finca rústica de 22 áreas y 41 centiáreas por precio de 150.000 pesetas, que el transmitente manifestaba haber recibido anteriormente de la compradora, a la que confiere carta de pago. El 25 de noviembre de 1985, compareciendo de una parte don F. J. C. y de otra doña R. R. J., se otorga otra escritura pública por la que aquél vende a ésta una finca rústica de 12 áreas y 75 centiáreas por precio de 150.000 pesetas que el vendedor confiesa tener recibidas de la compradora. El vendedor fue declarado incapaz en virtud de sentencia de 13 de noviembre de 1992.

Sobre estas escrituras de venta, don M. J. R. sostiene que se trata de una apropiación indebida de las tierras por parte de la compradora ya que se trató de simulaciones de compraventa, que el vendedor era incapaz y que no hubo precio, lo que constituiría una falta de causa como elemento esencial de la validez del contrato, y por el contrario de su nulidad por simulación absoluta, y en tal sentido interpuso demanda contra doña D. R. J., don R. S. L., doña R. R. J., don C. R. E., don J. M. R. E. y don L. J. M. R., solicitando la declaración de nulidad de los referidos contratos. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, sin entrar a resolver sobre el fondo de la cuestión, al entender que concurría un litis consorcio pasivo necesario, por desistimiento respecto del incapaz en la persona de su legal representante. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando íntegramente la sentencia de instancia. Finalmente, don M. J. R. recurre en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

15. Compraventa de industria de juegos recreativos: precio parcialmente impagado: excepción de resolución por incumplimiento: *exceptio non adimpleti contractus*.—La jurisprudencia de esta Sala determina que la resolución del contrato sólo puede ser postulada por vía de acción y no de excepción, por lo cual, ante tan anómala situación, procede no tener en cuenta esta alegación, y, a mayor abundamiento, que la sentencia recurrida llega a la conclusión de que la parte demandada adeuda por impago una parte importante del precio. Como conclusión hay que desestimar los motivos basados en la técnica resolutoria a través del ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus*.

Artículo 1502 CC.—Es doctrina jurisprudencial, ya clásica, que el artículo 1502 CC debe ser objeto de interpretación restrictiva, por cuanto socava temporalmente la obligación del comprador de abonar el precio (SSTS de 16 de febrero de 1999, 10 de julio y 14 de diciembre de 2000); además la sentencia recurrida afirma tajantemente que el comprador no ha sido pertur-

bado en la posesión o dominio de la cosa, ni hubo el temor fundado de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria; pero, sobre todo, no hubo notificación por su parte al vendedor, advirtiéndolo de tales peligros o situaciones, para que éste pudiera afianzar convenientemente los efectos dañinos de tales posibles eventos (SSTS de 25 de octubre de 1995 y 10 de julio de 2000).

Costas.—Procede estimar el recurso en cuanto a las costas de primera instancia pues la sentencia no explícita que la parte afectada ha incurrido en su actuación temeridad o mala fe. (STS de 1 de diciembre de 2005; ha lugar en parte.)

NOTA.— Aunque la documentación del contrato base, descrito como compraventa de sociedad mercantil presenta no pocas lagunas redaccionales, en el primer Fundamento de Derecho se deducen como hechos nítidos que del precio pactado de 165 millones de las antiguas pesetas el comprador sólo había hecho pagos parciales que alcanzan la suma de 36.663.619 pesetas por lo que procede estimar la reclamación del precio restante. Las razones alegadas en contra vienen a ser, sin más, argucias de mal pagador. Sobre el artículo 1502 *vide* García Cantero *Comentarios Albaladejo y Silvia Díaz Alabart*, XIX, 2.^a ed. (Madrid 1991) p. 443 ss., con una matización sobre la interpretación restrictiva, criterio que indiscriminadamente sigue aplicando la jurisprudencia (*op. cit.* p. 449), aunque sin incidencia en la resolución del presente caso. (G. G. C.)

16. Retracto convencional. Requisitos para su ejercicio. Plazo de consignación del precio.—Con la finalidad de garantizar la seriedad del retracto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo exige que se consigne el precio en el momento de presentación de la demanda de retracto. La STS de 30 de noviembre de 1992 ha llegado a admitir que la consignación se haga en un momento diferente, siempre que tenga lugar dentro del plazo de presentación de la demanda. Ahora bien, si, presentada la demanda en tiempo, resulta imposible realizar la consignación del precio dentro de plazo como consecuencia de la normativa administrativa que regula las consignaciones judiciales, entonces, es necesario interpretar las normas de acuerdo con su finalidad. Esto significa que el requisito de la consignación no se considera incumplido si resulta evidente la voluntad de ejercitar el derecho de retracto y de depositar la cantidad exigida. Ello es así cuando el retracto se ejercita dentro del plazo previsto, se consigna extrajudicialmente el precio antes de la demanda y se consigna de nuevo tan pronto como el retrayente puede hacerlo en aplicación de la normativa administrativa. (STS de 15 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.— Los estatutos de la Junta de compensación R8B-MTV del Plan General Municipal de Gijón preveían los derechos de tanteo y de retracto de los miembros de la entidad urbanística cuando alguno de ellos vendiera terrenos o su participación en la Junta. Las propietarias de unas parcelas comunicaron su intención de venderlas a O., S. A. A pesar de que la entidad F., S. A. manifestó su intención de ejercitar el derecho de tanteo, las propietarias procedieron a la venta de las parcelas a O., S. A. Como consecuencia de ello, F., S. A. ejercitó el derecho de retracto y, para ello, consignó notarialmente el precio más los gastos correspondientes. A la vista de que no se reco-

gió el precio, *F. S. A.* ejerció judicialmente el retracto el último día del plazo y consignó el precio diez días después, cuando se asignó el pleito a uno de los Juzgados de Primera Instancia.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia, como la Audiencia Provincial de Oviedo estimaron la demanda de retracto. *O., S. A.* presentó recurso de casación. (*L. S. M. P.*)

17. Acción de retracto.—Es requisito indispensable para el ejercicio de la acción de retracto la consignación del precio; y no cabe alegar que éste no era conocido (STS de 20 de abril de 1994). (**STS de 23 de diciembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don P. O. C. interpuso demanda frente al Consorcio de *T., S. A.* y don I. M. C., solicitando que se declarase su derecho a retraer una porción de los derechos de reversión mencionados en la demanda. El Juzgado de Primera Instancia no admitió la demanda. Frente a esta decisión la actora interpuso recurso de apelación, si bien la Audiencia Provincial confirmó la resolución dictada por el Juez *a quo*. Por su parte, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación formalizado contra aquella resolución. (*J. D. S. C.*)

18. Contrato de opción: el plazo es elemento esencial. Interpretación rigurosa de las cláusulas contractuales que lo determinan.—La interpretación rigurosa de las cláusulas contractuales relativas al plazo en el contrato de opción se coherente con su naturaleza de elemento esencial del contrato, a la que se acoge la más reciente jurisprudencia de esta Sala. Así, como declara la STS núm. 559/2004, de 15 de junio, «efectivamente, la abundante jurisprudencia recaída sobre el derecho de opción presupone su ejercicio dentro del plazo previsto en el contrato y algunas sentencias —no muchas, por ser algo obvio— declaran expresamente que uno de los requisitos es la determinación del plazo para el ejercicio de la opción (S de 15 de octubre de 1993), plazo esencial, que es de caducidad (30 de junio de 1994), siendo los requisitos esenciales no sólo el objeto de la opción y el precio sino también el plazo (28 de abril de 2000) y, por último parte del plazo como formando parte del concepto (5 de junio de 2003) en estos términos: “En la opción, una parte atribuye a otra un derecho que permite a esta última decidir, dentro de un determinado período de tiempo y unilateralmente, la puesta en vigor de un concreto contrato. Por tanto, si se ejercita la opción de compra, aparece la compraventa; pero ésta no nace si, al no ejercitar la opción en el plazo previsto, queda caducada. Así lo configura la jurisprudencia en innumerables sentencias: 17 de marzo y 18 de junio de 1993, 24 de mayo y 30 de junio de 1994, 14 de febrero de 1997, 11 de abril y 14 de noviembre de 2000”».

Juego del principio de buena fe en relación con el plazo concedido para el ejercicio del derecho de opción.—La relevancia de este principio es indudable en el supuesto examinado, en el que el transcurso de un dilatado plazo muy superior al que podía deducirse de las previsiones iniciales de las partes es aprovechado por la otra parte recurrente para ejercitar un derecho de opción separándose de la finalidad para la que se había previsto contractual-

mente la ampliación del breve plazo inicial –atender a la necesidad de litigar con la Administración para la obtención de la licencia–, en un momento en el que, como se verá, era ya evidente que ésta no podía obtenerse –no obstante lo cual se había interpuesto un recurso de apelación ante el Tribunal Supremo que alargaba formalmente la ampliación del plazo contractualmente prevista–, y en el contexto de circunstancias económicas que podían haberse visto muy alteradas por el paso del tiempo respecto al momento de la firma de los contratos por el presumible desajuste entre el valor de la moneda y el de los inmuebles.

Como dice la STS núm. 19/2005, de 19 de enero «...la buena fe, como principio general del derecho, ha de informar todo contrato y obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, legal, honrado y lógico en el sentido de estar a las consecuencias de todo pacto libremente asumido, sin frustrar la vocación o llamada que el mismo contiene a su cumplimiento, de forma que quien contrata u oferta contratar queda obligado, no sólo a lo que se expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales; la buena fe no se refiere a la buena fe subjetiva (creencia, situación psicológica), sino a la objetiva (comportamiento honrado, justo), a la que se alude en el artículo 7 CC, que consagra como norma el principio general de derecho de ese nombre, con lo que implica un mandato jurídico con eficacia social organizadora; y ese carácter objetivo se encamina a comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos (SS de 3 de diciembre de 1991 y 9 de octubre de 1993, citadas en la de 8 de junio de 1994) (S de 26 de octubre de 1995). En parecidos términos las SS de 25 de julio y 30 de junio de 2000, 12 de marzo de 1998, 22 de marzo de 1994, 9 de octubre de 1993 y 23 de diciembre de 1991». (**STS de 22 de diciembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor y la mayoría de los demandados suscribieron un contrato de opción de compra de dos terceras partes pro indiviso de un inmueble. Se otorgó la opción hasta la «concesión definitiva de la licencia municipal de obras en construcción de un nuevo edificio» que el optante solicitaría, pudiendo éste recurrir, en su caso, el acuerdo municipal denegatorio de la licencia de obras. En otro contrato otros promitentes, también demandados, otorgaron al actor el derecho de opción de compra de otra 1/6 parte pro indiviso de la misma casa que se ejercitaría en el plazo de 6 meses contados a partir de la fecha del documento, «plazo de tiempo en el cual se solicitará la licencia municipal de obra de construcción de un nuevo edificio» previéndose que, en caso de ser denegada, «el mencionado plazo se ampliará por el tiempo necesario para recurrir por vía contencioso-administrativa dicha denegación de licencia y hasta que su resolución sea firme y definitiva». El Ayuntamiento denegó la licencia de construcción y la de demolición con ella relacionada. El recurso de reposición interpuesto fue desestimado. También lo fue –cinco años después– el contencioso-administrativo que se presentó contra la anterior resolución. Pasados dos años, el actor requirió notarialmente a sus contrapartes para hacer efectivo el derecho de opción, a lo que éstas se opusieron. Se interpuso demanda civil. Iniciado el juicio de menor cuantía, dictó sentencia la Sala Tercera del Tribunal Supremo desestimando el recurso de apelación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo que, en

último término, daba cobertura a la negativa del Ayuntamiento. Las sentencias civiles en ambas instancias desestimaron la pretensión del actor encaminada a que se reconociera la efectividad del derecho de opción ejercitado. El núcleo de la controversia se centra en la interpretación del requisito del plazo. Para la sentencia recurrida, el plazo contemplado en el contrato era un plazo breve, que obedecía a la necesidad de obtener la licencia –operando ésta como condición– de modo que, la dilación de siete años sólo podía justificarse si era necesaria para obtener la licencia y, con arreglo a las reglas de la buena fe, sólo podía ejercitarse el derecho de opción durante tan dilatado plazo en el caso de su obtención efectiva. Para el actor y recurrente en casación, el derecho de opción podía ser ejercitado, sin otro condicionamiento que el de su voluntad, hasta el momento en que se resolviese mediante una resolución judicial definitiva y firme sobre la concesión o denegación de la licencia. El Tribunal Supremo desestimó el recurso. (*R. G. S.*)

19. Indemnización de daños y perjuicios.—Ante la situación de ejecución imposible de un contrato de arrendamiento y ante la ausencia de condición suspensiva o resolutoria, el arrendador está obligado a indemnizar al arrendatario si aquél intervino en la imposibilidad de ejecución del contrato. (**STS de 20 de diciembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—El 1 de enero de 1980 se celebró un contrato de arrendamiento entre las mercantiles *A. E. V., S. A.* (arrendadora) y *N. P., S. A.* (arrendataria), cuyo objeto fueron dos locales situados en la ciudad de Vitoria. A principios del año 1990, la arrendadora y el Ayuntamiento de Vitoria acordaron el derribo del edificio donde se encontraban los locales arrendados. Para hacer posible dicho acuerdo, *A. E. V., S. A.* (arrendadora) y *N. P., S. A.* (arrendataria) celebraron un nuevo contrato el 24 de enero de 1994, en virtud del cual se declaraba la extinción de la primera relación arrendaticia y se cedían a la arrendataria otros locales en el nuevo complejo a precio primado, es decir, inferior al de mercado. Tras el deslojo de la arrendataria el Ayuntamiento de Vitoria revocó el nuevo proyecto por lo que éste no llegó a realizarse.

Así las cosas, la arrendataria demandó ante el Juzgado de Primera Instancia tanto a la arrendadora como al Ayuntamiento de Vitoria. El Juez estimó parcialmente la demanda obligando a la arrendadora a devolver a la actora las cantidades entregadas a cuenta y sin fijar indemnización alguna por daños y perjuicios a la arrendataria.

Por este motivo, la actora recurrió en apelación la decisión del Juez de Primera Instancia ante la Audiencia Provincial quien, estimando el recurso, condenó solidariamente a los demandados al pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios a la arrendataria.

La arrendadora interpuso recurso de casación contra la sentencia de apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (*J. D. S. C.*)

20. Arrendamiento rústico. Contrato de arrendamiento no sujeto a la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980. Finca con un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponde en la comarca o zona a las de su misma calidad o cultivo.—Según el Tribunal Supremo, el texto del artículo 7.1.3^ª LAR de 1980 resulta explícito y determinante al señalar que no resulta aplicable la Ley de Arrendamientos Rústicos cuando el mayor valor de la finca arrendada se deba a cualquier circunstancia ajena al destino agrario (SSTS de 22 de enero de 1998 y 7 de octubre de 1999). En cuanto a la alusión a «comarca o zona», ésta debe entenderse referida a un espacio distanciado del concreto emplazamiento de las fincas. (STS de 22 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don B. C. P., arrendatario de la finca rústica «La Tejera», presenta una demanda de juicio declarativo de cognición especial de la LAR sobre adquisición forzosa de finca rústica contra don A. A. U., propietario de la finca arrendada. En la demanda, B. C. P. solicita que se declare su derecho a adquirir la finca y que se condene al demandado a vendérsela por el precio de 2.002.435 pesetas o, subsidiariamente, por otro que judicialmente se determine.

En la sentencia de primera instancia se estimó la demanda y se condenó al demandado a vender la finca al demandante por el precio de 4.783.975 pesetas. La Audiencia Provincial de Oviedo estimó el recurso de apelación presentado por el demandado y desestimó íntegramente la demanda, por tener la finca arrendada un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponde en la comarca a las de su misma calidad o cultivo. En concreto, se le da a la finca un valor en venta de 34.779.951 pesetas, cuando el precio que normalmente corresponde a las de su misma calidad es de 17.597.671 pesetas. Contra esta sentencia presentó recurso de casación el demandante.

NOTA.—La Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, que resulta de aplicación al caso, ha sido derogada por la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos. El artículo 7.1 de la nueva Ley regula los arrendamientos a los que no se aplica la Ley cuando en la finca concurren determinadas circunstancias. En su redacción inicial, el artículo 7.1 contenía un apartado *c*) que contemplaba esta misma circunstancia (que la finca tenga, por cualquier circunstancia ajena al destino agrario, un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o en la zona a las de su misma calidad o cultivo). Sin embargo, la Ley 26/2005 de 20 de noviembre, ha suprimido el apartado *c*) del artículo 7.1. (*L. S. M. P.*)

21. Responsabilidad civil del abogado: no reclamación del lucro cesante: no interponer apelación.—El Letrado demandado no actuó en forma diligente en la ejecución del encargo. De una parte, porque una cosa es que nadie pueda prever con absoluta seguridad que se condene al abono del daño emergente, y otra distinta que no se obtenga porque no fue planteada. En el presente caso se le encargó reclamar los daños causados por destrucción de una retro-excavadora, la cual constituía el instrumento de trabajo del perjudicado, siendo especialmente importantes para éste los beneficios dejados de obtener. De otra porque, si bien la decisión de apelar frente a una sentencia que reduce

lo solicitado, no corresponde al Letrado, sino a su cliente, pero para que ello tenga adecuada efectividad se debe comunicar a éste el resultado del juicio; pero no lo hizo así por unilaterales razones que no encuentran su justificación. Esta falta de diligencia privó al cliente de toda posibilidad de impugnar eficazmente la sentencia de instancia, y ello se traduce en un incumplimiento contractual culposo, generador de un perjuicio que ha de ser reparado.

Cuantía de la indemnización del daño moral causado al cliente.—Sin necesidad de acudir a un juicio sobre la prosperabilidad de la pretensión omitida sobre el lucro cesante y del recurso que no se llegó a presentar, se fija en un millón y medio de las antiguas pesetas la indemnización que deberá abonar al actor en reparación del concepto de reparación por el daño moral infligido, teniendo en cuanto que según reiterada jurisprudencia no adolece de incongruencia la sentencia que fija el importe de la condena aunque en la demanda se hubiera aplazado su concreción al período de ejecución (SSTS de 15 de febrero, 15 de marzo y 24 de septiembre de 1999 y 17 de julio de 2000, entre otras). (STS de 14 de diciembre de 2005; ha lugar.) (G. G. C.)

22. Allanamiento.—El allanamiento es el acto del demandado en el que muestra su conformidad con la pretensión procesal interpuesta por el actor, reconociendo que debe ser estimada, y que tiene como efecto, en virtud del principio dispositivo y siempre que no exceda de los límites de éste, vincular al Juez a dictar una sentencia estimatoria de la pretensión. Esta institución se distingue de la admisión o reconocimiento de hechos realizado por el demandado en sus escritos de alegaciones, y de la confesión judicial por él prestada en el oportuno trámite (STS de 18 de junio de 1965.)

Precio cierto y artículo 1544 CC.—El artículo 1544 CC establece que «en el arrendamiento de obras y servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto». El precio cierto al que se refiere el artículo 1544 CC puede haberse fijado en el contrato *a priori*, siendo de esta forma indiscutible su certeza o puede ser fijado *a posteriori*, viniendo su certeza por su determinación por tarifas oficiales, por dictamen pericial o por informe del Colegio Profesional. En realidad, el consentimiento contractual alcanza el precio que resulte de datos que, existiendo *a priori*, se reflejan *a posteriori*, de tarifas de perito o de Colegio Profesional. No obstante, ni el dictamen de un Perito ni el de un Colegio Profesional es vinculante para el órgano jurisdiccional, aunque éste no puede caer en la arbitrariedad, fijándolo sin razonamiento, sino que puede apartarse del dictamen por argumentos objetivamente serios (STS de 25 de octubre de 2002). (STS de 18 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Promovida demanda de juicio declarativo de menor cuantía en reclamación de 12.065.480 pesetas por precio de obras de albañilería, los demandados se opusieron a la demanda al entender que no procedía la reclamación por cuanto los actores tenían reconocida extrajudicialmente la cantidad de 7.570.654 pesetas que procedieron a consignar después de la presentación de la demanda. Por ello, los demandados se opusieron al pago del resto y reconviniéron por las obras pendientes de realizar y por parte de obra realizada, a lo que los demandantes se opusieron a su vez.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que condenó a los demandados a abonar la cantidad que se determinase en

ejecución de sentencia por el precio de la obra con deducción de 7.570.654 pesetas ya satisfechas y estimando parcialmente la reconvencción condenó a los actores reconvenidos a satisfacer a los demandados reconvenientes la cantidad de 352.800 pesetas y a la finalización de las obras de pintura y reparación del techo, sin hacer expresa condena en costas. La Audiencia Provincial dictó sentencia en la que estimó íntegramente las pretensiones de la demanda, con la condena a los demandados al pago de la cantidad reclamada (12.065.480 pesetas), con intereses y condena en costas causadas en la primera instancia.

NOTA.—En esta sentencia, el Tribunal Supremo reitera la doctrina jurisprudencial, dictada en aplicación de las normas generales de los artículos 1273 y 1544 CC, que sostiene que la indeterminación contractual o la falta de prueba del precio pactado no da lugar a la nulidad del contrato, puesto que debe tenerse como precio cierto el que resulte del uso o de la tasación pericial de la obra (SSTS de 12 de junio de 1984, 16 de enero y 21 de octubre de 1985 y 14 de febrero de 1987, 11 de septiembre de 1996, entre otras muchas).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha completado o aclarado lo dispuesto en el artículo 1544 CC en el sentido de que el requisito de precio fijo existe, aunque no se fije de antemano (a lo que equivale que no se puede probar esa fijación antecedente), si puede inferirse por tasación pericial conforme al coste de los materiales y mano de obra (SSTS de 16 de enero, 21 de octubre y 25 de noviembre de 1985, 4 de septiembre de 1993 y 13 de diciembre de 1994) o cuando lo fija el juzgador según el resultado de la prueba practicada (STS de 12 de junio de 1984). En este sentido, la STS de 3 de octubre de 1986 establece que el hecho de que originalmente se hablase de precio alzado no impide la posibilidad de modificaciones ulteriores que alteren o aumenten la obra, debiendo efectuarse el pago según la ejecutada (SSTS de 4 de septiembre de 1993, 13 de diciembre de 1994, 23 de octubre de 1993, 27 de mayo de 1996, 25 de noviembre de 1997, 3 de octubre de 2001, 25 de marzo y 4 de octubre de 2002). (M. C. L. J.)

23. Contrato de obra. Las cooperativas de viviendas como promotores.—La legitimación activa de los promotores *ex* artículo 1591 CC aún cuando el mencionado precepto no lo reconozca es predicable tanto de un comitente persona física o jurídica, incluidos sujetos de derecho público, como de cooperativas en tanto que las mismas, conforme a su normativa específica, tengan la calificación de cooperativas de viviendas, y su objeto sea procurar viviendas y edificaciones exclusivamente para sus miembros y sus familiares (SSTS de 20 de febrero de 1989 [RJ 1989, 1212], 17 de julio de 1990 [RJ 1990, 5890], 8 de junio de 1992 [RJ 1992, 5168], 10 de julio de 1992 [RJ 1992, 6275]).

La legitimación activa de los promotores frente al constructor para reclamar por los defectos en la construcción. Especial referencia al supuesto en el que el promotor no propietario.—Es innegable la legitimación activa de los promotores como parte contratante conforme al artículo 1101 CC para reclamar de su constructor el cumplimiento *in natura* de lo pactado. Del mismo modo que se reconoce dicha legitimación *ex* artículo 1591 CC por vía de regreso, esto es, cuando aún no siendo ya titular de los inmuebles, el pro-

motor ha satisfecho extrajudicialmente las pretensiones de los adquirentes de los diversos pisos en orden a la reparación de las deficiencias. Pero mayores problemas presenta, sin embargo, la legitimación directa de los promotores *ex artículo 1591 CC*, cuando ya finalizada la obra se ha procedido a la enajenación de todos los inmuebles objeto de la misma. El Tribunal Supremo reconoce de manera clara y constante la legitimación activa del comitente para reclamar de quienes son responsables de las deficiencias en los diferentes pisos y locales, tanto con anterioridad a la finalización de la obra como una vez finalizada la misma, en tanto que siga siendo propietario de alguno de los inmuebles (entre otras, SSTS de 14 de abril de 1983 [RJ 1983,2112], 26 de noviembre de 1984 [RJ 1984,4417], de 6 de marzo de 1990 [RJ 1990, 1672], 7 de julio de 1990 [RJ 1990, 1673], 27 de abril de 1995 [RJ 1995, 3259], 21 de junio de 1999 [RJ 1999, 4390], y 7 de mayo de 2001 [RJ 2001, 6897]). Así pues si la jurisprudencia ha evolucionado en la línea de admitir la legitimación de los posteriores adquirentes y subadquirentes aún cuando no fueran parte del contrato de obra, para garantizar la tutela judicial efectiva de la parte más débil, esto es, los propietarios compradores, cuanto menos en admitir la legitimación de los promotores en tanto que «...pero de toda la línea jurisprudencial no se deriva la consecuencia de que el círculo se reduzca a los propietarios, [...] su legitimación adquirida por subrogación junto con el piso no borra la legitimación de los promotores que contrataron con los constructores y técnicos y que conservan acción para exigir el correcto cumplimiento del contrato con base precisamente en el vínculo nacido del mismo». (FD 3.º, con cita de las SSTS de 8 de junio de 1992 [RJ 1992,5168], de 25 de abril de 1995 [RJ 1995,3548], y de 3 de julio de 2000 [RJ 2000,6877]). **(STS de 7 de noviembre de 2005; ha lugar.)**

HECHOS.—La cooperativa de viviendas *Arjona* demandó a la constructora *Hasa*, posteriormente *Huarte*, solicitando que se condenara a la demandada a hacer y reparar todos los defectos y vicios que se concretaban en la demanda. La parte demandada excepcionó la falta de legitimación activa de la mencionada cooperativa, en tanto que ya se había procedido a la enajenación de todos los inmuebles. La excepción fue estimada y, por tanto, desestimada la demanda. Igualmente la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto frente a la misma. La representación legal de la parte demandante formuló recurso de casación alegando la infracción entre otros, de los artículos 1101, 1258 y 1591 CC, así como de la jurisprudencia aplicable a los mismos.

NOTA.—La sentencia que anotamos nuevamente se pronuncia a favor del reconocimiento de legitimación activa a los promotores, en este caso, una cooperativa de viviendas, para reclamar la reparación de los vicios y defectos frente al contratista, aún cuando ya se ha producido la enajenación de los distintos inmuebles y por tanto no ostenta la mencionada promotora titularidad alguna sobre el inmueble objeto del contrato de obra (Cabanillas Sánchez, A., *La configuración jurisprudencial del promotor como garante*, ADC, 1990, pp. 227 ss, en especial p. 237). Dicha sentencia se pronuncia en la misma línea que cierto sector doctrinal que consideran que el carácter impropio de la solidaridad ni excluye pleitos posteriores por parte de la constructora frente a la promotora, ni la posibilidad de que si la promotora contribuyó a la causación del daño, en tanto

que puede por vía de reconvencción reclamar lo que a su derecho convenga (Diéguez Oliva, R., *Legitimación activa de los promotores conforme al art. 1591 CC. Comentario a la STS de 10 de febrero de 2004*, en RdPatr, núm. 14, año 2005, en concreto p. 275). No obstante, en la sentencia que anotamos no consta claramente si en la demanda el fundamento legal de la petición de condena fue el artículo 1101 CC, legitimación sobre la que no existe duda; o por el contrario, dicha reclamación se fundamentó en el artículo 1591 CC, puesto que se hace referencia únicamente a la reparación de los «defectos y vicios que se concretan en esta demanda» y ambos preceptos son alegados conjuntamente en casación. (P. S. S.)

24. Responsabilidad decenal de los agentes de la edificación ex artículo 1591 CC. Concepto de ruina funcional.—El Tribunal Supremo ha declarado de modo reiterado que la declaración de existencia de ruina precisa de una doble apreciación, por un lado de índole fáctica, consistente en la fijación de los hechos y circunstancias integrantes del vicio o defecto constructivo; y otra de índole jurídica, que consiste en la calificación de dicha base fáctica como constitutiva de ruina en alguna de las modalidades admitidas por la jurisprudencia, esto es, ruina física, entendida como derrumbamiento total o parcial del edificio; la ruina potencial, en el que hay riesgo de derrumbamiento y un progresivo deterioro del edificio; y ruina funcional, como aquella en la que «los defectos constructivos inciden en la idoneidad de la cosa para su normal destino y por consiguiente afecta a la utilidad, como exigencia, junto a la seguridad, de una adecuada construcción» (FD 3.º con cita de las SSTs de 7 de marzo de 2000 [RJ 2000,1509], 15 de diciembre de 2000 [RJ 2000,10445], 24 de enero de 2001 [RJ 2001,999], 8 de febrero de 2001 [RJ 2001,2047], 28 de mayo de 2001 [RJ 2001,3437], 21 de marzo de 2002 [RJ 2002,2853], 4 de noviembre de 2002 [RJ 2002, 9630], y de 3 de octubre de 2003 [RJ 2003,6451]).

Función de los arquitectos y de los aparejadores a efectos de delimitación de responsabilidad.—La misión de los arquitectos directores de obra no se limita a la confección del proyecto, sino que en el desempeño de dicha función de dirección les incumbe inspeccionar y controlar si lo ejecutado se ajusta o no al proyecto, para que en el supuesto que no fuera así, poder proceder a adoptar las correspondientes medidas correctoras (STS de 24 de febrero de 1997 [RJ 1997,1194]). Por tal razón es imputable la responsabilidad decenal a los mismos en todos aquellos supuestos en los que se ha producido una desviación con respecto al proyecto, quedando por el contrario exonerados de aquellos defectos de acabado, meras imperfecciones, de las que deberá responder en todo caso el constructor.

Prueba pericial. Revisión de casación de la valoración de la prueba pericial realizada por el Juez de Primera Instancia.—La prueba pericial se utiliza cuando para apreciar los hechos son necesarios conocimientos científicos, técnicos, o prácticos, cuya valoración corresponde al Juez de Primera Instancia conforme a las reglas de la sana crítica, valoración inatacable, en principio, en casación, dado el carácter extraordinario de dicho recurso y la imposibilidad de configurar la misma como una tercera instancia. Sin embargo, cabe excepcionalmente su revisión cuando se tergiversen ostensiblemente las conclusiones periciales o se alcancen conclusiones absurdas, erróneas e ilógicas (FD 3.º así como SSTs 14 de febrero, 7 de marzo [RJ 1989, 2020], y 20 y 24 de abril de 1989 [RJ 1989, 3258], 1 de julio de 1996, 15 de abril de

2003 [RJ 2003,3713]), como sucede en el presente caso. (**STS de 15 de noviembre de 2005**; ha lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante; desestimación del interpuesto por la parte demandada.)

HECHOS.—El presidente de la Comunidad de Propietarios del inmueble X interpuso demanda contra el constructor, los arquitectos y los aparejadores de dicho inmueble, solicitando la reparación de, entre otros daños, los siguientes: deficiente instalación del aislante térmico con respecto al que constaba en la memoria; colocación de cristales de espesor inferior al previsto; utilización de materiales no homologados en los contadores; pintura incorrecta; ejecución de las terrazas comunes de modo distinto al fijado en el proyecto. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando a los aparejadores y al constructor a la realización de las obras y reparaciones necesarias para subsanar dichos vicios, y absolviendo a los arquitectos. Recurrida por ambas partes en apelación la mencionada sentencia, la Audiencia Provincial revocó parcialmente la misma en el sentido de absolver a los citados aparejadores de la responsabilidad por las simples imperfecciones, y declarando como vicio funcional la no ejecución de la cubierta conforme al proyecto, y del cual se hace responsables solidarios al constructor, aparejadores y constructores. Ambas partes interpusieron recurso de casación, siendo únicamente estimado el formulado por la representación legal de la Comunidad de Propietarios que alegó la infracción, entre otros, de los artículos 1243 y 1591 CC, así como del artículo 359 LEC.

NOTA.—En la sentencia que anotamos el Tribunal Supremo reitera su criterio a la hora de determinar o no el carácter ruinógeno de un defecto o vicio en la construcción, considerando como ruina funcional la falta de colocación del correspondiente aislamiento termoacústico, que no se considera como un mero incumplimiento contractual sino que se ha de calificar como tal al afectar a la habitabilidad de las viviendas en cuanto se reduce su aislamiento de las agresiones acústicas y de los cambios exteriores de temperatura. El Tribunal Supremo reitera su jurisprudencia en cuanto a la individualización de responsabilidad cuando ésta fuera posible, como el que nos ocupa con relación a los vicios de acabado que sólo son imputables al constructor y por tanto la condena no solidaria de los agentes intervinientes en la edificación, de modo que no se incurre en incongruencia si, pedida la condena solidaria de aquéllos, se procede a individualizar responsabilidades (en dicho sentido, entre otras, SSTS de 27 de junio de 1994 [RJ 1994, 6505], 18 de diciembre de 2001 [RJ 2001, 9494]. (*R. D. O.*))

25. Responsabilidad del Arquitecto Técnico.—«Si bien el Arquitecto Técnico es responsable de que la obra se ejecute con sujeción al proyecto y exacta observancia de las órdenes e instrucciones del Arquitecto director, esto no significa subordinación o sometimiento pleno y absoluto que suponga un actuar dotado de automatismo, pues, en todo caso, lo que se ha de alcanzar es una buena construcción, con observancia de las prácticas y reglas correspondientes (Decreto de 16 de julio de 1935).

La función que desempeña el Arquitecto Técnico es propia, dotada de autonomía profesional operativa, de la que pueden derivarse las correspondientes responsabilidades, al ser colaborador técnico de la obra y sirve al Arquitecto en cuanto sirve a la obra técnicamente considerada, en la procura de que alcanza la necesaria corrección y no resulte obra defectuosa (SSTS de 15 de julio de 1987, 5 de diciembre de 1988 y 10 de julio de 2001)» (FD 1º). **(STS de 15 de diciembre de 2005;** no ha lugar.)

HECHOS.—La Agrupación de Viviendas X (que representaba a setenta y siete viviendas) interpone demanda contra la constructora, el Arquitecto autor del proyecto y el Arquitecto Técnico como consecuencia de las deficiencias en la red de saneamiento, que estaba afectada de defectos de diseño. El mal funcionamiento era consecuencia del escaso dimensionado de los tubos que debían de ser de un diámetro sensiblemente superior en todos los tramos, a lo que se unía, como causa colateral, la falta de arquetas y pozos de registro cada cincuenta metros. Al diseño técnicamente mal confeccionado se añadía la no adecuada dirección (no de construcción) de la obra. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda interpuesta y condenó a los demandados como responsables de los defectos y deficiencias existentes en la red de saneamiento de la urbanización a ejecutar las obras a que se refería el informe pericial, así como al pago de todos los gastos que de ello se derivasen con el fin de dejar dicha urbanización con plenas garantías de funcionamiento. Asimismo los condenó a abonar a la actora la cantidad de 95.120 pesetas en concepto de daños y perjuicios, más intereses legales desde la interposición de la demanda y a las costas. La Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia dictada en primera instancia: absuelve a la constructora de la realización de obras en la red de saneamiento y conducción del agua de la Agrupación de Viviendas, limitando la condena a la reparación de las humedades existentes en las viviendas, y de todos los desperfectos originados por las mismas, así como a realizar las obras en la red de electrificación que aseguren el cumplimiento de las normas de separación entre redes vigentes en el momento de la realización de las obras; absuelve al Arquitecto de toda responsabilidad en cuanto a las humedades existentes en algunas viviendas de la urbanización, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia; desestima el recurso de apelación interpuesto por el Arquitecto Técnico a quien impone las costas del recurso; estima parcialmente la adhesión a la apelación interesada por la representación procesal de Agrupación de Viviendas declarando que la estimación de la demanda comprende igualmente la reparación de la red de electrificación (de la que deben responder todos los codeemandados), respetando las distancias mínimas a otras redes, la reparación de las humedades existentes en algunas viviendas (de la que debe responder la constructora y el aparejador) y el pago del coste del Proyecto de ejecución de las obras a cuya realización se condena (a costa del arquitecto y del aparejador).

NOTA.—La sentencia anotada reitera la línea jurisprudencial que sostiene que al Arquitecto Técnico le corresponde la vigilancia y control inmediato y directo en todo momento de las ejecuciones

materiales llevadas a cabo, debiendo supervisar los trabajos por completo (SSTS de 18 de septiembre de 2001 y 12 de noviembre de 2003) e incluso suspenderlos dando cuenta al Arquitecto director. En estos casos, el Tribunal Supremo tiene declarado que el Arquitecto Técnico participa como técnico en la dirección de la obra y debe conocer las normas tecnológicas de la edificación y advertir al Arquitecto Superior del incumplimiento y vigilar asimismo que la realidad constructiva se ajuste a su *lex artis* (STS de 5 de octubre de 1990). Le incumbe la inspección de los materiales empleados, proporciones y mezclas con la debida asiduidad (SSTS de 15 de octubre de 1991 y 11 de julio de 1992) así como la correcta ejecución de las actividades constructivas respondiendo de los resultados dañosos que se ocasionen debido a errores, defectos o vicios de las edificaciones en que intervienen (SSTS de 12 de noviembre de 1992, 2 de diciembre de 1994 y 15 de mayo de 1995.)

La responsabilidad del Arquitecto Técnico está relacionada con la obligación que le corresponde de ejercer control directo y efectivo de las actividades constructivas y su incumplimiento puede concurrir con la responsabilidad derivada de deficiencias o irregularidades del proyecto, imputables al Arquitecto redactor del mismo, pues entre sus funciones están las de efectuar las correcciones necesarias para evitar daños, a fin de que el proceso constructivo resulte bien hecho y seguro (SSTS de 5 de febrero de 1993, 22 de septiembre de 1994, 18 de septiembre de 2001 y 10 de marzo de 2004). Cuando se trata de canalizaciones imperfectas u omitidas, las mismas constituyen defecto constructivo causante de ruina funcional (STS de 10 de junio de 2004), lo que hace aplicable el artículo 1591 CC según la sentencia objeto de anotación. (M. C. L. J.)

26. Contrato de préstamo. Carga de la prueba.—En nuestro ordenamiento no cabe, como ocurría en el Derecho Romano, *el non liquet*: el artículo 361 LEC (de 1881) y el artículo 1º.7 CC imponen al Juez el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozca, ateniéndose al sistema de fuentes establecido, por lo que iniciado el proceso éste deberá terminar mediante la sentencia que ha de ser condenatoria o absolutoria. No obstante, puede ocurrir que aun siendo claras las normas jurídicas materiales que se han de aplicar en el procedimiento, el Juez se encuentre al final del proceso con lo que la doctrina ha llamado el hecho incierto, que no haya tenido suficientes elementos de prueba que le permitan dictar sentencia con la certeza y convencimiento sobre los hechos que le imponen la razón y la propia Ley; es decir, la duda sobre los hechos le impide condenar o absolver al demandado. La doctrina habla de la necesidad de que el Juez tenga, para estas ocasiones, una regla de juicio que, fundada en razones incontestables, no tanto sustituya el enjuiciamiento del órgano judicial, como evite la parálisis y la inercia impuestas por las circunstancias de incerteza fáctica que imposibilitan el enjuiciamiento. Este expediente lógico, que llamamos regla de juicio, para el proceso civil está recogido en el artículo 1214 CC, que es interpretado por la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que la Ley quiere que los hechos constitutivos sean de cargo del actor y los demás lo sean del demandado.

Necesidad de una mínima actividad probatoria.—Lo que determina la aplicación de la regla de juicio es la existencia de la duda, lo que implica que

se haya desarrollado, al menos, una mínima labor probatoria en el proceso (STS de 8 de marzo de 1988). Cuando no ha existido ninguna labor probatoria, el Juez absuelve, no tanto en la aplicación de reglas técnicas de enjuiciamiento, como por el hecho de que no están fijados históricamente los hechos que constituyen el supuesto de hecho de la norma de cuya aplicación se trata; en estos casos, el órgano judicial no tiene duda, pero no tiene material probatorio en el que basarse para dictar la sentencia, pues sólo tiene afirmaciones que a la postre no son sino hipótesis sobre las cuales nunca se declara el derecho. La doctrina sobre la presunción de inocencia, que desde la S de 13 de agosto de 1981 viene manteniendo el Tribunal Constitucional, nos permite distinguir claramente lo que es inexistencia de prueba de lo que supone la incerteza probatoria. La regla de juicio sólo es necesario aplicarla en los supuestos en los que, efectuada una labor probatoria, aunque sea mínima, los hechos han quedado inciertos.

Existencia del préstamo.—Como dijeron las SSTs de 31 de mayo de 1968 y 16 de octubre de 1993, lo esencial para la existencia del préstamo no es que la entrega de la cosa sea simultánea a la firma del contrato, sino que el deudor reconozca o el acreedor pruebe que dicha cosa o cantidad la tiene, en efecto, recibida con obligación de devolverla en plazo determinado; en tanto que las SS de 28 de marzo de 1983 y 7 de octubre de 1994, con referencia a los artículos 1740 y 1753 CC, afirman que «con arreglo a estas normas no puede tenerse por existente un préstamo de dinero e imponer la obligación de devolver determinada cantidad sin la previa entrega de numerario por el prestamista al prestatario, por lo mismo que el mutuo es un contrato real». (STS de 7 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Se arguye por la entidad *AQM, S. A.* que realizó un préstamo verbal por importe de 8.975.000 pesetas a los esposos don R. M. R. R. y doña R. S. M., habiendo devuelto éstos únicamente la cantidad de 925.000 pesetas, por lo que le adeudarían 8.050.000 pesetas, préstamo cuya existencia aquéllos niegan. La sociedad interpone demanda contra los esposos solicitando la condena al pago solidario de la citada cantidad de 8.050.000 pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la sociedad demandante, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando íntegramente la sentencia de instancia. Finalmente, la sociedad recurre en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—La presente sentencia se basa en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y la redacción del Código civil anterior a la vigente Ley procesal de 2000. No obstante, sus argumentaciones son perfectamente válidas referidas a la actual regulación procesal, sin más que tener en cuenta que hoy el artículo 1214 CC se halla derogado, y sustituido por el artículo 217 LEC de 2000; y que en cuanto al artículo 361 de la Ley de 1881, si bien no existe un precepto igual en la nueva Ley, puede considerarse equivalente el artículo 211 de ésta, en la medida en que impone la observancia del plazo para dictar las resoluciones judiciales. (*F. J. J. M.*)

27. Préstamo otorgado por Caja de Ahorros: cargo indebido en cuenta corriente: expresión de tal destino en el documento privado de

solicitud del préstamo y no en la escritura pública del préstamo.—Es correcto el abono de un préstamo por parte de la Caja de Ahorros prestamista cuando sigue las indicaciones realizadas en la solicitud del préstamo en documento privado por persona autorizada por el prestatario como destino parcial de aquél, atendiendo a la certeza de la existencia del pacto, a que la divergencia entre el contenido del documento privado de solicitud del préstamo y el público de su formalización, no resta veracidad al primero, ni determina su falsedad, y a la aplicabilidad al caso del artículo 1224 CC.

Autenticidad del documento privado y su valoración a efectos de prueba.—La autenticidad del documento privado en cuanto procedencia del autor —coincidencia del autor aparente con el autor real— es *conditio sine qua non* para la idoneidad valorativa —ulterior valoración del contenido—, de tal modo que, probada la inautenticidad, el documento privado no puede operar como medio de prueba, y no probada, pero sin que tampoco conste la autenticidad, sólo puede ser valorado si lo es conjuntamente con los restantes elementos probatorios. Pero sucede que la prueba de la autenticidad o inautenticidad no es prueba documental, sino que puede tener lugar por confesión, pericial, testifical o presunciones, según los casos, y aunque cabe la posibilidad de que se utilice documental para el efecto pretendido, no es éste el caso, pues no se planteó ningún contraste o compulsas con ningún tipo de documento, libro o archivo, y al elegir el artículo 1218 CC para contradecir la autenticidad, no se ha elegido un soporte adecuado, y lo propio hubiera ocurrido con la invocación del artículo 1225 relativo a la documental privada.

La eficacia del documento privado auténtico y el artículo 1218 CC.—La atribución de eficacia al contenido del documento privado de suscripción del préstamo al efecto de excluir la ilegalidad del cargo en la cuenta efectuado por la entidad demandada, no contradice la escritura pública de préstamo que omite lo relativo al destino del mismo, ni supone dar prioridad respecto de ésta al documento privado, porque no hay contradicción, sino plena compatibilidad, como se ha razonado, con cabal acierto, en las sentencias de instancia; además esta Sala tiene reiterado que la prueba documental pública no es preferente o privilegiada respecto de otras pruebas, pues hace prueba del hecho de su otorgamiento, pero no de su contenido, cuya veracidad intrínseca puede ser desvirtuada por prueba en contrario.

El principio constitucional de seguridad jurídica.—Según la doctrina del Tribunal Constitucional: 1º) La seguridad jurídica ha de entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados procurando la claridad y no la confusión normativa, y como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho; 2º) En la vertiente subjetiva reconducible a la idea de la previsibilidad de los efectos de la aplicación de la norma por los poderes públicos, ponderando los diferentes elementos en presencia, ya que la seguridad jurídica no es un valor absoluto, y ha de ceder ante otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos; y 3º) Aunque no conforma un derecho fundamental, sin perjuicio de su imbricación en uno de ellos (singularmente el art. 24.1 CE) cuando entre en conexión, en todo caso constituye un principio general del ordenamiento y un mandato dirigido a los poderes públicos, de modo que se impone a todos los órganos del Estado. Si tenemos en cuenta la anterior doctrina constitucional que resume en certeza y legalidad e interdicción de la arbitrariedad, relatividad y exigencia normativa, no se aprecia en el caso violación de la misma, y, por consiguiente, no se ha afectado al principio de seguridad jurídica.

Apreciación conjunta del documento privado y del público.—Es cierto que el documento público da lugar a estabilidad y seguridad en el tráfico jurídico al incorporar datos significativos acerca de la relación jurídica y la posición que en ella ocupan cada una de las partes, pero ello no obsta cuando tiene un valor *ad probationem*, que se pueda complementar por lo que conste en documentos privados, aunque sean anteriores, e, incluso, que prevalezca *inter partes* lo que en éstos se establezca cuando se acredite que responde a la común intención de los otorgantes; y en el caso sucede que no hay contradicción documental y que se ha estimado probado que el contenido del documento privado forma parte de la previsión normativa contractual.

Artículo 1224 CC.— Este precepto, como dice la jurisprudencia, se refiere al contrato reproductivo o de fijación jurídica, sin otra significación o finalidad que la de un medio o reconocimiento o contrato preexistente (SSTS de 6 de junio de 1969, y 16 de febrero de 1990), o dar constancia al negocio primordial o de conferirle certeza o claridad (SSTS de 19 de noviembre de 1974, 5 de febrero de 1981 y 23 de junio de 1983), y no comprende las escrituras que tienen por objeto desvirtuar otra anterior (art. 1219), ni las denominadas *dispositivas* (art. 1218). En el presente caso el contrato de préstamo se perfeccionó con la escritura pública y la entrega de la cosa, dado el carácter real del contrato conforme al artículo 1740 CC, por lo que, hasta entonces no existía un convenio vinculante que reconocer o fijar.

Buena fe contractual sólo de parte de la entidad prestamista.—Resulta justificada la apreciación de la buena fe en la entidad demandada y no en la contraparte, por lo cual sólo aquélla cumple la exigencia de corrección, honradez, lealtad y fidelidad a la palabra y la conducta seguida, a la par que la observancia de un comportamiento coherente y de protección de la confianza ajena, constituyendo tal exigencia una norma básica de la sociedad moderna tanto en el ejercicio de los derechos (art. 7.1 CC), como elemento integrador de los contratos (arts. 1258 CC y 57 CCO). (STS de 14 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia de la que ha sido Ponente Corbal Fernández relativa a un contrato de préstamo otorgado por una Caja de Ahorros por importe de cuarenta y siete millones de las antiguas pesetas, expresándose en la solicitud de préstamo formalizada por el Administrador de la entidad prestataria, el diversificado destino del mismo, describiéndose en particular que parte del préstamo se destina al pago de una deuda de *Hidráulicas H*, que fue cargado en la cuenta del prestatario por un importe de 21.660.406 pesetas. Es importante destacar que en la escritura pública del préstamo no se hizo mención del destino particularizado del mismo. La demanda se interpone por el prestatario contra la Caja de Ahorros, sin que intervenga en el pleito el beneficiario de ese pago parcial. La demanda fue desestimada en ambas instancias y el recurso de casación también, mediante una interesante argumentación sobre el valor del documento público y privado, sobre la seguridad como principio constitucional y sobre el significado del artículo 1224 CC que la Audiencia Provincial estimo aplicable al caso y que el Tribunal Supremo rechaza. Según se dice en el 5º FD *aunque se estimase el motivo resultaría inocuo para el recurso por aplicación de la doctrina de esta Sala de equivalencia de resultados, con arreglo a la que la sentencia recurrida no debe ser casada cuando coincida*

el fallo con el que tendría que pronunciar esta Sala (STS de 14 de junio de 2005 y cita), lo que ocurre cuando procede confirmar la resolución recurrida aunque sea por otros fundamentos, incluso si para ello se obra dentro del ámbito permitido del principio «iura novit curia». Me parece también acertada la integración del documento privado de solicitud del préstamo en el negocio de otorgamiento. Tales contratos son objeto normalmente (en atención sobre todo a su cuantía) de un proceso de tramitación, más o menos largo, durante el cual la entidad crediticia comprueba la situación financiera y la solvencia del prestatario, y así, a lo largo del mismo se van perfilando los caracteres del préstamo; en nuestro ordenamiento nada impide que el contrato incluya el destino del capital prestado, y habiéndolo fijado inicialmente el prestatario, sin protesta del prestamista ni modificación del solicitante, parece correcta la interpretación del Tribunal Supremo. Lo mismo que la calificación de la conducta subjetiva de las partes en la sentencia anotada. Es curioso que el *beneficiario* de parte del préstamo no aparezca en el proceso, ni como parte, ni como testigo. Sentencia de aprobar. (G. G. C.)

28. Mandato para adquirir. Forma y contenido del mandato.—Tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones, para la transmisión del dominio de inmuebles, se requiere conforme a los artículos 1710 y 1713 CC *mandato expreso*, mandato que sin embargo no ha de ser por escrito, pero que sí ha de quedar claramente precisado su objeto y su extensión, mandato que puede darse verbalmente (FD 1.º, así como SSTS de 21 de febrero de 1990, 30 de junio de 1993 y 18 de enero de 2000, entre otras).

Adquisición del intermediario en nombre propio pero por cuenta ajena. Carácter de factor notorio.—Partiendo de la calificación del carácter del intermediario como factor notorio, se entiende que está dotado de poder general pero estrictamente referido al aspecto objetivo de las operaciones relativas al giro de la empresa de la que forma parte (SSTS de 25 de abril de 1986 y 7 de mayo de 1993). Conforme a la interpretación jurisprudencial del artículo 286 CCO «se establece la presunción legal de que el que forma parte de una empresa mercantil, con capacidad para administrar, dirigir y contratar sobre cosas concernientes al tráfico de la misma, debe entenderse, [...] como hecho por cuenta de la sociedad (FD 1.º). (STS de 7 de noviembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 28 de abril y 13 de junio de 1988, los hermanos Diego, José y Mateo vendieron en tres contratos privados de compraventa, a Diego, que declaraba actuar en nombre propio, tres fincas que pertenecían a aquellos en diversas proporciones. El día 20 de abril de 1989 se escrituró a favor de la *Sociedad Iberprojects* los contratos de compraventa de las fincas pertenecientes a Diego y José. Más tarde Diego, actuando como administrador solidario de *Iberproject*, entabló negociaciones con el correspondiente Ayuntamiento para la recalificación de los terrenos, así como encargó a un perito topógrafo la medición de las tres fincas y a un arquitecto diversos trabajos con relación a dichos terrenos, todos ellos abonados con fondos de la entidad mercantil. Por parte de la entidad *Iberproject* se entabló demanda contra Diego solicitando que se declarase el dominio de aquella sobre la finca en cuestión, conde-

nando al demandado a otorgar la correspondiente escritura pública así como a la rendición de cuentas de las gestiones llevadas a cabo. Estimada la demanda en primera instancia, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto contra dicho fallo. La representación de la entidad *Iberproject* interpuso recurso de casación por infracción, entre otros, de los artículos 1710, 1713 CC y artículos 246 y 286 CCO.

NOTA.—No ha habido durante años unanimidad en la doctrina sobre los efectos reales y obligacionales de la representación indirecta. Frente a las teorías que se han pronunciado a favor de una total comunicabilidad de efectos entre el principal y el tercero cuando la actuación del intermediario es en nombre propio, el Tribunal Supremo ha reconocido la titularidad de tales efectos en la persona del principal o *dominus*, tomando como base para esa traslación de efectos el carácter ajeno del negocio gestionado, carácter que se manifiesta como en el caso que analizamos en el origen de los fondos con los que se lleva a cabo dicha gestión (SSTS de 16 de mayo de 1983, 5 de junio de 1986, 18 de enero de 1996, 24 de marzo y 19 de junio de 1997, entre otras), aun cuando no conste expresamente la existencia de un mandato (STS de 20 de enero de 2000), si bien califica la relación del intermediario con el bien objeto de compra como o «adquisición en tránsito» o «titularidad provisional en tránsito hacia el patrimonio del mandante», como en las SS 13 de mayo de 1986, 14 de octubre de 1989, y 18 de enero de 2000, entre otras. Pero en la sentencia que anotamos la titularidad de lo adquirido se reconoce directamente en el principal no sobre la existencia de un mandato, con independencia de la forma de otorgamiento del mismo aspecto sobre el que sí incide el Tribunal Supremo, sino como consecuencia de la calificación de la actuación del adquirente como *factor notorio* (art. 286 CCO) o como *comisionista* (art. 246 CCO), tal y como lo formuló la parte en su recurso de casación, cuando tal y como consta en el relato de los hechos el intermediario, además de ser socio de la entidad para la cual adquirió, era administrador solidario de la misma, por lo que conforme a la legislación de sociedades anónimas y verificándose los requisitos del artículo 1697 CC, la sociedad es quien resulta obligada directamente frente a los terceros. Sobre dicha base legal, no hubiera sido necesario entrar a analizar la forma o extensión del poder o mandato del administrador, puesto que conforme al artículo 129 TRLSA, su ámbito de representación se extiende «a los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos». (R. D. O.)

29. Prenda: interpretación del contrato para identificar la cosa pignorada. Compensación anticrética.—La fijación del sentido jurídicamente relevante de las reglas contractuales corresponde a la soberanía de los Tribunales de la instancia, de modo que el resultado de su labor hermenéutica ha de permanecer incólume en casación mientras no se demuestre que contraviene alguna de las normas que disciplinan la interpretación (SS de 30 de marzo de 2000, 8 de julio, 28 de noviembre, 2 de diciembre de 2003, 23 de enero y 2 de junio de 2004, 13, 18, 20, 23 y 27 de mayo, 1 y 10 de junio de 2005), lo que no acontece en este caso, dado que la literalidad de la cláusula negocial

en que basó su conclusión el Tribunal de apelación y la licitud del pacto de pignoración de intereses, justifican cumplidamente la interpretación impugnada.

En efecto, los contratantes convinieron (cláusula primera del contrato) que la prenda tendría por objeto sólo una parte del saldo de la cuenta bancaria, quedando libre el resto. Pero también pactaron literalmente (misma cláusula *in fine*) que *se extenderá a las cantidades que por intereses o por cualquier otro concepto haya de percibir D. A...*

No puede, por lo tanto, afirmarse que violente la regla del artículo 1281, apartado primero, CC atribuir a la citada regla contractual el sentido que le dio la Audiencia Provincial, al declarar que la suma pignorada estaba constituida por el principal determinado y por los intereses producidos por el mismo.

Conclusión favorable a considerar gravados, *ex voluntate*, los intereses que se reafirma en su validez si se tiene en cuenta que la llamada compensación anticrética, esto es, la imputación de los frutos civiles de la cosa a los intereses de la deuda garantizada y, si procede, al capital, está expresamente admitida en el Código civil para los casos en que la prenda produzca intereses (art. 1868), como lo estaba en el artículo 1777 del Proyecto de 1851 y, anteriormente, en el Código justiniano (Codex IV.XXIV.I: *ex pignore fructus imputantur in debitum...*), así como, hoy, en otras legislaciones españolas (art. 471 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprobó la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra; art. 2.1.b) de la Ley catalana 22/1991, de 29 de noviembre, de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble). (STS de 2 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El conflicto de intereses que llega al Tribunal Supremo tiene su origen en el funcionamiento de un contrato de prenda irregular constituida en garantía de las deudas de una tercera persona. Las dos cuestiones en que se centró en el recurso fueron, de una parte, la interpretación del contrato de garantía mobiliaria, concretamente, la identificación de los bienes pignorados; de otra, la valoración de la prueba practicada en el proceso sobre la identificación de la deuda garantizada. Ambos problemas se habían planteado ya en el escrito de demanda: el actor y pignorante alegaba que del saldo de la cuenta bancaria había pignorado sólo una parte, con expresa declaración —aceptada por la otra parte contratante— de que el resto no quedaba gravado. Así, al haber satisfecho su crédito la entidad acreedora no sólo contra la suma dada en prenda sino también contra los intereses producidos por ésta había infringido el acuerdo pactado y venía obligada a restituir la cantidad indebidamente percibida. Tanto el Juzgado como la Audiencia entendieron que el pacto entre acreedora y pignorante se extendía a los intereses de la suma dada en prenda y que no había quedado probado en el proceso que la prenda hubiera sido aplicada al pago de deudas distintas de las garantizadas. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor. (R. G. S.)

30. Minas. Intrusión. Competencia de los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo.—La acción ejercitada en la demanda versa sobre una cuestión civil, como es el enriquecimiento injusto derivado

de una intrusión minera, de la que corresponde conocer a los tribunales civiles, y si bien es cierto que la resolución administrativa sobre la existencia de la intrusión y sus dimensiones vincula en el orden jurisdiccional civil (STS de 9 de julio de 1992), por el organismo administrativo entonces competente se declaró dicha existencia, y aunque dejó indeterminada la extensión, no existe obstáculo a que este extremo se complemente mediante la valoración de la prueba practicada en el proceso civil como presupuesto indispensable para poder dar respuesta a la pretensión de tal índole y a los solos efectos de ésta, lo que, cuando menos, tiene perfecto encaje en el artículo 10.2 LOPJ, con arreglo al que «a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente».

Minas. Intrusión. Legitimación activa del titular de una concesión minera arrendada para accionar contra la intrusión.—*Carbones Balín, S. L.* no acciona como arrendadora, sino como titular de la concesión, título que le faculta para extraer el carbón de dicha concesión y para arrendar tal extracción a otra persona. La existencia de una intrusión, de modo que la demandada ha extraído carbón sin pagar canon alguno, supone un perjuicio para aquélla, porque implica que no puede reclamar el canon a la arrendataria, ya que la obligación de ésta consistía en pagar canon por el tonelaje que extraía de la concesión, pero no en pagarlo por el tonelaje extraído por otra explotadora, y concretamente por el que fue objeto de intrusión. Por consiguiente, resulta evidente que se produjo un perjuicio para la titular de la concesión y un enriquecimiento, sin causa que lo justifique, para la empresa que llevó a cabo la intrusión, que legitima a la primera para accionar, sin que nada obste el precepto del artículo 81 de la Ley de Minas, porque no se refiere a la legitimación activa, si bien podría haberse dado lugar a un problema en orden a delimitar los respectivos perjuicios sufridos por la titular y la arrendataria de la concesión, pero el tema es irrelevante en el presente proceso porque ambas entidades formularon una reclamación conjunta. (STS de 2 de noviembre de 2005; no ha lugar a uno de los recursos y sí al otro.)

HECHOS.—*C. B., S. L.* y su arrendataria *A. B., S. L.* argumentan que *A. A., S. L.* extrajo indebidamente carbón de la concesión Feliu Primera, y solicitan de ésta el pago, en concepto de daños y perjuicios, del beneficio que hubiera obtenido de tal extracción, previa deducción del carbón que la coactora *A. B., S. L.* extrajo por error de la concesión Moruga de *A. A., S. L.*

C. B., S. L. y *A. B., S. L.* interpusieron demanda en tal sentido contra *A. A., S. L.*, que reconvino solicitando el abono del enriquecimiento de aquéllas por intrusiones declaradas por sendas resoluciones de la Delegación Provincial de León del Ministerio de Industria y Energía y la condena de las mismas a realizar las labores precisas para evitar que sus explotaciones inunden o se introduzcan en las de *A. A., S. L.*, así como la indemnización de los daños causados por razón de dichas aguas. Fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia la pretensión de *A. B., S. L.* y en cambio desestimada la de *C. B., S. L.*; asimismo, el Juzgado estimó la reconvencción interpuesta por *A. A., S. L.*, únicamente respecto de *A. B., S. L.* Interpuestos sendos recursos de apelación, la Audiencia Provincial desestimó los de *C. B., S. L.* y *A. A., S. L.* y estimó parcialmente el de *AB, S. L.*, declarando haber lugar a la demanda interpuesta por ésta contra *A. A., S. L.* y parcialmente a la reconvencción de ésta

contra aquélla, y desestimando en cambio tanto la demanda de *C. B., S. L.* contra *A. A., S. L.* como la reconvenional de ésta contra las otras dos sociedades. Finalmente, *A. A., S. L., C. B., S. L.* y *A. B., S. L.* formulan sendos recursos de casación —si bien el tercero se declaró caducado—, siendo desestimado por el Tribunal Supremo el primero de ellos y estimado el de *C. B., S. L.* en el sentido de que la condena de *A. A., S. L.* lo sea también a su favor y no sólo de *A. B., S. L.* (*F. J. J. M.*)

31. Responsabilidad civil extracontractual. Lesiones producidas en accidente de trabajo. Competencia de la jurisdicción civil.—Siendo patente en nuestro ordenamiento jurídico la superación del principio de inmunidad del empresario y de los límites de la reparación, esenciales en su día al configurarse inicialmente la cobertura de los accidentes de trabajo como una responsabilidad objetiva por riesgo empresarial (Ley de 30 de enero de 1900), resulta aconsejable, dada la compatibilidad entre las indemnizaciones fundadas en la responsabilidad civil del empresario y las prestaciones de la Seguridad Social originadas por el mismo supuesto de hecho (art. 127.3 del actual texto refundido de la LGSS —art. 97.3 del anterior texto refundido, vigente al tiempo de ocurrir los hechos—), mantener, en garantía del principio de reparación íntegra del daño, la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de la posible culpa del empresario fundada en los artículos 1902 y 1903 CC, como una mejor garantía del total resarcimiento del daño mientras no se produzca una modificación legislativa en materia de competencia que despeje cualquier duda al respecto. En tal sentido, aun cuando de varias sentencias de la Sala civil del Tribunal Supremo puede resultar una acumulación no coordinada de indemnizaciones e incluso un cierto grado de identificación o coincidencia entre los criterios de imputación del empresario en los ámbitos laboral y civil, debe entenderse como criterio prevalente el que mantiene la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer la responsabilidad civil dimanante de culpa extracontractual del empresario por muerte o lesiones del trabajador sufridas mientras desempeñaba su trabajo, siempre que la demanda no se funde en el incumplimiento de las obligaciones del empresario derivadas del contrato de trabajo, sino en la culpa extracontractual del artículo 1902 CC, en especial desde que en 1998 se retomó esta línea jurisprudencial (SSTS de 13 de julio, 13 de octubre, 18 y 30 de noviembre y 18 y 24 de diciembre de 1998, 1 de febrero, 10 de abril, 13 de julio y 30 de noviembre de 1999, 7 y 21 de julio de 2000, 2 de julio y 8 de octubre de 2001 y 21 de julio de 2003, con las excepciones de las SSTS de 24 de diciembre de 1997 y 10 de febrero y 20 de marzo de 1998).

Responsabilidad civil extracontractual. Lesiones producidas en accidente de trabajo. Compatibilidad de la indemnización laboral por accidente de trabajo y de la civil derivada de responsabilidad extracontractual.—Son compatibles la indemnización de tipo laboral por accidente de trabajo cuando éste se realiza con todas las garantías y precauciones, y que asume la Seguridad Social conforme a las normas que la regulan, con aquélla otra derivada de actos culposos o negligentes del patrono originantes de acción aquiliana (SSTS, entre otras, de 21 de marzo de 1969, 10 de noviembre de 1977, 20 de febrero y 23 de mayo de 1978, 29 de abril de 1980 y 12 de abril de 1984). (**STS de 18 de noviembre de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—En la prestación de su trabajo habitual como albañil oficial de segunda para la empresa *C. L., S. A.*, don *M. Z. M.* sufrió un accidente laboral, que motivó su fallecimiento. Su viuda formuló demanda de reclamación de cantidad por responsabilidad extracontractual contra la constructora y su aseguradora *CACSR, S. A.*, solicitando una indemnización de quince millones de pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando solidariamente a los demandados al pago de una indemnización de 12.900.000 pesetas, con intereses, menos la franquicia de 50.000 pesetas, que deberá ser satisfecha exclusivamente por la constructora. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, revocando la sentencia de instancia al estimar la excepción de incompetencia de jurisdicción. Finalmente, la demandante recurre en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo, que confirma íntegramente la sentencia de primera instancia.

NOTA.—La determinación de la jurisdicción competente en materia de accidentes de trabajo es una materia en que rige una gran incertidumbre e inseguridad jurídicas, debido a lo difuso y poca claridad de su tratamiento normativo, que se reproduce igualmente que en otras *zonas grises* encuadrables en áreas del ordenamiento jurídico encomendadas a órdenes jurisdiccionales distintos (como por ejemplo, por sólo citar un caso, en relación con la responsabilidad médica reclamada contra instituciones sanitarias públicas). La jurisprudencia, tras unas ciertas oscilaciones, parece haber llegado a una cierta estabilidad en la línea expuesta en la resolución extractada (de las abundantes sentencias que son objeto de cita por ésta, es de destacar la STS de 31 de diciembre de 2003 —extractada en *ADC*, LVIII-III, 2005, pp. 1457-1458—, que expone detalladamente la evolución que en este punto ha experimentado la Sala de lo civil del Alto Tribunal), si bien parece que sería preferible que se produjera una definitiva solución por el legislador, dada la natural mutabilidad de la jurisprudencia. (*F. J. J. M.*)

32. Culpa extracontractual: daños causados a menor por caída en centro docente: acción ejercitada contra Administración y particulares: derecho transitorio: competencia civil.—Se impone estimar la competencia de la jurisdicción civil para conocer de la demanda pues es doctrina de esta Sala que la razón jurídica para denegar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa radica exclusivamente en la *vis atractiva* del orden civil, que es aplicable, tratándose de una reclamación patrimonial formulada en 1994 frente a la Administración conjuntamente con personas físicas o jurídicas privadas, dado que la atribución de la competencia en tales casos al otro orden no se produjo hasta la Ley de 13 de julio de 1998, que añadió al artículo 9.4 de la LOPJ el párrafo 2.º con un inciso según el cual *si a la producción del daño hubieren concurrido sujetos privados, el 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, como señala la STS de 22 de julio de 2004, y que es además el que responde a elementales razones de seguridad jurídica procesal en la interpretación de unas normas que no se ofrecen con absoluta claridad y

uniformidad en una materia como la determinación de la jurisdicción competente para conocer una pretensión de esta clase, necesaria de todo punto para dotar al sistema de la necesaria seguridad jurídica y al ciudadano de la tutela consiguiente. En el presente caso la reclamación civil del padre como representante de su hija, en reparación de las graves lesiones sufridas por su hija derivadas de la caída ocurrida en un centro docente escolar y el posterior traslado a casa, tiene lugar después de que dos Resoluciones ministeriales de 1991 desestiman la reclamación del actor, declaran agotada la vía administrativa, y remiten expresamente a la jurisdicción civil.

Artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.—Aceptando el fallo de la sentencia de primera instancia procede aplicar el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que impone la obligación de indemnizar a los particulares de toda lesión que los mismos sufran por el funcionamiento normal o anormal del servicio educativo. (STS de 24 de noviembre de 2005; ha lugar.)

NOTA.—En cuanto a los hechos hay que destacar que en la sentencia extractada se omite toda indicación de los daños sufridos por la menor, aunque puede inferirse del hecho de que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en 1996 los valoró en veinticinco millones de las antiguas pesetas, valoración que acepta la Sentencia del Tribunal Supremo. Tampoco se indica el día en que ocurrieron los hechos, cabiendo conjeturar que al dictarse la sentencia firme la *niña* a que aluden los autos haya alcanzado la mayoría de edad. Otro lamentable ejemplo de retraso judicial. Por lo demás, la sentencia extractada reitera una conocida doctrina jurisprudencial sobre la *vis atractiva* de la jurisdicción civil. (G. G. C.)

33. Responsabilidad civil extracontractual. Daños. Valoración. Carácter orientativo de las tablas establecidas para la responsabilidad por accidentes de tráfico respecto a sectores ajenos a ella.—La apreciación de la prueba es competencia de la sala de instancia, que para la valoración de los daños puede recurrir orientativamente al baremo establecido para accidentes de tráfico en la Ley 30/95 si estima que no concurren circunstancias especiales.

Responsabilidad civil extracontractual. Concurrencia de culpas.—En la valoración de la responsabilidad, cabe atender a un elemento de «imputación objetiva» que implica no poner a cargo de los responsables un daño cuando hay que aceptar un «riesgo general de la vida» y se ha de partir de que necesariamente el comportamiento humano, en la generalidad de los casos, según la regla del *id quod plerumque accidit* implica soportar pequeños riesgos, y conducirse con un mínimo de cuidado y de atención. En el caso en estudio, es patente el enlace preciso y directo entre el resultado y la acción, y la existencia de una «concurrencia de culpas», dado que un escalón de entre ocho y diez centímetros puede ser perfectamente evitado por cualquier persona, no siendo en tal momento la víctima de edad tan avanzada que haya que suponer un estado valedudinario. (STS de 11 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña C. G. O., que a la sazón tenía setenta años, tropezó al salir de un ascensor con el escalón de entre ocho y diez centímetros que dejaba el aparato al parar en la segunda planta, sufriendo la fractura de cadera izquierda y otras secuelas. Reclamaba una indemnización de diez millones de pesetas contra la compa-

ña que tenía a su cargo el mantenimiento del ascensor, la aseguradora de responsabilidad civil de la misma y la aseguradora de la Comunidad de Propietarios, que no fue demandada.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, condenando solidariamente a los demandados al pago de una indemnización de siete millones de pesetas, con intereses. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la revocó en parte, fijando la indemnización en 1.526.667 pesetas y confirmando el resto de los pronunciamientos. Finalmente, la demandante recurre en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—La consideración del valor orientativo de las tablas establecidas para la responsabilidad nacida de accidentes de tráfico en sectores ajenos a la circulación de vehículos de motor ha sido reiterada en otras Sentencias del Tribunal Supremo posteriores a la que aquí tratamos, como las de 10 de febrero y 27 de noviembre de 2006. (F. J. J. M.)

34. Culpa extracontractual: muerte por caída de grúa instalada en finca colindante: responsabilidad del instalador de la grúa: incumplimiento de disposiciones administrativas: ausencia de nexo causal: irresponsabilidad de la aseguradora.—Ante la falta de razonamiento de la sentencia recurrida sobre por qué la instalación de la grúa próxima al taller puede considerarse como conducta negligente, ha de señalarse que el instalador no es quien elige el lugar donde la grúa ha de ser instalada; la colocación de la grúa más o menos alejada del taller en donde ocurrió el accidente, no implica un incremento o disminución del riesgo nacido de la propia instalación de aquélla, sobre todo si se tiene en cuenta que el edificio en que está situado el taller y sobre el que sobrevolaba la pluma de la grúa es propiedad del dueño del taller que, a su vez, era dueño de la obra para la cual se había instalado la grúa. Es cierto que en el caso no existió el proyecto de instalación de la grúa ni el certificado sobre el correcto montaje de la misma, conforme a las normas administrativas vigentes, pero del incumplimiento de éstas no surge, por sí sola, una actuación culposa o negligente del instalador, de la que nazca obligación de resarcir por culpa extracontractual. Por otra parte, la cumplida justificación del nexo causal, que haga patente la culpabilidad del agente en la producción del daño, no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo o de la inversión de la carga de la prueba, pues el cómo y el por qué se produjo el accidente siguen constituyendo elementos indispensables en la identificación de la causa eficiente del evento dañoso (SSTS de 27 de diciembre de 2002, 9 de julio de 2003, 17 de diciembre de 2004 y 21 de abril de 2005, entre otras). Por todo ello procede absolver a la compañía aseguradora, y también al instalador, aunque no recurrió en apelación.

Responsabilidad por riesgo de la empresa usuaria de la grúa: prueba: testimonio en diligencias penales.—En virtud del riesgo que supone la utilización de esta grúa, incumbía a los recurrentes acreditar que emplearon toda la diligencia exigible en su manejo a fin de evitar daños a terceros. Empleo de la diligencia debida que en el caso no resulta acreditado. Las manifestaciones de un testigo en diligencias penales, traídas a los autos mediante testimonio, no tienen carácter testifical aunque fueran ratificadas al absolver posiciones por ser dicho testigo demandado en este pleito, sino documental y de libre valoración por la Sala en conjunción con las demás aportadas. (STS de 21 de diciembre de 2005; ha lugar en parte.) (G. G. C.)

35. Responsabilidad civil extracontractual. Solidaridad.—Se impone la solidaridad en materia de obligaciones extracontractuales por el ilícito culposo con pluralidad de agentes (SSTS de 12 y 13 de diciembre de 1998, entre otras). Cuando la culpa es imputable a más de un sujeto, sin que existan elementos conducentes a diferenciar la concreta responsabilidad de cada uno, el vínculo de solidaridad es el procedente por ser el más adecuado, con relación al perjudicado, para la efectividad de la indemnización correspondiente (SSTS de 26 de noviembre de 1993, 20 de octubre de 1997 y 3 de diciembre de 1998, entre otras).

Irretroactividad de los estatutos privados sancionadores.—Cuando los comisarios adoptaron el Acuerdo sancionador regía la norma nueva, pero no se podía aplicar a hechos cometidos con anterioridad a la modificación del Código de Carreras, a los que sólo se podía imponer la sanción procedente en el momento de la comisión del hecho. Ciertamente que el Código de Carreras no es una norma en sentido estricto sino unas reglas de juego a las que voluntariamente se someten los partícipes de las carreras, pero el principio de irretroactividad irradiaba su fuerza en estatutos privados sancionadores de conductas de los que a ellos se someten, sobre todo cuando recaen sobre personas que tienen como medio de vida el desarrollo de la actividad que se prohíbe temporalmente.

Interés protegible en el recurso. Relación de la sociedad con sus comisarios.—La sociedad no tiene interés protegible más que para impetrar su absolución, dado que el fundamento de su condena radica en hechos propios, distintos de los que sustenta la de los comisarios de carreras. Debió recurrir casacionalmente su propia condena, no impugnar la sentencia para mantenerla y exonerar a los comisarios, faltando un interés protegible de la sociedad para pretender la absolución de los comisarios; ellos son los que tenían la legitimación al efecto, no aquélla, y han acatado la sentencia recurrida. (STS de 25 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Los comisarios de la *Sociedad de Fomento de la Cría Caballar de España* adoptaron el 4 de octubre de 1991 el Acuerdo de prohibir provisionalmente la participación en carreras públicas del caballo *Ciclón*, propiedad de don J. A. M. U., siendo su preparador don A. I. B., al haberse detectado en las muestras tomadas al mencionado animal la presencia de lignocaína. Asimismo, el 4 de febrero de 1992 los comisarios tomaron el Acuerdo de distanciar al último lugar al caballo en el Premio «Les Halles, El Salón de Moda», disputado el 22 de septiembre de 1991 en el Hipódromo de la Zarzuela de Madrid, imponer al preparador don A. I. B. la multa de 750.000 pesetas y la retirada de la licencia para preparar caballos de carreras hasta el 30 de junio de 1994; sanciones que fueron confirmadas por el Acuerdo de 31 de marzo de 1992, desestimatorio del recurso de revisión interpuesto por don J. A. M. U. Finalmente, los comisarios adoptaron el 8 de febrero de 1992 el Acuerdo de prohibir a don A. I. B. la entrada a los locales y terrenos de entrenamiento de las Sociedades de Carreras de Caballos de España, salvo los días en que se celebraran espectáculos con despacho de entradas al público en general, mientras subsistiese vigente la sanción de retirada de licencia que le fue impuesta por Acuerdo de 4 de febrero de 1992; sanción que fue confirmada por Acuerdo de 21 de marzo de 1992, que desestima el recurso de revisión interpuesto por don A. I. B.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda interpuesta por don J. A. M. U. y don A. I. B. contra la *Sociedad*, sus comisarios don B. G. P., don M. R. S., don A. B. L. y don E. E. V., y don J. G. N., secretario de la misma, absolviendo a todos los demandados. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente, declarando que la sanción de inhabilitación impuesta a don A. I. B. sólo debía haber durado hasta el final del año en curso en que se adoptó, y condenando a la *Sociedad de Fomento y Cría Caballar de España*, con responsabilidad solidaria y directa de sus comisarios, a indemnizar a don J. M. A. en la cantidad de 707.908 pesetas y a don A. I. B. en un millón de pesetas por daños morales; además, condena a la *Sociedad* a indemnizar a don A. I. B. en dos millones de pesetas por los perjuicios sufridos durante el tiempo en que fue privado de la licencia de preparador de caballos de carreras y prohibida su entrada en los locales y terrenos de entrenamiento de las Sociedades de Carreras de Caballos. Finalmente, la *Sociedad* recurre en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—Esta sentencia se sitúa en el marco de la reiterada jurisprudencia que defiende la existencia de solidaridad entre los distintos responsables en los supuestos de existencia de responsabilidad extracontractual con pluralidad de autores sin que sea individualizable la concreta responsabilidad de cada uno, lo que responde a razones de seguridad e interés social, en cuanto constituye un medio de protección de los perjudicados adecuado para garantizar la efectividad de la exigencia de la responsabilidad extracontractual, pero exige para su aplicación que no sea posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades. En tal sentido, cabe citar entre las más recientes, además de las mencionadas en esta sentencia, las SSTS de 23 de noviembre de 1990, 21 de abril, 8 de mayo, 29 de junio y 20 de julio de 1992, 8 de febrero de 1994, 21 de noviembre y 18 de diciembre de 1995, 19 de julio de 1996, 13 de febrero de 2001, 11 de abril y 7 de noviembre de 2000, 17 de febrero, 19 y 23 de abril, 25 de mayo, 21 de junio, 30 de septiembre, 8 de noviembre y 15 y 21 de diciembre de 1999 y 2 de enero de 2007.

En la misma línea de establecer la solidaridad de la responsabilidad extracontractual en caso de pluralidad de autores se pronuncian algunas de las normas más recientes, sobre todo aquellas que establecen una responsabilidad de carácter objetivo: así, los artículos 123 de la Ley de Navegación Aérea, 33.5 *in fine* de la Ley de Caza de 1970, 52.II de la Ley de Energía Nuclear, 140 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 7 de la Ley de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. (F. J. J. M.)

36. Lucro cesante: cálculo y término a quo.—La sentencia del Juzgado, en cuanto a lo que se ha mantenido como firme, estableció indemnizaciones a favor de los demandantes que identificó por lucro cesante [...] A efectos de la determinación del lucro cesante acogió las bases contenidas en el hecho sexto, apartado B”, a”, b”, c” y d” de la demanda, toda vez que se petitionó

que las fincas rústicas de los recurrentes se hallaban en explotación y por los destrozos que las afectaron, imputables a los demandados, no se podían iniciar nuevos cultivos hasta que fueran debidamente *acondicionadas con las obras necesarias que permitieran llevar a cabo los mismos*, para lo que había que esperar a que los demandados abonasen el importe de las cantidades reclamadas por daños emergentes y estas cantidades resultaron establecidas, conforme a lo decidido en las sentencias de las instancias y la pronunciada en el recurso de casación, con lo que adquirieron desde este momento procesal definitivamente naturaleza de deuda líquida de cuenta de la parte demandada, que bien pudo hacer efectiva y no demorarla por un largo período de tiempo.

A su vez también el Juzgado fijó como bases, integradas en la sentencia, el beneficio neto anual por hectárea de cultivo, estableciéndose para los plátanos la cantidad de 588.734 pesetas (a''); para las papas, 232.510 pesetas (b''), para los naranjos, 925.600 pesetas (c'') y para las rosas, 3.438.400 pesetas (d'').

Las referidas bases a'', b'', c'' y d'' las respeta el Auto recurrido para calcular las indemnizaciones por lucro cesante y no ocurre así con el contenido inicial que queda referido del apartado B'', *el que juega a efectos de fijar el tiempo que tardarían los recurrentes en recibir las indemnizaciones por daños emergentes*, a que fueron condenados los demandados a satisfacer en forma solidaria y con su importe acometer las obras para la puesta en cultivo de sus fincas dañadas, base que se integró en la sentencia y que desechó el Tribunal de Apelación con el argumento de que la remisión del fallo lo era específicamente para los apartados a'', b'', c'' y d'', que fijan el beneficio neto anual de las explotaciones, y no se extendía por tanto al primer párrafo del apartado B'', con lo que resultaba procedente considerar el momento del pago efectivo de la indemnización por los referidos daños, a cuyos efectos en el Auto recurrido se establece un período de cuatro años, que no está comprendido en la sentencia ni en su fallo y que los juzgadores de instancia, hacen despojo del momento del pago de las indemnizaciones, pues lo fijan con arbitrariedad acudiendo al argumento de que los demandantes bien pudieron instar la ejecución provisional a partir de la fecha de la sentencia del Juzgado, lo que no es satisfactorio, pues se trataría de imponerles esta actuación, cuando la misma es voluntaria, ya que el artículo 385 LEC emplea el vocablo «podrán», sin dejar de lado los riesgos de la misma e inherente inseguridad para acometer la reparación definitiva de la finca a efectos de dotarles de nuevos cultivos, con los desembolsos que imponen la necesidad de tener que prestar fianzas o avales bancarios para responder de daños y perjuicios, no acomodándose a lo ejecutoriado, pues la cláusula 6-B, de la demanda no contempla esta situación y de modo bien expreso, que el cálculo por el lucro cesante «sólo se podrá determinar una vez firme la sentencia», que en este caso hay que referir a la pronunciada en el recurso de casación en fecha de 20 de junio de 1989, que fijó definitivamente el alcance definitivo de los daños emergentes. Bien pudo desde su notificación hacerlos efectivos el demandado, de haber actuado con acomodada lealtad procesal para facilitar cuanto antes la puesta en marcha de la explotación de las fincas, pues conforme al artículo 927, cuando la sentencia condena al pago de una cantidad líquida (aquí, daños emergentes) y de otra ilíquida (lucro cesante) puede procederse hacer efectiva la primera sin esperar a que se liquide la segunda (S de 12 de febrero de 1991).

Lo expuesto lleva el discurso casacional a estimar el motivo cuarto, que denuncia haber resuelto la sentencia puntos sustanciales que contradicen lo

ejecutoriado y no atender a la valoración de la prueba que se lleva a cabo, pues como queda dicho, el cálculo exacto del lucro cesante tendría lugar una vez firme la sentencia que lo declaró y con sujeción a las bases íntegras que en la misma se establecieron, conforme al artículo 928 LEC.

A su vez también ha de acogerse el motivo quinto por resolver el Auto recurrido puntos sustanciales no decididos en la sentencia y aún en contradicción abierta con la misma, desde el momento en que el Tribunal de Apelación fragmentó el apartado sexto B de la demanda al eliminar y no tener en cuenta el contenido inicial que junto a los incisos a", b", c" y d", conformó las bases que habían de tenerse en cuenta al momento de cuantificar el lucro cesante y a resultas de lo que se decidiera judicialmente con condición de sentencia firme, como tuvo lugar al haberse estimado la correspondiente petición de la demanda.

Por lo que se deja estudiado, el motivo séptimo también resulta estimatorio, al denunciar que el Auto recurrido resuelve puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, en cuanto fija el período de cuatro de años como de improductividad de las fincas, integrador de la indemnización por lucro cesante. En este sentido ha de establecerse que la indemnización correspondiente por el concepto controvertido de lucro cesante ha de abarcar el período comprendido a partir del 25 de marzo de 1984, que fue cuando las fincas no se pudieron ya explotar, al tiempo del pago efectivo de las indemnizaciones por daños emergentes, que sin contradicción expresa, fijan los recurrentes tuvo lugar el 15 de enero de 1994, es decir transcurridas unas diez anualidades, desde la causación de los daños agrícolas denunciados, que son las que juegan para cuantificar el lucro cesante en relación con los beneficios netos y según cultivo que por hectárea se fijan en los incisos a", b", c" y d". (STS de 16 de diciembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Los recurrentes en casación, demandantes en la instancia y explotadores, todos ellos, de fincas rústicas, sufrieron importantes destrozos en sus terrenos. Los demandados, responsables de los estragos, fueron condenados a abonar tanto los daños sufridos como el lucro cesante. La Audiencia estimó parcialmente su apelación y la sentencia fue posteriormente recurrida en casación por uno de los demandados. El Tribunal Supremo casó parcialmente la resolución reduciendo el importe de la indemnización que la Audiencia había fijado. En el trámite de ejecución de sentencia se concretaron las indemnizaciones por lucro cesante. El demandado apelante apela también el auto que las fijaba y la Sala estima su recurso modificando sensiblemente su cuantía. Los actores interponen recurso de casación contra el auto dictado en apelación. Las cuestiones controvertidas que aquí interesan se refieren al cálculo del lucro cesante y al período de tiempo a considerar para determinarlo. El Tribunal Supremo acoge el recurso. (R. G. S.)

37. Culpa médica: diagnóstico prenatal: falta de información: nacimiento de niño con síndrome de Down: responsabilidad del Servicio Vasco de Salud y de la Compañía aseguradora.—El informe prenatal omitió la existencia de un dato perturbador, desechado técnicamente por carecer de importancia, a saber, la existencia de una sola célula presumiblemente anormal por la presencia de un cromosoma extra, dudosamente del grupo G y ob-

servado únicamente en uno de los portos, conocido a través de la biopsia coral practicada a la interesada. Al omitir esta información, se privó al matrimonio actor, de la posibilidad de ponderar la conveniencia de interrumpir el embarazo dentro de unos parámetros normales, puesto que si hubieran sabido como el suficiente tiempo el resultado informado o explicado de las pruebas, hubieran podido actuar en consecuencia al encontrarse en tiempo de abortar y dentro del amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional. Esta circunstancia no puede ser irrelevante desde el punto de vista de la autonomía del individuo, a quien se le ha privado de la facultad de decidir de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas actuaciones que pudiera considerar adecuada ante situación tan delicada y comprometida como la acontecida. Es lógico establecer una relación de causalidad directa y negligente entre la actuación profesional del centro médico en el que se realizaron las pruebas y el derecho de la mujer a ser informada de una forma suficientemente clara y completa sobre el resultado del diagnóstico. No siendo posible hasta la fecha la corrección de las anomalías cromosómicas, al no tener tratamiento posible, el hecho de haberse sometido a una prueba para el diagnóstico prenatal de las mismas, sólo tiene un sentido lógico que es el de decidir en su vista sobre la aludida interrupción.

Daño indemnizable.—Son daños susceptibles de reparación económica con un doble contenido: moral y patrimonial; aquél derivado de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento y ulterior crecimiento de un hijo discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que puede llegar a alcanzar edades medias; éste, consecuencia de la existencia de un perjuicio efectivo y perfectamente evaluable que puede resultar del coste de las pruebas diagnósticas, de un innecesario embarazo y parto y de la adaptación de los padres a la nueva situación, social, familiar, económica y de atención especial surgida de un hecho imprevisto y extraordinario para ellos, como es el nacimiento de un hijo afectado por el síndrome de Down. Fuera de esta cobertura quedan los demás que no tengan relación con la minusvalía puesto que no estamos en supuesto de daños causados a los progenitores por la concepción no deseada de un hijo, sino de un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá del que comporta ese plus que resulta de la discapacidad.

Cuantía.—Asumiendo funciones de instancia, para la valoración del daño, siempre difícil e insegura, en tanto no se establezcan unos baremos que permitan una concreción más objetiva a esta suerte de daños no patrimoniales, adaptados a las peculiaridades de la responsabilidad civil médica y al régimen de aseguramiento, hay que tener en cuenta todos estos aspectos en relación congruente con lo que se reclama en la demanda, lo cual, debidamente valorado, determina una indemnización de veintisiete millones de antiguas pesetas a favor de cada uno de los padres.

Responsabilidad del Servicio Vasco de Salud y de la Aseguradora.—El hecho de que el Hospital de Basurto en que se realizó el diagnóstico prenatal, fuera absuelto por el Juzgado de Primera Instancia por carecer de personalidad jurídica no impide hacer efectiva la cobertura asegurada debido a que dicho Hospital se integró en el Servicio Vasco de Salud con anterioridad a la práctica de aquél, y la Ley de Contrato de Seguro otorga acción directa contra la Compañía (art. 76), cuya operatividad se produce en cuanto tengan causación efectiva daños o perjuicios por los que haya de responder legalmente la parte tomadora al materializarse un riesgo asegurado. (STS de 21 de diciembre de 2005; ha lugar.) (G. G. C.)

38. Responsabilidad del fabricante: saneamiento por vicios ocultos: accidente en un Rallye: doctrina jurisprudencial sobre respeto a la técnica casacional.—Se trata de un conjunto de reglas, explícitas o implícitas en la normativa legal y aplicadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que responde a garantizar la pureza del sistema, acatando las exigencias, una, de índole constitucional, que la inadmisión del recurso no suponga una interpretación de la legalidad procesal manifiestamente irrazonable, arbitraria o fruto del error patente, en cuyo punto conviene observar la diferencia con las reglas de acceso a la jurisdicción —que no pueden interpretarse de un modo rigorista, o excesivamente formalista, o de cualquier otro modo que revele una clara desproporción entre los fines que dichas reglas preservan y los intereses que sacrifican—, y otra, de legalidad ordinaria, consistente en respetar escrupulosamente el marco legislativo, de modo que, sin negar la respuesta satisfactiva de la pretensión que el recurso supone, se evite convertirlo en una tercera instancia. En aplicación de dicha doctrina, debe decirse que no es conforme a la técnica casacional utilizar la cobertura de un precepto sustantivo para, con el pretexto de su conculcación, efectuar afirmaciones de hechos que contradicen las de la resolución recurrida, o que no se recogen en ésta y no son susceptibles de *integración en el factum* precisamente por contrariar la base fáctica contemplada en dicha resolución. Tampoco es conforme a la técnica casacional pretender la alteración del supuesto fáctico sentado en la sentencia impugnada mediante la denuncia de la conculcación de un precepto sustantivo civil, o mezclar la supuesta infracción del *onus probandi* que supone falta de prueba, con la de error en la valoración probatoria. Y asimismo contradice la técnica casacional hacer un juicio comparativo o de contraste entre los argumentos y apreciaciones divergentes de las sentencias de primera instancia y apelación. Resumiendo: no cabe hacer supuesto de la cuestión; no cabe mezclar cuestiones sustantivas con las procesales; son cosas diferentes la infracción de la normativa de la carga de la prueba y en el error en la valoración de la prueba; este error valorativo exige una formulación precisa, siendo esencial la indicación de la norma legal de prueba que se estima infringida; y la resolución recurrida en casación es la de apelación, en la que sólo cabe integrar las apreciaciones fácticas de las de primera instancia cuando éstas son explícita o implícitamente asumidas por la de la Audiencia Provincial, o son complementarias.

Defecto de fabricación: inexistencia: la llamada «fatiga del material».—En el caso resulta incuestionable, por devenir incólume en casación, que no se ha probado la existencia de un defecto de fabricación en el vehículo accidentado. La «fatiga del material» no se debe a un defecto del material sino que es una consecuencia del sobreesfuerzo que se produce en las competiciones de *rallyes*, y por esta circunstancia es preciso que después de cada competición se controle la aparición de fisuras sobre la barra de la cremallera, y se reemplace, impenitentemente, la cremallera de referencia cada cuatro *rallyes*, como consta en la Circular de 13 de febrero de 1995 de *Peugot Talbot España*, y era plenamente conocido por el dueño y piloto del vehículo accidentado.

Culpa exclusiva de la víctima.—Sucede que el llamado *Desafío Peugeot* en que participó el actor, constaba de ocho pruebas, y el accidente ocurrió en la última, y aunque consta que había realizado las revisiones reglamentarias, no reemplazó la cremallera como era preceptivo. Con esta conducta omisiva se generó la causa eficiente del resultado, y con ello la culpa exclusiva de la víctima que rompe cualquier nexo causal respecto de las responsabilidades acciona-

das; el buen sentido exigía el cambio de la cremallera de la dirección después del cuarto rallye, y un criterio del buen sentido conduce a entender que tal omisión es la causa determinante de la rotura de la dirección, y ello con independencia, incluso, de si ésta fue o no el desencadenante del evento.

Prueba.—No cabe hablar de una inversión de la carga de la prueba, ni de un *onus probandi* a cargo del fabricante, ya que corresponde a la víctima o perjudicado la prueba de la existencia del defecto del producto, y así lo ha venido declarando la doctrina jurisprudencial (SSTS, entre otras, de 23 de junio de 1993, 4 de octubre y 22 de noviembre de 1996). (STS de 15 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor compró el 31 de enero de 1994, y para su sociedad de gananciales, en un concesionario de la marca en Oviedo, el vehículo *Peugeot 106 Rallye GR.N*, matrícula O-3576-BK, para participar en los rallyes del denominado «Desafío Peugeot», el cual es organizado por *Peugeot Talbot España, S. A.*, y en el que sólo pueden participar vehículos *Peugeot 106 Rallye*, que sean estrictamente de serie con las variaciones de colocarles las barras antivuelco y sustituir los neumáticos por los de marca *Michelin* autorizados por *Peugeot*; y con ocasión de intervenir en el Rallye Villa de Llanes, en el tramo cronometrado Seijo-Colombres, a consecuencia de la rotura de la barra de la dirección, el vehículo se salió de la carretera y chocó contra un talud, con el resultado de lesiones para el piloto y copiloto y daños materiales para el automóvil. El Juzgado de Primera Instancia redujo la suma indemnizatoria solicitada, de más de ocho millones a poco más de millón y medio de antiguas pesetas. La Audiencia Provincial absolvió plenamente de la demanda. El Tribunal Supremo rechaza el recurso.

NOTA.—En primer lugar la sentencia parece revestir una finalidad *pedagógica* con amplias consideraciones sobre la denominada *técnica casacional* que trata de evitar el ingreso en el Tribunal Supremo de gran número de recursos de casación mal planteados desde un punto de vista formal, con la consiguiente pérdida de tiempo (Pte. Corbal Fernández). En segundo lugar, la no aplicación al caso, en razón de la fecha, de la Ley de 6 julio 1994, parece haber impedido un tratamiento más favorable al actor que el aquí dispensado. En realidad, resulta haber prevalecido, aunque ello no se explicita en la argumentación, el criterio de asunción del riesgo en actividades deportivas en lugar del de la protección de los consumidores frente a los productos defectuosos. En general y sobre el primer aspecto *cfr.* Ortí Vallejo *Responsabilidad en la explotación y práctica de actividades de riesgo*, en Reglero Campos (coord.) *Tratado de responsabilidad civil* (Cizur Menor 2002), p. 1357 ss. Sobre la responsabilidad por los productos, antes y después de la Ley de 1994, *vide* ampliamente María Angeles Parra Lucán, en *id.* p. 1175 ss. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

39. Requisitos de la acción reivindicatoria.—Según reiterada jurisprudencia (SSTS de 28 de marzo de 1996 y 15 de febrero de 2000, entre otras muchas) se requieren inexcusablemente tres requisitos para ejercitar con éxito la acción reivindicatoria: 1) título legítimo de dominio del demandante;

2) identificación plena de la cosa reivindicada, y 3) la detentación injusta de la cosa por parte de quien la posee (demandado).

La misma jurisprudencia ha afirmado en numerosas ocasiones (SSTS de 10 de octubre de 1991, 28 de abril y 16 de octubre de 1998, 1 de febrero y 5 de junio de 2000), que los dos primeros requisitos son además cuestiones de hecho y, por tanto, su determinación corresponde única y exclusivamente al Tribunal de Instancia. (STS de 15 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *F. S. A.* interpuso demanda contra don *F. F. B.* y doña *R. A. A.*, en la que ejercitó acción reivindicatoria sobre unos terrenos ocupados por los demandados, mediante obras y otros actos señalados en la demanda. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y condenó a los demandados a que cesaran en la detentación de las fincas objeto de la reivindicatoria, y a que destruyeran cuantas obras hubieran realizado en ellas, dejándolas libres, vacuas y expeditas a disposición de la actora.

Frente a la sentencia de instancia, los demandados interpusieron recurso de apelación que fue desestimado por la Audiencia Provincial. Los demandados acudieron entonces al Tribunal Supremo, quien declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (*J. D. S. C.*)

40. Propiedad horizontal. Unanimidad para la modificación de los elementos comunes: consentimiento tácito de la comunidad de propietarios.—Reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 21 de mayo de 1982, 28 de abril de 1986, 16 de octubre de 1992 y 13 de julio de 1995) mantiene que, conforme a lo dispuesto en la Ley de Propiedad Horizontal, para modificar o alterar los elementos comunes es necesario el consentimiento unánime de todos los copropietarios, siendo preciso que el citado consentimiento aparezca suficientemente acreditado y concluyente, aunque se admite la voluntad tácita de los copropietarios, cuando mediante actos inequívocos se llegue a dicha conclusión (por ejemplo, el transcurso pacífico de un largo período de tiempo tolerando los actos susceptibles de impugnación).

Prueba testifical: valoración.—Es doctrina jurisprudencial reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo que la prueba testifical es de libre valoración por el juzgador de instancia y, por tanto, no es susceptible de ser revivada en casación. (STS de 19 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio ubicado en Madrid interpone demanda contra don *J.* y doña *M.*, suplicando se dicte sentencia por la que se condene a los demandados, entre otras cosas, a reponer los elementos comunes modificados al estado en que constan descritos en la escritura de obra nueva y división horizontal de la finca, así como a que reintegren las zonas peatonales y de acceso, realizando a su costa las obras necesarias para ello.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por don *J.* y doña *M.*, revoca la sentencia de primera instancia y desestima íntegramente la demanda y en lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por la comunidad de propietarios,

la Audiencia Provincial lo desestima. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la comunidad de propietarios. (*M. J. P. G.*)

41. Propiedad horizontal. Elevación del suelo de un local comercial: no constituye un cambio en la estructura general del inmueble.—La Sala Primera del Tribunal Supremo considera que la realización de unas obras con la finalidad de elevar el suelo del local no equivale a la construcción de una nueva planta, no altera ni menoscaba la seguridad del inmueble y tampoco implica una modificación del inmueble o de su aspecto exterior. (**STS de 22 de diciembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *GIA, S. A.*, propietaria de un local comercial, realiza unas obras con la finalidad de elevar el suelo del local para facilitar el acceso al mismo, pues no tiene su planta a nivel de la calle, sino a 2,20 metros por debajo de la rasante, alcanzando 3,20 metros por encima de la rasante (la altura total del local es de 5,40 metros). En concreto, las obras consisten en la construcción de una entreplanta a nivel de la calle, evitando así el desnivel en el acceso al local y reduciéndose la altura excesiva del techo.

La comunidad de propietarios del edificio donde radica el local comercial interpone demanda contra la entidad mercantil *GIA, S. A.*, solicitando se dicte sentencia en la que se declaren ilegales las obras realizadas en el citado local y se ordene su demolición, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 11 LPH la construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración en la estructura afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima, revoca la sentencia de primera instancia y desestima la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—Téngase en cuenta que el presente caso se ha resuelto aplicando la redacción originaria de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, antes de su modificación por la Ley 8/1999, de 6 abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 julio, sobre Propiedad Horizontal. (*M. J. P. G.*)

42. Servidumbre por destino del padre de familia.—Se encuentra regulada en el artículo 541 CC y según ha declarado la jurisprudencia (SSTS de 16 de mayo de 1991 y 18 de marzo de 1999, entre otras), la adquisición de esta servidumbre requiere: 1) la existencia de dos fundos cuya propiedad recaiga en una misma persona; 2) signos aparentes de servidumbre de la finca sirviente a la dominante (SSTS de 21 de mayo de 1970 y 3 y 7 de julio y 22 de septiembre de 1983); 3) que esos signos hubieran sido establecidos por el propietario de ambas fincas, y 4) que uno de los fundos sea enajenado por dicho propietario (STS de 30 de octubre de 1959).

Servidumbres forzosas.—La nota característica de este tipo de servidumbres, entre las que se encuentra la servidumbre de paso regulada en el artículo 564

CC, es la «necesidad» de establecerlas (STS de 23 de marzo de 2001). Dicha necesidad ha de ser real, esto es, no ficticia o caprichosa (SSTS de 29 de marzo de 1977 y 13 de junio de 1989). (STS de 20 de diciembre de 2005; ha lugar en parte.)

HECHOS.—*V. T., S. A.* interpuso demanda frente a don *J. T. J.* en la cual ejerció la acción negatoria de servidumbre de paso y solicitó que se condenara al demandado al pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ibiza dictó sentencia desestimando la demanda en todos sus pedimentos y estimando lo que consideró «reconvencción implícita», en virtud de la cual el Juez declaró la existencia de la servidumbre y ordenó la inscripción del mentado derecho real en el Registro de la Propiedad.

Ambas partes interpusieron entonces recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, quien estimó en parte el recurso de la actora y desestimó el de la demandada. La resolución del Tribunal Provincial fue recurrida por el demandado en casación ante el Tribunal Supremo quien declaró haber lugar parcialmente al recurso. (*J. D. S. C.*)

43. Ejecución hipotecaria. Procedimiento judicial sumario. Omisión de trámites y requisitos exigidos por el artículo 131 LH: carácter subsanable.—El Tribunal Supremo afirma que la omisión de los trámites previstos en las reglas 3.^a, 4.^a y 7.^a del artículo 131 LH no afecta a la esencia del procedimiento y no provoca la nulidad absoluta del mismo, sino que son defectos o faltas susceptibles de subsanación. Una vez que se han subsanado los defectos formales, el procedimiento queda convalidado y puede continuar la ejecución, sin que el deudor ejecutado pueda alegar indefensión. (STS de 23 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Las entidades *HF, S. A.* y *B, S. A.*, así como don *C.*, tenían contraídas distintas deudas, tanto en condición de deudores principales como de avalistas, con las entidades financieras *BS, S. A.*, *BPE, S. A.*, y *BEC, S. A.*

Con la finalidad de garantizar las citadas deudas, se constituye hipoteca unilateral mediante escritura pública de 26 de enero de 1993 a favor de las citadas entidades bancarias sobre determinados inmuebles propiedad de los deudores. Se estableció que la deuda dejara de devengar intereses hasta el 1 de diciembre de 1993, fecha en que empezaría a devengar un interés del 13 por 100 y que en dicha fecha, las entidades bancarias, en su condición de acreedores, practicarían, juntas o por separado, la liquidación de las cantidades adeudadas en concepto de principal y por intereses. Practicada la liquidación, la cantidad resultante se abonará en cuatro pagos fraccionados hasta el 1 de noviembre de 1997.

Las entidades bancarias aceptan la hipoteca unilateral mediante escritura pública de 26 de enero de 1993, pero la aceptación se somete a la condición de que la escritura de constitución de la hipoteca se inscriba en el Registro de la Propiedad (la inscripción de la hipoteca se realiza el 7 de diciembre de 1993).

Ante el impago de las cantidades adeudadas, la entidad bancaria *BS, S. A.* inicia el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alcázar de San Juan (Ciudad Real).

La entidad mercantil *HF, S. A.*, y don C. interponen demanda contra las entidades financieras *BS, S. A.* y *BPE, S. A.*, suplicando se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH tramitado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alcázar de San Juan (Ciudad Real), pues consideran que no se han producido los requerimientos o notificaciones a los deudores que establecen las reglas 3.ª, 4.ª y 7.ª del artículo 131 LH y que existe falta de liquidez de la deuda que se ejecuta a los efectos de la garantía hipotecaria.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alcázar de San Juan (Ciudad Real) desestima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante don C.

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 ss. y 681 ss. de la vigente LEC. (*M. J. P. G.*)

44. Nulidad de procedimiento extrajudicial sumario por inconstitucionalidad sobrevenida.—[...] las predichas sentencias no tuvieron que acudir al planteamiento de una «cuestión de inconstitucionalidad» relativa a normas posteriores a la Constitución Española sino que utilizaron la facultad conferida para acordar su inaplicación de leyes preconstitucionales. En efecto, como dice la STS de 4 de mayo de 1998, «tratándose de leyes preconstitucionales, como la Constitución es ley superior y posterior, los Jueces y Tribunales pueden, si entienden que son contrarias a alguna norma fundamental, inaplicarlas al caso, al considerarlas derogadas, sin que sea necesario promover la “cuestión de inconstitucionalidad”, a diferencia de lo que ocurre con las leyes o normas, con rango de ley, postconstitucionales, cuya legitimidad constitucional monopoliza el Tribunal Constitucional» (SSTC 4/1991, 14/1991 y 109/1993, entre otras). En el caso que examinamos, la única norma con rango de ley concernida es el párrafo segundo del artículo 129 LH (Texto refundido de 8 de febrero de 1946, con fundamento en la Ley de 30 de diciembre de 1944) que, fuera del ejercicio de la «acción hipotecaria», sujetándose al procedimiento judicial sumario que se establece en el artículo 131 de la misma ley, permite, además, que «en la escritura de constitución de la hipoteca» pueda «válidamente pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria, el cual será aplicable aún en el caso de que existan terceros, con arreglo a los trámites fijados en el Reglamento Hipotecario». A diferencia de lo que acontece con el «procedimiento judicial sumario», cuyas reglas capitales de desarrollo procesal, con independencia de las precisiones reglamentarias, se consignan en dos extensos artículos (arts. 131 y 132 LH), el llamado «procedimiento extrajudicial», merced a la deslegalización que autoriza el artículo 129, determina sus secuencias procesales por vía reglamentaria (arts. 234, 235, 236, 236-a), 236-b), 236-f),

236-g), 236-h), 236-i), 236-j), 236-k), 236-l), 236-m), 236-n), 236-ñ), 236-o), aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947, con las modificaciones introducidas por Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo), sujetas, por tanto, a la subordinación que impone el principio de jerarquía normativa, que reconoce el artículo 9 CE». En segundo lugar, tampoco el motivo quinto añade ningún argumento nuevo, pues, se respeta plenamente la función del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución Española, aunque se haga uso de la autorización conferida por las leyes a la jurisdicción ordinaria respecto de las leyes preconstitucionales. (STS de 13 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante reclamó del Juzgado sentencia por la que se declarase la nulidad de las actuaciones de ejecución hipotecaria extrajudicial, posterior adjudicación a la entidad bancaria demandada e inscripciones registrales que hubieran podido causarse. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia sin embargo acogió la apelación de la actora y declaró las nulidades solicitadas. Interpone recurso de casación la entidad bancaria. El Tribunal Supremo lo estima. (R. G. S.)

45. El artículo 40 de la Ley Hipotecaria.—En sus tres últimos párrafos regula una acción de rectificación de asientos inexactos. Esta acción puede ejercitarse desligada de acciones materiales o conjuntamente con ellas.

El primer supuesto sólo cabe en dos casos: 1) cuando existe error o nulidad del asiento correspondiente o, 2) cuando no exista consentimiento o acuerdo unánime de todos los interesados, ni pueda ser rectificado el asiento de oficio por el Registrador.

Si, por el contrario, la acción de rectificación es ejercitada conjuntamente con una acción material, la estimación de aquélla dependerá de la de ésta última. (STS de 15 de diciembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—El 28 de noviembre de 1979 se suscribió un documento privado en el que don T. G. S. en su propio nombre y en el de sus hijos don F. J. G. G. y doña S. M. B. G. G. vendió a don J. M. G. R. un determinado piso situado en Madrid. La representación de los hijos de don F. J. G. G. se debió a que la esposa de éste había fallecido meses antes.

Precisamente, el 17 de mayo de 1983 se elevó a escritura pública el cuaderno particional de la herencia y liquidación de la sociedad de gananciales de doña C. G. V., esposa de don F. J. G. G. En dicha partición se adjudicó el piso mencionado anteriormente, a una de las hijas del matrimonio, en concreto a doña S. M. B. G. G., quien inscribió la adquisición en el Registro de la Propiedad.

Más tarde, fue embargado el piso señalado, y mediante el auto de fecha 8 de mayo de 1984 dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Zaragoza, se aprobó el remate del piso embargado (entre otras fincas) a favor de las entidades mercantiles *I. A. del Aluminio, S. A. y A. y C., S. A.*

Ambas mercantiles, y con la finalidad de poder inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad, interpusieron una deman-

da contra doña S. M. B. G. G., don T. G. S., don F. J. G. G., don J. M. G. R. En ella, las actoras solicitaban: 1) la elevación a público del contrato celebrado el 28 de noviembre de 1979; 2) la nulidad de la escritura de protocolización del cuaderno particional otorgado el 17 de mayo de 1983, así como la cancelación de la inscripción de dominio que figuraba a favor de doña S. M. B. G. G. en el Registro de la Propiedad y, finalmente, 3) el otorgamiento de la correspondiente escritura pública del mentado piso por parte de don J. M. G. R. a favor de las mercantiles demandantes.

El Juzgado de Primera instancia estimó totalmente la demanda. Las actoras interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de instancia, que fueron estimados por la Audiencia Provincial. Las demandantes interpusieron entonces recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia, ante el cual el Tribunal Supremo declaró que había lugar a dicho recurso, en el sentido de confirmar la sentencia dictada en primera instancia. (*J. D. S. C.*)

DERECHO DE FAMILIA

46. Unión de hecho: adquisición de inmuebles a nombre de ambos convivientes: después de la ruptura no puede el varón pedir que se declare su propiedad exclusiva.—Después de diez años de vida en común, habiendo ocurrido el divorcio de un matrimonio anterior del varón, y el nacimiento de una hija común de los convivientes, producida la ruptura de la unión de hecho, no puede el varón pretender que sobre dos inmuebles adquiridos durante la unión, y puestos a nombre de ambos, se declare la propiedad exclusiva del conviviente varón, porque no se infringe la doctrina jurisprudencial del negocio fiduciario, ni tampoco la de la fiducia en general, ni se ha realizado un negocio de *puesta a nombre de otro*, ni se trata de una compraventa relativamente simulada, ni concurre una donación simple del varón a la mujer, ni se dan los requisitos del enriquecimiento sin causa. En realidad la prueba practicada muestra que hubo voluntad de ambos convivientes para establecer una comunidad de bienes con aportaciones de ambos para mantener una familia.

No se prueba la supuesta voluntad de contraer matrimonio que permitiría anular una supuesta donación por falta de celebración.—Aunque existe una declaración documental de los litigantes dirigida al Juez Encargado del Registro Civil, con el fin de contraer matrimonio, escrito de puño y letra por la mujer, tal escrito no fue presentado ante la autoridad encargada del Registro Civil, requisito indispensable para su eficacia, sin el cual no presenta otra naturaleza que la propia de un acto preparatorio o de un borrador, insuficiente por sí mismo para mostrar la firmeza de las declaraciones en él contenidas, lo que obliga a examinar esta prueba documental en relación con los restantes elementos obrantes en los autos. Y algo parecido ocurre con el certificado expedido por el Ayuntamiento solicitado por la mujer para contraer matrimonio, puesto que la petición de una certificación preparatoria para contraer matrimonio no significa por sí misma la existencia de la voluntad de contraerlo, y requiere de un examen conjunto con las restantes pruebas. (**STS de 5 de diciembre de 2005**; no ha lugar.)

NOTA.—En la ya copiosa doctrina jurisprudencial sobre parejas de hecho o uniones libres, la ahora extractada (Pte. Xiol Ríos) ocupará probablemente un lugar destacado por varios motivos: 1º) Discurrir ampliamente sobre buen número de figuras negociales —raras veces invocadas en estos pleitos— en el intento del actor de demostrar que, después de la ruptura, no debía seguir figurando una cotitularidad indivisa de ambos convivientes pues el dinero para pagar el precio de los dos inmuebles lo había aportado exclusivamente él. La sentencia relativamente extensa (22 fundamentos de derecho), se dedica a profundizar en aquéllas para rechazar el recurso. 2º) Hay un intento que se refleja en los autos de aproximación de las partes al matrimonio, no llegada a consumarse, que, sin embargo, puede interesar a los sociólogos. Iniciada la convivencia en 1987, cuando el actor todavía estaba casado con su anterior esposa, en 1991 obtiene el divorcio y ambos convivientes dan algunos pasos para casarse y se produce la primera adquisición inmobiliaria pagada íntegramente por el varón. La segunda adquisición ocurre en 1996, y esta vez el varón tiene que pedir un préstamo para abono parcial del precio, aunque la mujer colabora con algunos pagos accesorios; la intestación se hace también a nombre de ambos, pero ya no se repiten los intentos de casarse. Lo cierto es que, al menos durante los seis últimos años de su vida en común, pudieron haberse casado legalmente, y no lo hicieron. ¿Fue seria su voluntad nupcial? Puede considerarse *obiter* la cita de la STS de 12 de septiembre de 2005 en el FD 17.º, según el cual, después de las Leyes 13 y 15 del 2005 *la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias*. En este caso la pareja parece que llegó a estar decidida a casarse, y realizó actos preparatorios, aunque presumiblemente se presentaron obstáculos, que no figuran en los autos, que les hicieron desistir. Jurídicamente queda en pie respecto de los convivientes, un hecho negativo respecto al matrimonio; pero frente a ellos, y ambas instancias, se ofrecen hechos positivos plenamente probados respecto de la unión de hecho: vida en común durante un decenio con una hija de la pareja, siendo un episodio de aquélla la doble adquisición inmobiliaria. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

47. Partición de herencia. Personas que han de estar presentes.—La constitución de la relación jurídico procesal se realiza en atención a las personas que necesariamente deben estar presentes en el juicio, conforme al artículo 1055 LEC (de 1881), y no en base a la titularidad de los bienes que integran la partición, como argumenta la demandante, ya que una cosa es que todos ellos deban intervenir en las operaciones particionales llevadas a cabo y otra distinta que deban estar aquellos que no menciona la norma, entre los que se encuentran los titulares de los bienes que integraron el inventario y que da lugar a consecuencias jurídicas distintas, por referirse a personas y bienes ajenos a la partición llevada a cabo.

Igualdad en los lotes de la partición. Interpretación del artículo 1061 CC.—El artículo 1061 CC establece la igualdad, en el supuesto de que sea

posible, en la realización de los lotes, lo que ha sido interpretado por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que la partición ha de estar presidida por un criterio de estricta equidad (SSTS de 30 de enero de 1951, 14 de diciembre de 1957 y 25 de marzo de 1995) y de observancia de una equitativa ponderación (SSTS de 25 de marzo de 1995), respetando la posible igualdad, determinada por las circunstancias de cada caso (SSTS de 8 de febrero de 1974, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 28 de mayo de 1992, 15 de marzo de 1995 y 16 de febrero de 1998); que no se trata de una igualdad matemática o absoluta (SSTS de 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980 y 14 de julio de 1990), teniendo la norma un carácter orientativo u orientador (SSTS de 30 de noviembre de 1974 y 7 de enero de 1991), de índole más facultativa que imperativa (SSTS de 30 de noviembre de 1974, 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 14 de julio de 1990, 28 de mayo de 1992 y 15 de marzo de 1995); y se ha sentado que la infravaloración de los bienes no vulnera el artículo 1061 CC cuando la valoración por bajo de su valor se aplica con el mismo baremo a todos los bienes (SSTS de 21 de abril de 1966 y 7 de enero de 1991). En cambio, cuando no se respeta el criterio igualitario concurre una causa de nulidad, debido a que supone la vulneración de lo preceptuado en la Ley (STS de 25 noviembre de 2004).

En caso de herencias sucesivas, ha de dividirse la primera antes de la partición de la segunda, so pena de nulidad de esa partición.—Una cosa es que el contador partidor hiciera dos inventarios, uno de bienes ciertos y determinados de los causantes y otro de los bienes de causantes distintos, y otra diferente que lo hiciera sin liquidar la sociedad de gananciales y sin citar a los demás herederos procedentes de la primera herencia, ya que los autos de testamentaría se refieren exclusivamente a los bienes correspondientes directamente a los segundos causantes. Se está en el caso de una partición de hecho, que no de derecho, de dos herencias distintas, puesto que los bienes integrantes de la primera, según el orden cronológico de los fallecimientos de los referidos causantes, debieron ser divididos entre sus herederos, con adjudicaciones concretas de los bienes de dicho caudal en pago de sus respectivas cuotas hereditarias, para seguidamente hacer lo propio con la herencia de los segundos causantes, cuyo haber hereditario ha de estar integrado no sólo por sus bienes propios o privativos y gananciales, sino también por aquellos otros que se les debían haber adjudicado en los bienes de la primera. No ha actuado correctamente el contador partidor al no haber realizado división alguna de bienes, ni adjudicación de los mismos, entre los herederos de la primera herencia, a quienes no ha citado, sino que englobándolos todos ellos con los de la segunda, los divide como si de un patrimonio único se tratara, sin disolver el régimen económico matrimonial de los causantes, a fin de conocer los bienes. Se ha infringido por tanto el artículo 1061 CC, ya que sin esta previa determinación entre los interesados en la herencia, pueden resultar perjudicados los derechos de la demandante a través de la adjudicación realizada a su favor. (STS de 2 de noviembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—En el juicio voluntario de testamentaría sobre la herencia de sus padres don M. M. y doña E. P. R. A., doña A. M. R. interpuso demanda incidental contra sus hermanos don P. M. R., don M. M. R. y doña S. M. R., solicitando se declarara nulo de pleno derecho el cuaderno particional realizado por el contador partidor en base a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido citados en el juicio de testamentaría los hijos y herederos de

M. R. M. y N. A. C. (E. P., M. M. y M. R. A., y P. R. M. y F. A.) o sus representantes legales, o subsidiariamente, la exclusión de dicho cuaderno particional de determinados bienes por pertenecer a las herencias indivisas de M. R. M. y N. A. C., padres entre otros de E. P. R. A.; la rescisión de la partición realizada por lesión en su haber en más de la cuarta parte; y alegando asimismo la infracción de lo establecido en el artículo 1061 CC.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando nulo el cuaderno particional y ordenando al contador partidor practicar de nuevo las correspondientes operaciones particionales de las herencias de los causantes. Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia de instancia y desestimando la demanda incidental interpuesta. Finalmente, doña A. M. R. recurre en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo, que confirma íntegramente la sentencia de primera instancia.

NOTA.—El artículo 1055 de la LEC de 1881, sobre el que se decide uno de los motivos del recurso, se corresponde con el artículo 783 de la vigente de 2000. (F. J. J. M.)

48. Partición hereditaria: sucesión abintestato entre hermanos: laudo aceptado para resolver diferencias: adiciones por error en valoración: deslinde: inviabilidad por carencia de utilidad y falta de legitimación.—La viabilidad de la acción de deslinde depende de la existencia de un estado de confusión de linderos, en los términos que ha venido precisando una copiosa jurisprudencia que ha sido recogida por STS de 26 de julio de 2003, con muchos precedentes, en la que se dice que el deslinde procede *cuando los límites de los terrenos están confundidos de forma tal que no se puede tener conocimiento exacto de la línea perimetral de la propiedad ni de su extensión*. En consecuencia, no es viable cuando los inmuebles están perfectamente identificados y delimitados, ni cuando afecta a fincas que no están en linde incierta y discutida.

Aplicación de los artículos 1074 y 1079 CC.—Es cierto que el Código civil carece de una regulación específica sobre nulidad de las particiones, fuera del singular precepto del artículo 1081, y que se han entendido aplicables a la materia las normas sobre nulidad de los negocios jurídicos y, principalmente, de los negocios contractuales, pero teniendo presente que la nulidad sólo se originará si existe carencia o vicio sustancial de los requisitos esenciales del acto, aceptando la jurisprudencia como casos de nulidad —además del artículo 1081—, la falta de consentimiento de la persona designada para realizar la partición, la inclusión de bienes no pertenecientes al causante, la invalidez del testamento, la infracción de prescripciones legales imperativas, además del error sustancial cometido por el testador al proceder a la valoración de bienes, o haber omitido cosas importantes y no computar determinados inmuebles. Este tratamiento restrictivo de la invalidez impone resolver las atribuciones mal valoradas por vía de rescisión, y las omisiones de bienes o valores por el camino de la adición o complemento de la partición. El artículo 1079 significa una excepción a la regla que impone la rescisión por lesión, y su tenor conduce a su interpretación literalista, en el sentido de que está refiriéndose a la omisión que, en su caso, se padezca en la correspondiente partida de la partición recayente en alguna de las dos realidades que aparecen diferenciadas, a saber, objetos mate-

riales o corpóreos y valores o títulos o derechos de indiscutible naturaleza inmaterial, con independencia de la valoración del bien. En el presente caso no estamos ante un conflicto subsumible en el artículo 1079 CC, ya que no hay omisión, sino adjudicación de la finca, que entra a formar parte de un lote bajo la aprobación de los interesados, quienes tenían a su disposición la inscripción registral en que se detallaba la superficie.

Error relevante de los arbitradores.—El error relevante, como tiene establecida la jurisprudencia de esta Sala, ha de ser sustancial y reconocible, correspondiendo la prueba a quien lo alega, y además ha de ser excusable, es decir, no imputable al que lo padece y que no haya podido ser evitado mediante el empleo de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas. El error no merece protección cuando estamos ante una información accesible y ante una inexplicable aceptación de los lotes que se formaron, si no se comprendía en ella la finca que ahora se reclama. En efecto, el error en que eventualmente se encontraron los arbitradores no ha podido ser determinante, toda vez que adjudican la finca discutida dentro del lote, los interesados aprueban la formación de tales lotes, con renuncia a plantear recursos sobre el laudo, y acto seguido se pasa al sorteo que definitivamente atribuye uno u otro lote, creando una situación de hecho que se trata de cambiar a partir de la demanda, interpuesta trece años después de la adjudicación por sorteo y nueve después del acta notarial de rectificación de 1983. Es cierto que la acción dirigida a completar o adicionar la partición no había prescrito, si fuera la procedente, pero no lo es menos que hay razones más que sobradas para sostener que el error que pudo haberse producido es, ante todo, imputable a los coherederos, por cuya razón no parece que pueda aceptarse su excusabilidad.

Responsabilidad del Notario por otorgar acta al objeto de subsanar error anterior a instancia del heredero perjudicado: infracción del artículo 153 RN.—En el acto de la vista se insistió en que la actuación incorrecta del señor Notario, ya fallecido, consistió en que aceptó que la simple declaración unilateral del adjudicatario del lote A incorporara las diez hectáreas que no habían sido tenidas en cuenta, con infracción del artículo 153 RN. Pero el motivo no puede prosperar sobre la aplicación de un precepto reglamentario, a menos que su razón de ser radique en el desarrollo de una norma legal sustantiva; pero aquí no se invoca como norma infringida, sino como norma que fija el parámetro de una actuación correcta, que define lo que se ha llamado *lex artis*. El señor Notario demandado entendió que uno de los coherederos era la parte que había sufrido la omisión de la constancia de extensión y linderos de la finca, que impedía su inscripción (art. 9, regla 1ª LH) y, puesto que la partición se había consumado adjudicando los lotes que, determinados por los arbitradores, habían aprobado los propios interesados, procedió a extender el acta de rectificación en lo relativo a indicaciones que eran necesarias para inscribir, pero que ya constaban en el Registro. El acta *no incorporó* la parcela de tierra al lote que había sido adjudicado al solicitante, ni añadió nada que no estuviera en el Registro, salvo la actualización de los linderos y la expresión de la superficie según el sistema métrico decimal. Si algo hubiera que reprochar al Notario fue la omisión original de estos datos luego rectificadas, aunque estaban en el Registro; incluso entendiendo que el desequilibrio de las adjudicaciones ha de considerarse como un daño resarcible, se presentan difíciles cuestiones para imputárselo al Notario demandado. La eventual negligencia consistente en la omisión de la superficie de la *gleva de tierra* no genera por sí misma el desequilibrio indicado, y la aprobación de los lotes por los interesados vendría a suscitar una cuestión aguda de imputación

que aquí sería el criterio de la *causalidad adecuada*, combinado con el criterio de exclusión que se denomina *consentimiento de la víctima*. En consecuencia entendemos que no procede declarar la responsabilidad del Notario. (STS de 12 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—Pleito que se arrastra, desde hace al menos un cuarto de siglo, entre dos hermanos por la herencia abintestato de su madre, estando implicado el Notario interviniente, y hoy sus herederos. En determinado momento los dos herederos aceptan el laudo de arbitradores que sirve de base a los lotes que permitirán formalizar la partición notarial, aceptada por ambos coherederos. Pero no acaban los conflictos porque uno de ellos no puede inscribir su lote por falta de datos relativos a una de las fincas adjudicadas, la núm. 29 que lo fue sin indicar la superficie de una *gleva de tierra aneja* (9 has, 94 a.), lo que hizo surgir la duda de si la partición incluía o excluía dicho anexo. Mientras tanto el Notario entendió que se omitió por error, ya que en el Registro aparecía correctamente deslindada, y otorgó una escritura de rectificación con el heredero que consideró perjudicado. Sentencia minuciosa que logra aclarar cuestiones que se presentan como intrincadas (Pte. Montés Penadés), y que viene a confirmar la sentencia recurrida aunque discrepando de algunos de sus razonamientos. (G. G. C.)

49. Albacea contador-partidor: partición realizada después de un año de conocer su nombramiento: *dies a quo* para determinar el plazo.—

La sentencia de primera instancia, de manera sencilla y clara, constató dos hechos, en base al escrito de contestación a la demanda: 1º) Que el albacea se nombró a sí mismo como tal en la minuta del testamento que realizó para la testadora y que fue recogida en aquel documento notarial, todo ello por la confianza que la testadora tenía con el albacea como abogado suyo; 2º) Que el mismo asistió al entierro de la testadora, efectuado el 3 de julio de 1995. Esta Sala ha de ratificar la existencia de aquellos dos hechos descritos, que la obligan también a fundamentar su decisión en el artículo 898 CC. Dado que la testadora no señaló plazo alguno al albacea para la realización del encargo, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 904 CC, y fijarse el plazo en un año desde la aceptación del cargo; esta aceptación se produjo, de acuerdo con el artículo 898 CC, a los seis días siguientes al 3 de julio de 1995; y como en aquellos seis días no se produjo ninguna manifestación de voluntad contraria a la aceptación del cargo, ha de entenderse aceptado (STS de 20 de febrero de 1993). En este caso el albacea ha entendido que el plazo no cuenta sino desde que conoce que su nombramiento era firme por no existir ningún testamento posterior. Pero el artículo 898 prevé el caso de que el nombramiento le fuese conocido antes de la muerte del testador, que por definición no es firme, luego el albacea no ha de esperar a que ello se confirme, y ha de aceptar o repudiar dentro de los seis días siguientes a su muerte. Por todo ello debe estimarse que la partición practicada por el albacea contador-partidor y protocolizada notarialmente el 27 de agosto de 1997, se realizó fuera del plazo legal de un año, por lo que es nula como hecho por persona sin legitimación. Al coincidir esta declaración con el fallo de la sentencia recurrida, que, a su vez, confirmaba la de primera instancia, estimatoria de la demanda, no ha lugar a casarlo, sino a mantenerlo con otros fundamentos jurídicos.

Una sentencia del Tribunal Supremo en contra no forma jurisprudencia: análisis de LA STS de 23 de noviembre de 1974.—En esta última sentencia se dice que la legal actuación del contador comienza *después de que ocurra el fallecimiento del testador y se compruebe que tal designación no ha sido revocada por testamento posterior*. Pero aparte de que una sola sentencia no constituye doctrina jurisprudencial porque no es *reiterada* (art. 1.6 CC), lo dicho en ella no es más que un *obiter dicta*, pero no la *ratio decidendi* de aquel litigio. Aceptar la interpretación de esta sentencia supondría introducir un requisito (la confirmación de la designación) que los artículos 898 y 904 no contienen, y que dejaría la puerta abierta a la litigiosidad en cuanto al término en que haya de cumplirse. Cabe invocar la STS de 1 de junio de 1926 en la que, en testamento notarial abierto, se había nombrado albacea a uno de los testigos instrumentales, y la sentencia computó el plazo desde el día siguiente a la muerte del testador. (STS de 28 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—En realidad el recurso interpuesto por el albacea y otros ha venido, en cierto modo, a transformarse en *recurso en interés de la ley*, ya que las sentencias concordantes de instancia son confirmadas, aunque por otras razones jurídicas. El *thema decidendi* no se trata en los Manuales de Derecho sucesorio, y sólo de pasada en los tratamientos monográficos. Albadalejo *Comentarios al CC etc*, XII-2º, (Madrid 1979) p. 102 s. dice que, ante el artículo 898 CC, estamos en presencia de un caso de adquisición *ex lege* del cargo, lo cual no choca con la declaración legal de ser *voluntario* el albaceazgo, porque siempre el llamado pudo haber repudiado, de forma que en última instancia depende de su voluntad el que se le atribuya el cargo. Pero, en definitiva, critica al legislador ya que para que el silencio valiese como declaración de voluntad sería preciso admitir la prueba en contrario, cosa que aquí no ocurre. Opinión que, en parecidos términos, comparte Puig Ferriol *Comentarios Min. Justicia* I, p. 2187, pues el silencio por parte del designado no es la mejor forma de comportarse frente a un cargo de confianza. Sin embargo ninguno de estos autores discrepa de la lectura que se deduce de la segunda parte de dicho precepto, cuyas últimas consecuencias extrae la sentencia anotada (Pte. Gullón Ballesteros). Por su parte Albaladejo menciona, sin más, en nota la *sentencia discrepante* y cita a Borrell y Soler, para quien la certeza de haber sido nombrado definitivamente albacea no la podrá adquirir hasta que pueda examinar el testamento que resulte ser el último otorgado según la certificación del Registro de Últimas Voluntades, lo cual exige un plazo mayor que el de seis días. Con todo apostilla aquel autor que, en ciertos casos, debe presumirse, en principio, que el albacea conocía su nombramiento, por ejemplo: el Notario ante el que se otorgó el testamento abierto, o el testigo del mismo, o quien, a ruego del testador, escribió el cerrado (*loc. cit.*, p. 103, nota 14 *bis*), hipótesis análogas al aquí contemplado. (G. G. C.)

DERECHO MERCANTIL

50. Agotamiento internacional del derecho sobre la marca y protección de la libertad de empresa.—La libertad de empresa se identifica con el derecho subjetivo a acometer y desarrollar actividades económicas, así como

con un principio de ordenación económica en virtud del cual corresponde a los empresarios decidir los objetivos de su empresa y llevar a cabo la correspondiente planificación. Los poderes públicos tienen el deber de garantizar y proteger el ejercicio de esa libertad incluso evitando prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo para la economía de mercado como es la libre competencia.

Sin embargo, no se trata de un derecho ilimitado. No sólo porque su protección se produce dentro del marco de la economía de mercado, sino también porque la existencia de límites resulta de la literalidad del propio artículo 38 y de otros preceptos constitucionales como los que permiten la intervención del Estado a fin de mantener las condiciones que precisen el correcto funcionamiento de la actividad económica y el respeto a los intereses que concurren en ella.

Además, la Directiva 89/104/CEE no deja a los Estados miembros otra alternativa en materia de agotamiento internacional, de tal modo que la negación del mismo y las consecuencias que de ello se deriven deben entenderse incluidas en la previsión del artículo 30 del Tratado CE, que permite, con ciertos condicionantes la imposición de prohibiciones o restricciones cuantitativas a la importación justificadas por la protección de la propiedad industrial.

Derecho del titular sobre la marca y función social de la propiedad.—El derecho del titular sobre la marca, entendido como señorío más amplio sobre dicho bien inmaterial, constituye una modalidad de propiedad especial sometido como tal al régimen de aquel derecho real contenido en la Constitución.

La función social de la propiedad, que configura el contenido del derecho como un haz de facultades y, al mismo tiempo, un conjunto de deberes, tiene múltiples condicionantes, que el TJCE tuvo en cuenta en la sentencia de 16 de julio de 1998 (Silhouette Internacional Schmied GmbH&Co.KG, C-355, 36) al declarar que las autoridades comunitarias competentes siempre podrán ampliar, mediante la celebración de acuerdos internacionales en la materia, el agotamiento de la marca. Estos condicionantes se proyectan en limitaciones que han de ser impuestas por las leyes cuya interpretación debe efectuarse de conformidad con el derecho comunitario.

Derecho exclusivo del titular de la marca a utilizarla en el tráfico económico e importación del producto.—La importación a la que el titular de la marca puede oponerse, en cuanto implica un uso de la misma en el tráfico económico, supone la entrada del producto en la comunidad con el objetivo de su comercialización en ella. Y tal actividad constituye una intromisión en la esfera exclusiva del titular, antijurídica según la legislación española vigente en el momento en que se produjeron los hechos (Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas).

Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, de 15 de abril de 1994 y agotamiento de la marca en el Espacio Económico Europeo.—Su artículo 6 reconoce la plena libertad a las legislaciones de los miembros de la Organización Mundial del Comercio para admitir o excluir el agotamiento de los derechos sobre los títulos por ellos reconocidos. Los artículos 3.1. y 4 sancionan los principios de trato nacional y trato de nación más favorecida que no resultan infringidos con la admisión en el seno de toda la Comunidad Europea de un agotamiento referido sólo al ámbito del Espacio Económico Europeo.

Directiva 89/104/CEE, de 21 de diciembre de 1988. Agotamiento de la marca. Sólo cuando se ha consentido la comercialización del producto

dentro del Espacio Económico Europeo.—Los preceptos de esta Directiva sobre el agotamiento no pueden interpretarse en el sentido de que los Estados Miembros puedan prever en sus Ordenamientos nacionales un agotamiento respecto de productos comercializados en terceros países. Sólo así se puede alcanzar plenamente la finalidad de la Directiva consistente en salvaguardar el funcionamiento del mercado interior. De la disparidad normativa sobre el agotamiento se derivarían obstáculos insalvables para la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios (STJCE de 16 de julio de 1998).

El artículo 7.1 de la Directiva circunscribe el agotamiento del derecho sobre la marca a los supuestos en que los productos hubieran sido comercializados por primera vez en el Espacio Económico Europeo. De modo que no agota el derecho del titular a controlar la primera comercialización dentro de dicho espacio una comercialización de los productos fuera de tal ámbito territorial (SSTJCE de 20 de noviembre de 2001, *Zino Davidoff, S.A.* y otros asuntos acumulados C-414 a 416/99, 33; 8 de abril de 2003, *Van Doren+Q.GmbH*, C-244/00, 26 y 26 de mayo de 2005, *Class Internacional BV*, C-405/03, 33). Por esta razón, puede el titular prohibir la utilización de la marca con arreglo al derecho que le confiere la Directiva, independientemente de que hubiera prestado su consentimiento a la comercialización en el mercado nacional de otros productos iguales o similares a aquellos respecto de los cuales se invoca el agotamiento (STJCE de 1 de julio de 1999, *Sebazo Inc.*, C-173/98, 19 y 21).

Requerimiento del artículo 37 Ley 32/1988.—En virtud de este precepto, para que el titular de la marca pudiera exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados debía advertir fehacientemente acerca de la existencia de ésta, convenientemente identificada y de su violación, con el requerimiento de que se cesase. El requerimiento también es eficaz cuando, habiendo llegado a la esfera de influencia de su destinatario en circunstancias tales que lo normal es que hubiera conocido su contenido, no lo conoce por causa sólo a él imputable. (STS de 20 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—D. fue demandado por R. I. L. por haber importado desde Méjico, sin su consentimiento, productos auténticos designados con las marcas españolas de que era titular la demandante, en su mayoría vendidos después por aquél en España y Portugal. La actora emitió por vía notarial una carta de requerimiento de cese al demandado, carta que llegó a una de las direcciones que en algunos documentos constan como del destinatario sin que el mismo hubiera prestado la necesaria cooperación para conocer su contenido.

La actora pretendía en la demanda la declaración de su derecho a la primera comercialización de los productos en el Espacio Económico Europeo y, por ello, la declaración de que la importación paralela había infringido sus facultades de exclusiva. También pretendió la condena del infractor a la indemnización de daños.

En primera instancia se desestima la demanda, siendo estimado el recurso de apelación interpuesto por la actora.

NOTA.—La Ley 32/1988 de Marcas ha sido derogada por la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, que contempla el agotamiento del derecho de marca en el artículo 36 y el requerimiento como presupuesto para el nacimiento de la obligación de la indemnización de daños y perjuicios en el artículo 42. (B. F. G.)

51. Negocio de farmacia: elementos y tratamiento jurídico.—En el negocio de farmacia hay que distinguir, dice la S de 14 de mayo de 2003, dos facetas: La primera viene determinada en el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, cuando en él se dice que la oficina de farmacia tiene unos elementos no patrimoniales respecto de los cuales el traspaso y autorización administrativa, están regulados por dicho Decreto que desarrolla la base decimosexta de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional. Pues bien, en dicho Real Decreto se establece con carácter taxativo que «sólo los farmacéuticos, individual o asociados en las formas que se autoricen, podrán ser los propietarios de las oficinas de farmacia». Al igual que la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, que en su artículo 103, define las oficinas de farmacia abiertas al público como establecimientos sanitarios y prescribe en su párrafo cuarto que sólo los farmacéuticos podrán ser titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público. Todo ello aparece concretado en la sentencia de esta Sala de 17 de octubre de 1987, que dice que el Real Decreto 909/1998 es una «norma puramente administrativa sin posible incidencia en el derecho patrimonial y limitada a regular la titularidad de aquella índole de las licencias para farmacia».

La segunda faceta está constituida por la denominada base económica de la farmacia, que comprende el local de negocio en el que se asienta físicamente, las existencias, la clientela, el derecho de traspaso y demás elementos físicos económicos que configuran la actividad negocial de la farmacia.

Esta distinción es constante en la jurisprudencia de esta Sala que somete la base económica de la farmacia a las normas de Derecho privado sin incidencia alguna en ellas de las normas administrativas que regulan el elemento no patrimonial de la oficina de farmacia.

Objeto del contrato de sociedad.—La segunda cuestión que ha de ser precisada se refiere al objeto de la sociedad constituida entre recurrente y recurrido en el documento privado de 2 de julio de 1984. De acuerdo con el artículo 116 CCO las aportaciones de los socios al fondo común de la sociedad que se constituye puede consistir en «bienes, industria o alguna de estas cosas», de ahí que, como reconoce la doctrina, cabe la posibilidad legal de una sociedad colectiva en que no exista fondo social, sino tan sólo comunidad de trabajo, liquidándose a fin de año las ganancias y las pérdidas. En iguales términos se pronuncia el artículo 1665 CC, contemplándose en el artículo 1675 la llamada sociedad universal de ganancias comprensiva de todo lo que adquieran los socios por su industria o trabajo mientras dure la sociedad.

Este no es el caso de la sociedad constituida en el documento de 2 de julio de 1984 en que los contratantes se comprometen a satisfacer los gastos de instalación y explotación de la oficina de farmacia (mobiliario, material fungible e inventariable, medicamentos, etc.) al 50 por 100 por cada uno de los copropietarios; es decir, se crea un fondo social y no la simple aportación de trabajo o industria.

Normas legales a que ha de sujetarse la liquidación del haber social.—Sentado así cual es el objeto de la sociedad constituida por el repetido contrato de 2 de julio de 1984, la oficina de farmacia como empresa mercantil, es decir, la «base económica de la farmacia» en los términos descritos en la S de 14 de mayo de 2003, sobre la cual han de versar las operaciones liquidatorias subsiguientes a la disolución del vínculo societario, han de señalarse cuales son las normas legales a que ha de sujetarse la liquidación del haber social.

Calificada la sociedad que ligaba a recurrente y recurrido como sociedad mercantil, aunque irregular, han de observarse en la liquidación y división del haber social las normas establecidas en el Código de comercio, como establece su artículo 227 y así lo declara la S de esta Sala de 29 de septiembre de 1992.

De acuerdo con el artículo 229 CCO, estando como estamos ante una sociedad colectiva irregular en que las funciones de administrador han venido siendo desempeñadas por el señor B. C., éste ha de continuar encargado de la liquidación, ajustándose en su función liquidadora a las normas del Código de comercio.

Abierta la vía judicial para la ejecución de la sentencia de esta Sala de 27 de enero de 1997, el cauce procesal a seguir para llevar a efecto la liquidación de la sociedad será el establecido en el artículo 946 LEC para la determinación del haber social, siempre de acuerdo, se reitera, con las normas del Código de comercio (arts. 227 ss.); una vez establecido el haber social, su distribución entre los socios, a falta de acuerdo entre ellos, seguirá las normas establecidas para la división de la cosa común en el artículo 404 CC.

Efectos de la disolución de una sociedad mercantil: diferencia entre liquidación y extinción de la sociedad.—El efecto fundamental de la disolución es la apertura del período de liquidación; la extinción de la sociedad se produce, normalmente, terminado el período liquidatorio y de distribución del haber social, es decir, continúa existiendo la sociedad en fase de liquidación, liquidación que dado el carácter mercantil de la sociedad constituida entre los litigantes, ha de regirse por lo previsto en los artículos 222 y siguientes CCO, como establece la S de 29 de septiembre de 1992. Las operaciones liquidatorias no pueden limitarse al momento en que se produjo la liquidación de la sociedad por renuncia del señor B. C.; así lo manifiesta la S de 1 de mayo de 1950 según la cual: «El recurso de casación interpuesto contra dicha resolución contiene un único motivo con el soporte procesal del número 1.º del artículo 1692 de la LEC, por suponer infringidos diferentes artículos referentes al contrato de sociedad en los Códigos civil y de comercio, singularmente el 228 de este último, por entender que, disuelta la sociedad, aun dados como probados los hechos que se citan, no es posible atribuir a los demás socios los beneficios que les correspondían en los negocios emprendidos por el demandado con el capital y los medios de la sociedad, como si ésta no estuviera disuelta.

Si bien es verdad que a tenor literal del citado artículo, que estatuye que desde el momento en que la sociedad se declara en liquidación cesará la representación de los socios administradores para hacer nuevos contratos, quedando limitadas sus facultades en calidad de liquidadores a percibir los créditos de la compañía, a extinguir las obligaciones contraídas de antemano, según vayan venciendo, y a realizar las operaciones pendientes, precepto de aplicación por analogía a las sociedades irregulares, y que las dos sentencias que se invocan, tanto en la sentencia de instancia como en el recurso, de 2 de enero de 1940 y 14 de febrero de 1945, se refieren a operaciones iniciadas con anterioridad a la disolución de la sociedad, no es menos cierto que tanto aquel precepto como esta jurisprudencia son perfectamente aplicables al caso debatido para determinar el abono a los socios de los beneficios concedidos por aquellas operaciones realizadas por el que pudiera denominarse socio liquidador con los medios, el crédito y la organización de la sociedad o comuni-

dad, porque, aparte de que existen méritos para estimar una especie de prolongación de la sociedad, no obstante el acuerdo de disolución, lo contrario equivaldría a sancionar el fraude comercial y a consagrar un enriquecimiento injusto a favor de quien indebidamente dispuso de los medios sociales para nuevos negocios, a pesar de la disolución conocida, pretendiendo atribuirse la totalidad de los beneficios logrados, posición contraria a los más elementales principios de la ética contractual, y que por ello los Tribunales no pueden amparar».

En el mismo sentido, dice la S de 4 de julio de 1959: «Siendo indiscutible que en principio tal liquidación presupone su realización con efecto retroactivo al momento del fallecimiento del socio, determinante de la disolución de la sociedad, pero sin embargo, ello es en base de que, en efecto y como parece natural, las operaciones divisorias se produzcan rápidamente y obtengan un positivo resultado, logrando su inmediata efectividad; pero cuando ello no es así, cuando –por los motivos que fueren– se demora la liquidación y surgen dificultades y complicaciones, y lo que debió de ser rápido finiquito de las operaciones pendientes se transforma en una semiestable e indefinida prolongación de las actividades sociales, conllevada, si no provocada por ambas partes, sin protesta eficaz y adecuada actuación en contrario, entonces claro es que no puede hablarse de esa estricta retroacción de la liquidación al momento del fallecimiento del socio, con olvido y dejando al margen toda esa posterior actuación, puesto que de hecho se ha producido una implícita prolongación de la sociedad, a tales efectos liquidatorios, porque en definitiva, no habiendo liquidado el negocio en su día, cual era pertinente, al continuar aquél en su marcha vino a operarse una especie de comunidad de bienes entre los existentes en aquel momento y los que luego se han producido, merced a esa actuación de facto derivada del proceder de las partes, situación que se mantiene y perdura ínterin no ponga término a ella la adecuada liquidación, bien practicada particularmente, por acuerdo entre las partes, bien por resolución judicial instada por ellas, pero subsistiendo, como queda dicho, entretanto y a los efectos indicados, la pervivencia de la sociedad, pues como tiene declarado esta Sala, entre otras, en S de 2 de enero de 1940, la disolución de una sociedad no equivale a su extinción inmediata, sino que determina el comienzo de un período de liquidación durante el cual la entidad social sigue existiendo como persona jurídica, con su patrimonio, ínterin no terminen las operaciones liquidatorias en beneficio de todos los en ella interesados, doctrina que se reitera en la de 14 de febrero de 1954, en el sentido de mantener la subsistencia de la sociedad, cuya disolución no se produce *ipso iure*, sino que para llegar a su extinción precisa su previa liquidación con determinación del haber partible, lo que implica su duración mientras subsista tal fase», citando a continuación esta sentencia la antes transcrita de 1 de mayo de 1950.

De acuerdo con esta doctrina jurisprudencial el motivo ha de ser desestimado en cuanto que la liquidación de la sociedad irregular constituida entre recurrente y recurrida ha de comprender todas las operaciones realizadas por el recurrente como administrador de facto de la sociedad mientras subsista la sociedad; esta solución no supone una *reformatio in peius* de la solución recurrida habida cuenta que es principio esencial el de que las sentencias han de ser ejecutadas en sus propios términos y lo que acordó la sentencia de esta Sala de 21 de enero de 1997 fue la liquidación en ejecución de sentencia de la sociedad constituida en documento privado de 2 de julio de 1984, sin que exista razón alguna para limitar esas operaciones liquidadoras en los términos

que se establecen en el auto de primera instancia confirmado por la Audiencia ni las pretendidas por el recurrente. (STS de 21 de diciembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—El actor solicitó del Juzgado condenase al demandado a rendir cuentas de la gestión relativa a la instalación y explotación de una oficina de farmacia y a entregarle el 50 por 100 de los beneficios generados desde su puesta en marcha. El demandado reconvino pidiendo se declarase su derecho a la disolución y posterior liquidación —en la fase de ejecución de sentencia— de la sociedad civil que ambos litigantes habían establecido en documento privado. El Juzgado estimó la demanda y su sentencia fue confirmada por la Audiencia. El demandado interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo lo estimó acogiendo la reconvención. El demandante en la instancia interesó entonces del Juzgado se requiriese al reconviniente para que presentase la liquidación de la sociedad. Una providencia del Juzgado especificando que las normas que regían la ejecución de la sentencia eran las relativas a la partición de herencia, dio paso a un nuevo escrito en el que el actor solicitaba la práctica de inventario seguida de la tramitación correspondiente. El Juzgado dictó una segunda providencia teniendo por instada la ejecución de sentencia y señalando el momento de la práctica del inventario. Contra la providencia interpuso el demandado recurso de reposición solicitando se declarase no haber lugar a la formación de inventario sino a la rendición de cuentas y, en todo caso, sólo respecto al tiempo que estuvo vigente el contrato de sociedad. Parcialmente estimado el recurso, se señaló día y hora para la práctica del inventario. Sin embargo el auto estimatorio fue recurrido en apelación sin que la Audiencia Provincial la acogiese. Contra este último auto, que desestima la apelación, interpone el demandado recurso de casación, disconforme fundamentalmente con la existencia en el negocio de un fondo social que fuese necesario inventariar y dividir. El Tribunal Supremo acoge el recurso, casa y anula el auto y ordena, por fin, seguir la ejecución conforme a las pautas que señala en su sentencia. (R. G. S.)

52. Sociedad anónima. Prejudicialidad.—La prosperabilidad de la acción de responsabilidad individual de los administradores como consecuencia de una deuda impagada por la sociedad no exige la previa condena de la sociedad al pago de la deuda.

Acción individual de responsabilidad de los administradores.— Concurren los requisitos para su prosperabilidad (art. 135 LSA): 1) un comportamiento, cuando menos omisivo, contrario a la ley y sin la diligencia de un ordenado comerciante, 2) que cause una lesión concreta a los intereses de un tercero (acreedor de la sociedad), 3) existiendo una relación causal directa entre tal comportamiento y el daño. (SSTS de 27 de octubre y 7 de diciembre de 2004, 25 de abril, 26 de mayo y 20 de junio de 2005).

Responsabilidad solidaria por obligaciones sociales (arts. 260.1.4.º y 262.1 y 5 LSA).—Cierre irregular de la sociedad incurra en causa de disolución (cese de la actividad, abandono de la sede social, ausencia de patrimonio para hacer frente a la deuda, enajenación de los bienes inmuebles sin seguir

un procedimiento legal de liquidación y sin atender a las obligaciones contraídas por la sociedad), lo que convierte a los administradores en responsables solidarios por las obligaciones de la sociedad (SSTS de 16 de diciembre de 2004, 23 de septiembre y 17 de octubre de 2005). (**STS de 30 de noviembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *I. E., S. A.* libra el 15 de octubre de 1995 un pagaré a favor de don A. en pago de una deuda. El pagaré resulta impagado y la sociedad desaparece de forma irregular. Don A. interpone un juicio cambiario contra la sociedad intentando el pago del efecto y, con posterioridad, el 10 de enero de 1996, interpone de forma paralela demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra la sociedad *I. E., S. A.*, don C., don M., don J. M. S. F. y don J. M. S. R., en su calidad de administradores sociales, solicitando la condena de los demandados solidariamente al pago de 26.452.629 pesetas más los intereses legales y las costas. La sociedad es declarada en rebeldía y el día 10 de junio de 1997 el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valencia absuelve a los demandados, imponiendo las costas a la parte actora. Don A. apela contra la sentencia ante la Audiencia Provincial de Valencia, que con fecha 9 de enero de 1999 estima parcialmente el recurso, condenando solidariamente a los administradores de la sociedad (y a la esposa de uno de ellos a efectos del art. 144 RH) al pago de la cantidad solicitada, más las costas de la primera instancia, sin realizar pronunciamiento expreso sobre las costas en la apelación. Respecto de la sociedad *I. E., S. A.* la Audiencia Provincial acoge, al igual que el juzgador en primera instancia, la excepción de litispendencia. Don M. interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, entre otros, por infracción de los artículos 127, 133, 134 y 135 LSA en relación con los artículos 260 y 262 de la misma Ley. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Debe tenerse en cuenta que los artículos 127 y 133 LSA han sido modificados por la Ley 26/2003, de 17 de julio. Los artículos 260 y 262 LSA han sido objeto de modificaciones por la Ley 22/2003, de 9 de julio, y por la Ley 16/2007, de 4 de julio y el artículo 262 LSA ha sido modificado, además, por la Ley 19/2005 de 14 de noviembre. (*C. G. G.*)

53. Sociedad anónima. Responsabilidad de los administradores por daños a los acreedores. Plazo de prescripción e inicio del cómputo del plazo.—El Tribunal Supremo señala que el plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad es el plazo de cuatro años establecido por el artículo 949 CCO (SSTS de 20 de julio de 2001, 26 de mayo de 2004 y 22 de marzo de 2005). El plazo de prescripción se computa, de conformidad con el tenor del artículo 949 CCO, desde el momento en que los administradores *por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de su administración*. El citado precepto abarca, por tanto, el cese de un administrador por renuncia. El plazo debe computarse desde la fecha del cese en el cargo y no desde el momento de inscripción del cese en el Registro Mercantil. El Tribunal Supremo recuerda que ningún precepto

legal exige la inscripción del cese en el Registro Mercantil, por lo que ésta no tiene carácter constitutivo (SSTS de 10 de mayo de 1999, 23 de diciembre de 2002, 26 de octubre de 2004 y 28 de mayo de 2005) y su exactitud es una presunción *iuris tantum*. (STS de 22 de diciembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don A., acreedor de la sociedad *E., S. A.*, interpone demanda de juicio ordinario contra don J. J. y don J. R. en cuanto administradores de la sociedad *E., S. A.* La sociedad *E., S. A.* había sido condenada en un juicio previo, entablado por don A., a abonarle una deuda impagada que éste ostentaba frente a la sociedad. En la ejecución de la sentencia los bienes de la sociedad resultaron ser insuficientes para hacer frente íntegramente a la deuda. Don A. solicita al Juzgado que declare la responsabilidad solidaria de los administradores al pago de las cantidades impagadas, en virtud de la acción individual de responsabilidad (art. 135 LSA) y, subsidiariamente, en virtud del incumplimiento de la obligación de convocar debidamente la Junta General para acordar la disolución de la sociedad (art. 262 LSA). El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Vitoria estima íntegramente la demanda y condena a los administradores de forma solidaria al pago de la deuda que resultó impagada, así como a los intereses devengados y a las costas de ambos procedimientos. Don J. J. y don J. R. interponen recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Álava que fue desestimado con fecha 27 de febrero de 1999. Don J. R. interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, basada, entre otros, en la infracción del artículo 1968.2 CC en relación con el artículo 1902 CC y del artículo 949 CCO. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación, por haber prescrito el plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad de los administradores y procede casar las sentencias de apelación y de primera instancia en la parte relativa a don J. R. (C. G. G.)

54. Sociedad anónima. Incumplimiento por el administrador del deber de convocar la Junta General para acordar la disolución de la sociedad. Responsabilidad solidaria del administrador por las obligaciones de la sociedad (art. 262.5 LSA). Plazo de prescripción de cuatro años para exigir la responsabilidad del administrador (art. 949 CCO).—La jurisprudencia actual del Tribunal Supremo considera que el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad de los administradores sociales es el de cuatro años previsto en el artículo 949 CCO (SSTS de 22 de marzo de 2005, 20 de julio de 2001, 7 de junio de 2002, 19 de mayo de 2003, 26 de mayo de 2004). Este plazo debe computarse desde el momento en que la acción pudo ejercitarse, es decir, una vez transcurridos dos meses desde la concurrencia de una causa de disolución de la sociedad (art. 260.1 LSA), sin que el administrador haya procedido a convocar la Junta General para acordar la disolución de la sociedad. O, lo que es lo mismo, desde que nace la responsabilidad (art. 262.5 LSA) que se exige con el ejercicio de la acción.

La fecha en la que cesa el desarrollo de la actividad empresarial en el domicilio social, las fechas de baja de la sociedad en la Seguridad Social y en la Administración Tributaria permiten establecer el transcurso de un período su-

perior a dos meses, sin que el administrador de la sociedad haya procedido a convocar la Junta General. (STS de 13 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *L. S., S. A.* acreedora de la sociedad *T. X., S. A.* interpone el 20 de septiembre de 1994 demanda sobre reclamación de cantidad en juicio de menor cuantía contra la sociedad *T. X., S. A.*, su administrador, don M. y los herederos o herencia yacente e hijos de don J., solicitando que se dicte sentencia condenando solidariamente a los demandados al pago de la cantidad de catorce millones doscientas noventa y una mil seiscientas catorce pesetas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Barcelona resuelve el 26 de septiembre de 1996 condenando solidariamente a don M. y a la sociedad *T. X., S. A.* al pago de la cantidad reclamada, con intereses legales y condena solidaria en 2/3 de las costas procesales, absolviendo a los herederos de don J.

Don M. y *T. X., S. A.* interponen recurso de apelación contra la referida sentencia ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que en fecha 26 de mayo de 1998 desestima el recurso, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia.

Don M. interpone recurso de casación fundado, entre otros, en la inaplicación de los artículos 1902 y 1968-2º CC y aplicación indebida del artículo 949 CCO, así como por aplicación indebida del artículo 262, núm. 5, LSA. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Debe tenerse en cuenta que el artículo 260 LSA ha sido objeto de modificaciones por la Ley 22/2003, de 9 de julio, y por la Ley 16/2007, de 4 de julio. El artículo 262 LSA también ha sido modificado por las referidas leyes, así como por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre. (C. G. G.)

55. Sociedades. Impugnación de los acuerdos sociales. Caducidad de la acción. Concepto de orden público (art. 116 LSA).—Para garantizar la seguridad del tráfico es necesario interpretar de forma restrictiva el concepto de orden público del artículo 116 LSA, que constituye la excepción a la regla de la caducidad de las acciones de impugnación. Por tanto, deben considerarse únicamente contrarios al orden público los acuerdos que contravengan los principios configuradores de la sociedad anónima (art. 10 LSA) y los que vulneren derechos y libertades de los socios (STC 43/1986).

Constitución irregular de la Junta Universal. Carga de la prueba. Actos propios.—La falta de asistencia de los demandantes a la Junta General no ha quedado suficientemente probada. La certificación de la Junta General universal consta protocolizada en escritura pública e inscrita en el Registro Mercantil. Se trata de una prueba documental pública, que goza de una presunción de veracidad, reforzada por su inscripción en el Registro Mercantil (arts. 20.1 CCO y 7.1 RRM), pero que puede ser desvirtuada con otras pruebas (SSTS de 6 de octubre de 2000 y 30 de octubre 1998). Con la aportación al juicio de las correspondientes escrituras los demandados han cumplido con la carga de la prueba y son los demandantes quienes deben desvirtuar la presunción de veracidad. Para ello no son suficientes sus manifestaciones contradiciendo el contenido de las certificaciones. No se ha invertido la carga de la prueba (art. 1214 CC).

Doctrina de los actos propios.—La Sala de los Civil del Tribunal Supremo entiende que se cumplen los tres requisitos para la aplicación de la doctrina de los propios actos, que son: 1) el acto que se pretende combatir debe haber sido adoptado y verificado con plena libertad de criterio y voluntad no coartada; 2) debe existir un nexo casual eficiente entre el acuerdo adoptado o acto realizado y su incompatibilidad con la conducta posterior; 3) la acción debe ser concluyente o indubitada de forma que defina de modo inalterable la situación de quien lo realiza, por su carácter trascendente o por constituir convención destinada a crear, modificar o extinguir una relación jurídica (STS de 20 de diciembre de 1996). Los actos propios de los actores (ejercicio de derechos que presuponen la validez de los acuerdos adoptados que ahora se impugnan, realización de declaraciones en sentido contrario en otros lugares, ausencia de ejercicio de acción alguna contra quienes certificaron las Juntas Universales, así como el ejercicio tardío de la acción de impugnación) habrían subsanado, en su caso, la constitución defectuosa de la Junta General.

Calificación de los contratos.—Corresponde al juzgador de instancia atendiendo al contenido obligacional del contrato (SSTS de 25 de febrero de 1994 y 9 de abril de 1997) y al fin jurídico perseguido con el contrato (STS de 4 de julio de 1998). Sólo cabe sustituir la calificación en casación en caso de que sea ilegal, nazca de un error patente, sea irrazonable o arbitraria (SSTS de 20 de julio de 2000, 14 de mayo de 2001, 23 de junio de 2003). (STS de 28 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *L. M., S. A.* celebró dos Juntas Generales extraordinarias constituidas con carácter universal los días 24 de marzo de 1988 y 5 de abril de 1988.

En la junta de 24 de marzo de 1988 se aprobaron, entre otros, los acuerdos de transformación de la sociedad *L. M., S. L.* en sociedad anónima, de aprobación del balance de la sociedad y de aprobación de dos créditos en el pasivo del balance, uno a favor de don D. C. G. y otro a favor de la sociedad *F. S. E., S. A.* Igualmente se aprobó la configuración del órgano de administración de la sociedad como consejo de administración, nombrando a don J., don R., don A. y don D. C. G., consejeros. En el consejo de administración celebrado a continuación de la Junta General se acuerda delegar poderes en todos los consejeros, salvo en don D. C. G.

En la Junta General de 5 de abril 1988 se acuerda, entre otros, aumentar el capital social, suscribiendo las nuevas acciones únicamente la sociedad *F. S. E., S. A.* y don D. C. G., produciéndose el desembolso mediante la condonación de los créditos que ambos ostentan frente a la sociedad *L. M., S.A.* y que fueron aprobados en la Junta General precedente.

Transcurridos siete años, don D., don M., doña S. y doña M., accionistas de la sociedad *L. M., S. A.* e hijos de don D. C. G., interponen, el 28 de junio de 1995, ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Badajoz, demanda en juicio de menor cuantía contra la sociedad *L. M., S. A.*, la sociedad *F. S. E., S. A.*, don R., don A. P. A., don J., don A. P. G. Entre otras, solicitan la declaración de nulidad de pleno derecho de la constitución de las Juntas Generales extraordinarias celebradas con carácter universal de la sociedad *L. M., S. A.* los días 24 de marzo de 1988 y 5 de abril de 1988, así como de los acuer-

dos adoptados en las mismas. Solicitan igualmente la nulidad de los acuerdos adoptados por el consejo de administración de la sociedad con fecha 24 de marzo de 1988. Ejercitan igualmente la acción de responsabilidad social contra algunos de los miembros del consejo de administración de la sociedad *L. M., S. A.* pidiendo que indemnicen a la sociedad *L. M., S. A.* por los daños y perjuicios ocasionados por el ejercicio doloso de la administración, sin que los daños y perjuicios se concreten por la parte demandante.

Los demandantes alegan la constitución irregular de las Juntas Generales como Juntas Universales, a pesar de constar así en las certificaciones expedidas por el secretario de la Junta General, en las escrituras públicas de protocolización de los acuerdos adoptados y en el Registro Mercantil. Sostienen que no asistieron a las referidas juntas ni personalmente ni debidamente representados. Alegan igualmente la inexistencia del crédito contra la sociedad que fue aprobado por la Junta General de 24 de marzo de 1988 como parte del pasivo del balance y que, en la Junta General de 5 de abril de 1988, fue objeto de la aportación en el aumento de capital acordado.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Badajoz desestima íntegramente la demanda el día el 26 de septiembre de 1997. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial de Badajoz confirma íntegramente la sentencia con fecha 31 de diciembre de 1998. Los demandantes interponen recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. El 28 de noviembre de 2005 el Tribunal Supremo desestima el recurso. (C. G. G.)

56. Contrato de concesión o distribución mercantil: diferencias con el de contrato de agencia.—[...] procede examinar la calificación contractual de la relación jurídica controvertida por que subyace en todos ellos la problemática de si se trata de un contrato de agencia o de distribución. En ambas modalidades de contrato, no sólo de la misma familia —de colaboración— sino muy similares, y en ocasiones con problemas comunes, la persona del concesionario, en su caso agente, distribuye los productos del concedente o principal, pero en tanto el concesionario actúa por cuenta propia, el agente actúa por cuenta ajena, el primero adquiere del principal y revende, en tanto el segundo, como intermediario independiente, promueve actos y operaciones de comercio por cuenta de su principal o los promueve y concluye en nombre y por cuenta de éste. En tal sentido, pacífica jurisprudencia (SS de 8 de noviembre de 1995, 17 de mayo de 1999, 16 de noviembre de 2000, 28 de enero de 2002, 8 y 9 de febrero de 2004). En el caso, la calificación del contrato controvertido como de distribución, y no de agencia, efectuada por la resolución recurrida, se adecúa a los datos fácticos tomados en consideración, los cuales, en la perspectiva probatoria, devienen incólumes en casación y vinculantes para este Tribunal. Y al efecto valora el juzgador *a quo* datos tan significativos como las distintas facturaciones de A a B y de esta entidad a sus clientes; la diferencia del precio de venta de distribución y el precio de venta al público, con un margen comercial comprendido entre el 15 y el 18 por 100; la ausencia de comisiones y la inexistencia de facturas de incentivo de campaña y de rapel así como de recomendación de venta al público. Por lo que, resume la resolución recurrida, la actividad de la entidad actora «representaba una actuación mercantil final, no intermediaria».

Por consiguiente, no sólo no hay irrazonabilidad en la apreciación de la sentencia de instancia, a quien en principio (a salvo de arbitrariedad o error notorio), le corresponde la función soberana de la calificación contractual, sino que ésta es plenamente acorde a la doctrina jurisprudencial.

Rasgos característicos del contrato de distribución.—Son notas características del contrato de concesión o distribución el carácter de confianza o personal —*intuitu personae*— (SS de 28 de febrero de 1989, 21 de noviembre de 1992, 17 de mayo y 15 de noviembre de 1999, 20 de enero y 13 de marzo de 2000 y 9 de febrero 2004) y la fijación de objetivos mínimos (SS de 10 de abril y 18 de julio de 1997, 24 de noviembre de 1998, 9 de febrero de 2004).

Indemnización por clientela: no procede en caso de incumplimiento contractual.—Se aduce la infracción de los artículos 28 y 30 de la Ley de Contrato de Agencia en relación con los artículos 1101 y 1124 CC. En el cuerpo del motivo se pretende el reconocimiento de una indemnización por clientela con la argumentación de que no hay un incumplimiento grave, contumaz y permanente, ni achacable a dolo o culpa de tanta entidad como para que se niegue dicho resarcimiento, y que no es cierto que no se haya postulado en la demanda pues en la misma se alude a las acciones derivadas de la Ley de Agencia y en el suplico, punto primero, «se solicita íntegra y textualmente las palabras que recoge el apartado 3º del artículo 28 de la Ley de Contrato de Agencia», añadiéndose que en el acto de la vista (de la apelación) se expresó que «la reclamación por clientela tenía una base en el enriquecimiento injusto».

El motivo se desestima porque, con independencia de si se pidió la indemnización por clientela, que, obviamente está sujeta al principio de justicia rogada y no cabe entender comprendida en una indemnización por daños morales, que responde a otras perspectivas fáctica y jurídica, la doctrina jurisprudencial niega la indemnización, con aplicación analógica al contrato de distribución del artículo 30 a) LCA, en los casos de incumplimiento contractual del agente o del distribuidor (SS de 15 de febrero y 16 de mayo de 2001 y 20 de mayo de 2004), sin que quepa hacer distinciones donde la ley no las hace (*ubi lex non distinguit nec distinguere debemos*: SS de 27 de febrero de 1909, 16 de marzo de 1951, 12 de abril de 1988, 2 de abril de 1990, 22 de febrero de 1993). (STS de 16 de diciembre de 2005; no ha lugar).

HECHOS.—El litigio que llega al Tribunal Supremo tiene por objeto las consecuencias de la ruptura de la vinculación contractual existente entre la mercantil A, fabricante de automóviles, y la también mercantil B. Es asimismo cuestión disputada si B actuó como distribuidora o agente de B, lo que, a su vez, depende de la naturaleza de la extinguida relación contractual. Tanto la sentencia del Juzgado como la de la Audiencia desestimaron la demanda interpuesta por B, entendiendo que el contrato que vinculaba a las partes era de concesión y no de agencia y que existió justa causa de resolución unilateral por incumplimiento de la actora concesionaria, razón por la que no proceden las indemnizaciones que ésta reclamaba. No ha lugar al recurso de casación que B interpone. (R. G. S.)

57. Contrato de distribución o concesión en exclusiva: revisión en casación de la prueba del incumplimiento contractual.—No es posible revisar en casación la apreciación de la prueba realizada por la Sala de Instan-

cia, *salvo arbitrariedad o irrazonabilidad*. El impago de las mercaderías recibidas por la empresa concesionaria es justa causa de la resolución contractual, cuando no ha sido probado el incumplimiento de la empresa suministradora principal. Dicho impago es contrario a la buena fe cuando, a la vez que pretende justificarse alegando el incumplimiento de la empresa concedente, la concesionaria ha seguido solicitando el pedido de las mercaderías. **(STS de 2 de diciembre de 2005; no ha lugar.)**

HECHOS.—Se inició una relación contractual de distribución entre dos empresas, con un pacto en virtud del cual la compañía suministradora no negociaría en Cataluña, Baleares y Levante, donde la distribución correspondería en exclusiva a la empresa receptora de los productos. Dos años después comienzan las desavenencias, cuando la compañía suministradora nombra a una tercera empresa como distribuidora de sus productos para las «zonas Norte, Centro y Sur del mercado español». La primera empresa distribuidora dejó de pagar las mercancías, a pesar de lo cual continuó cursando los pedidos. El impago causó la demanda de resolución del contrato por parte de la compañía principal o concedente. La demandada formuló reconvenición, solicitando a su vez la resolución del contrato por incumplimiento de la demandante, a la que acusa de haber infringido el pacto de exclusiva convenido. La Audiencia Provincial de Barcelona estimó la resolución del contrato por incumplimiento de la empresa distribuidora, al considerar probado el impago de las mercancías suministradas, mientras que no había sido probado que, como consecuencia del contrato con la segunda compañía distribuidora, hubiera resultado dañado el mercado de la primera, ni ningún otro incumplimiento del contrato por parte de la compañía suministradora o concedente. (C. J. D.)

58. Interpretación del contrato. Garantía a primer requerimiento: diferencias con la fianza.—La regla que rige las normas sobre interpretación se aplica también en la fijación del tipo contractual realmente querido por las partes, puesto que «los contratos son lo que son y la calificación no depende de las denominaciones que les hayan dado los contratantes» (S de 14 de mayo de 2001, con cita de abundante jurisprudencia), de modo que «la calificación de los contratos constituye función propia de los juzgadores de instancia, que ha de ser mantenida en casación, salvo que sea arbitraria, absurda o ilegal» (S de 11 de diciembre de 2002). En definitiva, la identificación se hace por los tribunales sobre la base del contenido pactado, es decir, de los deberes y obligaciones asumidos por cada una de las partes.

El contrato cuya naturaleza se discute ha sido correctamente calificado en la sentencia recurrida, que ha tenido a la vista los documentos adecuados determinantes para interpretar la auténtica voluntad de las partes, que es lo decisivo para calificar y no el nombre que se haya usado y ha valorado la prueba existente en el sentido más adecuado. Y, a tal efecto, ha concluido que el contrato celebrado entre las partes constituye un aval a primer requerimiento, en cuya virtud «el garante se obliga a pagar a primer requerimiento del beneficiario la cantidad pactada en la garantía». Este tipo de garantías ha sido adoptado en las Reglas uniformes sobre garantías a demanda (documento aprobado el 3 de diciembre de 1991), de la *Internacional Chamber of Comer-*

ce y en la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y cartas de crédito contingentes, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1995.

Este Tribunal ha admitido este tipo de garantías y ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el propio concepto y sobre su admisión. La S de 31 de mayo de 2003, entre otras, pone de relieve que las fianzas a primer requerimiento están admitidas por la jurisprudencia y se reconoce su «función garantizadora y operatividad independiente del contrato garantizado desde el momento en que resulta suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante por medio del requerimiento practicado».

Dicho esto, no cabe duda que la interpretación y la calificación efectuadas en la sentencia recurrida son correctas. Efectivamente, en los documentos que constan en la demanda se comprueba que el recurrente se comprometió «al primer requerimiento de este Banco a reembolsar los posibles saldos deudores de A pudiendo ustedes exigir dicho pago en cualquier momento y en virtud de las obligaciones que asumimos frente a ustedes». Esta cláusula define el tipo contractual, que es distinto de la fianza, siendo una garantía totalmente autónoma y no accesoria, como afirman las SS de esta Sala de 27 de octubre de 1992 y 17 de febrero y 13 de diciembre de 2000. (**STS de 9 de diciembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La compañía A concertó con una entidad bancaria una póliza de crédito con un límite de veinticinco millones de pesetas. Don R. H. H., accionista mayoritario de A —y a la vez era accionista mayoritario y administrador del grupo de empresas B— informó al banco del inicio de los trámites de venta de la compañía indicando que de no concluirse la operación A seguiría en el grupo empresarial B. Tras su venta, A incumple la obligación de devolver el préstamo. Ante el incumplimiento, el grupo B inicia gestiones con el banco, en el curso de las cuales manifiesta su voluntad de actuar como fiador solidario y de asumir los gastos de abogado y procurador que pudiera generar la reclamación del banco a la compañía. El banco carga en la cuenta del grupo B la cantidad adeudada por A y sigue además un procedimiento judicial contra la compañía reclamando las responsabilidades derivadas del incumplimiento del contrato de préstamo. El pleito que llega a la casación se traba entre el grupo empresarial B y el banco quienes interpretan de modo diverso los acuerdos suscritos: mientras el primero considera que ha comprado un crédito unido a un mandato al banco para que reclame por su incumplimiento al deudor cedido (la compañía A), el segundo entiende que se trata de un negocio en fraude de ley y simulado porque afirma que B —demandante en la instancia— le pidió no aparecer como reclamante ante A en tanto que así no se aplicarían las compensaciones derivadas de las relaciones obligatorias entre A y el grupo B. El Juzgado desestimó la demanda por considerar que el grupo B había avalado la operación de A con el banco demandado y que no existía ningún contrato de mandato. Su sentencia fue confirmada por la Audiencia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación que interpuso el grupo empresarial B. (*R. G. S.*)

59. Contrato de seguro. Deber del tomador del seguro de declaración del riesgo. Artículos 10 y 89 LCS.—Ambos preceptos deben ser interpretados conjuntamente: el primero establece la obligación del tomador del seguro de declarar al asegurador, antes de la conclusión del contrato y de acuerdo con el cuestionario que le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. El asegurador puede rescindir el contrato en el plazo de un mes a contar desde el conocimiento de la reserva o inexactitud de la declaración. El artículo 89 LCS establece otro límite temporal, pues impide al asegurador impugnar el contrato una vez que haya transcurrido un año desde la fecha de conclusión del contrato. Este límite temporal no entra en juego en caso de dolo del tomador del seguro. En virtud del último párrafo del artículo 10 LCS, además, si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro, el asegurador quedará libre del pago de la prestación.

A la hora de valorar este último extremo (dolo o culpa grave del tomador del seguro al omitir información relativa al riesgo), el Tribunal Supremo afirma lo siguiente: «Con independencia del posible contraste por el médico del asegurador, el cuestionario fija la declaración del estado de salud del asegurado en un momento cronológico determinado, de forma que algo tan frágil y voluble como es la salud humana, que queda documentalmente estereotipada, cuando por la propia dinámica interna del sujeto la salud interna puede mejorar o empeorar, sin tener en cuenta, en este momento, que el conocimiento limitado del estado de salud del propio sujeto declarante puede variar rápidamente con grandes dificultades para demostrar ante el asegurador un desconocimiento, que posteriormente vendrá desbordado por la fluidez de los hechos» (FD 2.º). (**STS de 15 de diciembre de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—La viuda del asegurado interpone acción frente a la compañía aseguradora solicitando el pago de la cantidad correspondiente a la garantía cubierta por la póliza contratada por su cónyuge. La demandada formula demanda reconventional invocando el deber de información exigido por el artículo 16 LCS.

En primera instancia sólo se estima la demanda reconventional, por aplicación del último inciso del artículo 10 LCS: en el cuestionario de fecha 3 de diciembre de 1987 a la pregunta ¿tiene alguna alteración física o funcional? El tomador del seguro manifestó que no. El 30 de junio de 1986 se le había diagnosticado una «probable cirrosis». El primer ingreso hospitalario, relacionado con dicho diagnóstico, se produce a los cinco años de la conclusión del seguro. Casi diez años después, contados desde la misma fecha, el 18 de septiembre de 1997, se produce el fallecimiento del asegurado como consecuencia de la cirrosis.

El Tribunal Supremo entiende que en este caso no es razonable calificar la conducta del tomador del seguro de «dolosa» al contestar el cuestionario. (*B. F. G.*)

60. Contrato de seguro. Deber de declaración del tomador: omisión por el asegurado de datos en el cuestionario de salud complementario al seguro. Concurrencia de dolo o negligencia grave.—El haber sufrido una crisis cardiopática debería haberse hecho constar en el cuestionario por parte del asegurado, cuando se le pregunta directamente sobre ella, y especialmen-

te si en la póliza se duplica el capital asegurado a pagar si el asegurado no sufre una enfermedad en determinado período desde su suscripción. Esa omisión supone para el asegurado [en el texto de la sentencia se dice erróneamente «asegurador»], suscriptor de la misma, una falta a la buena fe y al deber contractual exigible, a pesar del tiempo transcurrido desde el primer episodio hasta la suscripción del seguro y el fallecimiento, pues existía una base patológica que podía volver a obrar en cualquier momento, como así sucedió. No puede exigirse a la aseguradora un examen médico exhaustivo previo del asegurado, pues este tipo de seguros de vida, de pequeño capital, ofrecido a grupos de clientes bancarios por su pertenencia al círculo crediticio que los facilita, se basan en la confianza, y debe ser el asegurado fiel a su realidad sanitaria, sin tratar de conseguir un seguro a ultranza, pese a conocer sus padecimientos y que si los declara no alcanzaría la cobertura patrimonial que se le ofrece tan fácilmente.

Doctrina del levantamiento del velo. Aseguradora de un grupo de empresas encabezado por un banco.—La falta de claridad de la personalidad de la contratante responsable del seguro frente a los beneficiarios, junto a las circunstancias concurrentes en el caso (contratación en la sede de la sucursal bancaria, director de esa sucursal que la realiza en nombre de la aseguradora, sellado de la solicitud e intervención del Banco en la póliza como tomador) y a que la aseguradora se integra en un grupo encabezado por el Banco demandado, que para facilidad suya se compone de diversas divisiones para actuar en las distintas actividades mercantiles, determinan la responsabilidad, frente al asegurado y beneficiarios, del Banco, bien apareciera el mismo como el verdadero o último asegurador o como tomador del seguro, lo que le haría responsable de los resultados del mismo ante aquéllos (a partir de ser el pagador de las primas y designar terceros beneficiarios), según el artículo 7.2 y 3 LCS, responsabilidad que en el seguro de vida, conforme al artículo 84-3º de la misma Ley, se compatibiliza con la posible obtención para él de los beneficios del contrato en ciertos casos (**STS de 23 de noviembre de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—El 22 de octubre de 1992, don D. R. M. suscribió un seguro de vida en una sucursal del banco *B. B., S. A. E.*, apareciendo como firmante de la póliza el director de la misma, que actuaba también como gestor de seguros, y figurando como aseguradora *B. V. P., S. A.* (división del Banco) y dicho Banco como tomador de la póliza. Simultáneamente se le presentó al asegurado un cuestionario de salud para ser cumplimentado, asesorado por el referido director, siendo firmado por ambos, y en él el señor R. M. omitió que nueve años antes del contrato había padecido una angina de pecho, de la que fue tratado hospitalariamente sin que volviera a sufrir crisis cardiaca alguna, permaneciendo asintomático y con una vida normal, así como que sufría de diabetes. El 8 de diciembre de 1994, el asegurado sufrió una segunda crisis cardiaca, a consecuencia de la cual falleció. Ante la reclamación extrajudicial de los herederos del fallecido a la aseguradora, ésta denegó la prestación establecida para caso de muerte, por la omisión de datos en el cuestionario de salud y actuar el asegurado, en su suscripción, con dolo o negligencia grave.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda contra el Banco, dada la relación íntima y de dependencia entre éste y la

aseguradora y al entender que la omisión de datos en el cuestionario se debía a que el asegurado había sido inducido a error por el agente de seguros al rellenarlo, condenando al Banco a pagar a los demandantes el capital concertado, más los intereses del artículo 20 LCS. Recurrida en apelación la sentencia, la Audiencia Provincial la desestimó, confirmando la de primera instancia. Finalmente, el Banco demandado recurre en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—El artículo 10 LCS viene a establecer el deber del tomador del seguro de declarar al asegurador, antes de la conclusión del contrato y de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo y que estén comprendidas en dicho cuestionario. En caso de reserva o inexactitud del tomador del seguro, el asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes desde su conocimiento, y si el siniestro sobreviniera antes de hacerse esa declaración del asegurador, la prestación de éste se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo, salvo si mediara dolo o culpa grave del tomador del seguro, en cuyo caso quedará el asegurador liberado del pago de la prestación.

En este caso, el Tribunal Supremo considera que la no declaración en el cuestionario de una previa enfermedad grave que podría repetirse y por la que específicamente se le preguntaba, y aunque fuera muy anterior al momento de suscripción de la póliza y se mantuviera actualmente asintomática, supone para el asegurado suscriptor de la póliza una falta a la buena fe y al deber contractual exigible —con las consecuencias antes indicadas—, especialmente en los seguros de vida basados en la confianza. (*F. J. J. M.*)

61. Contrato de seguro. Acción directa del tercero frente al asegurador y cobertura del seguro.—Para que surja el derecho del tercero contra el asegurador es indispensable que tenga su origen en un hecho previsto en el contrato de seguro, pues constituye presupuesto de la obligación del asegurador que se verifique el evento dañoso delimitado en el contrato. Si falta tal presupuesto, el derecho del tercero frente al asegurador no llega a nacer. El contenido pactado en el contrato sobre la cobertura del seguro delimita el riesgo asumido, su contenido, el ámbito al que se extiende.

Por tanto, si el hecho en el que se basa la acción del tercero no está previsto en el contrato, no nos encontramos ante una excepción que pueda oponer el asegurador al asegurado, sino ante una exclusión de la acción del asegurado, que ni siquiera ha nacido y de la acción directa, pues el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato. (**STS de 20 de diciembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La presente sentencia (recurso núm. 1923/1999), junto con la STS de misma fecha y mismo ponente (recurso núm. 1924/1999) y la STS de 25 de noviembre de 2004 (recurso núm. 3229/1998) tienen su origen en la STS de 8 de junio de 1993, en la que se condenó a los asegurados de la compañía aseguradora (demandada en

la presente y en las otras dos sentencias citadas) al abono del importe de las obras necesarias a fin de subsanar los problemas de las viviendas afectadas por un defecto de cimentación.

La adecuada reconstrucción de los hechos y de las cuestiones jurídicas planteadas sólo puede realizarse tras la lectura de la STS de 25 de noviembre de 2004, primera en el tiempo. En dicha sentencia se explica que la póliza concertada establecía como cantidad máxima por siniestro la de diez millones de pesetas y reproduce la definición de siniestro que se contiene en el artículo preliminar de la póliza, definición que reviste suma importancia y en virtud de la cual «Se considerará que constituye un solo y único siniestro el acontecimiento o serie de acontecimientos dañosos debidos a una misma causa original con independencia del número de reclamantes o reclamaciones fundadas».

La demandante entiende que el defecto de cimentación constituye un siniestro distinto en relación con cada una de las viviendas familiares, por lo que reclaman la totalidad de la suma asegurada por siniestro. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que hay una única causa de la ruina, lo que conlleva que la deuda de la aseguradora no es de diez millones de pesetas por cada una de las viviendas unifamiliares afectadas, sino de dicha cantidad a repartir entre todos los propietarios afectados.

NOTA.—En la Sentencia del Tribunal Supremo de misma fecha y mismo ponente (recurso núm. 1924/1999) los fundamentos de derecho son, también, los mismos. (B. F. G.)

62. Contrato de seguro. Indemnización por mora en caso de acuerdo de peritos sobre la suma indemnizatoria devenido inatacable. Artículos 20 y 38 LCS.—El artículo 38 LCS establece en su párrafo 9.º que el interés de demora será el previsto en el artículo 20 *cuando el asegurado se haya visto obligado a reclamar la indemnización judicialmente*, empezando a devengarse el interés desde que la valoración devino inatacable. El Tribunal Supremo considera, a pesar de la literalidad del precepto, que el artículo 20 es aplicable aun cuando no se haya interpuesto reclamación judicial, pues «[...] negar los intereses del artículo 20 LCS en tal supuesto de mora no parece coherente con la finalidad del procedimiento de facilitar lo más rápido posible la liquidación del daño cuando entre las partes no se discute la cobertura del seguro sino sólo la evaluación de aquél, y tampoco es advertible el porqué de un distinto tratamiento forzando al asegurado a reclamar judicialmente la indemnización demorada para poder obtener los intereses» [FD 2.º].

El Alto Tribunal considera que reviste especial importancia para el caso enjuiciado, aunque no sea directamente aplicable por ser posterior a los hechos, la modificación legislativa operada por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre en el artículo 20 LCS, que ahora contempla específicamente el supuesto enjuiciado. El Tribunal Supremo pone de relieve que esta modificación respondió a la finalidad de «evitar la multiplicidad de interpretaciones a las que se estaba dando lugar en las distintas resoluciones judiciales» (Exposición de Motivos).

Compatibilidad entre los artículos 18 y 30 LCS.—La jurisprudencia la ha declarado reiteradamente (SSTS de 19 de junio de 2003 y 16 de marzo de 2005) e implica que, iniciado el procedimiento extrajudicial del artículo 38 de designación de peritos para lograr un acuerdo en cuanto a la suma indemnizatoria,

zatoria, es aplicable la previsión del artículo 18 LCS, de modo que el asegurador está obligado a pagar el importe mínimo de lo que pueda deber, según las circunstancias conocidas, a los cuarenta días contados a partir de la recepción de la declaración del siniestro.

Indemnización de daños y perjuicios en caso de mora.—Consistirá en el abono del interés legal según el artículo 1108 CC, pero ésta es una norma general que debe complementarse con la especial del artículo 20 LCS. (STS de 15 de diciembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—El 26 de junio de 2003 se produce un incendio en los almacenes de la sociedad demandante, evento cubierto por la póliza de seguros de daños celebrado con la aseguradora demandada.

Las partes del contrato de seguro promovieron el procedimiento extrajudicial del artículo 38 LCS, mostrando los peritos conformidad en tres conceptos.

La demandante solicita el pago de los intereses calculados al tipo del 20 por 100 devengados por las cantidades sobre las que ya existió acuerdo con la entidad aseguradora demandada, desde que se produjo tal acuerdo hasta que fue hecho efectivo.

Los problemas que se plantean son dos: por un lado, la determinación de la fecha del acuerdo, dato de gran importancia pues implica precisar: (1) cuándo se debió pagar la suma indemnizatoria; (2) desde cuándo se produjo la mora. El Tribunal Supremo fija la fecha en el 2 de febrero de 1994, momento en el que resulta indiscutible que la aseguradora ya conocía la conformidad de los peritos. Por otro lado, la cuestión que surge es si la compañía aseguradora incurrió en mora. La suma acordada no fue impugnada por ninguna de las partes, por lo que devino inatacable, pero hasta el año 1995, en el que la aseguradora hizo diversos abonos e ingresos en distintas fechas, no hubo liquidación de la suma adeudada. Para el Tribunal Supremo «no tienen la más mínima consistencia» (FD 3.º) las alegaciones de la aseguradora basadas en la situación de suspensión de pagos de la asegurada y en los diversos intentos de consignación judicial por parte de la aseguradora. (B. F. G.)

63. Retroacción de la quiebra: no afecta a los actos judiciales.—El artículo 878.2 CCO, hoy derogado pero aplicable al supuesto de hecho, permitía la impugnación de los actos realizados por el deudor en el período de retroacción de la quiebra. Por el contrario, la norma no es aplicable a la adjudicación de bienes del deudor realizada, en ese mismo período, en un procedimiento ejecutivo judicial, por no tratarse de actos de dominio y administración voluntariamente celebrados por el quebrado. (STS de 7 de diciembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Habiendo sido adjudicadas varias fincas en un procedimiento ejecutivo judicial, se discute si la declaración de quiebra posterior del ejecutado puede afectar al adquirente, cuando el procedimiento se realizó dentro del período de retroacción de la quiebra. Es de aplicación el hoy derogado artículo 878.2 CCO. (C. J. D.)

DERECHO PROCESAL

64. Error judicial. Concepto.—Como afirma la S de 4 de julio de 2003 de la Sala especial del artículo 61 LOPJ, sólo cabe apreciar la existencia de error judicial cuando se ha emitido por los órganos judiciales una resolución que exprese una palmaria y notoria confusión de las bases de hecho de la resolución y resuelta al margen de divergencias en el juicio con una desatención del Juzgador a datos de carácter indiscutible (SSTS de la Sala especial de 22 de enero y 1 de marzo de 1996, 12 de noviembre de 1998 y 15 de febrero de 2002), así como cuando se contradice lo que es evidente o cuando se lleva a cabo una aplicación del Derecho que se basa en normas inexistentes o entendidas de un modo palmario fuera de su sentido y alcance. Por ello, no se comprenden en esta figura el análisis de sus hechos y sus pruebas, ni su interpretación de la norma que acertada o equivocadamente obedezca a un proceso lógico, cuyo total acierto no es exigible, habida cuenta de que no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención a datos de carácter indiscutible, que ha generado una resolución esperpéntica, absurda al romper la armonía del orden jurídico, por lo que el error judicial procede ser acogido si se trata de decisiones injustificables desde el punto de vista del Derecho (STS de la Sala especial de 15 de febrero de 2002), doctrina que informa igualmente las resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Cuantía de las costas en los casos de litigios de cuantía indeterminada. Límite legal del artículo 523.4º LEC 1881.—No obstante las amplias facultades que se reconocen al juzgador para fijar los honorarios del Letrado a incluir en la tasación de costas, teniendo no sólo en cuenta la cuantía litigiosa, ha de estarse al límite legal que establece el artículo 523.4º LEC (de 1881), tanto en orden a la determinación de la cuantía litigiosa a tener en cuenta en los supuestos de cuantía indeterminable como a la cuantía de las costas que viene obligado a pagar la parte condenada a su pago. (STS de 23 de noviembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. P. H. formuló demanda contra distintas personas, ejercitando diversas pretensiones, entre ellas acciones reivindicatorias, de deslinde y cerramiento de finca y división de cosa común. En dicho juicio recayó en primera instancia sentencia desestimatoria de la demanda, que fue confirmada en apelación por la Audiencia Provincial. Solicitada la tasación de costas causadas en primera instancia, el Secretario judicial incluyó en ella los honorarios minutados por los abogados, en la cuantía de 754.000 pesetas cada uno de ellos. Impugnada la tasación de costas practicada por ser excesivos los honorarios de los citados abogados, se dictó Auto por el que se desestimó la impugnación formulada y se aprobó la tasación de costas practicada. Entendiendo don A. P. H. que el referido Auto incurría en error judicial, presentó la correspondiente demanda de declaración del mismo ante el Tribunal Supremo, que la estima, declarando la existencia de dicho error judicial en el Auto.

NOTA.—La referencia al artículo 523.4º LEC 1881 ha de entenderse hecha en la actualidad al artículo 394.3 LEC 2000. Observamos cómo en este caso, por la vía indirecta de la declaración de

error judicial, se ha conseguido un efecto similar a la revocación del auto de resolución sobre la impugnación de la tasación de costas, auto que es irrecurrible (art. 428 *in fine* LEC 1881, actualmente 246.3 *in fine* LEC 2000); no obstante, como pone de manifiesto nuestro Alto Tribunal, el ámbito de la declaración de error judicial es más restringido. (F. J. J. M.)

65. Posibilidad de formular excepción de sumisión a arbitraje en la contestación a la demanda y, a posteriori, contestar a la cuestión de fondo, sin que ello implique sumisión a la jurisdicción ordinaria.—Nada impide al demandado proponer la excepción de sumisión a arbitraje en su contestación a la demanda y, tras ella, contestar en cuanto al fondo, para el caso de que aquélla no fuese estimada, sin que ello implique sumisión o aceptación de la jurisdicción ordinaria. (STS de 18 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La acción ejercitada por la parte actora va referida a la renuncia de una de las sociedades codemandadas constituyentes de una unión empresarial. En los estatutos de esta unión empresarial se hace constar los concretos conflictos que serían resueltos mediante arbitraje. Las sociedades demandadas alegaron en sus respectivas contestaciones a la demanda la excepción de sumisión de arbitraje (actualmente declinatoria) y se opusieron, en cuanto al fondo, a la demanda. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y rechazó la excepción de arbitraje al considerar que había existido renuncia tácita. La Audiencia Provincial revoca la sentencia dictada por el Juzgado. Interpuesto recurso de casación por la parte demandante en la instancia, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que la parte demandada puede formular la excepción de sumisión a arbitraje en su contestación a la demanda, y, tras ella, contestar en cuanto al fondo sin que ello signifique sumisión o aceptación de la jurisdicción ordinaria (SSTS de 18 de abril de 1998 [RJ 1998/2984], 1 de junio de 1999 [RJ 1999/4284], 11 de diciembre de 1999 [RJ 1999/9018], 14 de junio de 2001 [RJ 2001\4338], 18 de marzo de 2002 [RJ 2002/2847], 3 de julio de 2003 [RJ 2003/4324], 6 de febrero de 2003 [RJ 2003/850], 11 de mayo de 2004 [RJ 2004/2732], 15 de septiembre de 2004 [RJ 2004/5476]). Esta línea jurisprudencial supone un cambio de orientación tendente a una mayor flexibilidad en relación a los pronunciamientos anteriores a 1998, en los cuales el Supremo consideraba que la excepción de sumisión a arbitraje no se entendía propuesta adecuadamente si el demandado, además, se oponía a la demanda en cuanto al fondo. Actualmente, es línea jurisprudencial consolidada, que no puede considerarse renuncia a la sumisión a arbitraje el supuesto en el cual la parte demandada, tras formular la excepción, contesta a la demanda *ad cautelam*, por si no era estimada. Diferente es que exista una personación y se realice una actividad procesal. De admitirse esta tesis se produciría indefensión en la parte demandada, ya que de no prosperar la ex-

cepción su situación instauraría un efectivo y grave desamparo, análogo al declarado rebelde. Lo que obviamente no permite el artículo 11.2 de la Ley de Arbitraje es la omisión de la alegación de excepción (STS de 29 de junio de 1998 [RJ 1998/5021]), la proposición o práctica de pruebas (STS de 29 de septiembre de 1997 [RJ 1997/6824] o la manifestación de una voluntad contradictoria de su posibilidad mediante la formulación de reconvencción, lo que sí equivaldría a una renuncia clara al convenio de sumisión a arbitraje (STS de 15 de diciembre de 2000 [RJ 2000/9335]; en contra, la STS de 26 de julio de 2003 [RJ 2003/5861]), en la cual el Supremo considera que la formulación de reconvencción no implica actuación procesal que conlleve la renuncia a la sumisión).

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en relación a un supuesto en el cual el demandado plantea una cuestión de competencia territorial. Considera el Supremo que formular cuestión de competencia territorial no implica renuncia presunta a la sumisión a arbitraje (STS de 15 de septiembre de 2004 [RJ 2004/5476]). (*L. Z. G.*)