

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep M.ª BECH SERRAT, Eva CANO VILÀ, Margarita CASTILLA BAREA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Carmen JEREZ DELGADO, Andrea MACÍA MORILLO, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS**

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. Fraude de ley. Concepto clásico vs. Concepto moderno.–El fraude de ley se encuentra regulado en el artículo 6.4 CC y constituye una técnica de aplicación de la norma jurídica en virtud de la cual se deshace la apariencia de protección de un acto que persigue un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico y que se ha realizado al amparo de una norma (norma de cobertura); la consecuencia fundamental es el sometimiento del acto al *imperium* de la norma que se hubiere tratado de eludir.

Existen dos conceptos de fraude: el clásico o tradicional y el moderno. Para el concepto clásico (denominado también «fraude intrínseco») es fraudulento el acto que, aun respetando la letra de la ley, es contrario a su espíritu. La visión moderna, por el contrario, considera que este tipo de actos no son fraudulentos sino *contra legem* y, por tanto, deben sufrir la sanción establecida para la infracción. Conforme al concepto moderno, el régimen del *fraus legis* se aplica a aquellos actos que reciben la cobertura de alguna norma que los ampara o tolera, si bien de una manera insuficiente por ser otra su

finalidad, y que persiguen un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico, considerado como un todo; esto es, un resultado contrario a cualquiera de las normas que integran el ordenamiento.

El artículo 6.4 CC responde a una visión moderna del fraude de ley; precisamente por ello no sanciona directamente con la nulidad el acto fraudulento sino que provoca como consecuencia inmediata la aplicación de la norma que se quiso eludir porque prohibía el resultado perseguido o porque imponía otro distinto.

En síntesis, para apreciar fraude de ley, deben cumplirse los siguientes presupuestos: (1) la cobertura de una norma; (2) la insuficiencia de dicha cobertura; y (3) la búsqueda de una finalidad prohibida por el ordenamiento. La consecuencia será la aplicación de la norma eludida. En el caso concreto, el Tribunal Supremo considera cumplidos los presupuestos.

Fusión, escisión total, escisión parcial, segregación y aportación no dineraria: diferencias.—La fusión y la escisión total constituyen fenómenos de extinción de una sociedad. La escisión parcial y la segregación, por el contrario, no implican la desaparición de la sociedad. No es ésta, sin embargo, la única diferencia entre dichos fenómenos: otra de gran importancia se refiere a la sucesión en los bienes, derechos y obligaciones por la nueva sociedad.

La extinción por *fusión* se produce mediante la integración de los socios y del patrimonio de la sociedad en otra, preexistente o de nueva creación y se caracteriza por perseguir una concentración de empresas, provocar una disolución sin liquidación de la sociedad fusionada o absorbida y, como consecuencia, una sucesión en todos sus bienes, derechos y obligaciones por la nueva o absorbente; y, finalmente, por dar paso a la incorporación a esta última de los socios de aquella.

La extinción por *escisión total* tiene lugar como consecuencia de la división de todo el patrimonio de la sociedad con traspaso en bloque de las partes resultantes a otras tantas sociedades de nueva creación o ya existentes. La escisión total persigue una disgregación de fuerzas económicas, provoca una disolución sin liquidación de la sociedad escindida y, como consecuencia, da lugar a una sucesión universal de aquella a favor de las sociedades beneficiarias; en fin, integra en éstas a los socios de la que se extingue.

La *escisión parcial* constituye un traspaso en bloque de una o varias partes del patrimonio de una sociedad (sociedad aportante o segregante), a otra o a varias de nueva creación o ya existentes (sociedades beneficiarias). La sociedad segregante, que mantiene invariable su personalidad jurídica, no se extingue. En la escisión parcial, aunque se produce una sucesión universal, ésta se limita a los elementos patrimoniales que forman la unidad económica escindida; el patrimonio social se modifica cualitativamente, merced a un fenómeno de subrogación real; y, finalmente, las acciones o participaciones de la sociedad o sociedades beneficiarias se atribuyen a los socios de la sociedad aportante.

La *segregación* o *escisión parcial impropia* constituye un fenómeno distinto a los anteriores. Se diferencia de la fusión en tener por fin no una concentración, sino una disgregación de fuerzas económicas, útil para la creación de sociedades filiales; de la fusión y de la escisión total en que la sociedad que se segrega no se extingue; y de las tres operaciones en que no son sus socios sino ella misma, la que recibe en contraprestación las acciones o participaciones de la beneficiaria, con lo que se produce una subrogación real. Finalmente, debe distinguirse la segregación de la aportación no dineraria.

ria: ésta se dirige a la suscripción de acciones o participaciones mediante la entrega de bienes de tales características; la segregación, por el contrario, incorpora las particularidades propias de los fenómenos de disgregación de empresas, que resultan de la naturaleza del objeto de la aportación: una unidad productiva o rama de actividad. (STS de 30 de enero de 2006; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La adecuada comprensión de los hechos que dieron lugar al presente litigio exige centrar la atención en los siguientes puntos: las principales empresas que intervinieron, las diversas operaciones realizadas y la fecha en que tuvieron lugar.

Las principales empresas intervinientes fueron *Unión de Explosivos Río Tinto, S. A.*, *Ercros, S. A.* y *Ertoil, S. A.* Los demandantes son los legítimos tenedores de una letras libradas por *Foruria Franco Investment Corporation* y aceptadas por *Explosivos Río Tinto*. La librada aceptaba el título en cuanto negocio petrolero. La demandante dirige su acción frente a *Ercros* y frente a *Ertoil*.

Explosivos Río Tinto fue absorbida por *Cros, S. A.* (que cambió su denominación por *Ercros*) en virtud de acuerdos sociales adoptados en 1988 y 1989 y cuya ejecución trajo como consecuencia un traspaso patrimonial en bloque de una a otra en los términos contemplados por el aplicable artículo 142 LSA de 17 de julio de 1951.

El 29 de junio de 1989 *Ercros* acordó proceder a la *escisión* de su patrimonio empresarial afecto a la rama de actividad del petróleo y petroquímica mediante la aportación y traspaso en bloque del patrimonio escindido a una sociedad a constituir (la futura *Ertoil*) a cambio de acciones de esta última que serían suscritas por *Ercros*. Se acordó, por tanto, una *segregación*. La ejecución de dicho acuerdo se hizo depender del cumplimiento de una condición suspensiva: la concesión de los beneficios tributarios previstos en la normativa vigente sobre beneficios fiscales a las *fusiones* y a la *escisión parcial* de empresas.

El 30 de diciembre de 1989 se manifestó por medio de escritura el cumplimiento de la condición, por lo que se procedió a la ejecución del acuerdo. En la misma escritura se acordó que *Ertoil* quedaba subrogada en la posición contractual de *Ercros* respecto de todos los contratos en vigor referidos a la rama de actividad del petróleo y petroquímica. Sin embargo, en el pasivo asumido por *Ertoil* no se incluyeron todos los créditos contra *Ercros* nacidos de la actividad empresarial ejercida por ella con los elementos cedidos. En particular, no se incluyeron los créditos de los demandantes ni otros de la misma naturaleza. Así pues, *Ercros*, apartándose de su actuación conculcante anterior, ejecutó la operación como si se tratara de otra distinta, es decir, como si se tratara de una mera *aportación no dineraria de rama de actividad*, aprovechando un cambio normativo que se iba a producir de inmediato. En efecto, la operación ejecutada por *Ercros* el 30 de diciembre de 1989 (transmisión en bloque de una rama de actividad de una sociedad anónima a otra a cambio de acciones de la beneficiaria que adquiere la segregante y no sus socios) carecía de regulación en esa fecha, salvo a los efectos fiscales que les dotaba de ciertos beneficios. Dos días después, el 1 de enero de 1990, entraron en vigor una serie de normas que

contemplaban este fenómeno y que, entre otras medidas, privaron a estas operaciones de los beneficios fiscales.

El 9 de enero de 1991 *Ercros* vendió las acciones representativas del capital de *Ertoil* de las que era titular a una sociedad domiciliada en Luxemburgo, que las revendió al cabo de unos meses por un precio muy superior a *Compañía Española de Petroleros*.

En junio de 1992 *Ercros* solicitó ser declarada en suspensión de pagos siendo su solicitud admitida a trámite el 9 de julio del mismo año. En la lista del pasivo no aparecieron mencionados los demandantes sino la sociedad que había librado la letra de que eran tenedores. El procedimiento culminó con un convenio aprobado el 19 de noviembre de 1993.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial condenó a las dos sociedades demandadas (*Ercros* y *Ertoil*) a pagar solidariamente el importe de las letras de cambio de que eran tenedores. Las demandadas recurren en casación. El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por *Ercros*, que alegaba incongruencia de la sentencia de apelación. El recurso de *Ertoil*, sin embargo, es desestimado: el Alto Tribunal aprecia fraude de ley en la operación realizada el 30 de diciembre de 1989.

Para el Tribunal Supremo, *Ercros, S. A.* se apoyó en el cambio normativo mencionado para defender su posición ante acreedores como la demandante, si bien no en aquello que le perjudicaba: en la sujeción de la operación al régimen tributario general. En la realización de ese plan, diseñado por *Ercros*, sociedad dominante, prestó *Ertoil*, sociedad dominada, una cooperación esencial y necesaria. Los presupuestos para apreciar fraude de ley se cumplen en el caso: (1) La norma de cobertura era la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 que permite en sus artículos 11.4 y 6 que una sociedad realice aportaciones no dinerarias a la constitución de otra. (2) La cobertura de esta norma, sin embargo, resultaba insuficiente dadas las particularidades que caracterizan en el tráfico jurídico las aportaciones de unidades productivas o de ramas de actividad, como fenómeno de disgregación de empresas. (3) Tales actos dieron lugar a un resultado prohibido por el ordenamiento claramente inclinado a evitar los efectos perjudiciales de las insolvencias. La norma defraudada que aplica el Tribunal Supremo es la reiteradamente señalada por la jurisprudencia, que excluye la admisibilidad de comportamientos contradictorios, conforme a la regla *adversus factum suum quis venire non potest*, la cual, nacida del principio de buena fe, en su proyección ética y objetiva imponía a las dos sociedades demandadas un deber de coherencia con la conducta anterior exteriorizada en acuerdos sociales, en su ejecución y en la misma solicitud y obtención de los beneficios fiscales y, por tanto, en un conjunto de comportamientos apto para generar confianza en los demás. Esta confianza operaba como limitación al libre ejercicio del derecho subjetivo de realizar la aportación de modo distinto al que generó aquella apariencia de sucesión en el pasivo vinculada a la rama de actividad recibida de *Ercros, S. A.*

NOTA.—El Tribunal Supremo ya se ha ocupado en anteriores ocasiones de conflictos surgidos como consecuencia del impago de letras de cambio semejantes entre sus tenedores, *Ercros* y *Ertoil*.

Si bien en un primer momento las demandas eran desestimadas, a partir del año 2006 se produjo un importante cambio del que la presente sentencia es reflejo.

La STS de 6 de febrero de 1998 y las tres SSTs de 5 de marzo de 2001 (recursos 149, 150 y 151) desestimaron las demandas alegando las siguientes razones: en cuanto a *Ercros*, el Tribunal Supremo afirmaba que no podía ser condenada a pagar porque había llegado a convenio con sus acreedores; por su parte, *Ertoil* no debía el importe de las letras a juicio del Tribunal Supremo por no haberles sido cedidas voluntariamente las deudas correspondientes, ni llevar consigo la escisión parcial impropia un cambio de deudor, sino una mera modificación de la composición del patrimonio de la escindida.

A partir de la STS de 12 de enero de 2006, el Tribunal Supremo aprecia fraude de ley en la conducta de las empresas en los mismos términos que la sentencia que acaba de ser analizada. (*B. F. G.*)

2. Abuso de derecho: fundamento y carácter excepcional.—La doctrina del abuso de derecho está basada en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos. Se trata de una institución de equidad, de índole excepcional y de alcance singularmente restrictivo.

Abuso de derecho: requisitos.—La presente sentencia sintetiza los requisitos exigidos reiteradamente por la jurisprudencia para apreciar abuso de derecho. Además, el Alto Tribunal indica que un determinado supuesto, el invocado por el recurrente en casación, no constituye abuso de derecho.

En términos generales, se afirma que constituye abuso de derecho una actuación aparentemente correcta que representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna y que genera efectos negativos (normalmente, daños y perjuicios). Son dos las circunstancias que se aprecian en dicha actuación: una de carácter subjetivo y otra objetiva. Aquélla se concreta en que el ejercicio del derecho carece de finalidad legítima y sería o, incluso, en la existencia de una voluntad de perjudicar; la circunstancia objetiva es la anormalidad y el exceso en el ejercicio del derecho.

Por el contrario, no existe abuso de derecho cuando se pone en marcha el mecanismo judicial para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle, sin traspasar los límites de la equidad y de la buena fe. No cabe, pues, apreciar abuso de derecho en quien actúa dentro de las previsiones legales, haciendo uso de los mecanismos procesales para hacer valer su derecho. La excepción a esta regla está constituida por el caso en que el tribunal sentenciador declara la culpabilidad del actor estimando inexistencia de *causa litigandi* (justa causa para litigar).

Cámaras de Comercio y recurso cameral: concepto.—Las Cámaras oficiales de Comercio, Industria y Navegación son corporaciones de Derecho Público que, a pesar de sus finalidades privadas, desarrollan una función pública (art. 1.1 Ley 3/1999, de 22 de marzo, básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación).

El concepto de recurso cameral ha cambiado tras la promulgación de la citada Ley 3/1999; ésta lo concibe como una exacción parafiscal que se somete al régimen de la recaudación y gestión de los tributos. Para la norma-

tiva anterior (Ley de Bases de 29 de junio de 1911, desarrollada por el Decreto de 2 de mayo de 1974) era un concepto público de carácter no tributario.

Actos de comunicación. Finalidad.—Consiste en llevar al conocimiento de los afectados las decisiones y resoluciones para que puedan adoptar la postura que estimen conveniente en pro de la defensa de sus intereses.

Una concepción empírica de la notificación impone relacionar la regularidad de la misma con el conocimiento del acto notificado por parte del destinatario y con su comportamiento subsiguiente; y así, la normativa administrativa vincula la subsanación de ciertos defectos de la notificación a la pasividad del notificado prolongada durante cierto tiempo.

Declaración de inconstitucionalidad de las bases cuarta y quinta de la Ley de 29 de junio de 1911 y del artículo 1 del Real Decreto Ley de 26 de julio de 1929: alcance.—Las previsiones afectadas por la declaración de inconstitucionalidad se referían al pago de las cuotas del recurso cameral. En el presente caso, la demandante había solicitado su pago con arreglo a dichas previsiones. El eje del recurso de casación interpuesto por el demandado era que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad alcanzaban a su caso.

La STC 179/1994, de 16 de junio, precisó que las situaciones consolidadas no eran susceptibles de poder ser revisadas con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad. En concreto, son situaciones consolidadas las que hayan sido decididas definitivamente por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada y todas aquellas que no hubieran sido impugnadas en la fecha de publicación de la sentencia, es decir, tanto los pagos ya efectuados de cuotas no recurridas, como las devengadas y aún no satisfechas que estuvieren pendientes de reclamación o de recurso administrativo o judicial interpuestos dentro de plazo antes de dicha fecha.

La STC 22/1996, de 12 de febrero, precisó aún más y detalló que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se retrotraen sólo a los casos de previa impugnación de las cuotas camerales, sin extenderla a los supuestos de oposición al cobro en vía civil. (STS de 1 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—La Cámara de Comercio e Industria de Madrid demanda a *Técnicas de Filtración y Bombeo, S. A.*, reclamando el pago de las cuotas del recurso cameral permanente correspondiente a los ejercicios 1988, 1989 y 1990. La demanda se basa en la aplicación de unas normas que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales en la STC 179/1994. La demandante había notificado previamente a la demandada la reclamación de las cuotas, sin que esta última hubiera mostrado oposición alguna. Es esta la razón fundamental por la que el Tribunal Supremo califica el caso concreto de «situación consolidada» y, por tanto, no afectada por la declaración de inconstitucionalidad. (B. F. G.)

3. Doctrina de los actos propios: inaplicación al contratante que acepta durante un tiempo la actuación del otro contratante de conformidad con un contrato de adhesión de descuento y reclama posteriormente para impedir los efectos que le son perjudiciales.—De lo anterior se deduce la inadecuación de la doctrina de los actos propios al caso ahora enjuiciado y su inaplicación a supuestos, como el presente, en los que se producen deter-

minados efectos según lo establecido en un contrato de adhesión y, en un momento dado, el contratante adherido reclama para combatir tales efectos que le resultan perjudiciales. No existe en este caso la creación de una expectativa razonable para la entidad bancaria que hubiera de generar para la misma la confianza en una actuación de coherencia posterior por parte de la mercantil demandante que descartara cualquier reclamación, ni existen actos de esta última que, por su carácter inequívoco, le impidieran conducirse posteriormente del modo en que lo ha hecho al reclamar lo que considera le es debido, y tampoco la aceptación durante un tiempo por la actora del modo de actuar comercial de la Caja de Ahorros ha condicionado la actuación de ésta por la confianza generada a partir de dicha aceptación.

Contrato de descuento. No incorporación de la condición general que no fue firmada por el adherente.—Pero se aparta así de la verdadera *ratio decidendi* de la sentencia impugnada, la cual toma en consideración la normativa contenida en la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, cuya transposición al Derecho español se produjo mediante la aprobación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, deduciendo de los principios de aquélla, incorporados a ésta, la inoponibilidad a la mercantil actora de la condición general incorporada al contrato de descuento, según la cual «no se efectuará retrocesión parcial de los intereses cobrados» en el caso de reclamación de devolución de un efecto por el cedente antes de su vencimiento. Así, la Audiencia considera que no cabe reconocer eficacia alguna a la referida cláusula al figurar impresa, junto con otras, en el dorso del documento de «descuento», sin que conste aceptada por el adherente ni firmada por las partes cuando ello resultaba necesario por originar, además, un injustificado desequilibrio de las prestaciones de las partes en el ámbito de un contrato oneroso y conmutativo como es el de descuento. (STS de 16 de enero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad actora reclamó a una entidad de crédito diversas cantidades en concepto de devolución de intereses cobrados por encima de lo pactado en un contrato de descuento de letras de cambio. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando a la demandada al pago de los intereses cobrados de más. Interpuesto recurso de apelación por la demandada y habiéndose adherido la demandante a la apelación, la Audiencia Provincial desestimó ambos recursos. La demandada formuló recurso de casación alegando que la demandante iba contra sus propios actos al reclamar la devolución de unos intereses después de haber aceptado que se cargaran. También argumentaba que el cobro de los intereses se fundaba en un pacto recogido en el contrato de descuento. El Tribunal Supremo desestimó el recurso. (L. F. R. S.)

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

de seguro que garantizara la devolución del importe de las cantidades recibidas para destinar a la construcción».

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

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

HECHOS.—Los actores, los Sres. don Luis L. M. y otros, integrados en la *Cooperativa de Viviendas «Padre Pérez del Pulgar»*, interpusieron una demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra los miembros del Consejo Rector, en ejercicio de una acción de responsabilidad que se afirmaba contraída por los miembros del Consejo Rector en el ejercicio de su cargo, interesando que se les condenara solidariamente a indemnizarles los daños y perjuicios por sus actos y omisiones, que consideraban muy graves, y que cifraban en la cantidad desembolsada por cada uno de ellos para la construcción de las viviendas proyectadas, más el interés del doce por ciento y un tanto igual a la referida cantidad más el interés devengado en concepto de daño moral. Con fecha 4 de febrero de 1982, el demandado don Juan Luis F. E., Director Gerente de la Cooperativa, celebró en representación de ésta un contrato de compraventa del solar en que había de llevarse a cabo la construcción del edificio proyectado por la Cooperativa, figurando como vendedor don Carlos S. B., que actuaba en representación de los propietarios del solar. Desde ese momento, los demandantes hicieron entrega de diversas cantidades a la Cooperativa, que se destinaron al pago del precio del solar. Ante la falta de cooperativistas en número suficiente para sufragar el precio del referido solar, se celebró un nuevo contrato con fecha 1 de septiembre de 1983 entre las mismas partes en el que intervino, además, don Antonio P. A., en virtud del cual se dio por resuelto el anterior contrato, y con la finalidad de que los cooperativistas obtuvieran las viviendas y plazas de garaje previstas, la Cooperativa cedía al Sr. Antonio P. A. los derechos del expediente de calificación de viviendas de protección oficial y compró a éste veintiséis viviendas y otras tantas plazas de garaje. Ante la falta de obtención de las viviendas y plazas de garaje, los actores ejercieron una acción penal contra don Juan Luis F. E., contra don Carlos S. B. y don Antonio P. A. por presuntos delitos de estafa y apropiación indebida. El Juzgado de Primera Instancia núm. 55 de Madrid desestimó la demanda por considerar que la acción había prescrito con anterioridad, y recurrida en apelación dicha sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. Los actores interpusieron recurso de casación, que fundamentaron en los siguientes motivos: infracción del artículo 1973 CC; aplicación indebida del artículo

lo 1969 CC; infracción de la doctrina jurisprudencial que establece la interrupción de la prescripción por la acción de pendencia de proceso penal; e infracción de la doctrina jurisprudencial sobre interpretación restrictiva de la prescripción. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso y declara interrumpida la prescripción respecto a uno de los demandados con motivo del proceso penal seguido contra el mismo. (E. C. V.)

DERECHO DE LA PERSONA

5. Derecho fundamental a la imagen.—Es necesario el consentimiento expreso para la publicación de la imagen de una persona, sin que pueda presumirse la legitimación para difundir su imagen por el hecho de que dicha persona haya posado ante el fotógrafo. *El consentimiento presunto no elimina la intromisión.*

Derecho al honor.—Supone lesión al honor el uso de expresiones vejatorias que hacen desmerecer ante la opinión ajena. El hecho de que una persona haya sido condenada por sentencia firme por delitos relativos a la prostitución de personas mayores de edad, no implica que puedan emplearse expresiones hirientes referidas a su persona y vida privada, carentes de trascendencia informativa y no directamente relacionadas con el delito en cuestión. También en estas circunstancias, la libertad de expresión encuentra un límite en el derecho al honor, que se ve violado por el empleo de expresiones vejatorias no protegidas por el artículo 20 de la Constitución española. (STS de 22 de febrero de 2006; ha lugar.)

HECHOS.—En una revista se publicaron varios artículos sobre las actividades de una organización que promovía la promiscuidad sexual entre sus miembros, publicándose fotos en las que posaban desnudas algunas mujeres pertenecientes a dicha organización, y expresiones hirientes relativas a alguno de sus miembros, condenado por delitos relativos a la prostitución de personas mayores de edad. Los demandantes solicitaron una indemnización por lesión de los derechos a la imagen y al honor, así como la publicación de la sentencia en la misma revista que difundió los artículos. En ambas instancias se desestimó la demanda. (C. J. D.)

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

HECHOS.—El demandado y recurrente en casación, don P. M. G., sin conocimiento y consentimiento de la actora, doña M. O. R.,

intentó aportar dos cuadernos manuscritos por ésta, que constituirían su diario personal al Juzgado de Primera Instancia en el que se sustentaba el incidente de oposición al auto de medidas coetáneas incoado en relación al proceso de separación conyugal seguido entre dichos cónyuges. Dicha aportación fue rechazada por el Juzgado, pese a lo cual posteriormente, en fase de ejecución de la sentencia de separación, don P. M. G. hizo entrega de los mismos al Médico Forense, con la finalidad de poner en conocimiento del órgano jurisdiccional los trastornos psíquicos que, según él, padecía doña M. O. R. Doña M. O. R. interpuso demanda sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona en protección de su derecho a la intimidad personal y su honor. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando la obligación de don P. M. G. de indemnizar a la actora por los daños morales que dicha intromisión le había producido, atendiendo a la gravedad de la lesión y al beneficio personal que pretendía obtener con ello. Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, éste fue desestimado. El recurso de casación se apoya en los siguientes motivos: infracción por aplicación indebida del artículo 7.3.º de la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil de los derechos de la persona, y colisión de derechos fundamentales, en concreto el derecho al honor y a la propia imagen. El Tribunal Supremo desestima dichas pretensiones. (*E. C. V.*)

7. Libertad de información y libertad de expresión. Casos en que prevalecen sobre el derecho al honor.—El artículo 20.1.d) de la Constitución reconoce y protege el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión y el artículo 18.1 de dicho Texto Constitucional garantiza el derecho al honor. Cuando se produce una incidencia entre los dos ámbitos de protección debe prevalecer la del derecho a la información cuando ésta sea veraz, porque su contenido se corresponde con la realidad y la información tenga interés general, es decir, verse sobre asunto de relevancia pública por la materia a que se refiere y por las personas que intervienen (sentencias entre las más recientes, de 29 de junio y 23 de septiembre de 2005).

El segundo aspecto de la controversia está relacionado con la libertad de expresión. El artículo 20.1.a) de la Constitución reconoce y protege el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, y el artículo 18.1 del mismo Texto Constitucional garantiza, como antes se dijo, el derecho al honor. La libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (así TC desde la sentencia 104/1986, de 17 de julio), porque en tanto la segunda se refiere a la narración de hechos, la de expresión alude a la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones, lo que se traduce en que su ámbito viene delimitado por la ausencia de expresiones intrínsecamente vejatorias —insultantes, injuriosas, ultrajantes, o que contengan insinuaciones insidiosas de personas— que resulten impertinentes e innecesarias para su exposición. En tal sentido basta citas las SSTC 127/2004, de 19 de julio; 198/2004, de 15 de noviembre, y 39/2005, de 28 de febrero, diciendo esta última que están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, aquellas que,

dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate. (STS de 23 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—En el diario *VH* se publicó una carta remitida por un Ayuntamiento en la que decía que el periódico *HI* le había amenazado con publicar sólo las informaciones imprescindibles procedentes del Consistorio e incluso las de carácter negativo o que pudieran perjudicarlo si no abonaba una cantidad al mes. En la misma carta se calificaba esa conducta como chantaje mafioso más propio del Chicago de los años veinte. El director de *HI*, el director comercial de *HI* y el propio *HI* interpusieron demanda sobre protección civil del derecho al honor y a la propia imagen contra el Ayuntamiento y el alcalde. El juez de primera instancia desestimó la demanda al estimar la excepción de incompetencia de jurisdicción. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó el recurso y, entrando en el fondo del asunto, desestimó la demanda al considerar que los hechos publicados eran veraces y que las opiniones vertidas, al relacionarse con los hechos denunciados, no excedían del ejercicio de la libertad de expresión. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*L. F. R. S.*)

8. Información veraz y expresión indirectamente crítica en el ámbito de la discusión política.—No existe intromisión ilegítima ni lesión al honor cuando, en el contexto de una controversia política, se realiza un juicio basado en hechos reales, si los términos usados no son *desmesurados respecto del legítimo objeto de la crítica perseguida*. *Los políticos están sometidos a la crítica social en mayor grado que cualquier particular*. (STS de 17 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—En un diario de ámbito local se aludió a la corrupción de determinado personaje de la vida política, de modo indirecto y con el fin de argumentar las afirmaciones vertidas por el autor, que escribía como uno de los contendientes inmersos en una discusión política. La persona aludida interpuso una demanda solicitando la condena del autor a restituir el honor lesionado. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda. (*C. J. D.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

9. Resolución de contrato por incumplimiento. Se produce por el mero hecho de no satisfacer el precio.—La doctrina jurisprudencial de esta Sala ha sufrido un cambio evolutivo progresivo en el sentido de abandonar el requisito subjetivista de la voluntad deliberadamente rebelde, sustituyéndole por el impago en el sentido objetivo, con lo que ya no se viene exigiendo una actitud dolosa del comprador para que la resolución por incumplimiento de pago puede tener lugar (SSTS de 5 de junio de 1989 y 11 de marzo de 1991)

que es a lo que apunta la frase «actitud deliberadamente rebelde», bastando con que se frustre la finalidad económica de la relación, imputable al comprador o sucesores que resulten obligados, y no satisfacen el precio que se había acordado para la transmisión dominical. Esta doctrina se presenta acomodada a los tiempos actuales para las situaciones de incumplimiento contractuales, ya que frente al vendedor que cumple el comprador incumplidor disequilibra la relación contractual al incurrir en impago voluntario (SSTS de 21 de junio de 1990, 23 de abril de 1992, 9 de octubre de 1993, 22 de diciembre de 1993, 17 de mayo, 4 de julio y 10 de octubre de 1994, 16 de marzo, 2 de octubre y 29 de diciembre de 1995 y 7 de febrero de 1996, 23 de marzo de 1996, 24 de octubre de 1998 y 22 de febrero de 1999, entre otras muy numerosas. **(STS de 3 de febrero de 2006;** no ha lugar.)

HECHOS.—En fecha 31 de mayo de 1988, don Francisco H. V. y don Antonio H. F. vendieron un bien inmueble a Francisco G. G. en documento privado. En el contrato se pactaba que, tras una primera paga y señal, el 31 de diciembre de 1989 vencía el plazo concedido para el pago del precio aplazado. Transcurrido el mencionado plazo sin que la parte compradora pagara el precio, los vendedores promovieron acto de conciliación, que terminó sin éxito. Don Francisco y don Antonio interpusieron demanda solicitando la resolución del contrato de compraventa ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Granada. El Juzgado desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia de Granada la revocó y declaró resuelto el contrato. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte compradora. (A. S. C.)

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

HECHOS.—Don Luis Alfonso T. P. vendió dos parcelas de terreno en sendos contratos a, por un lado, don Carmelo R. B. y don José M. L. y, por otro, a don Miguel G. F. y don Diego M. G. Ante la falta de pago por parte de los compradores, don Luis

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

11. Contrato de concesión mercantil. Resolución por incumplimiento del concedente. Reintegro de los vehículos depositados.—Si el stock representado por las facturas reclamadas se halla en depósito por razón de la relación contractual mercantil, y ésta se extingue por resolución como consecuencia del incumplimiento del demandado, deviene incuestionable la obligación de devolver los objetos depositados, cuyo pronunciamiento condenatorio constituye un efecto natural o propio de la reintegración o restitución que acarrea la resolución (SSTS, entre otras, de 10 de marzo de 1950, 14 de noviembre de 1962, 23 de noviembre de 1964, 17 de junio de 1986, 11 de febrero de 1992, 14 de febrero de 1993, 20 de julio y 19 de septiembre de 2001, 5 de febrero de 2002, y 22 de abril y 27 de octubre de 2005), pues de otro modo se daría lugar a un evidente enriquecimiento injusto; y sin que sea exigible una concreta petición al respecto, pudiendo incluso ser acordado de oficio. (STS de 2 de febrero de 2006; ha lugar.)

HECHOS.—Una sociedad concedente demandó a una sociedad concesionaria solicitando que se declarase resuelto el contrato de concesión de automóviles que las unía y que se abonase una cantidad que le adeudaba la demandada en concepto de venta de determinados automóviles. Esta se opuso a la demanda alegando que tenía los automóviles en depósito y formuló reconvencción, reclamando también una cantidad. El juez de primera instancia estimó la demanda y estimó parcialmente la reconvencción. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación formulado por la demandada reconvincente y declaró no haber lugar a la condena a pagar la cantidad reclamada por la demandante. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la demandante condenando a la demandada a reintegrar a la actora el stock de automóviles representado por las facturas cuyo importe se había reclamado en la demanda. (L. F. R. S.)

12. Reclamación de daños y perjuicios por denuncia intempestiva y clientela en el contrato de agencia. La indemnización por daños y perjuicios engloba *ex artículo 1106 CC*, el daño emergente y el lucro cesante, pero no puede enriquecer al perjudicado, por lo que el *quantum* del lucro cesante ha de ser fijado por la Sala de instancia sobre la base de la prueba practicada y no arbitrariamente, estimando una media de las comisiones dejadas de percibir.—Estamos, pues, en el régimen general, dentro del cual hay que aplicar, ciertamente, el artículo 1106 CC, pues la indemnización por daños ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante, pero teniendo la indemnidad del perjudicado como límite del resarcimiento (SSTS de 26 de noviembre de 1994, 13 de abril de 1987 y 28 de abril de 1992), por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento (SSTS de 6 octubre de 1982, 2 de abril de 1997), pero no procurar una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado. De modo, pues, que se reparan los daños efectivamente sufridos, ya que no conoce nuestro Derecho los llamados «daños punitivos» ni tiene ahora función la idea de una «pena privada».

Desde esta perspectiva, ciertamente la fijación de los daños por parte de la sentencia recurrida tiene un tono de arbitrariedad, que prohíbe el artículo 9.3 de la Constitución, ya que no se determina el *quantum* en base a prueba practicada, ni se remite a ejecución de sentencia a fin de que entonces se verifiquen los daños (SSTS de 31 de octubre de 1988, 30 de diciembre de 1995, 24 de mayo de 1999, 20 de febrero de 2001, 27 de septiembre de 2001, etc.), sino que se realiza una suerte de tasación *á forfait* sobre la base de las comisiones devengadas de media, que se multiplican por los meses de duración que, como consecuencia de la denuncia, han quedado suprimidos de lo que hubiera sido la normal duración, sin previo aviso.

Es cierto que, en general, la fijación del *quantum* corresponde a la Sala de instancia (SSTS de 7 de abril de 2003, 20 de noviembre de 2000, 10 de mayo de 2001, etc.), pero esta doctrina tiene excepciones, que precisamente se encuentran, entre otras, en la revisión de decisiones que implican arbitrariedad (SSTS de 14 de julio de 2003, y 18 de junio de 2001, entre otras), pues es claro que, aun cuando pudiéramos pensar que en este caso el incumplimiento determina «por sí mismo» un daño y perjuicio (SSTS de 18 de junio de 1997, 23 de febrero y 25 de marzo de 1998, y 29 de marzo de 2001) tal daño no puede consistir en la mera cesación del percibo de comisiones sin que, a la par, se entienda que esta forma de remuneración de la actividad debe ajustarse al beneficio neto, a la verdadera «ganancia» que se deja de obtener.

Por cuyas razones se ha de estimar el motivo, en la limitada extensión que plantea de reducir la indemnización por lucro cesante concedida a la ganancia neta que resulte de tomar en consideración los gastos efectuados, según la cuenta de explotación, para deducirlos de las comisiones ingresadas, tal y como la sentencia recurrida las presenta en el Fundamento Jurídico Quinto. (STS de 19 de diciembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—El demandante demandó a un empresario solicitando que se declarase que entre ambas partes había existido un contrato verbal de agencia y que se condenara al demandado a abonar ciertas cantidades que se especificaban así como la indemnización sustitutiva del preaviso y la indemnización por clientela que están previstas en la Ley del Contrato de Agencia. El demandado se opuso a la demanda y formuló reconvencción solicitando

que se condenase al actor al pago de diversas cantidades. El juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda y la reconvencción. El demandado interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación al considerar arbitraria la indemnización por lucro cesante fijada por el juez de primera instancia. (*M. C. B.*)

13. Acción de rescisión por fraude de acreedores. Requisitos. Preexistencia del crédito.—Según la doctrina del TS (*v. gr.*, SSTS de 5 de mayo de 1997, 11 de octubre y 28 de diciembre de 2001 y 21 de enero de 2005), el requisito de la preexistencia del crédito ha de entenderse en términos generales. Así, se han de estudiar las particularidades de cada caso, especialmente cuando la intención defraudatoria resulta manifiesta, como ocurre en el supuesto de que la existencia posterior de un crédito estuviera próxima y fuera segura, así como cuando se tenga pleno conocimiento de la existencia de deudas. De esta forma, cabe aplicar la acción pauliana a créditos existentes, pero no exigibles al tiempo de la enajenación fraudulenta, o, incluso, a los de próxima y segura —o muy probable—, existencia.

Acción de rescisión por fraude de acreedores. Requisitos. Intención de defraudar.—La presunción que contienen los artículos 643.2 y 1297 CC —respecto a lo fraudulento de las donaciones efectuadas por el deudor— admite prueba en contrario.

Recurso de casación. Alegación de normas administrativas o fiscales.—De acuerdo con una doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS de 27 de marzo y 25 de octubre de 2001 y 21 de enero de 2002), los motivos del recurso de casación civil deben sustentarse en normas de derecho privado, estando vedada la alegación de normas administrativas o fiscales para su cobertura. Sin embargo, ello no impide que, en ocasiones, haya de matizarse esta doctrina, por ejemplo, cuando se precise de la aplicación de tales normas para determinar la existencia o no de una deuda (STS de 11 de octubre). En tal caso no será rechazable esta alegación. (**STS de 1 de febrero de 2006**; no ha lugar.)

HECHOS.—El 15 de mayo de 1995, un matrimonio donó a su hija unos bienes inmuebles de su propiedad. Con anterioridad a tal fecha, la AEAT había seguido diversos procedimientos contra el marido por deudas tributarias. Una parte de estas deudas ya se había cuantificado; otra parte correspondía a deudas ya nacidas —derivadas de impuestos sobre el IVA, el IRPF y otras retenciones y pagos a cuenta de los ejercicios entre los años 1990 y 1993—, pero que aún no habían sido cuantificadas. La AEAT había llevado a cabo diversos embargos sobre bienes del deudor, que resultaron negativos. Por este motivo, con posterioridad a la donación inicialmente referida, la AEAT interpuso demanda contra los esposos y a la hija de ambos, considerando que la donación se había efectuado en fraude de acreedores.

La demanda fue desestimada en primera instancia y la AEAT interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial estimó el recurso y declaró rescindida la donación, por haber sido celebrada en fraude de acreedores. Contra esta sentencia interpusieron recurso

los esposos demandados en primera instancia, alegando la inexistencia de las obligaciones tributarias por las que la AEAT había demandado al esposo. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

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

Carácter subsidiario de la acción rescisoria por fraude de acreedores.—Dice la sentencia de 8 de marzo de 2003 que para que prospere la acción rescisoria es necesario que se cumplan los requisitos exigidos en el CC, siendo uno de los más relevantes el establecido en el artículo 1294, al señalar que la acción rescisoria es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio. Carácter principal de este requisito, que la jurisprudencia ha puesto de manifiesto en las sentencias de 14 de octubre de 1987, 24 de noviembre de 1988, 25 de enero de 1989, 27 de octubre de 1989, 27 de mayo de 1992 y 5 de diciembre de 1994, señalándose en la de 24 de noviembre de 1988 «que uno de los requisitos esenciales para el éxito de la acción pauliana viene constituido por la exigencia de que el acreedor carezca de otro recurso legal para obtener la reparación lo cual no ocurre en el caso de autos, toda vez que al no agotarse la vía de apremio en el juicio ejecutivo promovido por el Banco actor, no es dable estimar su imposibilidad para resarcirse del crédito». En la sentencia de 5 de diciembre de 1994, se dice de la misma forma que «la entidad bancaria no impulsó debidamente el juicio ejecutivo por él iniciado, no habiendo agotado la vía de apremio, lo cual no permite tener como probado la imposibilidad de la entidad bancaria para resarcirse de su crédito y por tanto falta la premisa fundamental de la acción rescisoria ejercitada, cual es la subsidiariedad». No se trata de imponer al acreedor una exhaustiva investigación de hallarse su deudor en posesión de bienes suficientes para atender su obligación, sino que habiendo admitido el banco la existencia de otros bienes en poder de su deudor, por la aceptación de la declaración hecha por éste, un mínimo deber de diligencia imponía a la actora recurrida en casación comprobar si tales bienes seguían en poder del deudor y, en caso afirmativo, si eran suficientes para satisfacer su crédito, antes de acudir al ejercicio de la acción rescisoria. En consecuencia, no puede estimarse cumplimiento acreditado por la actora la carencia de otro remedio legal para hacer efectivo su derecho de crédito y, por ello, ha de ser admitido el motivo primero, en los términos que resultan de lo dicho hasta ahora. (STS de 22 de febrero de 2006; ha lugar.)

HECHOS.—Don Joaquín R. R. entregó al Banco de Madrid tres letras de cambio por importe total de cuatro millones de ptas. La entrega se hizo en virtud de contrato de descuento, por lo que al resultar impagadas las letras a su presentación, su importe se cargó

en la cuenta del descontatario. Posteriormente, el Banco de Madrid cedió el crédito que tenía contra don Joaquín al Banco Español de Crédito, S. A. Durante este período, don Joaquín y su esposa, doña Peña G. G., vendieron a su hija, doña Belén R. G., dos fincas en sendas escrituras públicas. El Banco Español de Crédito, S. A. interpuso demanda en la que solicitaba la rescisión de los contratos de compraventa celebrados por fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Huelva estimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, ésta fue confirmada por la Audiencia de Huelva. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo con base en el carácter subsidiario de la acción rescisoria por fraude de acreedores. (A. S. C.)

15. *Dies a quo* en relación con el plazo de caducidad de la acción rescisoria ex art. 1299 CC.—El motivo plantea el tema de la caducidad de la acción rescisoria sobre el que esta Sala ya se ha pronunciado ante la laguna del artículo 1299 CC en relación con el *dies a quo* de su transcurso. Según su doctrina, aunque la acción pueda ejercitarse desde el acto fraudulento, si se oculta por no inscribirse en el Registro de la Propiedad, el *dies a quo* es el de la inscripción en el mismo, salvo que se acredite que la víctima del fraude conoció con anterioridad de modo cabal y completo el acto impugnado (SSTS de 16 de febrero de 1993, 4 de septiembre de 1995 y 8 de marzo de 2003). Ciertamente, que el artículo 37 LH señala como *dies a quo* el de la enajenación fraudulenta, pero el precepto es protector exclusivamente del tercero hipotecario, sin que pueda extenderse a supuestos en que no exista esta figura (STS de 27 de enero de 2004).

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

HECHOS.—Don José Luis S. R. y doña Manuela H. L. se separaron en el año 1988. En fecha 23 de junio de 1989, don José Luis vendió un apartamento, adquirido en 1973 con el carácter de ganancial, a don José María G. L., casado con doña Sara B. L. En fecha 2 de junio de 1994 doña Manuela demandó a don José Luis, don José María y doña Sara solicitando que se declarara la rescisión del contrato de compraventa por fraude a sus derechos, al considerar que el

apartamento se había vendido sin su conocimiento ni consentimiento. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sueca desestimó la demanda al considerar caducada la acción rescisoria. Apelada la sentencia, la Audiencia de Valencia la revocó totalmente y declaró la rescisión de la compraventa. La Audiencia entendió que el plazo de caducidad estuvo interrumpido entre 1991 y 1993 al existir una causa penal por un presunto delito de fraude entre los cónyuges separados. Interpuesto recurso de casación por doña Sara, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, confirmando en todos sus extremos la sentencia de instancia. (A. S. C.)

16. Crédito refaccionario.—Procede recordar el concepto de crédito refaccionario: este es el crédito que se contrae y se emplea en la construcción, conservación o reparación de un inmueble; no necesariamente el crédito deriva del contrato de préstamo; el acreedor ha ejecutado la propia obra del edificio y ha suministrado elementos integrantes al deudor. Así lo expresa la sentencia de 21 de julio de 2000 que recoge la doctrina jurisprudencial plasmada en las sentencias de 19 de abril de 1975, 5 de julio de 1990 y 9 de julio de 1993. En el presente caso, se llega a la conclusión de que el crédito que *PIRSA* tiene, como acreedor, frente a *Punto Moda* como deudor, que nace del contrato de obra que ambos celebraron y deriva de los elementos y la obra que, en virtud de tal contrato, la primera ha ejercitado a favor de la segunda, la cual en parte no ha pagado, es un crédito refaccionario; *Punto Moda* ha recibido la obra ejecutada en el terreno que posee y tiene en arrendamiento (con opción de compra, es decir, leasing) y, como tal, es el dueño de la obra. Sin embargo, *Bansander* no es deudor, su relación jurídica no alcanza a *PIRSA* sino que habiendo adquirido un terreno y consumado el contrato de compraventa, entrega aquel terreno a *Punto Moda* en leasing inmobiliario, pero ninguna relación jurídica mantiene fuera de este contrato de arrendamiento con opción de compra.

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

Enriquecimiento injustificado. Subsidiariedad.—Las sentencias, entre otras, de 23 de marzo de 1992, 8 de junio de 1995, 7 de febrero de 1997 y 31 de octubre de 2001 destacan la idea de que los hechos, no ilícitos, que provocan un enriquecimiento sin causa de una persona y el empobrecimiento de otra, dan lugar a la obligación de reparar el perjuicio; la esencia es, pues, la

atribución patrimonial sin causa, por lo que el enriquecido sin causa debe restituir al empobrecido aquello en que se enriqueció y así lo expresan las recientes sentencias, entre otras muchas anteriores, de 31 de octubre de 2001 y 8 de julio de 2003. El caso presente no coincide con el del enriquecimiento injusto: los motivos se refieren a Bansander y la única relación de éste con la sociedad recurrente *PIRSA* es la de un previo contrato de compraventa que se perfeccionó y consumó, pero no aparece entre uno y otro ni siquiera atribución alguna, que permita pensar en enriquecimiento y empobrecimiento.

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

Por último, conviene hacer notar que tanto la demanda como la mención que hace la sentencia se refieren a un hipotético supuesto, que se dejase de abonar el precio del arriendo o no se ejercitara la opción de compra. Lo cual es algo posible –ni siquiera probable– y no se puede llegar a una condena basándose en un hipotético y posible supuesto. **(STS de 6 de febrero de 2006; ha lugar.)**

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

17. Objeto de la tercería de mejor derecho.—De acuerdo con la jurisprudencia del TS (SSTS de 29 de abril y 2 de noviembre de 2002), el objeto de la tercería de mejor derecho, delimitado por ley (art. 1523 LEC), es, exclusivamente, la declaración de preferencia de un crédito. Así, si el tercerista prueba que su crédito tiene preferencia sobre el crédito del ejecutante, se le reconocerá esto en la tercería de mejor derecho, que puede ejercitar hasta que se realice el pago al acreedor ejecutante (art. 1533 p. 3.º LEC). En todo caso, interpuesta la tercería, el procedimiento de apremio se continuará hasta realizar la venta de los bienes embargados (art. 1536 LEC).

Tercería de mejor derecho. Necesidad de que recaiga sobre bienes embargados.—Cuando la tercería de mejor derecho se refiera a un bien, para que tenga sentido ésta y mantenga su interés jurídico, afirma el Tribunal Supremo que es necesario que dicho bien, efectivamente, se encuentre embargado. De lo contrario, ya no podrá hacerse con él pago alguno al acreedor ejecutante, perdiendo su objeto dicha tercería. (STS de 17 de enero de 2006; ha lugar.)

HECHOS.—El 29 de noviembre de 1990, se otorgó ante Corredor de Comercio un contrato de préstamo en el que constaba como prestamista la entidad bancaria *BEE, S. A.* y, como fiadores solidarios, las entidades *O, S. A.* y *A, S. A.* Posteriormente, en juicio ejecutivo instado como resultas de un pleito entre *O, S. A.* y *A, S. A.*, el 28 de octubre de 1992 se trabó embargo sobre una finca (la sentencia de remate del juicio ejecutivo es de 4 de noviembre de ese mismo año). Paralelamente, como resultado de otro juicio ejecutivo, el 23 de octubre de 1995 se procedió a subastar la misma finca, resultando como adjudicatario de la misma *BEE, S. A.*, por auto de 25 de abril de 1996. En agosto del mismo año se libró mandamiento de cancelación del embargo trabado en primer lugar. Apenas un mes después, *BEE, S. A.* interpuso tercería de mejor derecho en el procedimiento que había dado lugar al embargo de 28 de octubre de 1992.

La demanda de tercería fue estimada en primera instancia. Interpuesto recurso de apelación por *O, S. A.*, la Audiencia desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. *O, S. A.* interpuso entonces recurso de casación, alegando incongruencia de la sentencia de instancia. El TS estima el recurso y entra a conocer del fondo del pleito, resolviendo desestimar la demanda de tercería de mejor derecho.

NOTA.—Actualmente, la regulación de la tercería de mejor derecho se recoge en los artículos 613 a 620 LEC, por lo que los pronunciamientos del Tribunal Supremo se han de entender referidos a ellos. (*A. M. M.*)

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

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

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

19. Compraventa. Embargo previo. Ausencia de bien litigioso.—Como señala la sentencia de 8 de septiembre de 1998, «la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que un bien es litigioso, desde la fecha del emplazamiento para contestar a la demanda (SSTS de 25 de enero de 1913 y 15 de febrero de 1965)»; esta caracterización de un bien o derecho como «litigioso» está haciendo referencia a la existencia de un procedimiento contencioso del que sea objeto el bien vendido, es decir, un proceso contencioso en el que exista controversia entre partes sobre la titularidad del bien, sobre la existencia o inexistencia sobre el mismo de cualquier derecho real o sobre alguna de las facultades que integran el contenido del derecho de propiedad; no tiene por tanto el carácter de bien litigioso el que ha sido objeto de embargo con la finalidad de atender con el producto de su venta a la extinción total o parcial de un crédito ya declarado por sentencia firme. Esta conclusión está abonada, a través de una interpretación sistemática, por el artículo 1535, párrafo segundo —«se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda»— así como por el artículo 1291.4. que declara rescindibles «los contratos que

se refieren a cosas litigiosas», y respecto al cual la sentencia de 15 de febrero de 1965 señala que «tal fecha de emplazamiento, es la que determina la calificación procedente (se está refiriendo a la de “bien litigioso”, aclaramos), con arreglo a nuestro Derecho histórico; cuyo precedente histórico ha sido recogido por esta Sala en S de 25 de enero de 1913, que parece que fue la única vez que a su decisión se ha sometido esta cuestión, llenando por ese medio, la laguna del artículo 1291.4. CC, que nada disponía sobre ello», y la sentencia de 31 de diciembre de 1997 señala entre los requisitos para la aplicación del citado artículo 1291.4.: «a) que el contrato haga mención a una cosa litigiosa, la cual se entiende desde la presentación de la demanda». Esta interpretación no queda desvirtuada por la sentencia de 2 de julio de 1976 que, por ser única en tal sentido, no constituye jurisprudencia.

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

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

20. La buena fe en el artículo 34 LH. Protección del tercero hipotecario cuando adquiere un bien embargado.—El requisito de la buena fe recogido en el artículo 34 LH consiste en que el adquirente no conozca o no tenga posibilidad de conocer, con una diligencia razonable, que la cosa adquirida pertenece a un titular distinto de aquel que figura en el Registro con facultades para transmitir. En todo caso, la existencia de buena fe constituye una cuestión de hecho que no puede ser examinada en sede de casación, salvo falta de lógica o arbitrariedad en la valoración de la prueba.

No existe tal protección cuando el embargo ha de ser considerado inválido, lo cual sucede en aquellos supuestos en que el bien embargado pertenece a una persona distinta del deudor. La doctrina es unánime al afirmar que la anotación de embargo no puede oponerse al que había adquirido el objeto de la traba con anterioridad a la anotación, aun cuando el adquirente no hubiera inscrito su derecho (SSTS de 14 de diciembre de 1968, 12 de junio de 1970, 31 de enero de 1978, 19 de noviembre de 1992, 10 de mayo de 1994, 14 de junio de 1996 y 4 de noviembre de 2005, entre otras).

Doble venta.—El supuesto recogido en el artículo 1473 CC sólo se aplica cuando ninguna de las ventas se ha consumado. De lo contrario, no estaríamos ante un caso de doble venta sino más bien ante una venta de cosa ajena, esto es, de inexistencia de la segunda por falta de objeto. (SSTS de 23 de junio de 1951, 23 de mayo de 1955, 7 de abril de 1971, 30 de junio de 1986, 11 de abril de 1992, 17 de noviembre de 1992, 8 de marzo de 1993, 25 de noviembre de 1996, 10 de diciembre de 1999, 26 de junio de 2001 y 6 de mayo de 2004, entre otras).

Aplicación del artículo 1227 CC con relación a los documentos privados.—El supuesto recogido en el artículo 1227 CC sólo se aplica cuando el hecho a que se refiere el documento privado no puede probarse por otros medios (SSTS de 22 de junio de 1995, 9 de junio de 1999 y 21 de marzo de 2003, entre otras). En la citada norma, la enumeración de los casos en que la fecha de un documento privado ha de ser tenida por cierta no constituye un *numerus clausus*, en la medida en que la fecha puede ser acreditada por otros medios de prueba (SSTS de 14 de octubre de 1997 y 22 de febrero de 2002). De hecho, la prueba relativa a la autenticidad de la fecha de un documento privado no es documental. (STS de 14 de diciembre de 2005). **(STS de 30 de diciembre de 2005;** no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Urbanizadora Q., S. A.* era titular registral del pleno dominio de dos fincas situadas en Hormigos y El Casar de Escalona respectivamente. La superficie que ambas ocupaban fue reparcelada y cada una de las parcelas (unas setecientas) fue vendida a distintos adquirentes entre los años 1978 y 1985. La transmisión de la propiedad de las parcelas a los compradores se produjo mediante título y modo, procediendo los adquirentes a edificar viviendas sobre cada una de las parcelas compradas.

Por otra parte, en fechas próximas al periodo indicado, se inició un procedimiento ante el Juzgado de lo Social por la reclamación de uno de los trabajadores de *Urbanizadora Q., S. A.*, el cual concluyó con una anotación de embargo del resto de la finca matriz (sobre la que estaba construida la Urbanización), y sin que los propietarios de cada una de las parcelas tuviera conocimiento de este hecho hasta que la finca embargada fue adjudicada y rematada a favor de *C. y H., S. A.* En el Registro constaban algunas segregaciones y, en todo caso, las construcciones (en cada una de las parcelas) eran manifiestas.

Los adquirentes de las parcelas interpusieron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia ejercitando la acción declarativa de dominio. El Juez estimó la demanda apreciando que, en cualquier caso, todos ellos habían adquirido por usucapación extraordinaria. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia aunque adujo otros motivos para rechazar los pedimentos de la demanda.

La demandada formuló recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo. (*J. D. S. C.*)

21. Leasing.—La S de 18 de mayo de 2005 recuerda que numerosas resoluciones de esta Sala han mantenido la diferenciación entre la compraventa de bienes muebles a plazos y el arrendamiento financiero con opción de compra; así la de 19 de julio de 1999, dice que «carente este contrato (se refiere al arrendamiento financiero) de una regulación jurídico privada, la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 10 de abril de 1981 y 18 de noviembre de 1983) ha puesto de relieve que se trata de un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio ya se entienda que el leasing constituye un negocio mismo en el que se funde la cesión del uso y la opción de compra con causa única, ora se trate de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reducidos a una unidad esencial, el parecer más autorizado y, desde luego, mayoritario, lo conceptúa como un contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el leasing opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del artículo 2, párrafo 1. de la Ley de 17 de julio de 1965, habrá de ser excluida como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero o leasing como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica perseguida por una y otra operación es distinta, y contrato, igualmente distinto, del préstamo de financiación a comprador regulado en el párrafo 2 del artículo 3 de la expresada Ley de 17 de julio de 1965, por tratarse en este caso de un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario, estar limitado, igualmente, el número máximo de plazos para satisfacerlo a lo que determine el Gobierno».

Dice asimismo esta sentencia que «lo que no puede mantenerse con carácter general es que el bajo valor residual denota que se trata de una compraventa»; en el mismo criterio abunda la sentencia de 30 de diciembre de 2003 según la cual «no es por tanto de recibo a efectos de desautorizar la naturaleza de la relación contractual que se discute, el hecho de que el valor residual que actuaba a efectos del ejercicio de la opción coincida exactamente con el importe de las cuotas mensuales fijadas para el arrendamiento, ya que la cuantía más o menos elevada, reducida y también coincidente para la opción de compra, no es por sí suficiente para el pretendido cambio de calificación contractual y por ello no se está ante un negocio simulado, como es la conclusión del Tribunal de instancia». (**STS de 22 de febrero de 2006**; ha lugar.)

HECHOS.—Con el fin de alzar el embargo trabado sobre un vehículo, la empresa *B.B.V. Leasing, S. A.* interpuso tercería de dominio contra la Tesorería General de la Seguridad Social. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de A Coruña dictó sentencia el día 14 de febrero de 1996, en que estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de A Coruña dictó sentencia estimatoria con fecha 21 de enero de 1997, al considerar que con anterioridad la empresa *B.B.V. Lea-*

sing, S. A. no había arrendado con opción de compra el mencionado vehículo a don R.L.A. y doña J.R.V. sino que lo había vendido a plazos, «puesto que el precio establecido como opción no cumplía la función de un precio autónomo». El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de la empresa *B.B.V. Leasing, S. A.* (*J. M. B. S.*)

22. Presunción *iuris tantum* de culpabilidad del arrendatario por los deterioros producidos en la finca arrendada.—«El artículo 1563 establece la responsabilidad del arrendatario para el caso de incumplimiento de esa obligación a causa de la pérdida de la cosa o por devolverla en peor estado del que la recibió. Entiende el legislador que, al estar la cosa en poder del arrendatario, su pérdida o deterioro es imputable, en principio, al mismo, si bien puede eximirse de responsabilidad probando que la pérdida o deterioro no es debido a culpa suya. Para apreciar si hay pérdida o deterioro de la cosa, hay que partir del estado en que se hallaba al momento de la entrega al arrendatario, teniendo en cuenta lo dispuesto al efecto en el artículo 1562 a cuyo comentario nos remitimos. El principio de responsabilidad del arrendatario es aplicación de los principios generales, en materia de contratación, concretamente, del artículo 1183 al disponer que siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1096. Y con referencia concreta al incendio, la jurisprudencia establece que cuando el hecho determinante del daño se produce en un inmueble arrendado, el artículo 1563 CC, en cuanto responsabiliza al arrendatario del deterioro o pérdida que tuviere la cosa arrendada, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya, viene a establecer una presunción *iuris tantum* de culpabilidad contra el arrendatario, que impone a éste la obligación de probar que actuó con toda la diligencia exigible para evitar la producción del evento dañoso (sentencias de esta Sala de 10 de marzo de 1971 y 7 de junio de 1988), cuya prueba no se ha producido en el caso aquí contemplado, a lo que ha de agregarse que no todo incendio es debido a caso fortuito y no basta a estimar tal carácter el siniestro producido por causas desconocidas (sentencias de 26 de marzo de 1928, 30 de junio de 1952, 10 de marzo de 1971 y 9 de noviembre de 1993». (**STS de 24 de enero de 2006**; no ha lugar.)

HECHOS.—J. C. H. y L. P. G. celebraron un contrato de arrendamiento de vivienda con N. M. D. El día 11 de junio de 1992 se produjo un incendio que destruyó íntegramente la vivienda arrendada con todos sus muebles y enseres. Los arrendadores interpusieron demanda contra la arrendataria solicitando que se la declarara responsable del incendio y que se la condenara a indemnizarles por los daños y perjuicios ocasionados. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación declarando a la arrendataria responsable del incendio. La demandada interpuso recurso de casación alegando infracción de los artículos 1554 y 1563 CC. El Tribunal Supremo desestimó el recurso. (*R. T. B.*)

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

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

24. Arrendamientos urbanos sometidos a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. No cabe la acción de retracto sobre local que era la base física de un arrendamiento de industria.—Una unidad arrendaticia no puede dividirse y dar lugar a medio retracto; no es la cuestión de un piso agrupado a otros, que contempla el artículo 47.1, sino de unidad arrendaticia que no permite su desglose; la propia parte demandante y recurrente no ha

mencionado en ningún instante, ni en la demanda ni en el motivo del recurso, esta norma y esta posibilidad, sino que ha mantenido en todo momento la unidad del arrendamiento y de la acción, postulando el retracto de la vivienda y del «local de negocio» pese a que éste no es tal, sino negocio o industria, cuyo arrendamiento no da lugar al derecho de retracto arrendaticio urbano. (STS de 3 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante ejercitó acción de retracto de finca urbana compuesta por vivienda y local. El juez de primera instancia desestimó la demanda puesto que el objeto del arrendamiento había sido una vivienda y una industria, no un local de negocios, no pudiendo ejercitarse el retracto sobre la industria ni sobre una parte de lo arrendado. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo desestimaron los recursos interpuestos por el demandante. (M. C. B.)

25. Exclusión de un contrato del ámbito de aplicación de la Ley de arrendamientos rústicos.—«El texto que integra la circunstancia tercera del artículo 7.1. LAR no puede ser más explícito y terminante, puesto que se está refiriendo a fincas que tengan un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o zona a las de igual calidad o cultivo, cuyo superior valor es debido a cualquier circunstancia ajena al destino agrario (STS de 22 de enero de 1998 y de 7 de octubre de 1999). El contraste entre el valor referido al destino agrario de la finca y el resultante de tener en cuenta los factores que el artículo 7.1.3.º contiene, no ha sido efectuado con fincas de la calidad o cultivos en la zona, sino con la propia finca de autos mediante dictámenes periciales efectuados desde esos diversos enfoques. Pero con ello se cumple, incluso con mayor rigor, con el espíritu del precepto, cuya finalidad no es otra que la de poder apreciar la incidencia económica, cuando es de entidad notable, causada en el valor de la finca por circunstancias sobrevenidas y externas a su propio destino natural; pues así, y sin mengua de la fiabilidad del resultado, se obvia la dificultad de establecer comparaciones con fincas cuya similitud, exigida por la Ley, puede ser en la práctica muy difícil de hallar; no es óbice a tal planteamiento la doctrina que emana de la STS de 7 de abril de 1993, pues lo que la misma establece es que debe constar la magnitud del precio en relación con las no afectadas por las “circunstancias ajenas al destino”, pero no el modo o la forma de llegar a tal conclusión. Y esta es la doctrina que establece la Sentencia de 18 de enero de 1999». (STS de 27 de enero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—C. R. E., titular de un arrendamiento rústico histórico, interpuso demanda contra los propietarios de la finca arrendada. La actora solicitó que se declarara su derecho a adquirir forzosamente la propiedad de la finca y que se condenara a los demandados a vendérsela previo pago del precio. Los demandados se opusieron a la demanda alegando la no aplicación de las normas de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos por tener la finca un valor superior al doble del precio que normalmente corresponde a una finca de la zona por una circunstancia ajena al destino agrario. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apela-

ción. La actora interpuso recurso de casación alegando la no aplicación del artículo 7.1.3.^a LAR, por no haberse determinado el valor de la finca de acuerdo con este precepto. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación considerando que el valor de la finca había sido correctamente determinado por el informe pericial. (R. T. B.)

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

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

HECHOS.—La empresa *Gaube, S. A.* encargó una obra de imprimación asfáltica de la superficie de una nave a las empresas *Dinx Producciones, S. A.* y *Harrobi, S. A.*, por medio de la instala-

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

27. Vicios ruinógenos. Prescripción.—El motivo 1.º, relativo a la «prescripción extintiva de la acción», limitada a la dirigida contra los administradores, debe de ser desestimado, aunque no por los mismos criterios aducidos, en este aspecto, por las Sentencias de instancia, sino aplicando los correctos, y con ello poder seguir la doctrina jurisprudencial de esta Sala, y así: 1.º, de partida no puede aceptarse que la responsabilidad por «culpa profesional», respecto a vicios ruinógenos de un edificio, y derivados de su construcción (art. 1591 CC), sobre la que aquí se acciona, sea una responsabilidad extracontractual, propia del artículo 1902 CC, o asimilable a ella, y a la que se aplique la prescripción de un año (art. 1968.2.º CC), tal como se ha discutido en el proceso, y sobre la que se han realizado los cómputos correspondientes, y de la que también parte este motivo del Recurso, pues, en todo caso, dicha responsabilidad deriva de una «culpa contractual», con otro plazo de prescripción, ya que la actora está unida a la Promotora por un contrato de compraventa (arts. 1445 y sigs. CC), y a la Constructora (sus Administradores, en su caso), Arquitectos y demás Técnicos, por el contrato de arrendamiento de obra (arts. 1544 y 1588 y sigs. del mismo Cuerpo legal); 2.º, según la conocida jurisprudencia de esta Sala, conocida al ser muy repetida, la prescripción de la acción de responsabilidad individual por deudas sociales de los Administradores de las Compañías Mercantiles, es la de cuatro años, del artículo 949 CCO, siendo el momento inicial de su cómputo aquél en que consta que los socios cesaron como tales, en 1989, y la demanda se presenta el 13 de julio de 1992, por lo que tal prescripción no sería aquí aplicable; y 3.º, dicho plazo de prescripción se ha entendido aquí como aplicable a la repetida acción, cualquiera que sea la disposición legal vigente como aplicable a la responsabilidad social de que se trata, y es de determinación de oficio, como la legalmente correcta (aunque ni las partes, ni el Tribunal lo hayan hecho), al mantenerse los hechos a los que haya de aplicarse.

Responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima.—La verdadera discusión de este motivo consiste en determinar si de estos hechos se deriva o no la responsabilidad aquí exigible, que ya, definitivamente (el final de las obras está fijado en el día 2 de junio de 1986, y la calificación definitiva, en 20 de junio de 1987, según la Sentencia del Juzgado: F.J. 2.º, ap. 13.º) no se plantea respecto a los arts. 133 y ss. LSA/1989, sino en cuanto a los 80 y 81 LSA de 17 de julio de 1951 (que la LRSL/1953 hace suyos a este tipo de Sociedades): no se trata propiamente de una acción, la ejercitada, aunque impropia se hable de ello, de «reconstrucción del patrimonio

social», del artículo 80.4.º, que exigirá la existencia de una «amenaza grave» de los créditos de los acreedores, aquí no planteada, sino de la acción del 81, llamada de «indemnización que pueda corresponder... a los terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquélla»; la Sentencia recurrida para responsabilizar a los socios, parte de entender que la reducción drástica del capital social de la Promotora, responsable frente a aquéllos por las compraventas que les unen (de las que derivan las demás acciones de ejercicio directo, pero como derivadas de la procedente de tales contratos), y la desaparición de hecho de tal Promotora (sin que a ésta, y por tal responsabilidad, deban añadirse connotaciones sólo atinentes, en los vicios constructivos declarados, a la Constructora, como se repite), suponen esa «lesión directa» de los intereses de los acreedores, pues, por un lado, se trata de unos hechos, no tratados en forma legal, y atribuibles directamente a los administradores (la Promotora se disuelve, sin causa legal que conste, al finalizar, o próxima a su terminación, la obra), que lesionan indudablemente los referidos créditos (que perviven durante los diez años de garantía, del art. 1591 por el que se acciona principalmente).

Responsabilidad solidaria de los agentes que intervienen en el proceso constructivo.—El último motivo, se refiere a la imputación de «solidaridad» en la responsabilidad entre los en definitiva condenados, respuesta jurisprudencial, de correcta justicia y equidad, para aquellos casos en que concurren varios responsables y no pueda determinarse el *quantum* de la satisfacción indemnizatoria a repartir entre ellos, de acuerdo con la importancia de sus respectivas conductas. El motivo, no obstante, va más bien dirigido a tratar de responsabilizar únicamente, o en la parte proporcional más importante, al Arquitecto, pues la Promotora (su socio derivadamente) entiende que el cambio efectuado de vigas y viguetas (de las realizadas «in situ», por las prefabricadas) causante de la «ruina constructiva», fue adoptado por un cambio parcial del Proyecto del Arquitecto. Esto no es así, y lo refiere claramente la Sentencia de autos, al decir que, aunque se tuvo que modificar el Proyecto a tal fin, en realidad fue aprobado el cambio, en su beneficio, por la Promotora y la Constructora. En definitiva, y en otro aspecto, se mantiene también la solidaridad en el *facere* en que consiste la condena, del que se responsabiliza, en su ejecución, en esa forma, a todos los partícipes condenados, por imposibilidad de atribución de cuotas entre ellos, y por haber coadyuvado conjuntamente al daño producido. (STS de 16 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras constatar que el edificio llamado «Cala-Nyas» presentaba distintos defectos constructivos, la comunidad de propietarios interpuso demanda contra la promotora *Promociones Nyas, S.L.*, la constructora *Naves y Asfaltos, Empresa Constructora, S.L.*, los socios administradores de ambas empresas don F. L. F. y don F. M. C., el arquitecto don F. P. S. y el arquitecto técnico don A. L. M., en que reclamó indemnización del daño causado por vicios ruínógenos en la edificación. Al parecer, el edificio presentaba defectos estructurales que produjeron movimientos, deformaciones y grietas en distintos elementos constructivos, así como defectos debidos a los trabajos de ejecución de la obra realizados, como el levantamiento y rotura de baldosas. Asimismo, la empresa constructora había promovido un expediente de suspensión de pagos en una fecha cercana a la finalización de la obra y la promo-

tora había reducido drásticamente su capital social. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Benidorm estimó la demanda parcialmente, mediante sentencia de 2 de noviembre de 1995, condenó solidariamente a las empresas promotora y constructora, los socios administradores y el arquitecto a ejecutar las correspondientes obras de reparación de los defectos y absolvió al arquitecto técnico. Interpuesto recurso de apelación por los socios administradores, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante dictó sentencia desestimatoria el día 25 de febrero de 1999. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

28. Acción directa contra la Administración pública. Competencia de la jurisdicción civil.—La Sala sigue la doctrina que ya formuló la anterior sentencia de 12 de mayo de 1994, cuyo fundamento segundo dice literalmente: «La tesis del motivo parte de que el contrato de ejecución de obras concertado con el Estado por las dos empresas mencionadas, como principales y contratistas, reviste la condición de contrato administrativo, lo que no se discute, por resultar correcta tal calificación, conforme a los textos legales que se aportan. Ahora bien, los contratos que relacionan a los contratistas y la cadena de subcontratistas son de naturaleza indiscutible civil y la acción de reclamación contra el Estado, como comitente, es acción de naturaleza también civil, prevista en el artículo 1597 del Código, que se acumuló a la ejercitada contra los dos contratistas y subcontratista primero, por reunir los requisitos del precepto 156 LEC y por tanto corren idéntica suerte procesal, determinativa de la Jurisdicción competencial para su conocimiento, que excluye la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por no dirigirse única y exclusivamente contra el Estado, conforme a la reiterada doctrina de esta Sala (SSTS de 2 de febrero de 1987, 10 de noviembre de 1990, 17 de febrero de 1992, 28 de abril de 1992 que refiere unas antiguas de 15 de octubre de 1976, 22 de noviembre y 17 de diciembre de 1985, 14 de octubre de 1986 y 2 de junio de 1993), que proclama la “vis atractiva” y preferencial de la Jurisdicción civil, toda vez que se trata de acceso al proceso, en la condición de partes interpeladas, del Estado conjuntamente con personas jurídicas privadas, en vinculación relacionada de solidaridad contractual, determinante de la responsabilidad que surge por imperativo legal del referido precepto 1597 y convierte a los acreedores en titulares de una acción, que no es precisamente sustitutiva de la del contratista, sino que se sobrepone a la misma, para hacer valer su crédito por vía directa, mediante el logro de su satisfacción a cargo del comitente o dueño de la obra, en razón a que éste retiene sumas dinerarias y resulta deudor de las mismas al contratista o subcontratistas que generaron el débito reclamado por razón de los trabajos encargados y materiales que se aportaron».

Carga de la prueba.—El motivo tercero del recurso de casación, también formulado al amparo del número 4.º del artículo 1692 LEC se articula por infracción del artículo 1214 CC, relativo a la doctrina de la carga de la prueba y doctrina y jurisprudencia. Se basa en que la sentencia recurrida impone la carga de la prueba de la cantidad que éste (dueño de la obra) adeude a aquél (contratista), como dispone el artículo 1597 CC no a la sociedad demandante, que es el subcontratista, sino al dueño de la obra, que es la Administración del Estado. El motivo se desestima porque la cantidad que se adeuda no la puede conocer el subcontratista y, al contrario, el dueño de la obra puede con

toda facilidad acreditar, si es así, que nada adeuda. Es decir, se invierte la carga de la prueba por la simple razón de que, de no hacerse así, quedaría sin aplicación la acción directa del artículo 1597 CC. Así lo ha entendido la reiterada jurisprudencia de esta Sala, desde que se le planteó este tema de forma directa: sentencias de 2 de julio de 1997, 6 de junio de 2000 y 18 de julio de 2002; esta última dice literalmente: «La jurisprudencia de esta Sala ha destacado que el hecho de existir deuda o haber sido ésta satisfecha es algo que puede probar el dueño de la obra, pero es imposible o muy difícil probar al subcontratista; en consecuencia, se ha reiterado que es el dueño de la obra quien debe probar que nada debe; así, las sentencias de 2 de julio de 1997 y 6 de junio de 2000 dicen: uno de los presupuestos de la presente acción directa que conforma el contenido de la misma es la cantidad que el dueño de la obra (o contratista anterior) deba al contratista (o subcontratista anterior). En principio, aplicando la doctrina de la carga de la prueba, si no se prueba, debería sufrir las consecuencias de la falta de la prueba el demandante que ejercita la acción directa. Pero a éste le puede ser imposible tal prueba, pues no conoce ni puede conocer las relaciones internas entre uno y otro; por el contrario, el demandado sí tiene en sus manos la sencilla prueba de lo que ha pagado o si ha pagado totalmente lo debido a su contratista y, por tanto, que no concurre tal presupuesto. En consecuencia, se invierte la carga de la prueba y es el dueño de la obra (o el contratista anterior) el que sufre las consecuencias de la falta de prueba de que ha pagado y, por tanto, de que no concurre este presupuesto». (STS de 16 de enero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—La Administración del Estado encargó a la empresa *Dragados y Construcciones, S. A.* una obra relacionada con la construcción de una carretera. Con fecha 6 de julio de 1993, la contratista subcontrató a la empresa *Migec Somafer Española, S.L.*, con el fin de realizar unos trabajos de perforación y voladuras. Con posterioridad, la obra fue paralizada más de seis meses, por lo que *Migec Somafer Española, S.L.*, interpuso demanda dirigida contra *Dragados y Construcciones, S. A.* en la que solicitó la resolución del contrato, de acuerdo con lo establecido en una de sus cláusulas, así como contra la Administración del Estado en ejercicio de la acción directa (art. 1597 CC). El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valladolid dictó sentencia el día 23 de diciembre de 1997, que declaró resuelto el contrato, condenó a *Dragados y Construcciones, S. A.* a pagar a la subcontratista el importe correspondiente a los trabajos realizados y a devolver la cantidad retenida como garantía y absolvió a la Administración del Estado. La empresa *Migec Somafer Española, S.L.* recurrió en apelación. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid dictó sentencia estimatoria el día 25 de marzo de 1999 y condenó a la Administración del Estado a abonar a la subcontratista el importe por los conceptos mencionados, como deudor solidario. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos, respectivamente, por la contratista *Dragados y Construcciones, S. A.* y la Administración del Estado. (J. M. B. S.)

29. Sociedad deportiva ecuestre. Validez del acuerdo que suprime las actividades ecuestres en su actual emplazamiento.—El acuerdo no

modificó el Reglamento, ni eliminó la finalidad de la sociedad hípica, ni suprimió el objeto esencial; tal como aparece redactado el acuerdo, cesan las actividades ecuestres «en su actual emplazamiento» y con estas mismas palabras se postula en el suplico de la demanda y se resuelve en el fallo de la sentencia recurrida. Por ello, no se acepta por esta Sala que signifique el abandono o supresión de la actividad esencial prevista en el Reglamento (art. 1) y que éste se haya modificado sin las previsiones del mismo sobre modificación (art. 83) y, por ende, que sea nulo el acuerdo por aplicación analógica del artículo 6.3 CC o por aplicación directa del propio Reglamento; no es baldío añadir que una sanción tan grave como la nulidad de un acuerdo social no puede declararse por analogía (del art. 6.3) ni tampoco puede hablarse de una aplicación directa cuando nada prevé sobre ello (el Reglamento).

Del propio texto del Reglamento, del texto de la demanda y de la sentencia recurrida, no se desprende que aquel régimen de composición de la Junta vaya contra los principios democráticos y representativos, como exige el artículo 16.3 de la Ley del Deporte e incluso contra la Constitución, que provoquen la nulidad absoluta que prevé el artículo 6.3 CC. Por lo cual, dichos artículos se han infringido por dicha sentencia. Tales principios, como aquí se mantiene, son respetados: el régimen no es antidemocrático ni es no representativo; se organiza un sistema democrático y representativo con una serie de particularidades que no atentan a aquellos principios; tales particularidades, de no estar conforme los socios, pueden modificar el Reglamento (arts. 83 y siguientes) pero no es aceptable que aleguen su nulidad y la de los acuerdos, cuando uno de éstos va contra sus deseos. **(STS de 2 de febrero de 2006; ha lugar.)**

HECHOS.—Los demandantes demandaron a una sociedad deportiva solicitando que se declarase la nulidad del acuerdo social por el que se suprimieron las actividades ecuestres en el emplazamiento hasta entonces existente, la nulidad de todos los acuerdos de la Junta General por ser su constitución antidemocrática e inconstitucional, así como la nulidad parcial de los estatutos de la sociedad demandada. El juez de primera instancia desestimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso y la demanda. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación con desestimación íntegra de la demanda. *(L. F. R. S.)*

30. Sociedad civil. Extinción.—Tanto la doctrina como la jurisprudencia han interpretado el artículo 1700 CC, y la definición del capítulo III del título VIII que reza «De los modos de extinguirse la Sociedad» en el sentido que, pese a la dicción de los mismos, se ha de entender que la extinción propiamente tal de la sociedad no se produce sino hasta el momento en que se han realizado todas las operaciones necesarias para aislar a la sociedad del tráfico en que se hallaba inserta y, por ello, dentro del proceso extintivo de la sociedad, se han de diferenciar tres momentos principales: la disolución que consiste en la concurrencia de una causa que determina la apertura de la liquidación; la liquidación que es el proceso a través del cual se libera a los socios y al patrimonio social de los vínculos contraídos con motivo de la sociedad; y la extinción en sentido estricto, que se produce al cierre de la

liquidación con la distribución del remanente, si lo hubiere, entre los socios. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia (sentencias de 24 de octubre de 1975 y la de 6 de marzo de 1984, ambas citadas por el recurrente en el acto de la vista). (STS de 31 de enero de 2006; no ha lugar.)

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

31. Enriquecimiento sin causa. No se produce en caso de adjudicación por precio inferior al de tasación en subasta judicial del procedimiento de ejecución hipotecaria.—En el caso de adjudicaciones realizadas en pública subasta en el curso de procedimientos de realización de garantías hipotecarias tramitados al amparo del hoy derogado artículo 131 LH, la jurisprudencia ha considerado que —una vez declarado dicho procedimiento acorde con los derechos constitucionales en sentencias del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981 y 17 de mayo de 1985— no puede existir enriquecimiento injusto por el hecho de que la adjudicación se haya producido a favor del acreedor por un precio inferior al de tasación, supuesto que el proceso se haya seguido por los trámites legalmente previstos y se haya aprobado judicialmente el remate. Para ello debe tenerse en cuenta, entre otros extremos, que —aunque no era todavía aplicable a esta adjudicación lo dispuesto en la LEC 2000, que permite al deudor evitar la adjudicación del inmueble en las subastas sin ningún postor si el acreedor que la solicita no ofreciere, al menos, el 50% del valor de tasación del mismo (art. 671, por remisión del art. 691.4, cuando se trata de bienes hipotecados)—, el apartado 12.º del artículo 131 LH ofrecía al deudor la facultad de mejorar la postura o buscar un tercero que lo hiciese. En definitiva, el marco legal que regía imperativamente dicho proceso facultaba al acreedor a obtener dicha adjudicación en favorables condiciones si el deudor se aquietaba a la oferta efectuada en tercera subasta no haciendo uso de aquella facultad.

La jurisprudencia ha reservado la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en subastas judiciales a supuestos en los que el bien adjudicado lo fue comprendiendo accidentalmente elementos ajenos a la garantía hipotecaria y a la consiguiente tasación (*v. gr.*, SSTS de 15 de noviembre de 1990, 4 de julio de 1993 y, más recientemente, 18 de noviembre de 2005), pero no le ha reconocido relevancia cuando, seguido el proceso correctamente por sus trámites, sólo puede apreciarse una divergencia entre el precio de tasación y el de adjudicación, aun cuando ésta sea notable, ni siquiera en un

supuesto en que se reconoció que el precio del remate a favor de la entidad concedente fue «irrisorio y absolutamente desproporcionado» (STS de 8 de julio de 2003), situación que, en el caso examinado, se halla todavía lejos de lo que se deriva de los hechos fijados por la sentencia recurrida, la cual sólo hipotéticamente admite que pueda haberse producido una devaluación de los bienes en el momento de la adjudicación, y en el que se advierte, además, que la rebaja en el precio del remate puede estar en relación con el hecho de que el crédito fue concedido para la construcción del inmueble hipotecado, cuyas previsiones no necesariamente realizadas pudieron influir en el valor asignado en la escritura de préstamo.

Como dice la STS de 8 de mayo de 1996, invocada por la sentencia recurrida, no puede alegarse abuso del derecho frente al acreedor adjudicatario cuando se han cumplido los trámites legales prevenidos en el artículo 131 LH, y la actuación del banco ejecutante, justificada por los presupuestos que legitiman acudir a este procedimiento especial, se ajusta a aquellos trámites. En efecto, resulta incompatible con la apreciación de abuso del derecho la constancia de que el derecho de adjudicación ha sido ejercitado por quien, pese a ser acreedor, está legitimado expresamente para ello, y lo ha hecho con sujeción a los requisitos exigidos, de tal suerte que el provecho que pueda haber obtenido, como ha quedado reseñado al examinar el anterior motivo de casación, resulta de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico con el fin de facilitar la realización de las garantías hipotecarias, ante la falta de uso por el deudor de sus facultades para elevar el precio del remate, y, por consiguiente, no puede estimarse que el acreedor sobrepase los límites normales del ejercicio del derecho, desde el punto de vista de su función económico-social, por el hecho de que no renuncie a resarcirse del total de su crédito y, al propio tiempo, trate de obtener del bien adjudicado ventajas económicas admisibles en el tráfico negocial. (STS de 16 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco H* ejercitó procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH contra E, a consecuencia del cual las dos fincas hipotecadas fueron adjudicadas a un tercero, después de que el *Banco H* le cediera el remate. Posteriormente, el *Banco H* reclamó el resto de lo adeudado a E en procedimiento declarativo. E demandó al *Banco H* en acción de enriquecimiento sin causa, alegando que las fincas hipotecadas se habían vendido en subasta a un precio muy inferior al que figuraba en la tasación y que, al haber cedido el remate a un tercero y haber reclamado la cantidad que aún se adeudaba, el *Banco H* había obtenido un enriquecimiento sin causa. El juez de primera instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo desestimaron los recursos interpuestos por el demandante. (M. C. B.)

32. Enriquecimiento sin causa. No se produce cuando el Ayuntamiento declara caducado un contrato de suministro eléctrico de los puestos de venta de un mercado municipal.—En el presente caso se ha de decir que SECE no ha sufrido empobrecimiento alguno por las razones explicitadas en la sentencia recurrida cuando dice «1) no ha existido empobrecimiento en el actor, desde el momento en que ha utilizado la concesión, o si se quiere la autorización o el convenio, por un período superior al pactado como mínimo en dicho convenio (seis años prorrogables), y en concreto, teniendo

en cuenta que se subrogó en el de 31 de diciembre de 1948, por un período de treinta y siete años, hasta que en fecha 31 de diciembre de 1985, renunció voluntariamente a sus derechos a favor de *FECSA*. 2) Esta renuncia, repetimos, voluntaria, al no venir impuesta por la Orden de 1984, se efectuó, además mediante precio, y en concreto por la cantidad de 215.000.000 de pesetas, que incluía una indemnización compensatoria por lucro cesante, a cargo de *FECSA*».

Tampoco ha habido enriquecimiento, o por lo menos no se ha demostrado a favor del Ayuntamiento de Barcelona, es más, tuvo que hacerse cargo de las instalaciones para prestar una obligatoria prestación de servicio público.

Y no hubo justa causa, ya que *SACE*, como se ha dicho renunció a prestar el servicio de suministro eléctrico. (STS de 9 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad demandante presentó una demanda contra el Ayuntamiento de B, en reclamación de cantidad basada en el enriquecimiento sin causa. La actora había cedido onerosamente a otra sociedad el contrato de suministro eléctrico de los puestos de venta de un mercado municipal y, a partir de la cesión, el Ayuntamiento de B había considerado caducado el contrato y se había hecho cargo del mantenimiento de las líneas por no haber sido notificado de la cesión de contrato producida. El juez de primera instancia estimó sustancialmente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la demandada y la absolvió de las pretensiones contenidas en la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante. (M. C. B.)

33. Responsabilidad contractual y extracontractual. Acumulación de acciones basada en la «unidad de culpa». Omisión de notificar deficiencias advertidas por Inspección administrativa cuyo informe interrumpe suministro de gas licuado. Deber de indemnizar daños producidos por pérdida de pedidos.—La pretensión ejercitada por el titular de la empresa de cerámica contra la empresa inspectora y la persona encargada de la instalación de almacenamiento de gas licuado procedente del petróleo es una acción resarcitoria cuyo sustrato es tanto una responsabilidad contractual como extracontractual, ejercicio de yuxtaposición perfectamente aceptado por la jurisprudencia de esta Sala, basado en la *unidad de culpa*, mantenida, entre otras, en SSTS de 18 de febrero de 1997 y 7 de noviembre de 2000.

Causa eficiente del daño.—No presenta duda que la causa eficiente del daño producido, a saber, el cierre de la industria de fabricación de productos cerámicos, fue el desconocimiento del propietario de la misma, por no notificación de las partes demandadas, de unas presuntas irregularidades por realización de obras al referido actor, que no pudo así rectificar dichas obras o, al menos, ponerlas en orden, para evitar el lógico corte de suministro acordado por la entidad pública competente. La causa de tal indefensión para poder reaccionar ante una situación anómala perfectamente corregible, fue debida única y exclusivamente a la actuación de la empresa inspectora y de la persona mantenedora de la instalación, ya que no cumplieron la obligación de notificar la revisión periódica efectuada, o a efectuar con la propuesta de reformas necesarias para una utilización correcta, así como la necesidad de

interrumpir el servicio de suministro conforme establece el artículo 12 del Real Decreto de 13 de noviembre de 1987; ni se hizo lo necesario para mantener las instalaciones en estado de correcto funcionamiento, haciendo constancia de ello en el Libro de Mantenimiento, como establece la Orden de 29 de enero de 1986, como obligación para la persona física mantenedora de la instalación.

Concurso de responsabilidades.—Destacada la interpretación jurídica de la culpa y su nexo causal y demostrados los elementos fácticos de la omisión y el daño, no cabe duda de que nos encontramos ante una responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC y dada la relación contractual de asistencia existente entre las partes, también de una responsabilidad contractual del artículo 1101.

Evaluación de los daños.—Dado que la evaluación futura de los daños se hará en ejecución de sentencia, sus parámetros estarán constituidos por los pedidos perdidos y efectivamente acreditados, y la ganancia que hubiera supuesto para el sujeto pasivo la realización de tales pedidos, descartados los costes. (STS de 25 de enero de 2007; ha lugar.)

NOTA.—Sentencia notable por la cuidadosa precisión de los hechos-base. Una empresa de cerámica utiliza como combustible el GLP (gas licuado procedente del petróleo), lo que requiere una especial instalación para su almacenamiento y una vigilancia específica; ambas tareas estaban contractualmente encomendadas a una empresa de asistencia (ATISAE) y a don Vicente T. G. Una inspección de *Repsol* denuncia determinadas irregularidades que no fueron notificadas a la empresa de cerámica, y que, al no ser corregidas en tiempo oportuno, determinaron el corte de suministro y la imposibilidad de atender pedidos, llegando al extremo del cierre de la empresa. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, pero la AP da lugar a la apelación, absolviendo a ambos demandados. El TS estima el recurso, pero se muestra riguroso, como es habitual, a la hora de fijar criterios para indemnizar el *lucrum cesans*, pues sólo se tendrán en cuenta los pedidos perdidos efectivamente acreditados, y la ganancia que hubiera supuesto para el sujeto pasivo la realización de tales pedidos, descartados los costes. Parece probado el cierre de la empresa por tales hechos, y se desestima indemnizar el daño moral causado por aquél. (G. G. C.)

34. Responsabilidad civil profesional de Abogado y Procurador. Irresponsabilidad del Letrado.—La Audiencia, tras valorar el resultado de las pruebas practicadas, llegó a la convicción de que el origen del perjuicio causado a la actora, al ver desestimada por prescripción la acción de reclamación entablada en vía ordinaria, tuvo su origen en el hecho de que el Procurador demandado —condenado en ambas instancias y aquietado a dicha condena— no comunicó oportunamente al Letrado, el auto de cuantía máxima dictado por el Juzgado con ocasión del accidente sufrido por el hijo de la actora, cuya fecha de notificación al Procurador significaba el establecimiento del *dies a quo* para el ejercicio de cualquiera de las acciones de la reclamación civil que en ese momento nacían: la ejecutiva y la ordinaria; la falta de conocimiento por el Letrado del Auto dictado no sólo se desprende de la aportación de la copia de los escritos dirigidos al Juzgado —con el sello del

mismo— en los que se interesaba la confección del mismo, sino fundamentalmente del propio reconocimiento del Procurador de no haber dado dicho traslado. No puede exigirse al Abogado una obligación de vigilancia sobre el cumplimiento por el Procurador de las obligaciones profesionales que le incumben, y que derivan del contrato de mandato con su cliente y del artículo 14 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales. Presupuesto la existencia de tal comunicación del Procurador, únicamente responderá el Abogado por un mal planteamiento procesal, por la defectuosa fundamentación jurídica de la pretensión, la errónea elección de la acción entablada o el desconocimiento de la doctrina jurisprudencial aplicable al caso, lo que comporta la aplicación de la llamada *lex artis* propia de su ejercicio profesional, imputaciones que no cabe efectuar a su actuación en el presente caso.

Cuantía de la indemnización.—La actora dejó de cuantificar en la demanda su pretensión, e incluso dejó de precisar las bases que entendía debían aplicarse para ello, haciéndolo tímidamente en momento procesal posterior inadecuado, siendo la Audiencia Provincial la que consideró adecuados los utilizados por la Juez de Primera Instancia, habiendo declarado la jurisprudencia reiteradamente que tal cuantificación constituye materia reservada a la soberanía del Tribunal de Instancia, salvo en casos de evidente y notorio error de hecho, o cuando el Juzgador resuelve de forma caprichosa, desorbitada o injusta, ninguno de cuyos supuestos se dan en este caso.

Costas.—El pronunciamiento sobre costas distinto del determinado por el vencimiento objetivo, es irrevisable en casación siempre que aparezca motivado en la sentencia (SSTS de 24 de noviembre de 1998, 16 de febrero de 2001, 12 de febrero y 26 de abril de 2004). (STS de 27 de febrero de 2006; no ha lugar.) (G. G. C.)

35. Responsabilidad civil. Acreditación del nexo causal.—Cuando en la producción de un daño puedan haber incidido una pluralidad de causas, para imputar responsabilidad a cualquiera de los sujetos que hayan llevado a cabo una de las conductas antecedentes no basta con acreditar que se ha sufrido realmente el daño, puesto que no todos los acontecimientos que preceden al evento dañoso tienen la misma relevancia. Ha de demostrarse que existe un nexo causal entre los actos llevados a cabo por las personas contra quien se dirigió la demanda y la lesión o perjuicio sufridos, así como que no se ha interrumpido la relación de causalidad por la intervención de otros sujetos.

Responsabilidad civil. Relación de causalidad. Determinación del criterio aplicable.—Aunque el Tribunal Supremo tenga declarado que se apoya en la doctrina de la causalidad adecuada o eficiente como criterio aplicable para identificar el nexo causal (v. gr., STS de 16 de mayo de 2001), admite que siempre opta por criterios que permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presente como causa tiene virtualidad suficiente para que de él se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido. Así, la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las conductas o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal.

Interrupción del nexo causal. Actos de un menor de edad.—Dada la falta de discernimiento de los menores para apreciar la gravedad y consecuencias de sus actos, la actuación de éstos no constituye para el Tribunal

Supremo una conducta jurídicamente calificable de dolosa, apta para interrumpir el nexo causal por hecho de tercero.

Interrupción del nexo causal por hecho de tercero.—No cabe atribuir eficacia interruptora a la conducta de un tercero cuando tal conducta es, precisamente, una de aquellas que la norma de cuidado infringida tenía la finalidad de prevenir. (STS de 27 de enero de 2006; ha lugar.)

HECHOS.—Dos niños de siete y diez años, respectivamente, arrojaron una piedra de unos veinticinco centímetros de diámetro y dos kilos y medio de peso por encima de la barandilla de un paso elevado de una autopista. La piedra penetró por el parabrisas de un autobús que circulaba por la vía e impactó en el tórax de uno de los ocupantes del vehículo, produciéndole la muerte.

La madre de la víctima interpuso una demanda contra los progenitores de los menores, así como contra la empresa encargada de la gestión de la autopista, *AACE, S. A.*, en reclamación de una indemnización por el fallecimiento de su hijo. En primera instancia se estimó parcialmente la demanda, condenándose solidariamente a los demandados al pago de quince millones. Interpuesto recurso de apelación por todos los demandados, la Audiencia estimó únicamente el recurso de *AACE, S. A.*, a la que absolvió por falta de legitimación pasiva. Según la sentencia, aunque podía apreciarse cierta negligencia en la actuación de *AACE, S. A.*, respecto a la prevención de riesgos en los pasos elevados, ninguna de sus actuaciones tuvo una relación causal directa con el resultado dañoso producido. Frente a tal sentencia interpuso recurso de casación la demandante en primera instancia. El TS declaró haber lugar al recurso y confirmó la sentencia dictada en primera instancia. (A. M. M.)

36. Culpa extracontractual. Muerte del trabajador al caer por ventana no protegida. Suicidio y no accidente. Depresión profunda por jubilación próxima. Ausencia de nexo causal.—Falta el nexo causal entre el fallecimiento del trabajador y el hecho de que la ventana por la que cayó no estuviera dotada de todas las medidas de seguridad, porque dentro de las normales facultades de dirección y organización del trabajo por parte de la empresa no era previsible la conducta del fallecido, ya que ni la habitación se encontraba situada en el itinerario que realizaba normalmente, ni en ella se guardaba ningún tipo de material que pudiera necesitar para el cumplimiento de las tareas que tenía asignadas en la fábrica, y esta suerte de datos, junto a los demás de la sentencia, incluido el estado anímico del trabajador y la situación final de los elementos protectores de la ventana tras el accidente (hacia dentro y no hacia afuera de la estancia) justifican el acierto de la desestimación de la demanda.

Inaplicabilidad de la concurrencia de culpas.—No concurren los presupuestos básicos de la culpa extracontractual, dada la imposibilidad de establecer una relación de causalidad entre el reproche hecho a la demandada y la producción del resultado dañoso, por lo cual tampoco es posible aplicar la

doctrina de la concurrencia de culpas. (STS de 25 de enero de 2006; no ha lugar.)

NOTA.— Si la empresa demandada hubiera *ad exemplum* justificado la realización de cursillos para preparar psicológicamente a sus obreros para la jubilación, y que el fallecido, en efecto, acudió, o pudo acudir a los mismos en vísperas de la suya propia, la desestimación del recurso hubiera dejado más tranquilo al lector. Se ignora, con todo, para hacer juicio definitivo, el tamaño de la empresa, y la frecuencia anual de las jubilaciones de sus empleados, pero el hecho de haber trabajado la víctima de este deplorable suceso más de cuarenta años en la misma empresa, hubiera requerido, probablemente, otra atención psicológica al trabajador distinta de la nula prestada, al parecer, en este caso. La reiteración de hechos similares a los aquí enjuiciados debiera alertar a las autoridades laborales. (G. G. C.)

37. Reclamación de daños y perjuicios por muerte en accidente laboral. La depresión no es una enfermedad mental que impida a la persona regir su persona y bienes por lo que no cabe declarar la nulidad de las actuaciones por falta de capacidad de obrar de la actora.—Teniendo en cuenta que los tribunales han de velar por la observancia de las normas procesales y, en particular, porque quienes actúen como parte estén dotados de la necesaria capacidad de obrar, siendo apreciable de oficio la falta de este requisito del proceso, se ha de precisar que, si bien dicha falta podría ser apreciada por resultar manifiesta aun en supuestos en que la incapacidad no ha sido judicialmente declarada, como afirma la sentencia de esta Sala de 30 de enero de 1995, citada en el recurso, no ocurre así en el caso enjuiciado ya que lo único acreditado respecto de la salud psíquica de la actora es que sufre una depresión, sin que aparezca la existencia de enfermedad determinante de una situación de incapacidad que le impida regir su persona y bienes. A ello contribuye el hecho de que la actora efectivamente absolvió de las posiciones que se le formularon en prueba de confesión judicial, si bien en ausencia de la representación procesal de la demandada por falta de citación para dicho acto; lo cual, como ya se adelantó, no fue oportunamente denunciado en la segunda instancia, momento en que pudo subsanarse la falta mediante la reproducción de dicha prueba que no fue nuevamente solicitada.

La responsabilidad del empresario por la muerte de un trabajador no es objetiva, pero probado el resultado y la relación de causalidad con el ambiente laboral, le corresponde a aquél probar que la muerte se produjo por causa distinta.—De ahí que la sentencia impugnada no haya apreciado en realidad la existencia de una responsabilidad objetiva de la entidad demandada, como sostiene la parte recurrente, sino que ha partido de la valoración de las pruebas médicas reveladoras de la probable etiología de la muerte y del hecho de que la parte demandada no ha justificado que el fallecimiento se produjera por causas distintas. Si el ambiente en que el trabajo se desarrollaba, por razón de los productos tóxicos utilizados, generaba un riesgo superior al normalmente admitido, ello resulta imputable al empresario que no adoptó las medidas oportunas para neutralizar tal riesgo y garantizar la salud de los trabajadores a su servicio; de modo que, producido el resultado y concurriendo una causa imputable al empresario capaz de desencade-

narlo, será a éste a quien incumba acreditar que la muerte se produjo por causa distinta, lo cual en absoluto objetiva la responsabilidad sino que deriva al empresario la carga de desvirtuar la relación causal establecida según el resultado de las pruebas practicadas. (STS de 30 de enero de 2006. no ha lugar.)

HECHOS.—La demandada dirigió una demanda contra el empresario para el que trabajaba su hijo fallecido, reclamando la responsabilidad extracontractual derivada de la muerte de éste. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo desestimaron los recursos interpuestos por el demandado. (M. C. B.)

38. Culpa extracontractual. Muerte y lesiones en atentado terrorista durante viaje turístico. Responsabilidad de Viajes Club de Vanguardia (VIAMED). Información administrativa sobre peligrosidad de viaje a Egipto.—Inalterada la declaración fáctica de la denuncia recurrida, de ser conocida desde 1992, especialmente en el ámbito de las agencias de turismo y sus profesionales, la situación inestable de Egipto y la actuación de terroristas que atentaban contra los turistas, lo que provocó que los viajes estuvieran prácticamente anulados hasta el verano de 1994, no puede calificarse de irracional, absurda o arbitraria la conclusión de la instancia sobre la influencia causal de la conducta omisiva de la recurrente, pues negligente es la conducta de quien no informa sobre las condiciones de seguridad para los viajeros en la zona donde iba a desarrollarse parte, al menos, del itinerario por ella ofertado, información que, sin necesidad de suspender el viaje, hubiera evitado, o podido evitar el desplazamiento en autobús durante el cual se produjo el ataque terrorista.

Inexistencia de caso fortuito: Prueba.—Por caso fortuito se entiende todo suceso imposible de prever, o que previsto, sea inevitable y, por tanto, realizado sin culpa del agente, de tal forma que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el daño sin que en él intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente, por lo que, para que tal suceso origine exención de responsabilidad es necesario que sea imprevisible o inevitable, y que, cuando el acontecimiento dañoso fuese debido a incumplimiento del deber relevante de previsibilidad, no puede darse la situación de caso fortuito. Según la STS de 4 de noviembre de 2004, desde la óptica casacional, se considera la problemática del caso fortuito y de la fuerza mayor, con carácter general, como cuestiones de hecho cuya apreciación corresponde al juzgador de instancia. Declarada en la instancia la previsibilidad del ataque terrorista en la medida en que con anterioridad de dos años se habían producido otros y las recurrentes lo sabían, sin que tal declaración fáctica haya sido desvirtuada, no puede prosperar el motivo.

Responsabilidad de agencia contratante.—Declarado probado que fue *Europa Travel, S. A.*, la que contrató directamente con el actor la realización del viaje, a ella le incumbía un específico deber de conocer cuál era la situación del país de destino y cuál el riesgo que implicaba para su cliente, pues sólo así podía informar a éste; al omitir el cumplimiento de ese deber de informarse e informar a su cliente, lo que propició que éste aceptara contratar el viaje sin conocer los riesgos que verdaderamente habría de soportar; riesgo que se concretó a lo largo del viaje en el dramático suceso en que se vio

implicada la familia del demandante, con el fatal resultado de la muerte de su hijo de nueve años y lesiones a su esposa. Es evidente que estos hechos fueron causados directamente por el ataque terrorista sufrido, pero ello no elimina la influencia causal de la conducta imputada a la recurrente, pues es claro que con correcta información sobre la situación conflictiva que desde largo tiempo se venía padeciendo en la zona, se podía haber evitado que los viajeros se hallasen expuestos a sufrir las consecuencias de esa situación (STS de 11 octubre de 2005), información de que carecía el actor.

Indemnización por causa de muerte. Legitimación.—El derecho a indemnización originado en el perjuicio moral y material a terceros por consecuencia de la muerte, no surge como *iure hereditatis*, sino como un derecho originario y propio del perjudicado (SSTS de 4 de mayo de 1983 y de 14 de diciembre de 1996), cualidad que puede o no coincidir con la de heredero, pero que en cualquier caso es distinta y con efectos jurídicos muy diferentes; la STS de 18 de junio de 2003 recuerda que están legitimadas para reclamar tal indemnización las personas, herederas o no de la víctima, que han resultado personalmente perjudicadas por su muerte, en cuanto dependen económicamente del fallecido o mantienen lazos afectivos con él. En el presente caso cabe atribuir al actor una doble cualidad, como perjudicado *iure proprio* y como heredero de la víctima, que le permite reclamar el daño de quienes lo causaron por su conducta negligente.

Lesiones de la esposa. Legitimación.—No se trata de un derecho de carácter ganancial, sino propio y personal de quien lo sufre y tiene plena capacidad jurídica para reclamar el daño sufrido.

Irresponsabilidad de la Asociación Catalana de Agencias de Viaje.—Se trata de una asociación empresarial para la representación, defensa y fomento de los intereses de sus miembros y sin fines políticos; o lo que es igual, constituye el sindicato de las distintas agencias de viajes para la representación de sus componentes, que no asume como tal responsabilidades derivadas de la contratación efectuada por alguna de las agencias que la integran, y a las que promueve, ni pone en situación de riesgo a los clientes por ser cada una de éstas las que trabajan para que los servicios contratados sean debidamente prestados, y le ofrezcan una inmediata solución de cualquier problema que pueda surgir en el transcurso del viaje, por lo que no es aceptable que se vincule causalmente su actuación con el daño producido a partir de exigirle un genérico comportamiento solidario, más allá de las normas estatutarias, que no tienen ningún fundamento para formular un criterio de imputación pues ninguna relación se produce entre su actuación y los perjuicios causados al actor. (STS de 2 de febrero de 2006; ha lugar en parte.) (G. G. C.)

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

nar el nexo causal, y mucho más si se considerara desde la perspectiva de la llamada *causalidad adecuada*.»

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

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

HECHOS.—*Viprom Televisión, S. A.*, contrató a don J. L. A., Cámara profesional, para la grabación de un reportaje de vídeo sobre una estación de esquí en Sierra Nevada. La aeronave en la que viajaban don J. L. A. y otros se precipitó sobre el terreno, falleciendo el piloto y produciendo graves heridas en los pasajeros. La demanda de reclamación de daños y perjuicios interpuesta por don J. L. A. y otros se dirigía contra el propietario de la aeronave *Heliswiss Iberica, S. L.*; la arrendataria de la misma *Helisol, S. A.*; y la aseguradora *La Unión y El Fenix Español, S. A.* El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó solidariamente a los demandados a pagar una indemnización por los daños materiales. La Audiencia Provincial desestimó el recurso interpuesto por *Heliswiss Iberica, S. L.*; estimó en parte el recurso del actor don J. L. A. fijando una indemnización superior, y estimó en parte también el recurso interpuesto por *Helisol, S. A.*, absolviéndola de las pretensiones aducidas contra ella. *Heliswiss Iberica, S. L.*, presentó recurso de casación en apoyo a los siguientes motivos: aplicación indebida del artículo 1902 CC, así como la jurisprudencia que lo interpreta; aplicación indebida del artículo 1105 CC; e infracción del artículo 1903 I y IV CC, puesto que, según el recurrente, sólo cabría exigirle responsabilidad a la propietaria-recurrente en cuanto al funcionamiento de la aeronave o a la idoneidad del piloto, y no respecto de la actuación del piloto, ya que *Helisol, S. A.*, fue la que como arrendataria de la aeronave aceptó tener bajo su dependencia jerárquica al piloto. El Tribunal Supremo desestima el recurso. (E. C. V.)

40. Culpa extracontractual. Viajero que cae a la vía por ataque epiléptico y resulta aplastado por aparato de seguridad del tren denominado «quitarreses». Imputación objetiva.—Los padres de la víctima sostienen que ésta no falleció por atropello del tren sino por el mal diseño de un aparato de seguridad denominado *quitarreses*, defecto imputable a la entidad ferroviaria. La cuestión así planteada se refiere a la imputación del daño, el cual podría atribuirse en este caso: a) bien a la propia víctima que al sufrir un ataque epiléptico, originó un caso fortuito; b) bien a *Renfe*, que utilizaba un sistema de seguridad que no fue capaz de evitar los daños al enfermo caído en la vía; c) o bien al maquinista que al accionar este sistema para evitar un daño fatal, produjo unos perjuicios ni queridos ni previsibles. Como dice la S. de 6 de septiembre de 2005 nos encontramos ante un supuesto de *imputación objetiva*, que muchas veces se ha presentado como una cuestión de relación de causalidad, sin deslindar con precisión entre la operación de fijación del hecho o acto sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere efecto o consecuencia del primero, y la que estriba en enuclear del conjunto de daños que pueda haber producido el evento lesivo, cuáles son resarcibles y cuáles no. En el presente caso se discute si quien creó el riesgo consistente en el mecanismo protector para evitar que determinados obstáculos produzcan descarrilamientos del convoy, debe soportar las consecuencias que este mismo mecanismo produjo cuando fue utilizado para evitar el daño, en unas circunstancias muy diferentes de aquellas para las que está diseñado. Ahora bien, ha de concurrir además un reproche culpabilístico, y en el presente caso la sentencia recurrida no ha considerado que concurriera: a) ni culpa en la actuación del maquinista, que obró de acuerdo con los estándares establecidos por lo que fue exonerado de responsabilidad, ni b) creación de un riesgo por parte de la compañía ferroviaria a quien no se puede imputar que un mecanismo pensado y diseñado para proporcionar mayor seguridad a los trenes en los accidentes, produjera un daño en una situación totalmente distinta. De manera que no puede ponerse a cargo de *Renfe* el daño que sufre una persona que se encontraba en el andén sola, como consecuencia de una caída en la vía a causa de una enfermedad conocida.

Seguro obligatorio de viajeros.—El desgraciado caso presente no permite imputar a *Renfe* la responsabilidad por el accidente y de ahí debe decaer su cobertura por parte del seguro obligatorio de viajeros, porque el accidente no aparece en la categoría de riesgos cubiertos descritos por el artículo 7 del Reglamento de 22 de diciembre de 1989; y tampoco concurren las circunstancias del artículo 8, a saber, ocurrir durante el viaje, y antes de comenzar éste, una vez que el vehículo hubiera sido puesto a disposición de los viajeros para utilizarlo, ni al entrar el asegurado en el vehículo o salir de él por el lugar debido.

Valor de la prueba pericial.—La doctrina de esta Sala sobre el valor de la prueba pericial parece perfectamente sistematizada en STS de 29 de abril de 2005, donde se señala que, como no existen reglas legales preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, ni las reglas de la sana crítica están catalogadas ni predeterminadas, la conclusión que resulta es, en principio, la imposibilidad de someter la valoración de la prueba pericial a la verificación casacional. Sin embargo, como el derecho a la tutela judicial efectiva veda el error patente —error de hecho notorio—, la arbitrariedad y la irracionalidad, y como las reglas de la sana crítica son las del raciocinio lógico, por ello cabe un control casacional, cuando en las apreciaciones de los peritos, o en la valoración se advierte algún defecto de tal magnitud, pero sin

que quepa ir más allá, tratando de sustituir criterios dudosos o equívocos en los que no se da ninguna de dichas circunstancias. En esta línea, la Sala viene admitiendo con carácter excepcional la impugnación del dictamen pericial: a) cuando se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio; b) cuando se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica; c) cuando se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, o se falsee de forma arbitraria sus dictados, o se aparte del propio contexto o expresividad del contenido pericial; y d) cuando se efectúen apreciaciones arbitrarias o contrarias a las reglas de la común experiencia. La valoración efectuada por la sentencia recurrida en este caso no es arbitraria, no es ilógica cuando advierte que las conclusiones relativas a las lesiones sufridas por la víctima no son propias de un ingeniero industrial que carece de conocimientos médicos, y tampoco tergiversa la pericia.

Costas. Excepción al vencimiento objetivo.—El artículo 523 de la derogada LEC 1881 permitía al Juez hacer una excepción a la regla de la imposición de las costas, cuando, razonándolo debidamente, apreciaba la concurrencia de *circunstancias excepcionales*; no se da excepcionalidad cuando la demanda se interpone por los padres, directos perjudicados por el fallecimiento del hijo, circunstancia que concurre frecuentemente en las reclamaciones por responsabilidad civil. (STS de 27 de febrero de 2006; no ha lugar.) (G. G. C.)

41. Asunción del riesgo creado.—Culpa exclusiva de la víctima. Concurre la circunstancia de «culpa exclusiva».

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

HECHOS.—D. P. S. G. interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Picassent (Valencia), siendo parte demandada la Asociación Local de Jubilados y Pensionistas de Picassent, la *Compañía Aseguradora General Europea, S. A. (GESA)*, y el Ayuntamiento de Picassent. En su demanda el actor reclamaba una indemnización por los daños y perjuicios sufridos al haber sido corneado por una vaquilla en un encierro que tuvo lugar con ocasión de los festejos taurinos de su localidad. Las sentencias del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial desestimaron, respectivamente, la demanda y el recurso de apelación. Posteriormente, se interpuso por el actor recurso de casación articulado en un único motivo, en el que denunciaba la violación de los artículos 1902 y 1903 CC y de la doctrina jurisprudencial. El Tribunal Supremo desestima dichas pretensiones. (E. C. V.)

42. Culpa extracontractual de residencia geriátrica. Enfermo de Alzheimer que muere al tirarse por ventana. Falta de vigilancia de los empleados.—No puede hablarse, como hacen ambas sentencias de instancia, de responsabilidad sanitaria pues la residencia en que ocurrió el suceso no era un centro de esta clase, dedicado al tratamiento médico de las personas ingresadas en ella, sino que se trata de una residencia para personas de la llamada tercera edad, cuya finalidad es la guarda y atención de las personas allí instaladas, adecuada esa atención y guarda a las circunstancias personales de cada interno. En este caso se trataba de un interno afectado por la enfermedad o mal de Alzheimer, enfermedad clasificada por la OMS como un trastorno mental orgánico encuadrable dentro de las «demencias», cuya característica principal es la existencia de un déficit cognoscitivo severo que hace perder al enfermo, de forma progresiva e irreversible, sus funciones psíquicas; este padecimiento del interno fallecido era conocido por el personal de residencia, y por ello se le asignó una de las habitaciones destinadas a enfermos psíquicos, como tampoco debían serle desconocidos a la dirección del establecimiento los efectos de esta enfermedad desde el momento en que los acogía y disponía de habitaciones especiales para enfermos psíquicos. La obligación de guarda y asistencia de las personas internas en el centro, que debe cumplirse teniendo en cuenta las circunstancias de cada una de aquéllas, imponía, respecto del fallecido, una obligación de control del mismo para conocer en todo momento en qué lugar del establecimiento se encontraba y someterlo a la vigilancia adecuada a su estado psíquico; no se trataba de que una persona estuviese continuamente al lado del interno, sino que se tuviese conocimiento, en cada momento, en donde se encontraba. Ello explica que desde su habitación fuese conducido a la sala común sita en la planta baja, en la que se encontraba personal del centro vigilando a los internos que allí estaban. Fue precisamente allí donde, por negligencia del personal del centro, el interno eludió el control a que se hallaba sometido, salió de la estancia y deambulando por el establecimiento llegó a la planta alta de una zona distinta de aquella en que tenía su habitación, sin que su recorrido fuese advertido por personal de la residencia, desde donde se arrojó por una ventana del pasillo al lado del ascensor, causándose lesiones que produjeron su fallecimiento. Hubo, por tanto, una negligencia por parte del personal de la residencia, imputable a esta última. (STS de 23 de febrero de 2006; ha lugar.)

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar al acertar, a mi juicio, en la calificación de la residencia demandada y del contrato que suscribe ésta al ingresar los internos, hoy por hoy de naturaleza atípico y apenas regulado por algunas normas administrativas autonómicas, cuyo cumplimiento no siempre queda garantizado. La parte actora optó por la vía extracontractual, y a ella se ha acomodado el Tribunal Supremo, sin que, por lo demás, fuera objeto de debate, aplicando implícitamente la teoría de la acumulación de acciones. Puede haber supuestos, no obstante, en que interese seguir la vía contractual (por ej. si está en discusión la prescripción de la acción). (G. G. C.)

43. Culpa extracontractual. Muerte por inmersión en zanja vallada y señalizada. Responsabilidad de Ayuntamiento y del dueño de la obra: Ausencia de culpa.—La sentencia apelada, tras hacer un proceso de

selección y análisis de las posibles causas que condujeron al fallecimiento del viandante caído en la zanja, no encuentra ninguna susceptible de poner el daño a cargo de los demandados, vinculando de una forma culposa la indicada muerte con el incumplimiento de las obligaciones que legalmente tenían éstos en relación con el solar a fin de evitar que, dada la situación en que se encontraba el día del accidente, se pudieran provocar daños a las personas o bienes de terceros, como sucedió. La muerte no se produce a causa directa de la caída, sino por inmersión, que viene acrecentada por la merma de sus facultades físicas derivada de la ingestión alcohólica que presentaba. Por ello, no se le puede exigir al dueño del solar, y, por ende, al Ayuntamiento en cuestión, una diligencia en unos hechos en cuya producción no se ha probado que ellos, por omisión de esa exigencia legal (el solar estaba vallado y señalizado para un viandante), hubiesen intervenido; es más, todos los datos que existen en las actuaciones apuntan decisivamente a que el estado etílico del fallecido fue probablemente el causante mediato de su propia muerte.

Responsabilidad derivada de la creación de un riesgo al abrir una zanja.—En este caso la apertura de una zanja no resulta elemento suficiente para responsabilizar a los demandados sin el consiguiente reproche culpabilístico, que ha de referirse a un comportamiento no conforme a los cánones o estándares establecidos, que ha de contener un elemento de imprevisión, de falta de diligencia o de impericia, pero que, en definitiva, se ha de deducir de la relación entre el comportamiento dañoso y el requerido por el ordenamiento. Este reproche no es posible efectuarlo cuando el riesgo no era anormal o superior al ordinario, en relación a los datos fácticos que contempla la sentencia, pues se acredita que la zanja se encontraba vallada y señalizada, lo que era bastante para advertir a quienes transitaban por sus proximidades, y el agua que había en su interior insuficiente para producir un daño como el acontecido, si no hubiera sido porque el fallecido sorteó voluntariamente la valla y tenía mermadas sus facultades físicas por el alcohol ingerido.

Prueba. Diligencias previas penales.—El Tribunal de Instancia se apoya especialmente en los datos objetivos contenidos en las diligencias previas unidas en cuerda floja a los autos, incluido el informe del Médico Forense. Dichos datos se obtienen a partir de una apreciación directa o inmediata de los vestigios del accidente, y son los que, a la postre, llevan al convencimiento del Juez sobre la forma de ocurrir éste.

Denegación motivada de pruebas. Reconocimiento judicial y documental.—La denegación de ambas pruebas fue suficientemente motivada faltando la más mínima demostración de cómo podían anular la valoración de las demás practicadas y obtenidas en el mismo momento en que ocurren los hechos y no unos meses después de haberse producido éstos. En particular no se ve cómo la presencia del Juez en el lugar de los hechos, meses después de haber ocurrido el accidente, podía haber exteriorizado o descrito algún dato distinto de los que resultaban de las diligencias penales en las que se incluye una doble inspección de la Guardia Civil y del Juez instructor, además de unas fotografías y el acta del levantamiento del cadáver. (STS de 19 de enero de 2006; no ha lugar.) (G. G. C.)

44. Culpa extracontractual. Fallecimiento de obrero jubilado por caída de puerta de garaje. Daño moral. Doctrina general. No hay analogía con baremo oficial de accidentes de circulación.—Condenada la sociedad demandada, así como la empresa aseguradora, a satisfacer la cantidad de

dos millones de antiguas pesetas, por el fallecimiento del padre de la actora, jubilado de setenta y dos años, imputable a negligencia de la primera por caída de puerta de garaje, la representación legal de su hija que vivía independientemente de aquél invoca infracción del artículo 4.1 CC porque, a su juicio, debió aplicarse analógicamente para fijar la indemnización por daño moral, lo dispuesto en el Anexo I de la Ley de Reponsabilidad Civil y Seguro de Vehículos de Motor, incorporado por la hoy derogada Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que contiene el sistema de tasación o valoración de los daños corporales causados en la circulación de vehículos de motor. Esta Sala ha venido declarando que la determinación de la cuantía por indemnización de daños morales debe ser objeto de una actividad de apreciación por parte del juzgador, habida cuenta de la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral esencialmente consiste; tal indemnización va dirigida principalmente a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento, lo que conlleva determinar la cuantía apreciando las circunstancias concurrentes (entre otras SSTs de 31 de mayo de 1983, 25 de junio de 1984, 28 de marzo y 28 de abril de 2005). Para evitar posibles disparidades entre las resoluciones judiciales que fijan el *pretium doloris* la jurisprudencia más reciente, rectificando criterios iniciales, ha aceptado que los criterios cualitativos y en particular el que rige en materia de accidentes de circulación, pueden resultar orientativos para fijar aquél, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso (STS de 11 de noviembre de 2005). Este criterio hermenéutico se funda en la necesidad de respetar los cánones de equidad e igualdad de las respectivas cuantías para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad; pero su reconocimiento está muy lejos de admitir la existencia de una laguna legal que imponga la aplicación analógica de las normas de tasación legal, con arreglo al artículo 4.1 CC pues, de un lado, la fijación de la cuantía entra de lleno en la potestad jurisdiccional que atribuye el artículo 117.1 CE a los jueces y magistrados, y por otro, como ha subrayado el Tribunal Constitucional la existencia de distintos sectores de la realidad social en que puede producirse la actividad dañosa determina la existencia de distinciones objetivas y razonables que justifican la posible desigualdad, circunstancia que, por sí sola, impide afirmar que entre unos y otros sectores exista identidad de razón. En consecuencia, no puede considerarse que la falta de un sistema tasado de valoración, por más que pueda considerarse conveniente su introducción (como ha insinuado la STS de 21 de diciembre de 2005 respecto de la responsabilidad médica) constituya una laguna legal que por sí determine la necesidad de aplicación analógica de los sistemas de valoración sujeta a tasación.

Cuantía exigua de la indemnización por daño moral.—En el caso aquí considerado la comparación con los criterios establecidos en la Tabla I correspondiente al sistema de valoración legal de daños causados por la circulación de vehículos, en relación con el fallecimiento de persona mayor de sesenta y cinco años y con una hija mayor de edad, determina la convicción de que la suma establecida es ciertamente exigua y escaso el razonamiento de la sentencia recurrida —diluido en una genérica e insuficiente apelación a la prudencia y a la apreciación de las circunstancias concurrentes— en que se funda el juzgador para fijar una cuantía indemnizatoria que implícitamente considerara reducida, puesto que únicamente arguye de manera específica que la hija del fallecido está casada y vivía con independencia de él —circunstancias

que sólo apuntan a justificar la inexistencia de daños patrimoniales derivados del fallecimiento—, pero no argumenta acerca de la debilitación de los vínculos de afecto o cualquier otra circunstancia que pudiera justificar una disminución de la indemnización ordinariamente concedida en casos semejantes y genéricamente prevista en el baremo legal que invoca la actora.

Imposibilidad de revisión casacional: Recurso mal planteado.—Sin duda la deficiencia en la motivación es cuestionable desde el punto de vista de la correcta aplicación del ordenamiento jurídico, pero tan cierto como esto es que esta Sala no puede abordarla en este recurso de casación en el que la parte no aduce por la vía formalmente correcta, y ni siquiera plantea el defecto de motivación de la sentencia; pues no respetar los límites de conocimiento que permite este recurso especial implicaría quebrar el principio de legalidad procesal y el sistema de garantías fundado en la regla de la contradicción. Desde el punto de vista sustantivo esta Sala viene entendiendo que la cuantía de la indemnización concedida no es revisable en casación (últimamente STS de 28 de marzo de 2005), si bien este principio no resulta totalmente rígido, pues cabe la revisión casacional de las bases en que se asienta la cantidad indemnizatoria (SSTS de 15 de febrero y 18 de mayo de 1994), así como al examinar supuestos de irrazonable desproporción de la cuantía fijada (S de 23 de noviembre de 1999), especialmente cuando las razones en que se apoya su determinación no ofrecen la consistencia fáctica y jurídica necesarias y adolecen de desajustes apreciables mediante la aplicación de una racionalidad media (SSTS de 20 de octubre de 1988, 25 de febrero de 1992, 15 de diciembre de 1994, 5 de diciembre de 2000 y 21 de abril de 2005). Sin embargo, en el proceso que enjuiciamos resulta imposible el examen casacional de esta cuestión, puesto que la parte recurrente no apoya con la cita de los preceptos legales o de la jurisprudencia aplicable al caso la alegación sobre la insuficiencia de la indemnización concedida, en cuanto pudiera suponer una vulneración del principio de total indemnidad que preside el instituto de la responsabilidad civil extracontractual, regulada en los artículos 1902 y ss CC los cuales permanecen ausentes de la fundamentación del motivo formulado, salvo una referencia incidental al art. 1902, que no se invoca como infringido, o en cuanto pudiera implicar una vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE) o de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), o incluso del que impone una racionalidad mínima y la ausencia de discriminación en la reparación de los daños corporales (art. 15), preceptos todos respecto de los cuales se observa la misma ausencia de cita e invocación. (STS de 10 de febrero de 2006; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia que ofrece alguna singularidad ya que, contra lo habitual, en los *antecedentes de hecho* se reproducen con bastante amplitud los *fundamentos de derecho* de las sentencias de instancia, mientras que el Tribunal Supremo adopta en los Fundamentos de Derecho de la extractada una actitud claramente pedagógica ofreciendo al letrado recurrente, por así decirlo, abundante argumentación con la que hubiera podido triunfar en la casación de haber planteado correctamente el recurso. Los hechos básicos no son objeto de debate: el padre de la actora de setenta y dos años acudía con frecuencia a la empresa en la que trabajó, y fallece al caerle encima la puerta del garaje de aquélla por donde penetraba. Rechazada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, la apelación se estima por la Audiencia Provincial cuya sentencia

fija una indemnización –cuya cuantía es rotundamente calificada por el Tribunal Supremo de *exigua*– a favor de la actora. El recurso se limita a decidir si son aplicables, o no, por analogía, los baremos legales vigentes en materia de circulación de vehículos. Se niega la existencia de una laguna legal a la hora de fijar el *quantum* indemnizatorio por daño moral, ya que hay una doctrina jurisprudencial consolidada en la materia, aunque los tribunales pueden tomar en cuenta los criterios de esos baremos legales, junto a otros aplicables al caso. Por otro lado, el recurso está mal argumentado por lo cual la Sala se cree dispensada de entrar en el fondo, a pesar de reconocer lo fundado de la reclamación. (G. G. C.)

45. Culpa médica. Doctrina general. Relación de causalidad. Muerte por cáncer de próstata.—El artículo 1902 CC configura un criterio de imputación de responsabilidad a partir de un daño causalmente vinculado a una acción u omisión negligente o culposa, que en el médico no se asocia al resultado sino al hecho de no haber puesto a disposición del paciente los medios adecuados al caso concreto, lo que se conoce como *lex artis ad hoc*, relación que se determina de una forma lógica, predecible y comprensible, dentro de la dificultad que normalmente supone establecer el nexo causal entre el comportamiento del agente y el daño acaecido, como uno de los presupuestos necesarios del que depende el nacimiento de la responsabilidad civil y, por tanto, la obligación de reparar. Es lo que la doctrina jurisprudencial califica de causalidad adecuada o eficiente (SSTS de 14 de julio y 6 de septiembre de 2005) que exige, para anudar una responsabilidad al suceso lesivo, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso y que permite eliminar todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al nexo causal so pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo o de objetivar absolutamente la responsabilidad extracontractual en la que se sustenta la acción, lo que no es posible en un sistema que descansa en un principio culpabilístico; ni tan siquiera a través de la doctrina del resultado desproporcionado, con la que tampoco se objetiva la responsabilidad, sino que se atenúa la exigencia del elemento subjetivo para proteger de manera más efectiva a la víctima, flexibilizando los criterios establecidos en materia de prueba, cuando éste no guarda proporción con la enfermedad o lesión que a una persona le lleva a requerir la asistencia médica y que no se produce normalmente si no es por la negligencia del facultativo.

Lex artis ad hoc. Diagnóstico.—La toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o una hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad cuanto más precozmente puedan identificar o descartar la presencia de una alteración, sin que ninguna presente una seguridad plena. Implica, por tanto, un doble orden de cosas: en primer lugar, la obligación del médico de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles (STS de 23 de septiembre

de 2004); en segundo, que no se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen.

Ausencia de relación de causalidad pese a diagnóstico erróneo.—El daño sufrido por el paciente no resulta de la actuación culposa o negligente del médico, requisito esencial para descartar la ilicitud del acto, y que éste no guarda la relación de causalidad necesaria con el diagnóstico, teniendo en cuenta que en el momento en que es tratado, el cáncer era irreversible y que sólo se podía haber detectado mediante una intervención quirúrgica, que no está normalmente indicada en casos de carcinoma prostático localizado en pacientes mayores de setenta años.

Caso fortuito.—El caso fortuito hace referencia a un evento imprevisible, dentro de la normal previsión que las circunstancias exijan en cada supuesto o inevitables de una posibilidad de orden práctico, y es lo cierto que para que exista responsabilidad atribuible a culpa o negligencia se precisa que el suceso sea previsible, a consecuencia de que sea debida a la voluntad de la persona a quien la culpa o negligencia se atribuya, ya que si no es así falta la precisa relación de causa y efecto, como sucede en este caso, dando lugar a sucesos o resultados fortuitos ajenos al buen actuar profesional del médico actuante quien puso al alcance del paciente los medios adecuados para procurar un diagnóstico acertado. (STS de 15 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—El enfermo estaba siendo tratado de diabetes desde hacía veinte años, y al cumplir los setenta años se le diagnostica prostatismo, iniciándose un tratamiento médico que finaliza dos años más tarde con diagnóstico de carcinoma prostático con metástasis óseas múltiples. Reclama una indemnización de cuarenta millones de pesetas contra los médicos y el hospital, falleciendo durante el procedimiento, que continúan su viuda e hijos. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, reduciendo a mitad la cuantía de la indemnización reclamada, pero la Audiencia Provincial absuelve a todos los demandados. El Tribunal Supremo rechaza el recurso con base en la doctrina extractada. (G. G. C.)

46. Diligencia exigible al médico en el control de la ficha técnica del medicamento.—La Ley del Medicamento, en su artículo 19, hace referencia a la ficha técnica, no dirigida al usuario, sino al médico y al farmacéutico. «Conocer los efectos negativos para la salud de la paciente vinculados al tratamiento aplicado y no adoptar las medidas oportunas, siendo así que, como profesional de la medicina, conoce a la enferma y la enfermedad, y sabe las indicaciones contenidas en la ficha técnica del medicamento, y los males que podía generar en el curso de su evolución, es un comportamiento contrario a la diligencia propia del acto médico».

Vigencia de la póliza.—«El contrato estaba vigente al momento de producirse los daños, y ello es suficiente para obligar a la aseguradora a hacer frente a los mismos dentro de los límites de lo pactado, aunque la denuncia se produzca más tarde (cuando la póliza ya no está vigente), pues ello afecta al

ejercicio del derecho y sus consecuencias, y no a su nacimiento». (STS de 8 de febrero de 2006; no ha lugar.)

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

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

47. Acceso. Edificación en suelo ajeno. Buena fe del tercero.—La STS de 31 de diciembre de 1987 declaró que, cuando el artículo 361 CC prevé que el dueño del terreno en que se edifica de buena fe tiene derecho a

hacer suya la obra, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 CC, o a obligar al que edificó a pagarle el precio del terreno, debe interpretarse en el sentido de que el dueño del terreno no ostenta el dominio de lo edificado hasta que no haga efectiva la indemnización que dicho precepto prevé y, por el contrario, el que edificó de buena fe tiene un derecho de retención previsto en el artículo 453 CC (SSTS de 18 de marzo de 1948 y 17 de diciembre de 1957).

Derecho de retención sólo a favor del poseedor con título.—El consentimiento del propietario del terreno para la realización de las obras de una vivienda nueva, cuando el que costea las obras tiene intención de residir en ella, supone título suficiente para que el que edificó en terreno ajeno disponga del derecho de retención.

Principio *iura novit curia*.—Existe una reiterada doctrina jurisprudencial que en atención al principio *iura novit curia*, en relación con el principio *da mihi factum dabo, tibi ius*, sostiene que el juzgador puede aplicar normas distintas e, incluso, no invocadas por los litigantes siempre que se respete el «componente fáctico esencial de la acción ejercitada» (los hechos alegados por las partes que resulten probados), así como la inalterabilidad de la *causa petendi*; es decir, que no se transforme el problema litigioso en otro distinto del planteado y que no se produzca indefensión. (STS de 9 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—I. V. A. heredó de su madre una finca con una casa que se encontraba en estado de semirruina e inhabitable. En una fecha anterior y próxima al matrimonio de su hijo F. L. V., y con el fin de que éste pudiera contar con una futura vivienda, I. V. A. sintió que su hijo realizara obras en la casa y la reconstruyera. Así, F. L. V. contrató y pagó por su cuenta la ejecución de las obras, que consistieron en la realización de una vivienda nueva en la que residió desde entonces. Con posterioridad a dicha obra, F. L. V. compró la finca colindante y construyó también en ella, de forma que ambas edificaciones se encuentran anexionadas formando una sola. En ningún momento I. V. A. otorgó escritura pública transmitiendo la propiedad de la finca a su hijo. Posteriormente, F. L. V. demandó a I. V. A. interesando la declaración a su favor de la propiedad de la vivienda por habérsela cedido su madre de modo gratuito. Subsidiariamente, solicita que, si se declara la propiedad a favor de la demandada, se condene a ésta a abonar el importe de las obras y mejoras que el demandante efectuó en la finca, al precio actual de mercado.

El juzgado acogió la demanda y su sentencia fue revocada parcialmente en apelación, reconociendo el derecho del demandante, como constructor de buena fe, a retener la cosa en su poder hasta que la demandada ejercite la opción prevista en el artículo 361 CC. Contra esta sentencia, I. V. A. presentó recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo. Entre otros motivos alegaba que la sentencia recurrida concede a la actora el derecho a que se condene a la recurrente a manifestar la opción prevista en el artículo 361 CC cuando en la demanda no se solicitaba. (L. S. M. P.)

48. Acción reivindicatoria. Atribución del uso de una vivienda a un hijo sin cobro de renta. Falta de concreción del título que legitima al hijo para poseer.—Para solucionar las reclamaciones efectuadas por los propietarios, progenitores de uno de los cónyuges, acerca de la reivindicación de los inmuebles que les hubiesen cedido, es necesario examinar, en primer lugar, si existió un contrato entre ellos y aplicar los efectos propios de ese contrato (*vid.* STS de 2 de diciembre de 1992 sobre contrato de comodato). Ahora bien, en el caso de que no hubiera existido relación contractual, la postura de los cesionarios del uso del inmueble es la de un precarista. Esto es así porque, según declara la STS de 31 de diciembre de 1994, «la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sólo proteger el que la familia ya tenía. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial». Tal pronunciamiento está en la línea de lo establecido por la STS de 30 de noviembre de 1964, que declaró que «la cesión del uso y disfrute de una vivienda a un familiar muy allegado, sin señalamiento o exigencia de renta o merced, se entiende siempre que es constitutiva de un simple precario».

Protección de la vivienda familiar poseída en precario.—Según declara el TS, cuando se posee la vivienda familiar sin ningún título que legitime para poseer (en precario), el argumento de la protección de la vivienda ligado al de la familia en caso de crisis matrimonial es aceptable cuando se trata de relaciones entre cónyuges pero no puede afectar a terceros que nada tienen que ver con el matrimonio que se disuelve y que no son parte —porque no pueden serlo— en el procedimiento matrimonial (arg. *ex* sentencia del TC 126/1989, de 12 de julio). De este modo, la sentencia que homologue el convenio de separación o divorcio no altera la titularidad en virtud de la cual los cónyuges ostentaban la posesión del inmueble destinado a vivienda habitual. Si se trataba de un precario, el propietario puede recuperar la vivienda a su voluntad, una vez atribuido el uso a uno de los cónyuges, con exclusión del otro. (STS de 26 de diciembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia del matrimonio de su hijo, J. M. S. cedió a éste y a su esposa, A. A. M. P., la posesión de un piso de su propiedad para que lo utilizaran como vivienda familiar. El matrimonio se separó y el convenio regulador atribuyó el uso de la vivienda conyugal en exclusiva a A. A. M. P. J. M. S. interpuso una acción de desahucio por precario contra A. A. M. P. que fue desestimada. Posteriormente, J. M. S. ejercitó la acción reivindicatoria contra A. A. M. P., con la finalidad de que se declarara su dominio sobre el piso que venía ocupando la demandada y de recuperar la posesión de la vivienda. El Juzgado dictó sentencia estimando la demanda. Dicha sentencia fue revocada por la Audiencia. J. M. S. presentó un recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia.

En su sentencia, el TS declara que J. M. S. tiene la propiedad del piso ocupado por la que fue esposa de su hijo y se cuestiona el derecho que la sentencia recurrida reconoce a A. A. M. P. a seguir poseyendo la vivienda propiedad del recurrente, al considerar que existía un comodato entre los cónyuges y el propietario de la vivien-

da. Finalmente, el TS casa y anula la sentencia recurrida y mantiene la sentencia de Primera Instancia. (L. S. M. P.)

49. Deslinde. Medios de prueba.—Según el TS, los artículos 384 a 387 CC establecen unos principios que —en cuanto sea posible en cada caso concreto— se han de seguir puntual y ordenadamente para el establecimiento inequívoco de la línea divisoria entre dos fincas, cuando la existente haya sido cuestionada. No obstante, para la consecución de tal propósito, rige el principio de libertad de prueba, por lo que no se impone ninguna limitación al tribunal sentenciador en su apreciación (STS de 6 de abril de 1994). (STS de 15 de febrero de 2006; no ha lugar al recurso de C, S. A.; ha lugar al recurso de don J. C. B.)

HECHOS.—En una finca se procedió a derruir, excavar y terraplenar unos ribazos, con el fin de edificar una nave industrial sobre el terreno. La empresa titular de la finca colindante, considerando que, como resultas de dichas actuaciones, se había invadido su finca y se había puesto en riesgo la estabilidad del terreno, interpuso dos demandas: la primera, de deslinde entre ambas fincas, y la segunda, reivindicatoria sobre el terreno usurpado. Entre otros pedimentos, se solicitaba que se condenara a los demandados —la mercantil C, S. A., y los hermanos C. B.— a comprar el terreno usurpado (al precio que se fijara pericialmente) y a construir un muro de separación entre ambas fincas.

La demanda fue estimada parcialmente en primera instancia, al declararse que se había invadido la finca de la demandante, en una superficie de 275 m², y que los lindes de separación entre las fincas se correspondían con los que figuraban en un informe pericial. Por otro lado, se condenaba a los demandados a adquirir el terreno usurpado por una determinada cantidad de dinero y a realizar las obras necesarias de mejora en el talud situado en el linde de ambas fincas. Finalmente, se estimaba en la sentencia la excepción de falta de legitimación pasiva de uno de los hermanos demandados, don J. C. B. Interpuesto recurso de apelación por la demandante y por parte de los demandados (concretamente, por C, S. A., y por don J. C. B.), la Audiencia desestimó los recursos y confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia. Frente a este pronunciamiento, interpusieron sendos recursos de casación los demandados recurrentes en apelación. El TS declaró no haber lugar al recurso en lo relativo al deslinde y a la prescripción de la acción; pero estimó el motivo relativo a las costas impuestas en la instancia a don J. C. B. (A. M. M.)

50. Tercería de dominio. Cauce procesal adecuado para pedir la declaración de nulidad del título esgrimido por el tercerista.—Esta doble posibilidad de alegar la nulidad del título esgrimido (incluso la nulidad por simulación) ya sea, por vía de acción reconvenzional o por vía de excepción la reiteran otras sentencias, entre ellas la del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1997 al comentar que la doctrina de esta Sala es que, en principio, en la tercería de dominio no cabe reconvección, pues no es un proceso ejecutivo

principal; en su caso, cabría reconvencción si se alega por la parte demandada en tercería de dominio, la nulidad del título del tercerista demandante, que también la puede plantear como excepción; la sentencia de 29 de enero de 1992 contempla la alegación de la nulidad del título, hecha valer como simple excepción «ya que entonces no se exige del Tribunal declaración de nulidad alguna... sino simplemente se limita a apreciar la inexistencia de un título válido de dominio en el tercerista»; la de 4 de junio de 1993 declara que la descalificación del título dominical en que se apoya el tercerista, no precisa la reconvencción, sino que puede hacerse como excepción; lo que reitera la de 29 de octubre de 1993 (STS de 20 de julio de 1994)». Presentes en el juicio de tercería quienes fueron parte en el contrato de compraventa cuya nulidad por simulación se postula en reconvencción formulada, la doctrina jurisprudencial expuesta de lugar a la desestimación del motivo.

Aparte de la improcedente cita en un mismo motivo de preceptos heterogéneos que, según reiteradísima doctrina de esta Sala, es bastante para su desestimación, el motivo ha de ser rechazado por no darse las infracciones que en él se denuncian. La Sala *a quo* no ha desconocido la fuerza probatoria de la escritura pública en que se documentó el contrato de compraventa que, como título de dominio, alega el tercerista; la fuerza probatoria que a ella reconoce el artículo 1218 del CC no resulta contradicha por la posibilidad de que el tercero frente a quien se hace valer alegue la nulidad del contrato que solemniza. No infringe el artículo 1911 del CC pues el efecto de la declaración de nulidad es la restitución al estado anterior al contrato declarado nulo, en este caso, el reintegro del bien enajenado al patrimonio del deudor ejecutado. Por último, no cabe que el tercerista recurrente pretenda invocar a su favor la fe pública registral de que no se halla asistido, al no estar inscrito el bien adquirido en el Registro de la Propiedad al tiempo de su adquisición.

La existencia o inexistencia de causa en un contrato es una cuestión de hecho que compete en exclusiva al juzgador de instancia y que sólo puede traerse a casación a través de la denuncia de error de derecho en la valoración de la prueba. Declarada la nulidad por simulación, por falta de causa, del contrato de compraventa en que el tercerista funda su demanda, tal falta de causa sólo puede atacarse destruyendo la presunción a través de la cual el juzgador de instancia la establece; es decir, bien atacando la base fáctica de la misma, alegando error de derecho en la valoración de la prueba con cita de las normas reguladoras de la misma que se considere han sido infringidas, bien atacando el juicio lógico a través del cual se llega a establecer un enlace preciso y directo entre los hechos declarados probados y el que, por medio de esta prueba, se tiene por acreditado, por la misma vía del error de derecho con cita del artículo 1253 del CC. Al no haber seguido esta vía procesal, el motivo se desestima.

La forma instrumental de la *traditio* que recoge el artículo 1462.2 CC no impide que, cuando se alegue la nulidad de la compraventa por simulación, se pruebe que la cosa vendida no ha salido, real y efectivamente, del poder y posesión del vendedor, conclusión a la que llega la Sala de instancia y que, se repite, no es atacada en forma procesalmente correcta. En consecuencia, se desestima el motivo. (STS de 14 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante formuló tercería de dominio contra el Banco P. y V. El Banco demandado se opuso a la demanda y formuló reconvencción solicitando que se declarase la rescisión o anulación por simulación del contrato de compraventa otorgado en

escritura pública entre V y el tercerista. El juez de primera instancia desestimó la demanda y estimó la reconvencción, declarando la nulidad de pleno derecho del contrato de compraventa que esgrimió el tercerista como título de dominio. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo desestimaron los recursos presentados por el tercerista. (*M. C. B.*)

51. Tercería de dominio como incidente procesal en un procedimiento de ejecución hipotecaria: requisitos para su estimación.—La Sala Primera del Tribunal Supremo afirma que, conforme a lo dispuesto en el artículo 132.2.º LH, para estimar la tercería de dominio, es necesario que el tercerista aporte inexcusablemente su título de propiedad sobre la finca objeto del procedimiento de ejecución hipotecaria y que su título de propiedad se haya inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la inscripción del crédito ejecutante.

La escritura pública de permuta equivale a la entrega, salvo que de la misma se deduzca otra cosa.—A juicio de nuestro Alto Tribunal, el otorgamiento de una escritura pública de permuta no equivale a la entrega, si en las estipulaciones de la citada escritura pública se establece un plazo de entrega del local proyectado por la cesionaria, así como una indemnización a cargo de ésta por el incumplimiento del citado plazo de entrega. (**STS de 28 de febrero de 2006**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. y doña L. eran dueños, con carácter ganancial, de un local comercial de 84 metros cuadrados sito en Cuenca. Asimismo, don M. era propietario, con carácter privativo, de otro local de 138 metros cuadrados ubicado en Cuenca.

En octubre de 1992, ambos cónyuges, mediante escritura pública, cedieron y transmitieron a título de permuta las citadas fincas a la entidad A, S. L., a cambio de la entrega en pleno dominio de un local, de aproximadamente 184 metros cuadrados, en el edificio que tenía proyectado construir la citada entidad en el solar que resultara de la demolición de las fincas permutadas.

En febrero de 1993 se inscribe en el Registro de la Propiedad el dominio de los citados locales, por título de cesión, a favor de la entidad A, S. L. Asimismo por agrupación de las dos fincas citadas, más otra distinta, se formó una nueva finca, cuyo dominio pertenece a la entidad A, S. L.

En febrero de 1993, sobre la finca resultante de la agrupación, la entidad A, S. L., constituyó una hipoteca a favor de la entidad bancaria BSCH, S. A., para garantizar un préstamo.

En mayo de 1993 se inscribe en el Registro de la Propiedad la declaración de obra nueva y la división horizontal del edificio.

En la inscripción en el Registro de la Propiedad, como finca independiente, del local comercial ubicado en el edificio de nueva construcción, y cuya propiedad en virtud del contrato de permuta correspondería a los cónyuges don M. y doña L. (el 37,84% como bien ganancial y el 62,16% restante como bien privativo de don M.), consta como carga la hipoteca de la finca matriz constituida por la entidad A, S. L. Ahora bien, en el Registro de la Propiedad no consta ninguna inscripción en la que se haga referencia que este

local pertenece a los cónyuges en virtud de la escritura pública de permuta.

Ante el impago del crédito por la entidad *A, S. L.*, se inicia un procedimiento de ejecución hipotecaria por parte de la entidad bancaria *BSCH, S. A.*, que afecta al mencionado local comercial.

Don M. y doña L. interponen como incidente procesal, en el procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH instado por la entidad de crédito *BSCH, S. A.*, una tercería de dominio contra la citada entidad ejecutante (*BSCH, S. A.*) y la entidad mercantil ejecutada *A, S. L.*, solicitando el alzamiento y cancelación de la hipoteca que grava la finca registral objeto de ejecución, alegando que son dueños, por título de permuta, del local que la entidad mercantil ejecutada hipotecó a favor del banco ejecutante (*BSCH, S. A.*).

La entidad *A, S. L.* se allana a la demanda y la entidad bancaria *BSCH, S. A.*, solicita se desestime la demanda y se declare que no procede el alzamiento de la hipoteca ni declarar la propiedad de los actores sobre la finca.

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

NOTA.—Téngase en cuenta que la Disposición final 9.^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha modificado la redacción del artículo 132.2.º LH y que la presente sentencia hace referencia al tenor literal del citado precepto vigente con anterioridad a dicha reforma.

Asimismo no debe olvidarse que con la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento judicial sumario 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.*)

52. Los muros como elementos comunes.—Según las SSTs de 10 de octubre de 1980, 10 de diciembre de 1984 y 22 de octubre de 1993, de acuerdo con el artículo 396 CC, los «muros» son siempre elementos comunes, tanto si se trata de paredes maestras como si son paredes divisorias o de separación, en cuanto que la función de las segundas es la de delimitar el espacio correspondiente al edificio, marcando su perímetro con relación a otro edificio distinto. Esto significa que, si se pretende demoler un muro para poner en comunicación varios locales de negocio integrados en dos fincas urbanas diferentes, no se trata de una pared de carga, sino de un elemento de cierre y delimitación con la casa vecina por lo que es necesaria la voluntad unánime de los propietarios para su demolición.

Propiedad horizontal. Obras ilegales.—Unas obras que producen efectos dañinos a terceros son *per se* ilegales y, consecuentemente, dichos daños deben ser resarcidos.

Reparación de daños y perjuicios. Reparación *in natura*.—Existe infracción del artículo 1902 CC si se fija una indemnización pecuniaria para

reparar los daños sufridos, cuando el perjudicado ha solicitado para la reparación de los daños y perjuicios una reparación *in natura*.

Reformatio in peius. Incongruencia.—Según el TS, existe incongruencia —es decir inadecuación del fallo a los pedimentos de las partes— cuando la sentencia de primera instancia establece una reparación *in natura* de los elementos declarados comunes, pero no una indemnización de daños y perjuicios, y la sentencia dictada en apelación condena al abono de una indemnización de daños y perjuicios, sin que la parte apelante lo hubiese solicitado, puesto que, lógicamente no va a pedir algo que lo perjudique. Además, la condena a una indemnización de daños es incongruente con la petición de reparación *in natura* (**STS de 16 de febrero de 2006**; ha lugar en parte al recurso de CIS, S. L., y ha lugar al recurso de los hermanos M. M. y F. J. C. M.)

HECHOS.—Los hermanos M. M. C. M. y F. J. C. M. presentaron una demanda contra CIS, S. L., en la que solicitaron que se declarase que las obras realizadas por la demandada —consistentes en la eliminación de parte del entabado de un piso y la techumbre del inferior; la supresión de determinados tabiques de carga, así como la apertura de huecos en paredes maestras— eran ilegales, porque afectaban todas ellas a elementos comunes y habían causado daños en el piso de los demandantes. En consecuencia, pedían que se condenara a la demandada a reponer a su estado anterior los elementos comunes afectados por las obras y a indemnizar a la actora los daños y perjuicios ocasionados por las obras.

El Juzgado dicta sentencia estimando en parte la demanda. Declara que las obras realizadas por la demandada afectan a elementos comunes, son ilegales y causantes de daños en el piso superior, por lo que la condena a la reposición y restauración del piso dañado. Contra esta sentencia, CIS, S. L., interpuso recurso de apelación, que fue estimado parcialmente por la Audiencia en el sentido de revocar la condena a la reposición y restauración del piso dañado por las obras. En su lugar, la Audiencia acuerda condenar a la demandada a abonar la cantidad de 4.995.036 ptas. Contra esta sentencia, ambas partes interpusieron recurso de casación. El TS declaró haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por CIS, S. L., por considerar que la sentencia recurrida en casación incurría en incongruencia, ya que reformaba la sentencia recurrida a peor, sin haberse solicitado —*reformatio in peius*—. Además, estimó totalmente el recurso presentado por M. M. y F. J. C. M. alegando infracción del artículo 1902 CC y 359 LEC. El TS procedió a casar y anular la sentencia recurrida y dictó otra que coincide en su fallo con la dictada por el Juzgado, pero realizando ciertas especificaciones en cuanto a la reparación *in natura*. (L. S. M. P.)

53. Propiedad Horizontal: la impugnación de acuerdos de la Junta de propietarios.—La doctrina científica y jurisprudencial mayoritaria distingue, por un lado, entre los acuerdos que pueden afectar a la propia Ley de Propiedad Horizontal y a los Estatutos. Éstos sólo podrán ser anulados en el plazo de caducidad de treinta días establecido en el artículo 16.4 LPH. Por otro lado, las decisiones que supuestamente infringen otras normas imperati-

vas, podrán considerarse radicalmente nulas, salvo que en las mismas se prevea otro efecto, tal y como se establece en el artículo 6.3 CC. Cuando se trata de la impugnación de acuerdos adoptados por la Junta de Propietarios el régimen de impugnación al que está sometido es el previsto para las posibles infracciones de la Ley o de los Estatutos (en este sentido, entre otras, SSTS de 7 de octubre de 1999 y 7 de marzo, 2 y 5 de mayo de 2002). (**STS de 30 de diciembre de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—En 1996, don F. C. M. demandó a la Comunidad de Propietarios la T. I y II sobre impugnación del acuerdo adoptado en la Junta General ordinaria en agosto de 1986, respecto a la colocación de unos tejadillos en las terrazas de los bajos, solicitando que se declare nulo el acuerdo y que se proceda a la retirada total de la obras y a la demolición de los tejadillos en cuestión.

El Juzgado de Primera Instancia rechaza la demanda y absuelve a los demandados. Se interpone recurso de apelación y la Audiencia lo estima, revoca la sentencia de instancia y declara nulo el acuerdo de la Junta, condenando a la retirada de las obras y a la demolición de los tejadillos. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados, anula la sentencia de la Audiencia y absuelve a los demandados de las pretensiones contra ellos deducidas. (*S. E. M.*)

54. Propiedad Horizontal: la legitimación del Presidente (art. 12 LPH).—La funciones de representación del Presidente de la Comunidad de Propietarios sólo le corresponden a aquel que lo es en el momento de ejercitarse la acción y no al anterior, aunque sus poderes fueran empleados para promover originariamente esta acción. La doctrina jurisprudencial es tajante cuando exige el acuerdo indispensable de la Junta de Propietarios, ratificando la representación procesal de quien fue presidente, para actuar en juicio en defensa de los intereses de la Comunidad (STS de 9 de abril de 1996 y art. 13.5 LPH). Sólo el actual Presidente puede intervenir ante los Tribunales sin la autorización de la Comunidad (art. 13.3 LPH). (**STS de 23 de diciembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios E. J. formula demanda contra don F. F. M., don V. P. D. y don J. Z. P. y las entidades R. T. I., S. L. y A. A., S. L., sobre responsabilidad civil del artículo 1591 CC. Los demandados contestaron la demanda alegando que se estimase la excepción de falta de legitimidad activa de la Comunidad de Propietarios, desestimando la demanda sin entrar en el fondo del asunto.

El Juzgado de Primera Instancia estima la excepción de falta de legitimación activa de la Comunidad de Propietarios y no entra a conocer del fondo de la cuestión litigiosa planteada. Se interpone recurso de apelación y la Audiencia lo desestima y confirma la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (*S. E. M.*)

55. Alternativas procesales para la ejecución de la hipoteca.—El ordenamiento jurídico reconoce al acreedor hipotecario una serie de opciones procesales entre las que puede elegir para ejecutar la hipoteca, basándose su decisión en las circunstancias del caso concreto y en lo que estime más conveniente para la mejor defensa de sus intereses. Estas opciones son: *a)* puede acudir al proceso declarativo ordinario que corresponda conforme a la cuantía; *b)* puede acudir al proceso de ejecución común u ordinario de la LEC, pues dispone de un título ejecutivo; *c)* puede instar el proceso judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH; y *d)* por último, puede acudir al procedimiento ejecutivo extrajudicial, si concurren los presupuestos específicos para ello.

Ejercicio simultáneo de dos procedimientos de ejecución de la hipoteca: abuso de derecho por parte del acreedor hipotecario.—Afirma el Tribunal Supremo que carece de justificación que tras iniciar y agotar la fase declarativa del proceso ejecutivo ordinario, trabando embargo sobre diversas fincas no sólo del deudor hipotecario (incluida la finca hipotecada), sino también de los fiadores, y después de obtener sentencia que ordenaba seguir la ejecución, el acreedor hipotecario no inste la vía de apremio y, sin embargo, inicie un procedimiento sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH. Nuestro Alto Tribunal considera que esta actuación del acreedor hipotecario «representa un ejercicio abusivo del derecho en cuanto significa un uso caprichoso de los cauces procesales que la ley ofrece para la satisfacción del crédito».

Abuso de derecho (art. 7.2 CC): requisitos para su estimación.—Reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo [entre otras, SSTs de 21 de diciembre de 2000, 16 de mayo de 2001, 2 de julio de 2002, 13 de junio de 2003 y 28 de enero de 2005] mantiene que para apreciar la existencia de abuso de derecho es necesario que concurren los siguientes requisitos: *a)* el ejercicio de un derecho externamente legal; *b)* el daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y *c)* la inmoralidad o antisocialidad de ese daño (ejercicio del derecho con la finalidad de dañar, ejercicio del derecho sin verdadero interés en ejercitarlo o ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo). (STS de 25 de enero de 2006; ha lugar.)

HECHOS.—En junio de 1992, la entidad *BBVA, S. A.*, concede a don F. un préstamo por valor de 66 millones de pesetas, con fecha de vencimiento en junio de 1993. Para garantizar la devolución del principal, así como de los intereses, don F. constituye una hipoteca sobre una finca de su propiedad, tasada en la escritura pública en 173 millones de pesetas. Además el préstamo es afianzado por doña M. y la entidad *LP, S. A.* (esta última hasta un límite máximo de 25 millones de pesetas).

La entidad bancaria *BBVA, S. A.*, ante el impago por parte de don F. de las amortizaciones pactadas del préstamo, resuelve anticipadamente el contrato de préstamo e interpone demanda de juicio ejecutivo contra don F., doña M. y la entidad *LP, S. A.*

Como consecuencia de este proceso judicial, en marzo de 1993 se practican las diligencias de requerimiento de pago, embargo y citación de remate, trabándose embargo sobre tres fincas propiedad de la entidad *LP, S. A.*, y sobre dos fincas propiedad de don F. y doña M., además de la finca hipotecada.

En septiembre de 1993, el Juzgado de Primera Instancia ante el que se sigue el juicio ejecutivo instado por la entidad *BBVA, S. A.*, dicta sentencia de remate por la que ordena despachar ejecución por la cantidad de 71.715.498 pesetas, más los intereses que se fueran devengando y costas.

La entidad ejecutante *BBVA, S. A.*, no instó el procedimiento de apremio contra los bienes embargados. Sin embargo, en abril de 1996 interpone una demanda con la finalidad de iniciar un procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, conforme al artículo 131 LH, contra la finca hipotecada por don F., en reclamación de la deuda que el ejecutante cuantifica en la cantidad de 175.037.197 pesetas (66.000.000 de pesetas de principal; 5.396.344 pesetas por intereses; y 103.640.803 de pesetas por intereses de demora).

En mayo de 1996, don F., titular registral de la finca hipotecada, es requerido de pago y en junio de 1996 éste comparece ante el Juzgado de Primera Instancia para denunciar la dualidad de procedimientos de ejecución y solicita que se declare la nulidad de lo actuado.

En julio de 1996, la entidad *BBVA, S. A.*, desiste del juicio ejecutivo y el Juzgado ordena el levantamiento de los embargos y limita la cantidad objeto de ejecución.

En septiembre de 1997, la finca hipotecada es subastada en el marco del proceso de ejecución hipotecaria, siendo adjudicada a la entidad ejecutante por la cantidad de 78.000.000 pesetas.

Don F., doña M. y la entidad *LP, S. A.*, interponen demanda contra la entidad bancaria *BBVA, S. A.*, solicitando se dicte sentencia por la que se declare: *a)* la nulidad del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria instado por *BBVA, S. A.*, contra la finca hipotecada cuya titularidad ostenta don F.; y *b)* la obligación de la entidad *BBVA, S. A.*, de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes como consecuencia de haber seguido contra ellos, para la reclamación de un crédito hipotecario, dos procedimientos judiciales sucesivos, cuya cuantía se determinará en el período de ejecución de la sentencia.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y condena a la entidad demandada a pagar una indemnización de daños y perjuicios de 15 millones de pesetas. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y desestima la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación, casa y anula la sentencia recurrida y resuelve en el mismo sentido que la sentencia de primera instancia.

NOTA.—Téngase en cuenta que con la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento judicial sumario 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.

Por otra parte, aunque en los Fundamentos de Derecho de la sentencia se hace alusión a que la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de mayo de 1998 ha declarado la inconstitucionalidad sobrevenida del procedimiento de ejecución hipoteca-

ria extrajudicial regulado en el artículo 129 LH y en los artículos 234 a 236 RH, no debe olvidarse que la Disposición Final 9.^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha modificado la redacción del artículo 129 LH estableciendo, entre otras cosas, que «en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del CC, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de Notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario». (M. J. P. G.)

56. Procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria (art. 131 LH): validez de las notificaciones practicadas en el domicilio que consta en el Registro de la Propiedad.—La Sala Primera del Tribunal Supremo afirma que conforme a lo dispuesto en el artículo 130 LH y en la regla 3.^a del apartado 3.^o del artículo 131 LH los requerimientos hay que practicarlos «en el domicilio que resulte vigente en el Registro» y si no se encontrare a nadie en el inmueble, al vecino más próximo que fuere hallado.

Por tanto, aunque el inmueble hipotecado no sea el domicilio real del deudor, son válidas las notificaciones y requerimientos que se realizan al deudor hipotecario en la propia vivienda hipotecada, cuando este es el domicilio que consta en el Registro a efectos de notificaciones y que no hallándose en ella, es conforme a la Ley que los requerimientos se entreguen a un vecino.

Asimismo, nuestro Alto Tribunal niega que la conducta del acreedor hipotecario sea abusiva o contraria a la buena fe por el hecho de realizar las notificaciones en el inmueble hipotecado, cuando conoce que el domicilio real y efectivo del deudor hipotecario radica en otra localidad. (STS de 17 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—En diciembre de 1989, don G. adquiere mediante escritura pública la finca litigiosa situada en la isla de Fuerteventura y en la misma escritura pública se subroga en el préstamo hipotecario que la entidad CP había concedido al vendedor y que gravaba el citado inmueble.

En la escritura pública de compraventa del inmueble, el comprador indica los datos de su domicilio en la isla de Gran Canaria. Por otra parte, en la escritura pública de constitución de la hipoteca que grava el inmueble a favor de la entidad CP, en la que se subroga el comprador, se fija como domicilio a efectos de notificaciones la finca hipotecada en la isla de Fuerteventura. Este pacto no se modificó y, por tanto, el comprador que se subroga en la hipoteca, como deudor hipotecario, se subroga en las condiciones establecidas.

Ante el impago de algunas cuotas del préstamo hipotecario, la entidad CP insta un procedimiento de ejecución sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH.

Está acreditado mediante acta notarial que se ha cumplido el requisito previo del requerimiento de pago al deudor y que todas las notificaciones del procedimiento de ejecución se han producido en la isla de Fuerteventura (ante la ausencia del deudor hipotecario de la finca hipotecada, las notificaciones se han entregado a los vecinos más cercanos).

Asimismo, resulta acreditado que con anterioridad al inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria, la entidad *CP* envió al domicilio de don G., en la isla de Gran Canaria, diversos extractos de movimientos, cartas y telegramas advirtiéndole del impago del crédito hipotecario.

El inmueble hipotecado, en la tercera subasta, es adjudicado a don P. en calidad de ceder el remate a tercero. La cesión, aprobada mediante Auto judicial, se realizó a favor de los cónyuges don J. y doña J. M., por la cantidad de 3 millones de pesetas y éstos constituyen sobre el inmueble una hipoteca a favor de la entidad *CIAC*.

Don G. considera que se han producido determinadas irregularidades en la notificación de los requerimientos derivados del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria e interpone una demanda contra la entidad *CP*, don J., doña J. M., don P. y la entidad *CIAC*, solicitando, entre otras cosas: *a*) la nulidad de todas las actuaciones del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH instado por la entidad *CP*, incluidas la subasta, el remate y la adjudicación de los bienes; *b*) la cancelación de las inscripciones registrales que se hayan practicado; *c*) que se declare que el dominio de la finca litigiosa pertenece al demandante; *d*) que se reponga al actor en la pacífica posesión de la finca; y *e*) subsidiariamente, para el caso de que se considere que la entidad *CIAC*, es un tercero de buena fe protegido por el artículo 34 LH, y, por tanto, no sea posible reponer al demandante en el dominio y posesión de la finca litigiosa, se condene al resto de codemandados o exclusivamente a la entidad *CP*, a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que con la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento judicial sumario 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.*)

DERECHO DE FAMILIA

57. El cónyuge del comerciante que no se opuso al ejercicio del comercio por parte de éste carece de legitimación activa para interponer la tercería de dominio ante el embargo de bienes gananciales por un tercero.—De acuerdo con el artículo 1365.2. CC, los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge «en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes. Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el CCO», cuyo artículo 6 establece que si se trata de personas casadas, para que los bienes comunes del matrimonio puedan que-

dar obligados es preciso el consentimiento de ambos cónyuges, que se presume otorgado, a tenor del artículo 7, cuando se ejerce actividad comercial con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo, habiendo declarado la jurisprudencia que, conforme a la normativa mercantil, los bienes gananciales quedan sujetos a la actividad de comercio consentida y conocida que lleva a cabo uno de los esposos (sentencias de 6 de junio de 1994, 10 de noviembre de 1995 y 30 de diciembre de 1999). Es claro que en el presente caso, el esposo ejercía el Comercio, si bien a través de «Comercial Picar, S. L.», con conocimiento y consentimiento de la tercerista, participe en la sociedad, por lo que carece, también desde este punto de vista, de legitimación para interponer tercería de dominio sobre bienes gananciales, subsistente la sociedad conyugal. (STS de 16 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante formuló tercería de dominio contra la Seguridad Social y una sociedad embargada pretendiendo que se levantara el embargo practicado sobre esta última, por recaer sobre bienes gananciales. El juez de primera instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo desestimaron los correspondientes recursos. (M. C. B.)

58. Separación de hecho: no cabe pactar la disolución del régimen económico sin acogerse a otro.—El problema planteado es si los cónyuges pueden pactar la simple disolución del régimen durante la separación de hecho, sin que aquéllos se acojan a otro régimen, debe resolverse en sentido negativo porque el artículo 1392 CC establece las causas de disolución de pleno derecho del régimen de gananciales y entre ellas no se encuentra la separación de hecho: el artículo 1393 prevé esta posibilidad cuando los cónyuges lleven separados más de un año por acuerdo mutuo o por abandono de hogar, pero en este caso la terminación del régimen se produce por decisión judicial a petición de uno de los cónyuges, supuesto que aquí no se produjo. La misma regla, aún más restrictiva, aparecía en el derogado artículo 1417 CC, vigente en el momento en que se redactó el documento privado cuya validez y efectividad ahora se cuestiona. A partir de la Ley de 2 de mayo de 1975 fue posible pactar la disolución del régimen de gananciales durante el matrimonio, pero siempre en la forma prevenida en este Código (art. 1315).

Pactos privados complementarios.—Este TS en sentencias de 22 de abril de 1997, 21 de diciembre de 1998 y 15 de febrero de 2002, ha admitido la validez de pactos que constan en documentos privados complementarios del convenio regulador, pero aquéllas no se refieren a la disolución y liquidación del régimen de bienes. Por lo tanto, no hay precedentes en nuestra jurisprudencia que avalen la decisión de la sentencia apelada, que admitió la disolución voluntaria del régimen de gananciales por existir separación de hecho. La autonomía privada de los cónyuges en los contratos entre cónyuges que podemos calificar de atípicos, debe cumplir lo dispuesto en el artículo 1261, y no debe traspasar los límites del artículo 1255. En el presente caso, el documento privado hacía referencia a la necesidad de otorgar la correspondiente escritura pública en el plazo de un mes, exigencia que no se cumplió; once años más tarde se tramita el divorcio y no se invoca dicho documento privado, ni en la demanda, ni en la contestación, por lo cual el Juez no decidió nada en relación con los bienes; veintiún años más tarde al presentarse la

demanda base de este recurso, la ex esposa aún cobraba rentas de un local que según el documento privado pertenecía al marido, lo que demuestra que la pretendida liquidación no se había efectuado en la realidad (STS de 3 de febrero de 2006; ha lugar.) (G. G. C.)

59. Separación matrimonial: convenio regulado. Uso de la vivienda familiar: extinción. Acción de división.—El derecho de uso de la vivienda familiar regulado en el artículo 96 CC se caracteriza por su provisionalidad y temporalidad; en el presente caso, ni en el convenio regulador de la separación matrimonial, ni en la sentencia que la decretó, se fijó ningún límite temporal del derecho de uso al amparo del artículo 96.3 CC en razón a existir dos hijas del matrimonio menores de edad, cuya guarda y custodia se encomendaba a la madre. En consecuencia, el derecho de uso reconocido lo era con el límite temporal de la adquisición de la mayoría de edad de la menor de las hijas del matrimonio, la nacida en 20 de junio de 1984, y así lo reconocen los demandados-reconvinientes al solicitar en el suplico de su demanda reconvenzional que se realizase la subasta, caso de que ésta se acordase, una vez cumplida la mayoría de edad de las hijas menores del matrimonio. Al día de hoy, tal mayoría de edad ya ha sido alcanzada por ambas hijas del matrimonio por lo que el derecho de uso de la vivienda, reconocido a la esposa en razón a su minoridad, ha quedado extinguido, por lo que sería contrario a las más elementales reglas de la lógica hacer recaer sobre los posibles adquirentes y sobre los copropietarios no obligados a prestar esa obligación en que consiste el derecho de uso, las consecuencias de un derecho ya extinguido; la limitación temporal a la celebración de la subasta que solicitaban los aquí recurrentes carece ya de sentido al haber desaparecido el supuesto de hecho —la persistencia de la menor edad de las hijas del matrimonio— en que se fundaba esa petición. (STS de 10 de febrero de 2006; no ha lugar.)

NOTA.—El ¿crónico? retraso de la Sala Primera TS en la resolución de los recursos de casación, sobre todo en materia familiar, origina, con alguna frecuencia que la sentencia firme carezca de utilidad en su ejecución (el sujeto pasivo del derecho de visita ha alcanzado la mayoría, y decide libremente sus preferencias afectivas; el presunto padre que reclama la paternidad, o contra el cual se solicita, fallece por motivos de edad y la patria potestad reclamada o impugnada dejan de existir; en el presente caso, concedido a la madre el uso de la vivienda familiar en atención a ostentar la guarda de dos hijas comunes de 11 y 12 años, alcanzan éstas la mayoría antes de resolver el recurso de casación. Aquí se trata de que la propiedad de la vivienda familiar pertenece al marido y a dos hermanos suyos que ejercitan la *actio communi dividundo*; ocurre que el marido ha cedido su tercera parte a su esposa separada, y ambos cónyuges litigan conjuntamente (pero los actores desisten de la acción ejercitada contra el hermano). El tema a decidir es si los copropietarios, en esta hipótesis, pueden solicitar la venta en pública subasta conservándose o no el derecho de uso otorgado a la esposa. Pasado un decenio de entablada la demanda la Sala Primera decide que nada hay que resolver porque al tiempo de fallar la casación, la menor de las hijas ha alcanzado la mayoría. Algo no funciona en nuestra administración de justicia.

El Juzgado de Primera Instancia (1996) había estimado, como no podía ser menos, la acción de división, pero transponiendo al momento de la mayoría la venta en pública subasta, de proceder efectuarla; la AP (1999) entiende en cambio que los eventuales terceros adquirentes no se verán afectados por el derecho de uso familiar: el TS (2006) decide que por el tiempo transcurrido ha dejado de existir el derecho de uso y no resuelve la duda. Implícitamente parece darse a entender que mientras el menor de los hijos beneficiarios no alcance la mayoría el derecho de uso afectaría a los terceros adquirentes. En todo caso, el retraso ha favorecido claramente a la titular del derecho de uso, aplicándose el viejo adagio medieval: *melior est conditio possidentis*. (G. G. C.)

60. Acción de reclamación de filiación extramatrimonial. El principio de libre investigación de la paternidad y la prevalencia de la verdad biológica suplen la necesidad de aportar con la demanda de paternidad un «principio de prueba» ex artículo 127 CC, cuando del resultado de las instancias resulta haber pruebas suficientes.—El artículo 127 disponía que con la demanda se había de presentar un «principio de prueba», para evitar pleitos que afectasen a la intimidad de las familias, pero reconocida ya constitucionalmente la libre investigación de la paternidad y declarado por esta Sala que debe prevalecer la verdad biológica, consideramos aquí que el requisito se cumplió, máxime cuando las sentencias de instancia y de apelación, fallan a favor de la reclamación de paternidad, lo que quiere decir que había pruebas suficientes, y sin que en modo alguno la recurrente pueda hablar de indefensión cuando tuvo a su alcance todos los medios que el derecho le proporciona para oponerse a la demanda.

Pese a la letra de los artículos 133 y 134 CC, el padre biológico tiene legitimación para reclamar la filiación no matrimonial aunque falte la posesión de estado.—El padre biológico tiene legitimación para reclamar la filiación no matrimonial aunque falte la posesión de estado, y frente a una mera versión literalista de los artículos 133 y 134 CC, que taxativamente cierra la posibilidad de ejercicio de la acción de filiación matrimonial cuando falte la respectiva posesión de estado, en cuyo caso, exclusivamente, correspondería al hijo durante toda su vida, la jurisprudencia ha optado por una interpretación flexible, que resulta más acomodada a los principios y la filosofía de la institución de la filiación, y así, toda vez que el artículo 134 legitima, en todo caso, al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, también está habilitado para que pueda ejercitar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial (STS de 23 de marzo de 2002).

La negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad no es una *ficta confessio*, sino un indicio más que ha de valorarse conjuntamente con las demás pruebas.—Como ha declarado la STS de 11 de marzo de 2003, «la negativa a someterse a la prueba biológica no es una *ficta confessio* que implique *per se* la declaración de paternidad, sino que, unida a otras pruebas, a otros indicios o, en definitiva y en todo caso, a un juicio de verosimilitud de los hechos alegados, da lugar a la declaración de paternidad. Es decir, el demandado (en este caso, la demandada) no puede impedir, con su simple obstrucción, la práctica de la prueba decisiva y, si lo hace, debe cargar con las consecuencias. Someterse a la prueba biológica no es un deber pero sí una carga; en otras palabras, el demandado puede practicar la prueba

y probar que no es el padre desestimándose así la demanda y si se niega a practicarla, no puede cargar a la parte demandante las consecuencias de su negativa (Cfr. STC 1.^a, número 7/1994, de 17 de enero, y STS de 3 de noviembre de 2001)», cuya posición jurisprudencial es de aplicación para el decaimiento del motivo. (STS de 2 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandando inició un procedimiento declarativo sobre reclamación de filiación extramatrimonial demandando a la madre de la niña N. El juez de primera instancia estimó íntegramente la demanda declarando que el actor era padre extramatrimonial de N. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo desestimaron los recursos interpuestos por la demandada. (M. C. B.)

DERECHO DE SUCESIONES

61. Interpretación de la voluntad del testador: los legados de cosa propia.—Los legados de cosa propia dispuestos por el testador a favor de los legatarios, quedarán revocados si, posteriormente, el testador les dona a éstos las cosas legadas. Según el TS, en estos supuestos no puede interpretarse que la donación es un pago anticipado del propio legado, ya que el causante no debe nada al legatario. Además, en el artículo 869 CC se determinan los casos en los que el legado queda sin efecto, y en el apartado segundo se señala la enajenación por el testador de la cosa por cualquier título o causa, puesto que esto implica un cambio de voluntad. Luego, si la cosa propia objeto de un legado se dona a los futuros legatarios, aunque no haya una revocación testamentaria expresa del legado, habrá que interpretar que la voluntad del testador fue la de no esperar a su fallecimiento para que los sujetos se hagan propietarios (art. 882 CC), y, con ello, conseguir que lo sean desde el momento de la donación. (STS de 10 de enero de 2006; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. y doña S. G. S. interponen demanda contra el resto de coherederos de la herencia de su padre. Se solicita que se revoquen los distintos legados de cosa específica dispuestos por el causante en un testamento notarial, otorgado a favor de sus hijos, puesto que con posterioridad al mismo las cosas legadas habían sido donadas.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y declara haber lugar a la partición hereditaria interesada. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación, revoca la sentencia en el punto referente a alguno de los legados, entendiendo que no se habían revocado y que la donación equivalía a un anticipo de los mismos. Los demandantes interponen recurso de casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo. (S. E. M.)

62. La interpretación de las disposiciones testamentarias: disposiciones contenidas en capítulos matrimoniales.—La interpretación literal de los términos de las disposiciones *mortis causa* resulta a veces insuficiente,

siendo imprescindible ver la lógica de su conjunto para poder interpretar la voluntad real del testador (entre otras, SSTs de 9 de junio de 1962, 23 de septiembre de 1971, 18 de julio de 1991, 18 de julio de 1998, 23 de febrero de 2002 y 18 de julio de 2005). Por ello, el hecho de que un testador enuncie la atribución de una finca a través de un artículo determinado singular («la»), dificulta una interpretación que sostenga el carácter indeterminado de la finca, pero el empleo del singular no impide que, en realidad, se trate de varias fincas registrales, si se prueba que el causante tenía una representación de todas estas fincas como un único conjunto patrimonial. A su vez, el hecho de que las disposiciones testamentarias se contengan en capitulaciones matrimoniales autoriza a investigar la voluntad del disponente en armonía con el conjunto de disposiciones de ambos cónyuges.

Legado de cosa mueble no determinada y legado de cosa genérica: régimen en el CC y en el Código de Sucesiones de Cataluña.—Cuando nos encontramos ante un legado de cosa mueble no determinada, en la terminología usada en el CC o ante un legado de cosa genérica, según el Código de Sucesiones de Cataluña, se considera que el que ha de efectuar la elección es el heredero (CC) y la persona gravada (Código de Sucesiones de Cataluña). (STS de 20 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El 18 de febrero de 1927, en escritura de capítulos matrimoniales, don R. P. y doña C. F. establecen un heredamiento preventivo a favor de los hijos varones sucesivamente por primogenitura y, en defecto de éstos, a favor de sus hijas también sucesivamente por primogenitura. Del matrimonio nacen dos hijas, doña R. y doña C. En 1951, con ocasión del matrimonio de doña R., se otorgan nuevos capítulos matrimoniales en los que a doña C. se le asigna «la finca de propiedad de la madre sita en Ivorra». En 1981, la madre fallece sin otorgar ninguna otra disposición testamentaria. En 1995, el padre fallece, si bien había otorgado en 1991 otro testamento coincidente con las capitulaciones. En 1995, doña C. arrienda las fincas de la madre en Ivorra no inscritas. En 1997, doña R. inmatricula una de las fincas, y firma escritura de aceptación de herencia de la madre. En 1997, doña R. vende a un matrimonio todas las fincas en Ivorra. Doña C. demanda a su hermana.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y declara la validez de la escritura de aceptación de la herencia materna, sin que ésta deba restituir, ni la finca, ni ninguna cantidad a la actora y, a su vez, declara la validez de la inmatriculación de la finca. La actora interpone recurso de apelación y la Audiencia lo estima parcialmente, condenando a la demandada a que haga entrega de la finca a la actora y que pague a la misma el valor que en la fecha de aceptación de la herencia tuvieran el resto de fincas en Ivorra. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.— Sobre la interpretación de la voluntad del testador, *vid.* la reciente y completa monografía de Esther GÓMEZ CALLE [*El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, ed. Thomson-Civitas, monografías, Cizur Menor (Navarra), 2007, 422 pp.]. (S. E. M.)

63. La sucesión *mortis causa* de las Administraciones de Lotería: aplicación de la regulación administrativa.—La doctrina del TS sobre la transmisión *mortis causa* de las Administraciones de Lotería, puede resumirse en que éstas no forman parte de la herencia, ya que su transmisión se rige por normas administrativas específicas (RD de 11 de junio de 1985, de transmisión de la titularidad de Administraciones de Lotería). Según esta regulación, estas Administraciones no son transmisibles *inter vivos*, ni *mortis causa*, ya que su titular sólo tiene la facultad de proponer un nuevo titular dentro de un círculo limitado de personas, que nada tienen que ver con el hecho de la sucesión. Estas Administraciones se configuran como titularidades que se extinguen o bien con la muerte del titular, cuando éste no designa a otra persona o no se lo comunica al Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado (ONLAE); o bien cuando la persona designada por el anterior titular no reúne los requisitos administrativos preceptivos (art. 14 del citado R.D.). Por otra parte, el Tribunal también destaca que, en virtud del artículo 659 CC, los derechos que se extinguen con la muerte de la persona no se incluyen en la herencia. Puesto que el titular de la Administración sólo tiene la facultad de proponer a un nuevo titular, no a un sucesor; y no necesariamente ha de hacerlo en su testamento, sino que puede emplear cualquier documento público, esta transmisión no forma parte de la herencia. El nombramiento del nuevo titular sigue un procedimiento administrativo que concluye con la decisión del ONLAE, ya que, en ningún caso, la decisión final depende de la voluntad del titular fallecido. (STS de 2 de enero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña J. L. S. explotaba una Administración de Loterías desde 1961. Al año siguiente el Ministerio le concedió la titularidad. En 1985, doña J. declara ante Notario que a todos los efectos administrativos designa a su hijo don J. S. C. L. como nuevo titular de la Administración en caso de fallecimiento, comunicando la designación al ONLAE. Tras el fallecimiento, el mencionado hijo obtuvo la titularidad de la Administración de Loterías. Doña J. había otorgado testamento ológrafo en 1990, donde dejaba la legítima estricta a don J. S. C. L. y el resto de sus bienes y derechos a sus hijos don L., don J. M. y don J. C. L. Estos últimos demandan a su hermano don J. S. C. L., interponiendo una acción de petición y división de herencia.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda determinando los bienes que componían el caudal relicto, al igual que la Audiencia Provincial, si bien en ambas sentencias se concluye que el negocio de loterías y los rendimientos del mismo —desde el fallecimiento de la causante, hasta la partición— no forman parte del haber hereditario. Los demandantes interponen recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. (S. E. M.)

64. La partición hereditaria de herencias sucesivas: integración de los bienes sin adjudicación diferenciada y sin previa liquidación de la sociedad conyugal. Nulidad del cuaderno particional.—Según la jurisprudencia del TS (STS de 2 de noviembre de 2005), cuando se trata de la partición hereditaria de bienes que proceden de herencias distintas, máxime cuan-

do a raíz de alguna de ellas debe realizarse una liquidación de la sociedad conyugal, es necesario proceder separadamente a la práctica de dicha liquidación y, posteriormente, a la realización de un reparto por separado de cada una de las herencias sucesivas. Con ello, se garantiza la correcta realización de la partición y se evita que se altere la secuencia sucesoria y se vulnere el principio de equidad en su correcta formación. Un cuaderno particional que integre esos bienes sin adjudicaciones diferenciadas y sin la previa liquidación de la sociedad conyugal deberá ser declarado nulo.

El momento de la valoración de los bienes en la partición hereditaria.—En virtud de reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 21 de abril de 1966, 7 de enero de 1991, 25 de noviembre de 2004 y 21 de octubre de 2005), la valoración de los bienes sometidos a la operación particional debe referirse al momento de la liquidación, tal y como puede inferirse de los artículos 847, 1045.1.º y 1074 CC. La jurisprudencia mayoritaria considera causa de nulidad de la partición aquellos supuestos en los que el criterio de valoración empleado produce una alteración del criterio de la equitativa distribución de la herencia.

La colación de las donaciones inoficiosas.—Las donaciones efectuadas por el testador deben ser traídas a la partición para computar su valor y determinar si son inoficiosas, con el fin de reducir las si es preciso (entre otras, SSTS de 21 de abril de 1997 y 11 de octubre de 2005). El ejercicio de la facultad del testador de excluir las donaciones del cómputo de la porción hereditaria asignada en el testamento (dispensa de colación), no dispensa del deber de respeto a la legítima estricta, aun cuando las donaciones no tengan en principio el carácter colacionable. (STS de 14 de diciembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. L. D. demanda a doña V. D. como contadora-partidora en la herencia de sus padres y a sus hermanos doña E. y don R. Solicita la declaración de nulidad de las operaciones particionales de las que se habían beneficiado sus hermanos; también solicita que se declare que existía un cálculo defectuosos del tercio de mejora, que el reparto de la herencia se había realizado como si sólo existiese un causante, cuando en primer lugar habría que haber repartido la herencia de la madre y luego la del padre y, finalmente, que existían donaciones que debían ser traídas a la masa hereditaria.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Esta sentencia es posteriormente confirmada por la Audiencia Provincial. En ambas sentencias, se considera que la valoración del albaacea es correcta, no se advierte la razón para obligar a realizar de forma separada la partición y, se afirma que no procede la colación de los bienes por haberse excluido ésta por ambos testadores. La demandante interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo estima, declarando la nulidad de la partición hereditaria realizada y la procedencia de la realización de otro cuaderno particional en ejecución de sentencia. (S. E. M.)

DERECHO MERCANTIL

65. Indemnización a consecuencia de actos de competencia desleal. Identificación del lucro cesante con la pérdida de clientela.—Como expresa la doctrina, frente a la tangibilidad y fácil prueba del daño emergente, el lucro cesante presenta un alto grado de indeterminación, con lo cual se plantea la búsqueda de un criterio válido para dilucidar cuándo nos encontramos ante una hipótesis de lucro cesante, de ganancia verdaderamente frustrada, y cuándo estaremos ante una mera esperanza imaginaria, dudosa y contingente. La ganancia frustrada debe determinarse mediante un juicio de probabilidad, teniendo en cuenta lo que lógicamente fuera de esperar según el curso normal de las cosas y las circunstancias del caso concreto (STS de 21 de noviembre de 1977). En el presente supuesto el criterio razonable para la fijación de lucro cesante, para la fijación de las expectativas de ganancia, es la propia valoración de la pérdida de la clientela, pues ésta constituía la circunstancia decisiva para la obtención del lucro. (STS de 19 de enero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—Una sociedad mercantil demandó a varias personas ejercitando una acción de declaración de competencia desleal, solicitando una indemnización de daños y perjuicios y la publicación de la sentencia declarativa de la deslealtad del acto. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por los demandados y dejó sin efecto la indemnización por el concepto de lucro cesante. Interpuesto recurso de casación por ambas partes, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los mismos. (L. F. R. S.)

66. Contrato de agencia. Aplicabilidad de la indemnización por aportación de clientela al negocio de venta de coches nuevos.—La aplicabilidad de la indemnización por clientela del artículo 28 LCA al negocio de venta de coches nuevos se halla reconocida por la doctrina jurisprudencial. Dice la STS de 19 de noviembre de 2003 que «no empece que en los casos de concesionarios o distribuidores de automóviles, o de otros objetos de gran duración, los pedidos sean distantes en el tiempo, pues no por ello deja de existir la fidelización de los clientes a aquéllos, mantenidas por las compras de esos productos con los habituales intervalos, según su propia naturaleza y las posibilidades económicas del adquirente». Y declara la de 30 de abril de 2004 que «la sentencia recurrida no concedió la indemnización de referencia (por aportación de clientela) en base al argumento, que se presenta como decisivo y relevante, de que, tratándose de negocio de venta de coches nuevos, no se probó ni cabía deducir razonablemente que las relaciones comerciales creadas por el agente habían de perdurar en el futuro y por ello tenían que ser susceptibles como tales de producir ventajas sustanciales e importantes para el empresario... Esta conclusión decisoria no la aceptamos [dice la sentencia que se transcribe], ya que va más allá de las previsiones contenidas en el artículo 28.1º de la Ley de Contrato de Agencia que utiliza el término “puede” al imponer un plus de prueba muy dificultosa en cuanto a la demostración de que tenía que darse la concurrencia plena de beneficios futuros

asegurados, dejando de lado que en el mantenimiento y aprovechamiento de la clientela lograda es factor importante la actividad comercial de quien sustituya al agente cesado, y también ha de tenerse en cuenta que los clientes cuando adquieran un vehículo puede ser de marca distinta de la que distribuye la concesionaria».

La actividad de asistencia post-venta también es idónea para crear una clientela de la marca.—Si la venta de vehículos nuevos es una actividad comercial idónea para crear una clientela de la marca—creación o incremento de la que es revelador la implantación y desarrollo en el mercado del parque automovilístico de la marca— que pueda servir de fundamento a una indemnización del artículo 28 LCA, con tanta más razón ello es aplicable a la actividad de revisiones, recambios, accesorios y asistencia en general en relación con los vehículos de dicha marca, pues es lógico, según la realidad de las cosas, que los titulares de vehículos acudan a revisar y repararlos a talleres y agencias oficiales, precisamente por estar especializadas y conocer mejor sus problemáticas técnicas, constituyendo esta actividad de asistencia post-venta—calidad, atención, trato, etc.— una circunstancia de primer orden para mantener el cliente en lo sucesivo, e incluso la imagen y consiguiente difusión de la marca.

Fundamento de la indemnización por clientela.—Esta Sala tiene declarado que la clientela supone una realidad económica que debe resarcirse por quien se aproveche de su aporte (SSTS de 26 de julio de 2000, 3 de mayo de 2002), y se integra por lo aportado y dejado en la esfera de desenvolvimiento del concesionario o agente que va seguida de un disfrute por parte del empresario con la consiguiente pérdida que su desaparición supone para el agente o distribuidor (SSTS de 30 de octubre de 2000, 16 y 23 de diciembre de 2002); y si bien la indemnización o resarcimiento no procede automáticamente por el simple hecho de la extinción del contrato, sino que precisa de la acreditación del incremento de los compradores o usuarios habituales (STS de 19 de noviembre de 2003), sin embargo, consiste en una apreciación meramente potencial (STS de 21 de noviembre de 2005), es decir, la susceptibilidad de continuar el empresario disfrutando de la clientela con aprovechamiento económico, porque se trata simplemente de un pronóstico razonable acerca de un comportamiento que no deja de ser probable por parte de dicha clientela (SSTS de 7 de abril de 2003, 30 de abril y 13 de octubre de 2004 y de 23 de junio de 2005).

Independencia de los contratos de concesión y agencia.—Los contratos de concesión o distribución entre la entidad fabricante R y de agencia entre D y los actores, que actuaban como comunidad de bienes con la denominación A, constituyen dos vínculos contractuales autónomos, sin que de la relación indirecta derivada del hecho de que los actores sean distribuidores de la marca de la entidad R quepa extraer la consecuencia de que la entidad titular de la misma debe responder por las consecuencias dimanantes de la extinción del contrato de agencia. No hay por consiguiente interdependencia ni accesoriedad, y es plenamente aplicable la estipulación contractual con arreglo a la que «la Compañía R no interviene en el contrato más que para dar su aprobación al nombramiento del agente por el concesionario, y por tanto no asume ninguna responsabilidad en cuanto a las restantes cláusulas del contrato, en especial aquellas que se refieren a las condiciones de resolución del mismo».

Requisitos para que proceda la indemnización regulada en el artículo 29 de la Ley de Contrato de Agencia.—Para la aplicación del artículo 29

LCA es preciso que concurren los requisitos siguientes: 1) Se trate de un contrato de agencia de duración indefinida; 2) Se denuncie unilateralmente por el empresario, salvo que sea por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del agente –art. 30.º–; 3) Existan gastos de inversión o adecuación pendientes de amortización por el agente, los que deben demostrarse cumplidamente (STS de 30 de abril de 2004); 4) Que los gastos se hayan realizado en virtud de instrucciones del empresario; aunque dichos gastos deben entenderse –según STS de 19 de noviembre de 2003– «no sólo cuando existan órdenes expresas en ese sentido, sino también si la inversión fue para desarrollar convenientemente el encargo conferido»; y, 5) Que la extinción anticipada no permite la amortización. (STS de 9 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.–Los demandantes interpusieron una acción para solicitar diversas indemnizaciones derivadas de la denuncia unilateral de un contrato de agencia y otros pronunciamientos complementarios demandando al concesionario representado y al concedente, que era fabricante de automóviles. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por el concesionario acogiendo la excepción de falta de legitimación pasiva. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (*L. F. R. S.*)

67. Sociedad cooperativa de crédito. La renuncia al cargo de presidente es un acto unilateral.–La legislación sobre cooperativas (art. 57.2 de la Ley 3/1987) y los estatutos de la demandada (artículo 47) exigen la aceptación de la renuncia de los consejeros por el consejo rector o la asamblea como un requisito necesario, no inútil o prescindible, tanto más si el desempeño de los cargos es obligatorio para el socio, salvo justa causa de excusa (arts. 34.2.f de la Ley 3/1987 y 47 de los estatutos).

Sin embargo, esa exigencia de aceptación no convierte la renuncia en un acto de estructura bilateral, que se perfeccione con el consentimiento de cooperativa y renunciante. Antes bien, dicha aceptación consiste en un requisito preciso para que el cese, perfeccionado con la emisión de la declaración unilateral, sea regular, esto es, para que produzca sus efectos liberatorios propios y no, por el contrario, la responsabilidad patrimonial del dimisionario.

Es preciso, por ello, no tanto una declaración de voluntad emitida por el órgano competente de la cooperativa (expresa o tácitamente), al modo de la aceptación del destinatario de una oferta, característica de los negocios jurídicos bilaterales, cuanto que el órgano competente de la sociedad, con conocimiento de la renuncia, no le oponga objeción alguna, o lo que es lo mismo, no ejercite la facultad de limitarla con justa causa.

Esto último es lo que aconteció en el caso que se enjuicia. Como se expuso al principio, el presidente comunicó a la asamblea que dimitía y que seguiría al frente del consejo rector sólo hasta el cumplimiento de la previsión de un artículo estatutario (el 44, relativo a la composición de dicho órgano y nombramiento de los nuevos consejeros). Los demandantes vincularon las renunciaciones de cada uno a la del presidente. Y el órgano destinatario de tales declaraciones conoció el contenido de las mismas sin formular objeción.

En conclusión, se perfeccionaron y ganaron eficacia en tal asamblea las dimisiones. No era, por lo tanto, el presidente dimitido quien debía convocar

el consejo rector a que se refiere la demanda. Y los consejeros demandantes, precisamente por su renuncia, no debían ser convocados. (STS de 27 de febrero de 2006; ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes demandaron a la Caja Rural Z. solicitando que se declararan nulos diversos acuerdos del consejo rector de la demandada basándose en que la renuncia del presidente de la cooperativa de crédito y de los dos demandantes no habían surtido efecto por no haber sido aceptadas por la asamblea o por el consejo rector. El juez de primera instancia estimó íntegramente la demanda y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. Sin embargo, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación al estimar que las renunciaciones fueron aceptadas al conocer el consejo rector tales declaraciones sin formular objeción. (L. F. R. S.)

68. Efectos de la retroacción de la quiebra en el tercero hipotecario.—El artículo 878 del Código de comercio establece la nulidad radical, *ipso iure*, de aquellos actos de disposición realizados por el quebrado tras la fecha de retroacción de la quiebra. Sin embargo, si quien adquiere del quebrado transmite su derecho a un tercero (subadquirente) protegido por la fe pública registral, éste debe ser mantenido en su derecho (SSTS de 14 de junio de 2000, 12 de marzo y 20 de septiembre de 1993 y 28 de octubre de 1996). (STS de 14 de febrero de 2006; ha lugar.)

HECHOS.—Mediante Auto de fecha 1 de abril de 1991 don D. S. R. es declarado en quiebra, fijándose como fecha de retroacción el 1 de diciembre de 1989. Con posterioridad a esta fecha se constituyen dos hipotecas sobre una de las fincas del quebrado a favor de C. de G. y E. M. H., S. A., respectivamente. El 9 de abril de 1991, C. de G. ejecutó su hipoteca sobre la finca, adjudicándose el inmueble a H., S. A. El 12 de mayo de 1994 se constituyó una nueva hipoteca sobre la finca a favor del Banco de S., S. A.

La sindicatura de la quiebra interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Bilbao solicitando la nulidad de los distintos actos de disposición realizados con relación a la finca citada, en la medida en que todos ellos habían tenido lugar en el período de retroacción de la quiebra. El Juez estimó íntegramente la demanda que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Bilbao.

Banco de S., S. A., interpuso entonces recurso de casación considerando que su condición de tercero hipotecario le permitía ser mantenido en la titularidad de su derecho de hipoteca. El Tribunal Supremo estimó el recurso y anuló la sentencia dictada por la Audiencia Provincial en lo que se refiere a la mencionada sociedad recurrente.

NOTA.—Los artículos 870 a 941 del CCO relativos a la suspensión de pagos y quiebra en general fueron derogados por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. La retroacción de la quiebra ha desaparecido en la citada Ley concursal y, con ella, el problema de su aplicación al tercero hipotecario. (J. D. S. C.)

DERECHO PROCESAL

69. Reclamación de cantidad resultante de la suscripción de un plan de pensiones abonado al cincuenta por ciento por el empresario y los trabajadores y que preveía diversas posibilidades en función de la causa de la baja laboral que se produjera: competencia de la jurisdicción laboral.—Si tenemos en cuenta que es preciso la previa calificación de la extinción de la relación laboral como derivada de un acuerdo entre las partes o constitutiva de un despido improcedente, que es lo que alega el único de los demandados que llegó a contestar la demanda, tendremos que entender que es la jurisdicción laboral a la que corresponde el conocimiento de este tema, pues, evidentemente, la civil no tiene competencia para determinar el modo en que se produjo la extinción de la relación laboral y declarar si fue simulado o no el despido improcedente.

Competencia de la jurisdicción social para decidir sobre un contrato que tiene por objeto mejorar el sistema de pensiones de la Seguridad Social.—El segundo contrato con U se realiza en el marco de una relación laboral y constituye una mejora voluntaria del sistema de pensiones de la seguridad social por lo que es competente la jurisdicción social, sin que a ello constituya obstáculo el carácter de directivo de alguno de los demandados, tal como se recoge en la sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1988. En virtud de los preceptos citados y de la doctrina jurisprudencial de la Sala IV del Tribunal Supremo (sentencias de 5 de julio de 1988, 10 de abril de 1984 y 16 de enero de 1990, entre otras) procede declarar la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de esta demanda. (STS de 28 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—El empresario demandante reclamó ciertas cantidades a unas personas que habían sido anteriormente sus empleados y a una compañía aseguradora, alegando esta última demandada la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción, pues la reclamación se basaba en la suscripción de un plan de pensiones abonado al cincuenta por ciento por el empresario y los trabajadores y que preveía diversas posibilidades en función de la causa de la baja laboral que se produjera. El juez de primera instancia declaró la falta de competencia jurisdiccional del orden civil declinando su conocimiento a favor del orden jurisdiccional social. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo desestimaron los recursos de la demandante. (L. F. R. S.)

70. Cámaras de Comercio e Industria. Reclamación de la cuota cameral a través de la jurisdicción civil.—Los poderes jurisdiccionales de conocimiento y ejecución no están sometidos a un orden predeterminado, siendo pródigo el ordenamiento procesal en ofrecer ejemplos de procesos de ejecución pura no precedidos de fase previa de declaración de condena, del mismo modo que muestra casos, como el que constituye el objeto del litigio, en que la jurisdicción civil actúa casi como ejecutora de las resoluciones dictadas en otros ámbitos, que operan en éste con efectos prejudiciales, sin que con ello se produzca una merma de jurisdicción civil quede reducida a un mero papel ejecutor, pues puede y debe examinar la observancia de las for-

mas y solemnidades legales para dictar la correspondiente sentencia de condena. Desde el punto de vista del principio de legalidad procesal la solución para la Audiencia es la misma, teniéndose en cuenta que no puede haber espacios vacíos de jurisdicción, de suerte que siempre existirán cláusulas residuales, como la contemplada en el artículo 9 de la LOPJ, que permitan el acceso a la jurisdicción y al proceso.

La competencia de los órganos de la jurisdicción civil para conocer de las pretensiones como las que integran el objeto del litigio derivan del tenor y de la aplicación del artículo 9.2 de la LOPJ, por cuya virtud los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que le son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional; y si a la jurisdicción contencioso-administrativa le corresponde conocer la revisión de la corrección del ejercicio de la potestad de autotutela declarativa y de su resultado –el derecho declarado–, a la jurisdicción civil le compete, por vía de la cláusula residual expuesta, el examen de la pretensión de condena fundamentada en ese ejercicio y en su resultado cuando, por no existir norma habilitante de la potestad de autotutela ejecutiva, sea necesario contar con un título de ejecución –la resolución judicial de condena– que facilite la vía ejecutiva y el apremio sobre el patrimonio del deudor para la completa satisfacción del derecho ya declarado.

La STC 179/1994, de 16 de junio declaró la inconstitucionalidad de las Bases Cuarta y Quinta de la Ley de 29 de junio de 1911 y del artículo primero del Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1929, con la precisión, no obstante, de que el alcance y efectos que cabe atribuir a dicho fallo no pueden afectar a las situaciones consolidadas no susceptibles de ser revisadas con fundamento en dicha resolución, entre las que se encuentran no sólo aquellas que hayan sido definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada –art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional–, sino también, por exigencias del principio de seguridad jurídica –art. 9.3 CE–, todas aquellas que no hubiesen sido impugnadas en la fecha de publicación de la sentencia, es decir, tanto los pagos ya efectuados de cuotas no recurridas, como las devengadas y aún no satisfechas que estuvieren pendientes de reclamación o de recurso administrativo o judicial interpuestos dentro del plazo antes de dicha fecha, a partir de la cual dicha decisión había de desplegar todos sus efectos. Precisando esta doctrina, la STC 22/1996, de 12 de febrero, detalla que la retroacción de los efectos de la sentencia núm. 179/94 se ciñe a los casos de previa impugnación de las liquidaciones de las cuotas camerales, sin extenderla a los supuestos de oposición al cobro en vía civil –única posible entonces para las Cámaras– de las ya devengadas. (**STS de 1 de febrero de 2006**; no ha lugar.)

HECHOS.–La Cámara de Comercio e Industria de Madrid demandó a una sociedad mercantil en reclamación de las cuotas del recurso cameral permanente correspondiente a cinco ejercicios consecutivos. La demandada se opuso alegando, en primer término, la incompetencia de la jurisdicción civil y, en segundo lugar, la nulidad de los actos del procedimiento de apremio por haber sido realizados por órgano manifiestamente incompetente y a la falta de los requisitos exigidos para la validez y eficacia de los actos de notificación. El juez de primera instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo desestimaron los correspondientes recursos. (*L. F. R. S.*)

71. Asistencia jurídica gratuita y pago de las costas.—El artículo 119 CE contempla la gratuidad de la justicia para quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos así como en los casos en que la ley lo disponga.

La LOPJ desarrolló esta previsión constitucional en sus artículos 20 y 440.2 remitiéndose a la ley ordinaria. Es la Ley 1/1996, de 10 de enero, la que tiene como objeto determinar el derecho a la asistencia jurídica gratuita a la vez que regular el procedimiento para su reconocimiento y efectividad. En el artículo 36.2 se supedita el reintegro económico de las costas a la mejora de la fortuna del titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Asistencia jurídica gratuita de las entidades gestoras de la Seguridad Social.—La mencionada Ley 1/1996 establece en su artículo 2 que la TGSS es beneficiaria del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Sin embargo, su régimen jurídico a este respecto es especial y se traduce, a título de ejemplo, en la obligación de abonar las costas del proceso a cuyo pago fueran condenados.

Así lo contempla expresamente la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, que regula el régimen de la asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas. Su Exposición de Motivos se ocupa de proclamar que cuando el Estado es parte en un proceso ante los órganos jurisdiccionales no puede dejar de tenerse presente en ningún momento las exigencias derivadas de los principios constitucionales de igualdad y tutela judicial efectiva, de tal suerte que las especialidades procesales del Estado en ningún caso atenten contra los mencionados principios ni supongan cargas desproporcionadas o irrazonables para la contraparte del Estado en el proceso.

El artículo 246.6 LEC no constituye un argumento de apoyo a la inexistencia de la obligación del abono de las costas, aunque la TGSS lo haya invocado como tal. El precepto señala literalmente que «cuando una de las partes sea titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita, no se discutirá ni se resolverá en el incidente de tasación de costas cuestión alguna relativa a la obligación de la Administración de asumir el pago de las cantidades que se le reclaman por aplicación de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita». La finalidad del artículo es dejar sentado que a las Administraciones Públicas no se les puede exigir el pago de las costas correspondientes al condenado que litigó con el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, pues el reintegro de tales costas únicamente puede llevarse a cabo en aplicación de la previsión 36.2 Ley 1/1996, de 10 de enero, cuando el condenado sea persona incluida en el ámbito de esa norma y venga a mejor fortuna.

Por otra parte, la LEC, en virtud del principio de igualdad de partes, no contiene previsión alguna sobre exclusión de condena al pago de las costas al Estado ni a los organismos públicos cuando litigan civilmente, a diferencia de lo expresamente previsto para el Ministerio Fiscal en los procesos en que intervenga como parte; en este sentido, se dispone que en ningún caso se le impondrán las costas. Ahora bien, el Ministerio Fiscal no puede ser condenado, pero tampoco es posible que sea acreedor de la condena ni que inste la tasación, a diferencia de lo que sucede con el Estado y la propia Tesorería General de la Seguridad Social. (STS de 22 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—La STS de 24 de septiembre de 2003 declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la TGSS. El recurrente *BSCH* solicitó la tasación de las costas, que fue impugnada por el Letrado de la TGSS.

NOTA.—La presente sentencia reproduce la STS de 16 de marzo de 2005 que marca el inicio de una nueva línea jurisprudencial en virtud de la cual la TGSS debe las costas a las que haya sido condenada, a pesar de tener derecho al beneficio de la asistencia jurídica gratuita. (*B. F. G.*)

72. Finalidad de los actos de comunicación.—Estos actos tienen como finalidad, en sede administrativa, informar a los afectados de las resoluciones o decisiones adoptadas, para que éstos puedan tomar las medidas legales pertinentes. En cualquier caso, la determinación de si una concreta comunicación ha sido efectiva o no es una cuestión de hecho que, como norma general, no puede ser revisada en casación. (**STS de 1 de febrero de 2006**; no ha lugar.)

HECHOS.—La Cámara de Comercio e Industria de Madrid demandó a la entidad *M. y H., S. A.*, solicitando que se condenara a la demandada al pago de una cantidad de dinero, debida en concepto de cuotas del recurso cameral permanente. Se trataba de dilucidar si la demandada podía beneficiarse de la declaración de inconstitucionalidad recogida en la STC 179/1994, de 16 de junio, en relación a determinados preceptos de la Ley de 29 de junio de 1911 y del Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1929.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y condenó a la demandada a pagar a la actora las cuotas reclamadas más intereses y costas. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia y desestimó la demanda.

La demandante interpuso entonces recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo. (*J. D. S. C.*)