

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Eva CANO VILÀ, Margarita CASTILLA BAREA, M.ª Carmen CRESPO MORA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACÍA MORILLO, Sara MARTÍN SALAMANCA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, 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. Doctrina de los actos propios. Requisitos exigidos por la jurisprudencia.–Se vulnera el principio que impide actuar contra los actos propios cuando, por un lado, la conducta de una aseguradora va dirigida a obtener los beneficios derivados de la denuncia penal por apropiación indebida de las primas cobradas y no pagadas (con lo que reconoce que el denunciado es agente suyo), y, posteriormente, en el proceso civil, dicha compañía niega la existencia del contrato de seguro.

Existe una abundante jurisprudencia (SSTS de 21 de febrero de 1997, 16 de febrero de 1998, 9 y 21 de mayo de 2001, 22 de octubre de 2002 y 13 de

marzo de 2003) que ha establecido los requisitos para la aplicación de este principio, que son: *a)* que el acto que se pretenda combatir haya sido realizado libremente; *b)* que exista un nexo causal entre el acto realizado y la incompatibilidad posterior; y *c)* que el acto sea concluyente e indubitado (es decir, que sea expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar y extinguir algún derecho, generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto). Según afirma el Tribunal Supremo, esto significa «que quien crea en una persona la confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede además pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real».

Contrato de seguro. Celebración del contrato por el agente aparente de la aseguradora.—El artículo 10.2 de la Ley 9/1992, reguladora de la actividad de Mediación en los Seguros Privados declara que las actuaciones del tomador del seguro con el que actúa como agente de seguros surten los mismos efectos que si se hubiesen realizado directamente con la entidad. Para que resulte de aplicación dicho precepto, es necesario que se cumplan los requisitos previstos en el párrafo primero del artículo mencionado, esto es, que el agente actúe bajo la denominación «agente de seguros» y que conste la denominación social de la entidad aseguradora.

Vinculación del juez civil por los hechos declarados probados en la sentencia penal.—Según declara la STS de 24 de octubre de 1998, «las sentencias firmes resultan definitivas y vinculantes para el orden jurisdiccional civil, no sólo en cuando a los hechos que declaren probados, sino también respecto a las decisiones en materia de responsabilidades civiles derivadas de delito o falta»; y aunque «no corresponde a los tribunales civiles suplir las deficiencias ni rectificar omisiones que hayan podido cometerse en los procesos sometidos a los juzgadores de otro orden», resulta, según ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, que los hechos declarados probados en la sentencia penal vinculan al juez como tales hechos (SSTS de 26 de septiembre de 1994, 11 de abril de 2000). Esto es así, puesto que, como ha declarado el Tribunal Constitucional en la S 62/1984, de 21 de mayo, «repugna a los más elementales criterios de la razón jurídica aceptar la firmeza de distintas resoluciones jurídicas en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue» (en el mismo sentido, SSTS de 12 de abril de 2000 y 20 de marzo de 2005). (STS de 21 de abril de 2006; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don J. M. V. M. acordó con don E. S. G., que actuaba públicamente como agente de la compañía *M. A., S. A.*, un contrato de seguro de su motocicleta. A tal efecto, pagó una prima de 43.000 pesetas. Posteriormente, don J. M. V. M. tuvo un accidente con su motocicleta que produjo lesiones a un tercero. En ese momento, se le comunicó que el vehículo no constaba asegurado en ninguna entidad. Don J. M. V. M. puso los hechos en conocimiento de la aseguradora, que decidió iniciar un procedimiento penal contra E. S. G. El demandado fue condenado por un delito de apropiación indebida, y se le condenó a indemnizar a la aseguradora por el importe de la prima. La aseguradora pretendió entregar el importe de la indemnización a don J. M. V. M., que se negó a recibirlo.

Don J. M. V. M. demandó a M. A., S. A., pidiendo que se declarara la existencia del contrato de seguro. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. Don J. M. V. M. presentó un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial que revocaba la sentencia recurrida y desestimaba íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo casa y anula la sentencia recurrida. En su lugar, confirma el fallo de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

NOTA.—La sentencia aplica el artículo 10 de la Ley 9/1992, reguladora de la actividad de Mediación en los Seguros Privados. Dicho texto legal ha estado vigente hasta el 19 de junio de 2006, fecha de entrada en vigor de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros privados (BOE núm. 170, de 18 de julio de 2006). (L. P. S. M. P.)

2. Principio *pro actione*: alcance de la doctrina constitucional. Subsanación de la falta de poder del procurador.—En la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción, y concretamente el relativo a la primera decisión judicial, que es cuando el principio *pro actione* se despliega con mayor intensidad y su máxima eficacia, entendemos, y especialmente si quienes comparecen ante el tribunal son los propios interesados, que debe seguirse la postura más flexible, y ello es así porque el referido principio exige: *a*) evitar interpretaciones y aplicaciones de los presupuestos procesales establecidos legalmente para el acceso a la justicia que eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho del justiciable a que un órgano judicial conozca y resuelve en Derecho sobre la pretensión a él sometida (SSTC 12/2003, de 28 de enero; 59/2003, de 24 de marzo; 168/2003, de 29 de septiembre; 179/2003, de 13 de octubre; 72/2004, de 8 de abril; 134/2005, de 23 de mayo; y, *b*) eludir cualquier interpretación o aplicación de los requisitos procesales que sea rigorista o excesivamente formalista o por cualquier otra razón revele una clara desproporción entre los fines pretendidos por la norma y los intereses que se sacrifican, y que se conviertan en meros obstáculos procesales impeditivos de la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 CE (SSTC 58/2002, de 11 de marzo; 12/2003, de 28 de enero; 27/2003, de 10 de febrero; 164/2003, de 29 de septiembre; 177/2003, de 13 de octubre; 182/2003, de 20 de octubre; 182/2004, de 2 de noviembre; 134/2005, de 23 de marzo). Deben, por consiguiente, ponderarse los defectos, y guardarse la proporcionalidad con la consecuencia que acarrea su estimación, de ahí que haya de procurarse la subsanación siempre que sea posible, haciendo factible el proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial. Para dicha ponderación, deben tomarse en cuenta: la entidad del defecto, incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, y voluntad y grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado (SSTC 45/2002, de 25 de febrero; 12/2003, de 28 de enero; 182/2003, de 20 de octubre). En este caso, no cabe negar la posibilidad de subsanar. Por otro lado, resulta desproporcionada la consideración de que, si se hubiera inadmitido la demanda por falta de poder (cosa que no se hizo), los demandantes habrían podido comparecer por medio de procurador antes de producirse la caducidad, pues la Junta impugnada tuvo lugar el 17 de julio y la demanda se

presentó el 25 de julio, y fue repartida el 28 siguiente, y como el plazo del artículo 16.4.º LPH es de treinta días a contar desde el siguiente al acuerdo o a la notificación si hubiere estado ausente el que impugne, aunque de naturaleza civil y, por consiguiente, a computar por días naturales, sin embargo no terminaba hasta el día 16 de agosto (art. 5.1 CC).

Voto particular: inadmisibilidad por caducidad de la acción. La subsanación formal no alcanza a razones sustanciales inherentes al propio derecho ejercitado en la demanda.—La institución de la caducidad de la acción se rige por lo previsto en el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, y el plazo que establece descansa en la necesidad de dar seguridad a las situaciones jurídicas, operando por el mero transcurso del tiempo, con lo cual no admite interrupción (art. 1973 CC), y cabe su estimación de oficio, ya que sólo el propio ejercicio de la acción correspondiente, deduciéndola en juicio adecuado, impide el efecto preclusivo de su inevitable periclitamiento (STS de 12 de febrero de 1996). En este caso, la demanda cuando resultó en realidad admitida a trámite fue por la providencia firme de 16 de octubre de 1997, que así expresamente lo decretó. La subsanación formal llevada a cabo no le alcanza el efecto mantener viva la acción, cuando evidentemente había caducado, y no procede retrotraerse a efectos de convalidar plenamente el escrito inicial de fecha 23 de julio de 1997. Aunque de conformidad con el artículo 11 LOPJ y con el artículo 24 CE, la incomparecencia por medio de Procurador fue subsanada, cuando se otorgó el apoderamiento, el 26 de septiembre de 1997, por ser posterior a la presentación del escrito inicial, no es suficiente para hacer válidos los actos anteriores y, concretamente, actuar como impeditivo de la preclusión del plazo legal para impugnar los acuerdos de la Junta de Propietarios. **(STS de 9 de junio de 2006; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández. Voto particular: no ha lugar. Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—Varios comuneros ejercitan acción de nulidad contra determinados acuerdos adoptados en Junta General Extraordinaria de propietarios de inmueble en régimen de propiedad horizontal, celebrada el día 17 de julio de 1997. La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda. La comunidad demandada formula recurso de apelación, en el que, además de oponerse a la cuestión de fondo, aduce, con carácter previo, la excepción de falta de personalidad del procurador, por insuficiencia de poder así como la caducidad de la acción. La Audiencia Provincial estima la caducidad alegada, fundándose en que la demanda se presentó sin el poder de procurador, y aun cuando por el Juzgado se dictó una providencia para que se subsanara ése y otros defectos (con fecha 19 de septiembre de 1997), sin embargo el poder con el que se pretende la subsanación se otorga el 26 de septiembre, es decir, con posterioridad a dicha providencia y al plazo de caducidad de treinta días del artículo 16 LPH, y se aporta por escrito de 3 de octubre de 1997 por lo que, considera la Audiencia, que el requisito procesal se integró extemporáneamente. Los propietarios demandantes interponen recurso de casación. (S. M. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Derecho al honor de las empresas y prestigio empresarial o profesional: no equiparación.—Los artículos 18.1 CE y 7 LO 1/1982 protegen el honor, concepto que no se identifica con el prestigio empresarial o profesional. Una cosa es que el ataque al prestigio profesional pueda integrar una trasgresión del honor cuando revista cierta intensidad y otra distinta que se pretenda igualarlos y ello menos todavía cuando se hace referencia a una sociedad mercantil, a cuyo respecto el alcance de la protección del honor se diluye notoriamente. (STS de 12 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El asunto tiene relación con las incidencias surgidas en la administración de cuatro comunidades de vecinos. Dichas comunidades se componen de un total de mil ochocientos vecinos y cada una de ellas tiene su Presidente y su autonomía de gobierno y administración. La Comunidad General opera respecto de los elementos comunes a las cuatro comunidades, entre los que se encuentra la piscina. Surgidas importantes desavenencias entre los presidentes de las cuatro comunidades, dos de ellos, los demandados, enviaron a todos los vecinos un Manifiesto en el que figuran las expresiones por las que los actores, una persona física y una persona jurídica, interponen la acción: «desvío irregular de fondos» y «empresa fantasma».

El actor persona física era trabajador de la persona jurídica demandante. Los anteriores Presidentes de las Comunidades llegaron a un acuerdo en virtud del cual aquél se encargaba de obtener préstamos cuyo importe era ingresado en la cuenta de la Comunidad General para que la misma pudiera disponer de liquidez y en concreto permitir la efectividad del contrato de mantenimiento de las instalaciones de las piscinas comunitarias contratadas con la empresa citada. La Comunidad General estaba obligada a hacer frente a los recibos que estaban domiciliados en una cuenta abierta. El desvío irregular de fondos había sido denunciado al Juzgado. En el Manifiesto se reseñaba también que el préstamo había sido gestado y autorizado por los Presidentes anteriores sin la preceptiva e inexcusable autorización de las respectivas Juntas de Condueños. Del mismo modo se ponía en tela de juicio la regularidad fiscal y laboral de la mercantil contratada por el mantenimiento de las instalaciones de la piscina.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda ordenando la publicación de la sentencia y la indemnización de los daños morales a ambos actores. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado desestimando la demanda.

Todos los motivos de casación son desestimados. Las razones, íntimamente conectadas con los hechos, se exponen a continuación: 1) las expresiones que constituyen el objeto del litigio se han producido con ocasión de una situación conflictiva en el seno de una comunidad de vecinos y el Manifiesto no es más que una comunicación de dos miembros de la Junta de la Comunidad General a los vecinos a fin de informarles de la actuación del que fue Presidente

de la misma, por lo que debe ser valorado en tal contexto; 2) Aunque el manifiesto no tiene interés público ni general también lo es que sí tiene interés para el ámbito comunitario para el que se elaboró, al que va dirigido y donde se difundió; 3) El que la comunicación se haya extendido a todos los que viven en el ámbito territorial de la comunidad y por el sistema indiscriminado del buzoneo en lugar del correo ordinario, no supone que se haya hecho una difusión que excede del marco de los interesados, ni que deliberadamente pretenda divulgar el conocimiento de lo que se denuncia en el manifiesto más allá de las personas relacionadas con la Comunidad General; 4) La referencia al desvío irregular de fondos no es más que la forma en la que los denunciados del hecho, en ejercicio de su representación comunitaria, relatan la operación económica a la que aluden. Con independencia de si los hechos se corresponden o no con la realidad, la calificación de desvío irregular no supone, en relación con el contexto, ningún ataque al honor. (B. F. G.)

4. Asociaciones: control judicial de la vida asociativa: límites. Derecho fundamental de asociación. Expulsión de socios. Doctrina jurisprudencial: Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo.—De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los límites del control judicial de las decisiones asociativas (SSTC 218/88, 96/94), pero los Tribunales, como todos los poderes públicos, deben respetar el derecho fundamental de asociación y, en consecuencia, deben respetar el derecho de autoorganización de las asociaciones. Ello supone que las normas aplicables en primer término sean los estatutos, siempre que no fueren contrarios a la Constitución y a la Ley. Cuando los estatutos prevean una determinada causa de expulsión necesitada de una valoración por los órganos asociativos, el control judicial sigue existiendo, pero su alcance no consiste en que el Juez pueda entrar a valorar, con independencia del juicio que ya han realizado los órganos de la asociación, la conducta del socio, sino en comprobar si existió una base razonable para que los órganos de las asociaciones tomaran la correspondiente decisión. El respeto al derecho de asociación exige que la apreciación judicial se limite en este punto a verificar si se han dado las circunstancias que puedan servir de base a la decisión de los socios, como son declaraciones o actividades públicas que trasciendan del interior de la entidad y puedan lesionar su buen nombre, dejando el juicio sobre esas circunstancias a los órganos directivos de la asociación. En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ésta ha venido evolucionando hacia una restricción del ámbito del control judicial sobre las decisiones asociativas de expulsión de socios hasta coincidir totalmente con el Tribunal Constitucional en que dicho control debe limitarse, si se han respetado todas las reglas de competencia y forma en el expediente sancionador, a la existencia o no de una «base razonable» para el acuerdo de expulsión (SSTS de 24 de marzo de 1992, 30 de septiembre de 1998, 2 de marzo de 1999, 18 de noviembre de 2000, 9 de junio de 2001, 16 de junio de 2003, 5 de julio de 2004, 31 de marzo de 2005). En el caso, se declaró probado que la demandante expulsada no quiso comparecer ante la junta rectora para responder al pliego de cargos, prefiriendo contestar por escrito, y tampoco quiso hacerlo ante la Asamblea general que acabó desestimando su recurso. Frente a esta actitud resulta que el pliego de cargos especificaba hasta nueve hechos y los calificaba de sendas faltas muy graves, con cita de los correspondientes

preceptos estatutarios, siendo algunas de las imputaciones tan claras como haberse autocontratado laboralmente la expedientada pese a estar prohibido por los estatutos, haberse manifestado públicamente en diversos medios de comunicación en contra de los intereses de la asociación, no tener aprobados los presupuestos y haber efectuado llamadas a cobro revertido desde el extranjero. Dado que el artículo 16 de los estatutos de la asociación tipificaba como faltas muy graves, entre otras, acumular dos o más faltas graves en un período igual o inferior a doce meses, realizar actividades perjudiciales para los intereses materiales o el prestigio social de la asociación y las tipificadas como falta grave cuando por su reiteración y modo de producción o circunstancias denotaran una especial mala fe o una voluntad decididamente reacia al acatamiento de las reglas asociativas, y tipificaba como falta grave, entre otras, no desempeñar diligentemente los cargos sociales; y dado, en fin, que el artículo 48.3 de los estatutos prohibía el percibo de salario alguno por los miembros de la junta rectora, y el artículo 11.g) establecía como deber de los socios el de «no realizar actividades perjudiciales ni contrarias al objeto social de la Asociación, ni colaborar con quien las realiza», debe concluirse que en el caso examinado sí existía una base razonable para imponer la sanción de expulsión y que la sentencia impugnada, al exigir tanto una actividad probatoria sobre hechos evidentes por sí mismos como una motivación más allá de la expresión de los hechos y su incardinación en normas estatutarias, traspasó los límites del control judicial sobre la actividad de la Asociación, como igualmente lo hizo al valorar por su cuenta la trascendencia de las conductas de la demandante que sí consideró acreditadas en virtud de la prueba practicada no en el expediente sancionador pero sí en el propio proceso judicial. **(STS de 23 de junio de 2006; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Doña M., quien había sido socia y presidenta de la Junta rectora de una Asociación Universitaria del País Vasco especialmente dedicada a facilitar el transporte de sus asociados entre Vitoria y los centros universitarios de las provincias limítrofes, interpone demanda contra tal asociación (Asociación Universitaria Altube), solicitando la declaración de nulidad del acuerdo adoptado por su Junta rectora el 17 de abril de 1997, que imponía a la demandante la sanción de expulsión de la asociación. Y como quiera que al contestar a esta demanda la asociación demandada planteó como cuestión previa que el acuerdo de la Junta rectora estaba pendiente de recurso ante la asamblea general, a dicha demanda se acumuló otra de la misma demandante pidiendo también la nulidad del acuerdo de la Asamblea general que ratificó el de la Junta rectora.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda al advertir falta de concreción en algunas de las imputaciones, inexistencia de actividad probatoria por parte de la asociación y falta de motivación del acuerdo sancionador, el cual quedaría por tanto reducido a «una mera declaración de voluntad de expulsar al socio en base a simples opiniones sobre hechos que se dicen realizados sin que se hayan preocupado de probarlos. Interpuesto recurso de apelación por la asociación demandada, el tribunal de segunda instancia lo desestimó abundando en las razones del juzgador del primer grado.

Contra la sentencia de apelación recurre en casación la asociación demandada. (S. M. S.)

5. Doctrina del levantamiento del velo.—En ocasiones, se producen situaciones que, a pesar de resultar inadmisibles en nuestro sistema jurídico, quedarían amparadas por una concepción hermética de la personalidad de la sociedad. Se trata de un abuso de esta independencia en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra el interés de los socios, que perjudica los intereses privados o públicos, escondiendo un fraude (art. 6.4 CC). La jurisprudencia reacciona ante dicho ejercicio antisocial de la personalidad penetrando en el sustrato personal de la sociedad.

Cosa juzgada.—Esta institución surge como fruto de la necesidad social de seguridad jurídica y garantiza el ejercicio de la jurisdicción como potestad de pronunciar definitivamente el Derecho y no como manifestación ocasional de un juicio. En definitiva, su finalidad es evitar la repetición de los procesos.

La cosa juzgada material crea una situación de plena estabilidad que no sólo permite actuar en consonancia con lo resuelto sino que trasciende con eficacia al futuro, impidiendo reproducir la misma cuestión y volver sobre lo que inmoviblemente estatuyeron los organismos jurisdiccionales. Lo anterior se concreta en que no es posible hacer efectivos en procedimientos diversos los mismos derechos anteriormente declarados, en que se veda al juez del nuevo proceso toda actividad jurisdiccional sobre el asunto, incluso para dictar una declaración idéntica sobre él. Sólo existe la posibilidad de actividad jurisdiccional posterior relativa a aspectos que afecten a su efectividad. (STS de 19 de abril de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Los actores demandaron a C. C., S. L.; D. S., S. A.; A. J. L. S. y R. P. M. solicitando la condena de todos ellos al pago de las cantidades que debieron ser abonadas a tenor de las sentencias recaídas en sendos juicios de menor cuantía en los que habían sido condenados únicamente los tres últimos. La demanda actual se fundaba en que, con posterioridad a dichas condenas, se habían transferido bienes propiedad del condenado A. J. L. S., poco antes de que fuesen embargados en aquellos procesos, a C. C., S. A., con finalidad defraudatoria. Los actores entendían que procedía el levantamiento del velo societario.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la excepción de falta de legitimación pasiva formulada por C. C., S. A. y la de cosa juzgada formulada por el resto de los demandados.

La Audiencia estimó el recurso de apelación interpuesto por los demandantes por entender que no concurrían la excepción de cosa juzgada: las razones avanzadas por el tribunal eran que tanto las partes como la *causa petendi* eran distintas; en cuanto al fondo, la Audiencia declaró que procedía el levantamiento del velo, ya que había existido fraude de acreedores mediante el procedimiento de acudir a una sociedad instrumental para no hacer frente a una deuda previa.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación confirmando la sentencia dictada en primera instancia.

NOTA.—Tal y como pone de manifiesto el Tribunal Supremo la estimación del recurso deriva del propio planteamiento de la demanda.

Los institutos jurídicos que confluyen en el presente caso son tres: el levantamiento del velo, la cosa juzgada y la acción rescisoria.

Los actores solicitan la condena directa de la sociedad que había adquirido los bienes del condenado en el primer proceso, solicitando expresamente el levantamiento del velo. Por tanto, considera que la sociedad coincide con el demandado. De modo que el propio actor pone de manifiesto la concurrencia de dos elementos que conducen a la aplicación de la cosa juzgada: la identidad subjetiva y objetiva.

Los actores no hacen uso de la acción pauliana. A nuestro juicio, y siguiendo lo que implícitamente sugiere la lectura de la sentencia, dicha acción habría permitido que los tribunales entraran en el fondo del asunto. (*B. F. G.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

6. No puede confundirse la falta de objeto de la escritura de división de una finca con la falta de exactitud en la identificación de la finca dividida.—El objeto del contrato, además de ser lícito, requisito que aquí no se cuestiona, ha de ser determinado o determinable, siempre que no sea necesario un nuevo convenio entre los contratantes, como establece el artículo 1273 CC. La determinabilidad por tanto equivale a la posibilidad de reputar como cierto el objeto del contrato siempre que sea posible determinarlo con sujeción a las disposiciones contenidas en el mismo; es claro que la determinación no puede dejarse ni al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 CC) ni a un nuevo acuerdo entre ellos (STS de 10 de octubre de 1997).

El requisito de determinación del artículo 1445 CC ha de ser entendido en el sentido del artículo 1273 del mismo, cuya exégesis más autorizada distingue entre una determinación inicial que se produce en el momento de perfeccionarse el contrato y la determinación posterior producida a través de los criterios previstos por las partes en el propio contrato, siendo suficiente a efectos del artículo 1273 y, por tanto, del 1445 CC que a la hora de la perfección del convenio, estén presentes unas previsiones tales que permitan la determinación definitiva sin necesidad de nuevos acuerdos (STS de 9 de enero de 1995).

La invocación jurisprudencial que se hace no tiene otra finalidad que precisar la concepción del concepto de objeto de negocio jurídico, en la medida que aclara la lejanía del precepto invocado con la cuestión nueva sometida al Tribunal, con la pretensión de declaración de nulidad parcial de una escritura de división. Y hay que subrayar una cuestión fundamental, el artículo 1261 CC, por su carácter genérico, es preciso relacionarlo con otros preceptos sustantivos para que pueda plantearse en casación un motivo por infracción del mismo (STS de 23 de octubre de 1995). En igual sentido las SS de 30 de enero de 1996 y 3 de mayo de 1996.

Como se expone en la oposición al motivo, se confunde la falta de exactitud en la identificación de la finca con falta de objeto en la escritura de parcelación; e inexactitud de los datos registrales con impropiedad de la inclusión de las fincas de la escritura. (**STS de 27 de abril de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—La propietaria de una finca otorgó escritura pública de división de la misma e instó posteriormente una acción en la que solicitaba que se declarase el dominio sobre dos porciones de terreno del demandado, por ser parte integrante de la finca dividida. El demandado se opuso a la demanda y formuló reconvencción solicitando que se declarase la nulidad de la escritura de división. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que se había producido una falta de exactitud en la identificación de la finca y estimó la reconvencción. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente al desestimar íntegramente la reconvencción. Instado el recurso de casación por la demandada reconviniendo, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (L. F. R. S.)

7. El negocio fiduciario no es otra cosa que un tipo de simulación relativa, por lo que se estima la excepción de cosa juzgada.—La parte demandante (y una sociedad que se confunde con él mismo al «levantar el velo») ahora recurrente formuló en un primer proceso (en 1988) demanda en la que ejercitó una acción reivindicatoria sobre tres fincas (respecto a la tercera reclamaba indemnización por haber sido adquirida por tercero de buena fe) partiendo del concepto de simulación; lo cual fue rechazado por sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Manacor, de 16 de octubre de 1989, que devino firme. En la presente demanda (en 1997) el mismo demandante ejercita acción reivindicatoria sobre las mismas fincas en los mismos términos, contra los mismos demandados, partiendo del concepto de negocio fiduciario; ambas figuras, simulación y fiducia (que vienen a ser jurídicamente lo mismo, ya que el negocio fiduciario no es otra cosa que un tipo de simulación relativa: S de 15 de junio de 1999 que recoge la jurisprudencia anterior y posteriormente la de 27 de julio de 1997) se refieren al mismo contrato de compraventa de 18 de septiembre de 1978.

Se da perfecta identidad entre las partes, demandante y demandada, las cosas objeto de las acciones son las mismas fincas, las acciones son la misma reivindicatoria y la *causa petendi*, por más que se intente disfrazar, es la misma, la declaración de ineficacia traslativa del negocio de adquisición del dominio de dichas fincas, sea por ser negocio jurídico simulado, sea por ser negocio fiduciario. Tal como se dice en la sentencia recurrida, ambas demandas «se fundamentan en los mismos hechos y pretenden la misma finalidad, cual es que se declare que las tres fincas objeto de uno y otro pleito, son propiedad del actor Sr. F., conteniendo ambas demandas un idéntico suplico en la mayor parte de sus extremos y pretendiendo acreditar tal pretensión en base al mismo material probatorio en uno y otro litigio». Por tanto, no se ha producido infracción de la norma definitoria de cosa juzgada contenida en el primer párrafo del artículo 1252 CC.

El principio que prohíbe el enriquecimiento injusto sólo puede hacerse valer cuando el supuesto no se apoya en otra institución.—El motivo debe rechazarse, en primer lugar, porque al apreciar la excepción de cosa juzgada, decae la subsidiaria de enriquecimiento injusto y, en segundo lugar, porque esta institución concebida en nuestro Derecho como principio general y, como tal informador de las normas legales (especialmente, el cobro de lo indebido y la gestión de negocios ajenos) se aplica directamente a un caso concreto subsidiariamente; es decir, si el supuesto se apoya en otra institu-

ción, no puede alegarse este principio: aquella tendrá sus respectivas acciones, ésta la tiene a falta de acciones específicas. (STS de 8 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La demandante ejercitó una acción en la que solicitaba que se declarase que existía un negocio fiduciario entre ella y la demandada y que, en consecuencia, se condenase a la demandada a restituir al demandante dos fincas y a indemnizar por el valor de una tercera finca, enajenada a un tercero de buena fe; subsidiariamente se ejercitaba una acción de enriquecimiento injusto para obtener una indemnización por el valor de los tres inmuebles. La demandada se opuso alegando la excepción de cosa juzgada y formuló reconvencción ejercitando una acción declarativa de dominio sobre una finca. El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda y la reconvencción. Interpuestos los recursos de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial desestimó el interpuesto por la demandante y estimó el interpuesto por la demandada en el sentido de estimar la excepción de cosa juzgada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (L F. R. S.)

8. El requisito de la excusabilidad del error como vicio del consentimiento.—En virtud de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el error, para que éste constituya un vicio del consentimiento relevante a los efectos de motivar la nulidad de un negocio jurídico, es preciso que recaiga no sólo sobre la sustancia de la cosa objeto del mismo, sino que también ha de ser excusable (entre otras, SSTS de 14 de junio de 1943, 11 de marzo de 1964, 8 de junio de 1968, 7 de abril de 1976 y 4 de enero de 1982). El Tribunal Supremo considera susceptible de calificarse como excusable el error que una entidad de crédito sufre cuando acepta como pago la atribución de la titularidad de unos bienes hipotecados con la consiguiente cancelación de las garantías hipotecarias constituidas sobre ellos, y lo hace ignorando que se ha producido el embargo de dichos bienes para atender a una responsabilidad distinta, siempre que el mandamiento de ese embargo, a pesar de haber sido presentado en el Registro de la Propiedad en el momento del consentimiento de la entidad, no se haya anotado en las hojas registrales. Según el Tribunal, el principio de confianza y el de responsabilidad negocial tienen una relevancia esencial en el tráfico jurídico e imponen al enajenante el deber de informar (entre otras, SSTS de 18 de febrero y 3 de marzo de 1994, 12 de julio de 2002 y 12 de noviembre de 2004). Por ello, en virtud del citado principio de confianza y de la ausencia de perjuicio para los embargantes en estos casos, ya que tienen constancia de la existencia previa de una hipoteca en garantía de crédito sobre dichos bienes, es posible declarar la nulidad por error sustancial y excusable de la escritura de adjudicación en pago de deuda otorgada en esas circunstancias. (STS de 22 de mayo de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Una entidad crediticia concede un préstamo con garantía hipotecaria a la mercantil R., S. A. Al no resultarle posible a esta última la devolución de préstamo, se acordó la adjudicación en pago de las fincas hipotecadas que se encontraban libres de cargas, dándose por cancelada la hipoteca mediante otorgamiento de

escritura de 18 de abril de 1990. Antes de ese otorgamiento, el 31 de marzo de 1990, se había presentado en el Registro de la Propiedad un mandamiento de embargo por otra entidad crediticia sobre todas las fincas citadas, si bien el embargo no se anotó en el Registro hasta el 9 de mayo de 1990. Por su parte, la escritura de dación en pago se inscribió el 5 de julio de ese mismo año. La entidad de crédito demanda a la mercantil *R., S. A.*, solicitando la declaración de nulidad de la escritura de adjudicación en pago de deuda, puesto que ella había prestado su consentimiento sufriendo un error y solicita que la hipoteca cancelada devenga de nuevo eficaz y vigente. La entidad mercantil permaneció en rebeldía.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia, como la Audiencia Provincial, desestiman la demanda porque, si bien consideran que se produjo un error sustancial en la parte actora al cancelar la garantía hipotecaria en virtud de la dación en pago, afirman que este error no es excusable, ya que podía haberse desvanecido aplicando la diligencia debida. En virtud de las circunstancias del caso, estos tribunales estiman que no es suficiente con pedir las notas simples informativas al Registro de la Propiedad, ya que éstas ofrecen una publicidad sin las necesarias garantías. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo estima y declara la nulidad de la escritura de adjudicación en pago por haber sufrido la parte actora un error sustancial y excusable, lo que motiva que de nuevo sea eficaz y vigente la garantía hipotecaria cancelada y la supresión de todas las inscripciones registrales posteriores. (*S. E. M.*)

9. Inexistencia de error invalidante.—La sentencia de apelación incurre en una infracción del artículo 1266 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta al haber equiparado un mero error de cálculo del demandado a un error invalidante o esencial e inexcusable, como si la operación de compra de acciones asociada al crédito para adquirirlas estuviera totalmente exenta de riesgos. Si el valor de las acciones hubiera subido, nunca se habría opuesto la nulidad por error. Si ya entre 1989 y 1993 había mediado un considerable período temporal, durante el cual incluso llegó a subir la cotización de las acciones, mayor aún fue el transcurrido entre 1989 y 1995, este último ya con el Banco en fase de saneamiento, de suerte que el juicio presuntivo del tribunal sentenciador se desvirtúa por sí solo y sus consideraciones subsiguientes en orden al error del demandado resultan inaceptables si, como resulta de su breve argumentación, dan por sentado que cualquier operación bursátil en la que el comprador desconozca la verdadera situación de la sociedad emisora de las acciones adolece de una nulidad tan absoluta que no queda sometida a plazo alguno para hacerla valer ante los tribunales.

Inexistencia de causa ilícita.—Infracción del artículo 1275 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta por haberse apreciado una causa ilícita en la operación. Para el demandado la operación tenía una causa verdadera y lícita, cual era la adquisición de acciones del propio Banco que le concedía el crédito sin tener que realizar desembolso alguno. Operación que, frente a lo argumentado por el tribunal sentenciador, fue la que efectivamente se realizó, como resulta de la titularidad de las acciones a favor de los demandados, del ejercicio por éstos de sus derechos como accionistas y del posterior canje de las acciones del Banco demandante por las de otro Banco. En definitiva, lo

que el tribunal sentenciador aprecia, en contra de lo que ha venido decidiendo esta Sala, es una inexistencia o ilicitud retroactiva de la causa negocial por no haberse colmado de las expectativas del comprador de las acciones en orden a la evolución de su cotización. (**STS de 5 de abril de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Banesto presentó demanda contra don J. R. Q. y su cónyuge doña M. C. B. A. ante el Juzgado de Primera Instancia núm.1 de Cáceres, solicitando se dictara sentencia por la que se condenara a la parte demandada al pago de ocho millones cuatrocientas noventa y una mil trescientas cuarenta y tres pesetas (8.491.343 pesetas) en concepto de principal, más intereses pactados en la póliza de préstamo, y con expresa imposición de costas procesales. El litigio traía causa del crédito concedido al demandado para aplicar su importe a adquirir acciones del propio Banco y al compromiso de aquél de no vender las acciones antes de una determinada fecha y de suscribir nuevas y futuras ampliaciones de capital. Se pactó un tipo de interés inferior al normal, y que los intereses se irían pagando con los dividendos y el capital se amortizaría con la venta de las acciones después de esa fecha determinada. El valor de las acciones se desplomó tras la intervención del Banco en el año 1993 y muchos de sus clientes afectados por tales operaciones se negaron a pagar las cantidades debidas en aquellos conceptos de préstamo o crédito. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta por Banesto. Por contra, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y revocó la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo estima el recurso. (*E. C. V.*)

10. Aplicación de la doctrina del error en operaciones financieras de riesgo.—El error «es difícilmente admisible en una operación de riesgo y fluctuante como es una inversión de esta índole».

Caducidad de la acción de anulabilidad.—No habiéndose apreciado la concurrencia de vicio del consentimiento, mal puede hablarse de la caducidad o no de la acción que da derecho a reclamar la anulabilidad del contrato en que tal vicio concurre. El contrato era válido y, por ello, no puede aplicarse lo dispuesto en el artículo 1301 CC.

Cláusula *rebus sic stantibus*.—En el caso objeto del recurso de casación no ha intervenido ninguna de las condiciones exigidas para que, de forma excepcional, se pueda tener en cuenta esta forma de resolución de las obligaciones recíprocas, puesto que los contratos ya se habían cumplido tal y como las partes habían previsto y sólo quedaba vigente la obligación del prestatario de devolver el crédito obtenido para la compra de las acciones de Banesto. Por ello no puede aplicarse la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*. (**STS de 5 de abril de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—Banesto concedió un crédito a don F. B. D. que iba destinado a la compra de acciones del propio Banco. En documentación adjunta, el Sr. B. se comprometía a no vender tales acciones hasta una fecha determinada y, a partir de aquel momento, a vender sólo las

que fueran necesarias para la amortización del crédito con sus intereses. El Sr. B. fue demandado por Banesto, requiriéndole la devolución del préstamo. Si bien el demandado no contestó esta demanda, a su vez había demandado a Banesto pidiendo la nulidad de la operación de crédito que se le había concedido en las condiciones descritas y a su petición. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda presentada por Banesto. Esta sentencia fue revocada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, condenando al demandante, Sr. B., al pago de la cantidad prestada por Banesto, con los correspondientes intereses. Contra esta sentencia se formula recurso de casación con fundamento en la infracción de los artículos 1281, 1282 y 1288 CC; infracción de los artículos 1265, 1269 y 1270 CC, relativos al dolo; infracción de los artículos 1265 y 1266 CC en relación al artículo 1300 CC que es finalmente estimado. (E. C. V.)

11. Precontrato y tratos preliminares. Relación jurídica que unió a las partes en relación a un posterior contrato de «arrendamiento de servicios» referido a la impartición de un cursillo de formación sobre corredurías de seguro a agentes de la actora.—En los hechos probados de la sentencia de instancia, que recogen minuciosamente los «pasos» seguidos por las partes, se deduce indefectiblemente que se dio el «precontrato», a falta sólo para constituirse en contrato definitivo de su formalización posterior, pues no sólo se señalan, como datos esenciales, el tiempo de su duración, el objeto del mismo y el precio, sino también las condiciones accesorias, entre ellas, la causa de la resolución contractual, sino que, además, se hace el referido pago adelantado de parte del precio convenido, que es claramente ratificador de la relación jurídica acordada.

Excepción artículo 1124 CC: no procede.—De acuerdo con el tenor del último «borrador» de contrato presentado, se reconoce como única causa resolutoria del contrato, por ambas partes, que el demandado, por voluntad propia y unilateral, resolviese, por su parte, su contrato con el Banco Guipuzcoano, como director general de su aseguradora o correduría. Y esta condición no se dio, pues la ruptura de esa relación laboral lo fue por decisión de tal empresa, mediante despido del actor, que se declaró improcedente en la vía jurisdiccional laboral.

Enriquecimiento injusto: no procede.—No ha lugar su aplicación, pues supondría deshacer toda la argumentación establecida sobre la existencia del contrato preliminar.

Intereses moratorios del artículo 1108 CC. Diferencia con intereses procesales (art. 921 LEC).—Los del artículo 1108 deben ser impuestos sobre la cantidad definitiva objeto de la condena, desde la reclamación judicial, aunque se conceda menos cantidad que la reclamada. Los del artículo 921 LEC deben imponerse desde la fecha de la sentencia de primera instancia, porque dentro de lo concedido por ella está comprendida la cantidad definitiva otorgada. (STS de 15 de junio de 2006; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—La Compañía Mercantil *Gan-España, Seguros Generales y Vida, S. A.*, demandante, estima conveniente la contratación de los servicios de don C. A., demandado, para impartir cursos de formación a los agentes de la actora, precisamente a conse-

cuencia de que don C. A. trabajaba como máximo responsable de la Correduría de Seguros del *Banco Guipuzcoano, S. A.*, con quien la actora mantenía una estrecha relación. El 30 de noviembre de 1994, el demandado se presenta en las oficinas de la actora y, aun cuando no existía un contrato suscrito, porque todavía seguía habiendo discrepancias sobre el contenido, solicita un pago a cuenta, a modo de adelanto de sus futuros honorarios profesionales, haciendo entrega la actora de un cheque de 5.000.000 de pesetas. El día 1 de diciembre de 1994, todavía se estaba tratando de negociar aspectos esenciales del contrato, cuando la actora desistió de intentar la celebración, puesto que el demandado dejó de prestar sus servicios en *Banco Guipuzcoano, S. A.*, y su condición de Gerente de la Correduría de Seguros del banco era esencial para la perfección del contrato. La compañía *Gan-España, Seguros Generales y Vida, S. A.*, demanda a don C. A. por enriquecimiento injusto en la cantidad de los 5.000.000 de pesetas, entregadas sin causa alguna, ya que no se había perfeccionado contrato ni tan siquiera un precontrato, sino que existían únicamente unos tratos preliminares contractuales. El demandado, en reconvenición, alega la existencia de un verdadero precontrato, del que la actora se desvinculó unilateralmente y solicita la suma de 25.000.000 de pesetas, importe restante del precio del cursillo de formación, más el IVA correspondiente. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta por *Gan-España, Seguros Generales y Vida, S. A.*, y estima parcialmente la demanda reconvenicional, y condena a la actora al abono de 25.000.000 de pesetas en concepto de lucro cesante y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia. El fallo es recurrido en apelación y la Audiencia Provincial estima parcialmente las pretensiones de la demandante, rebajando la cantidad en concepto de lucro cesante a cuatro millones, más el interés legal del dinero. Ambas partes recurren la sentencia en casación. (S. M. S.)

12. Orden o prioridad entre las reglas de interpretación de los contratos.—El Tribunal Supremo ha declarado en numerosas sentencias (v. gr., SSTs de 24 de julio de 1999, 11 de julio de 2000, 13 de diciembre de 2001, 18 de julio de 2002 y 23 de enero de 2003) que las reglas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1281 a 1289 CC constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí. Entre ellas, la regla del primer párrafo del artículo 1281 CC tiene un rango preferencial y prioritario. Por tanto, si la claridad de los términos de un contrato no deja lugar a dudas sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las reglas de los demás artículos, ya que éstas sólo tienen un carácter subsidiario a la regla que dispone la interpretación literal.

Interpretación de los contratos. Facultad de los Tribunales de instancia.—Es doctrina jurisprudencial consolidada (entre otras, SSTs de 22 de noviembre de 1982, 4 de mayo de 1984, 26 de septiembre de 1985 y 28 de febrero de 1986) que la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de Instancia, cuyo criterio ha de prevalecer, a menos que se demuestre que es ilógica o absurda, o a menos que se impugne por la vía adecuada el error sufrido (actualmente, por error de derecho, con cita de la

norma que se considere infringida). No se trata, pues, de sustituir la interpretación realizada por el órgano jurisdiccional por el criterio del recurrente.

Doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo. Presupuestos.— Declara el Tribunal Supremo (v. gr., STS de 30 de octubre de 1999) que la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo requiere necesariamente, por un lado, la actuación negocial de una o varias personas físicas bajo la apariencia o cobertura formal de una sociedad (de la que son o suelen ser socios únicos dichas personas físicas). Por otro lado, han de aparecer confundidos los patrimonios y la personalidad de todos ellos (la persona o personas físicas actuantes y la persona jurídica), lo que permite responsabilizar también a dichas personas del pago de las deudas sociales contraídas en esa actuación negocial, aunque formalmente aparezca como deudora la persona jurídica. En todo caso, según el Tribunal Supremo (STS de 23 de diciembre de 1997), esta doctrina es de uso restrictivo, por lo que ha de reservarse para los casos en que sea evidente que la confusión de personalidades y patrimonios entre personas físicas y jurídicas se ha utilizado con fines fraudulentos.

Responsabilidad solidaria. Ejercicio del derecho de repetición frente a los codeudores.— Cuando uno de los deudores solidarios paga el total de lo adeudado, no se produce una subrogación por éste en el crédito, sino que se extingue el mismo, y, para evitar que haya enriquecimiento indebido, el párrafo segundo del artículo 1145 CC le concede al deudor que paga un derecho de repetición que le permite reclamar a cada uno de los codeudores la parte que le corresponda y los intereses del anticipo. Para ejercitar este derecho, según el Tribunal Supremo (SSTS de 4 de enero de 1999 y 11 de marzo de 2002), aunque el nuevo acreedor puede acumular sus acciones y proceder contra todos en un solo procedimiento, nada le obliga a ello. De hecho, puede también ejercitar un procedimiento contra cada deudor, quien, a su vez, podrá oponerle las excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación y las personales, sin que perjudique lo actuado frente a los demás. (STS de 18 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.— Por contrato celebrado el 6 de agosto de 1992, la entidad *AYG, S. A.*, don J. R. S. M. A. y su esposa pactaron una cofianza en garantía de las obligaciones de la sociedad *RJ, S. L.*, de la que don J. R. S. M. A. era administrador. En el contrato se establecía, literalmente, que, a efectos internos —entre cofiadores—, la proporción a que se refiere el artículo 1844 CC se determinaría por el porcentaje de participación de los otorgantes en el capital social afianzado, computado en el momento en que se contraía la fianza. Posteriormente, en diversos momentos del año 1996, la entidad *AYG, S. A.*, procedió a pagar varias deudas que había contraído la sociedad *RJ, S. L.*, frente a una serie de bancos y entidades financieras. Por aquél entonces, la entidad *AYG, S. A.*, era titular de un 33 por 100 del capital social de *RJ, S. L.*, y don J. R. S. M. A. y su esposa eran titulares de un 5,26 por 100 del capital social.

AYG, S. A., ejercitó tras ello la llamada acción de reintegro de cofiadores, mediante la acumulación de cuatro demandas dirigidas contra don J. R. S. M. A. y su esposa, en reclamación de las cantidades pagadas, por entender que cada uno de los cofiadores debía reintegrarle la parte correspondiente. Los demandados se opusieron a la demanda, alegando, entre otros fundamentos, que su responsa-

bilidad derivada de la fianza debía determinarse en cada momento en proporción al porcentaje de su propiedad en las participaciones sociales de la deudora principal, no según la participación que tenían en la sociedad en el momento en que acordaron la fianza.

El Juzgado de Primera Instancia estimó todas las demandas acumuladas. Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia Provincial desestimó el recurso. Don J. R. S. M. A. y su esposa interpusieron entonces recurso de casación, respecto del que el Tribunal Supremo declaró no haber lugar. (A. M. M.)

13. Infracción del artículo 1091 CC.—El motivo se desestima porque es doctrina reiteradísima de esta Sala la de que los preceptos de carácter general, como es el citado como infringido, no sirven para fundamentar sobre ellos solos un motivo casacional.

Infracción del artículo 1196 CC.—El motivo se estima porque es cierto que la sentencia recurrida ha cometido el error de dar por hecho una consignación que dependía de que la sentencia fuese estimatoria de la demanda, y que en consecuencia se reconociese a los actores el derecho a percibir los daños y perjuicios que exigían a los demandados. En otras palabras, frente a una deuda cierta (la parte del préstamo que efectivamente habían recibido los actores), oponían éstos en compensación otra hipotética y condicional. No hay deudas vencidas, líquidas y exigibles, como requiere el artículo 1196 CC, y por lo tanto no procede entender que se ha consignado la cantidad anteriormente reseñada. Dado que los actores no han cumplido con la obligación que les impuso la sentencia, no podían ejercitar ninguna acción de nulidad del procedimiento hipotecario. (STS de 10 de mayo de 2006; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Doña Mercedes R. M. y otros, demandaron en juicio declarativo de menor cuantía a don José Luis B. C. y a su esposa, a don Manuel E. R. y esposa; y también a la sociedad *Blasco Campos, S. A.* Los actores suplicaban que se ratificase la declaración de nulidad de una escritura, así como de las cédulas que se instrumentan en la misma, y que fueron objeto del proceso hipotecario judicial sumario autos 950/88; que se declarase la nulidad del negocio jurídico de adquisición y adjudicación por venta judicial en subasta que tuvo lugar en aquel proceso judicial sumario; que se condenase, en todo caso, a don Jose Luis B. C. y a la entidad *Blasco Campos, S. A.*, y a la esposa de aquél a los efectos de ejecución sobre bienes que ostentaren en común, a abonar solidariamente una serie de cantidades a los actores, en concepto de daño emergente, y de daños y perjuicios por lucro cesante hasta la entrega efectiva de la finca en ejecución de sentencia; que se declarase el derecho de los actores a compensar y deducir de los daños que en todo caso se declarasen en la sentencia, la suma de 44.461.035 pesetas, que por motivo de las cédulas y escrituras relacionadas en el hecho cuarto de la demanda, tenían que devolver a don José Luis B. C., quien había reivindicado dicha suma en el proceso penal anterior por delito de usura interpuesto contra el mismo y contra don Manuel E. R., cuya sentencia declaró penalmente usurario el préstamo, condicionando la nulidad del mismo a que los demandantes (doña Merce-

des R. M. y otros) devolvieran la suma de 44.461.035 pesetas que realmente habían recibido. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando la nulidad de la escritura pública, de las cédulas y del proceso judicial sumario. La Audiencia ratificó la sentencia de primera instancia. Los demandados interpusieron recurso de casación que es estimado parcialmente, con fundamento en la infracción del artículo 1091 CC; y del artículo 1196 CC. (E. C. V.)

14. Contratos: interpretación; revisión en casación.—La interpretación de los contratos es competencia de los Tribunales *a quo*, siendo únicamente revisable en casación cuando sea contraria a las reglas de la lógica o bien cuando se contradice abiertamente el espíritu o la letra del texto interpretado (STS de 24 de enero de 2006 y las allí citadas).

Cláusula penal prevista para caso de falta de pago del precio aplazado. Incumplimiento parcial de la obligación de entrega de precio: no aplicación de la facultad moderadora del juez.—Es doctrina constante del Tribunal Supremo que, cuando la cláusula penal está prevista para un determinado incumplimiento parcial, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 CC si se produce exactamente aquel incumplimiento parcial. La moderación procede cuando se ha incumplido en parte la total obligación para la que la pena se previó, de modo que, como afirma la doctrina, «la finalidad del precepto no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis», porque cuando se previó para un incumplimiento parcial, la cláusula se rige por lo previsto por las partes. Resulta evidente que las cláusulas resolutoria y penal se pactaron en previsión de la falta de pago de una parte del precio que se aplazaba, pero, al ser éste una fracción del que se había pactado, su impago lleva a un incumplimiento parcial de la obligación asumida. Si la cláusula penal se prevé para el impago parcial del precio, no puede aplicarse la facultad moderadora del juzgador, ya que la autonomía de la voluntad consagra el principio básico de que los pactos deben ser cumplidos por las partes contratantes, respetando lo pactado, en este caso, la cláusula penal prevista para el incumplimiento parcial (STS de 5 de diciembre de 2003). Y es claro que la cláusula penal se impusiera sobre esta parte, dado que la mayor parte del precio había sido recibido ya por los vendedores. (STS de 14 de junio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don Álvaro y la sociedad Vartshire Ltd vendieron a la sociedad *Cartera Audiovisual, S. A.*, unas acciones de *Lee Panavision España, S. A.*, de las que eran titulares. El precio pactado en la escritura de compraventa fue de ochocientos millones de pesetas (4.808.096,84 euros), que se pagaron de la siguiente forma: los vendedores confesaban haber recibido 671.703.071 pesetas (4.037.016,76 euros) y las restantes 128.296.929 pesetas (771.080,07 euros) que restaban, debían hacerse efectivas en cinco plazos, sin devengo de interés, empezando a pagarse el 31 de julio de 1993.

En el contrato de compraventa de las acciones figuraba la siguiente cláusula: «Pactan expresamente los comparecientes, según intervienen, que en caso de impago de uno cualquiera de los pagos previstos en la estipulación anterior, quedará resuelta la presente compraventa quedando a favor de los vendedores las cantidades entregadas hasta el momento de la resolución».

El primer plazo se hizo efectivo y ante el impago de las restantes 105.122.987 pesetas (631.801,88 euros), se renegoció la forma y plazos de pago, emitiéndose dos pagarés, que también resultaron impagados.

El 9 de febrero de 1994 los vendedores se dirigieron a la compradora mediante acta notarial de requerimiento; en dicha acta figuraba lo siguiente: «por medio del presente dan por resuelto de pleno derecho el contrato de compraventa de las acciones reseñadas [...] resolución contractual con trascendencia real», readquiriendo don Álvaro y la entidad *Vartshire Ltd* «la propiedad y pleno dominio de las referidas acciones, como si la venta no hubiese tenido lugar, con todas las consecuencias de hecho y de derecho implícitas en la cláusula penal estipulada en sustitución de daños y perjuicios». Don Álvaro y la sociedad *Vartshire Ltd* demandaron a *Cartera Audiovisual, S. A.*, pidiendo «que se declare resuelto el contrato de compraventa» y que «se declare que la cantidad entregada queda propiedad de los demandantes». La demandada se allanó a la petición relativa a la resolución del contrato, pero discutió la procedencia de la cláusula penal, porque había pagado 697.466.873 pesetas (4.191.860,33 euros) y debía solamente 105.122.987 pesetas (631.801,88 euros), por lo que consideraba exagerada la cláusula penal y, en consecuencia, pidió que se le devolvieran 300.000.000 de pesetas (1.803.036,31 euros).

El Juzgado de Primera Instancia declaró resuelto el contrato por la vía extrajudicial y analizando los daños producidos en los demandantes por el impago, estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación contra esta sentencia, se estima por la Audiencia Provincial, que moderando la cláusula penal en virtud del artículo 1154 CC, acordó la restitución pedida por los demandados. Esta sentencia ha sido recurrida en casación. (*S. M. S.*)

15. Rescisión de contratos: fraude de acreedores. Presencia de los elementos para que prospere la acción revocatoria o pauliana (art. 1111 CC).—Existencia del crédito, celebración de contrato con tercero que implica beneficio o ventaja, *consilium fraudis*, que la jurisprudencia y la doctrina han ido centrando en la conciencia del perjuicio o *scientia fraudis*, y el llamado *eventum damni*, que considera presentes en el caso, poniendo énfasis en que una liquidación ordenada del patrimonio hubiera posibilitado el cobro.

Existencia de *consilium fraudis*.—La hipoteca comprende prácticamente la totalidad de los bienes de la entidad deudora, cuya situación ha de conocer el Banco acreedor por razón de los especiales vínculos que le unían a la empresa (el Secretario del Consejo fue nombrado a propuesta de la Corporación Industrial en la que era mayoritario el Banco, y la propia Corporación participaba en el capital de la entidad deudora con un 23 por 100). La consti-

tución de la garantía para seguridad de un crédito preexistente, sea o no un negocio gratuito, implica la evidente e indebida modificación de la *par condicio creditorum*, y se lleva a cabo cuando ya se habían celebrado reuniones para el aplazamiento del crédito de la actora y en un momento económico crítico, sin que pueda estimarse la alegación de que en el momento de acordarse el aplazamiento (30 de julio de 1993), pues se ha de subsanar la escritura de constitución (7 de mayo de 1993) en 17 de septiembre y llega al Registro en 27 de septiembre. Por lo que concluye el Juzgador que hubo un evidente ánimo de garantizar la posición del Banco frente a los demás acreedores y es suficiente la existencia de *scientia fraudis*, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, para la viabilidad de la acción.

Responsabilidad del administrador.—Ha de prosperar por cuanto se dan los requisitos que exige el artículo 135 LSA, pues su conducta ha sido determinante de la producción del daño, ya que, de forma simultánea, negocia el aplazamiento del pago del crédito de la actora y la constitución de la hipoteca. Además, hallándose la sociedad en pérdidas que dejan reducido su patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social (260.4 LSA), ya desde los meses de abril, mayo y junio de 1993, debió haber promovido la disolución, mediante la convocatoria de la Junta o mediante la solicitud judicial (art. 262.5 LSA). (**STS de 5 de junio de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo Sr. don Vicente Luis Montes Penadés.]

HECHOS.—El 17 de diciembre de 1992 se realiza una operación de préstamo, entre *Emeterio Guerra, Industrias Electro-Harineras Castellanas, S. A.*, y *Banco Español de Crédito, S. A.*, del que nace un crédito personal a favor del Banco. El 7 de mayo de 1993 se garantiza el buen fin de ese crédito con hipoteca, mediante escritura que ha de ser subsanada en 17 de septiembre de 1993 y llega al Registro en 27 de septiembre. La hipoteca comprende prácticamente la totalidad de los bienes de la entidad deudora. Mientras tanto, en 30 de julio de 1993, se ha llegado a un acuerdo entre *Emeterio Guerra, Industrias Electro-Harineras Castellanas, S. A.*, y *Virgilio Díez Monedero, S. A.*, calificado como el primero o más importante de sus acreedores, para aplazamiento de la deuda, que se refleja en un documento de reconocimiento de la deuda, y se libran letras de cambio con vencimientos entre 15 de octubre de 1993 y 15 de junio de 1995. *Virgilio Díez Monedero, S. A.*, emprende, acumuladamente, acciones contra *Emeterio Guerra, Industrias Electro-Harineras Castellanas, S. A.*, *Banco Español de Crédito, S. A.*, y don José Miguel. Contra *Emeterio Guerra, Industrias Electro-Harineras Castellanas, S. A.*, acción declarativa ordinaria con fundamento en el suministro de cereales (entre octubre de 1992 y mayo de 1993) cuyo precio quedó impagado, y la cambiaria declarativa con fundamento en las letras que se libraron, para su pago, con los intereses del artículo 58 LCCh. Contra la misma entidad y *Banco Español de Crédito, S. A.*, una acción de indemnización de daños y perjuicios por constitución de hipoteca en fraude de acreedores, ya que se trató de una hipoteca constituida a título gratuito, para garantizar un préstamo preexistente a punto de vencer. Y, además, la condena solidaria de don José Miguel con *Emeterio Guerra*, ya que había sido Administrador, incumpliendo sus obligaciones, cuando la entidad estaba ya en insolvencia, dando lugar a las ventas y constitu-

yendo en fraude de acreedores la hipoteca (arts. 133 y 135, 262.5 y 260.4 LSA). El Tribunal de Primera Instancia estima los pedimentos del actor. La Audiencia Provincial, confirma la sentencia apelada. Es recurrida en casación por los demandados. (S. M. S.)

16. Necesidad del carácter subsidiario de la acción rescisoria por fraude de acreedores.—La acción rescisoria —dice la S de 22 de abril de 2004— viene a consistir en un remedio de carácter subsidiario, conforme al artículo 1294 CC, habiendo declarado reiteradamente esta Sala (SS de 12 de marzo de 1984, 24 de noviembre de 1988 y 27 de mayo de 1992) que dicho Cuerpo legal la establece a favor de los acreedores para proteger y lograr la efectividad de sus créditos en bienes del deudor demandado. Exige, a modo de preferente fáctico legal necesario, que se cumplan las previsiones del artículo 1111 CC, es decir, que a los acreedores no les resulte por otro medio posible obtener el reintegro de la deuda, lo que supone la realidad de la existencia del crédito y la celebración por el deudor con posterioridad de actos de disposición patrimonial que atenten directa y frontalmente a dicho crédito, al que de este modo se le vacía de todo contenido en cuanto a su real percepción, en un actuar defraudatorio concebido y ejecutado con el indudable propósito de causar perjuicios y daños constatados al acreedor, debiendo también darse la concurrencia de que los bienes no hayan pasado a manos de terceros de buena fe (SS de 17 de noviembre de 1987, 25 de enero de 1989, 27 de febrero, 27 de mayo y 26 de noviembre de 1992). (**STS de 24 de mayo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Pedro González Poveda.]

HECHOS.—El *Banco Central Hispano Americano, S. A.*, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Murcia contra don Pedro N. M. y su esposa doña Josefa G. M. y contra don Félix G. V. y doña María del Carmen T. G. solicitando que se declarase nula una escritura de cesión y transmisión de una finca por fraude de acreedores y, subsidiariamente, se condenase a los demandados, con carácter solidario, a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado desestimó íntegramente la demanda. Sin embargo, apelada la sentencia, la Audiencia de Murcia acogió el recurso del banco demandante y declaró la nulidad por fraude de acreedores de la correspondiente escritura pública. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

17. Contrato de compraventa de bien inmueble. Diferencia entre la imposibilidad inicial de cumplimiento y la imposibilidad sobrevenida.—Cuando se produce una imposibilidad de cumplimiento de la prestación hay que distinguir si tal imposibilidad existe en el momento de la perfección contractual (momento de formación del contrato) en cuyo caso el efecto jurídico que procede es el de la nulidad contractual de conformidad con el artículo 1272 en relación con el artículo 1261.2, ambos del Código civil, o si se trata de una imposibilidad sobrevenida —con posterioridad a la perfección y antes de constituirse el deudor en mora— en cuyo caso (art. 1184 CC) se da lugar a la liberación de la prestación (resolución contractual). En tal sentido, por todas, SS de 10 de abril 1956 y 30 de abril 2002).

No existe imposibilidad de cumplimiento.—La sentencia de primera instancia (asumida por la de apelación) entiende que la actora no podía por sí sola subsanar la discrepancia, y señala «que como le comunicó el *Palmeral de Obras, S. L.*, que era quien había efectuado la declaración de obra nueva y división horizontal [y quien transmitió la finca a la aquí vendedora y recurrente Grupo Ferrovial], había otorgado una escritura de subsanación de fecha 30 de enero de 1989 que estaba en trámite de inscripción registral, lo cierto es que sigue sin inscribirse todavía, entre otras circunstancias por los litigios que existen entre los propietarios de la primera fase de la urbanización y el *Palmeral de Obras, S. L.*, y también con los de la segunda fase, que han hecho que hasta la fecha se nieguen a dar su consentimiento algunos de ellos para modificación y rectificación de la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal».

De lo expuesto no cabe deducir una situación de imposibilidad jurídica, ni siquiera en su versión de dificultad que pudiera ser valorada como de imposibilidad, en los términos a que se refiere la doctrina de la Sala antes expuesta. La declaración del Juzgado es simplemente apodfctica, y no hay razonamiento alguno que explique porqué (*sic*) no puede efectuarse una rectificación de la cabida de la finca (art. 298 RH) con base catastral, o máxime existiendo ya una escritura pública de subsanación, con independencia de las restantes fincas.

En la compraventa de cuerpo cierto resulta irrelevante la diferencia de cabida.—El comprador (demandado recurrente) Sr. M. P. conocía perfectamente las condiciones de la finca al tiempo de perfeccionar el contrato de compraventa y prestó el consentimiento plenamente consciente de sus características, incluida la cabida, por lo que nos hallamos ante un supuesto de compraventa de «cuerpo cierto» regulada en el artículo 1471 CC, en cuyo párrafo primero se establece que «en la venta de un inmueble, hecha por precio alzado y no a razón de un tanto por unidad de medida o número, no tendrá lugar el aumento o disminución del mismo aunque resulte mayor o menor cabida o número de los expresados en el contrato» y a la cual se refiere una profusa doctrina jurisprudencial (SS, entre las más recientes, de 18 y 25 de febrero y 24 de abril de 1997, 25 de julio de 1998, 18 de junio de 1999, 21 de julio y 5 de diciembre de 2000 y 31 de enero de 2001). Por consiguiente, la diferencia de cabida del objeto comprado resulta irrelevante, por lo que ninguna trascendencia económica derivado de ello puede tener para el vendedor en el presente proceso.

Mala fe en la conducta observada por el comprador.—La conducta del Sr. M., ocupando el apartamento, manteniéndose en el mismo con excusas como la expuesta, o con las totalmente carentes de fundamento probatorio, e incluso en contradicción con su propia confesión, como las relativas a la cédula de habitabilidad y a los boletines de luz y agua, y ello habiendo abonado solamente doscientas mil pesetas de los diecisiete millones quinientas mil pesetas a que asciende el precio total de la compraventa, supone una actuación abusiva y de absoluta mala fe, que conculca la normativa contractual (art. 1258 CC) y el comportamiento exigible en el ejercicio de los derechos (art. 7.1 y 2 CC). (**STS de 21 de abril de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Habiéndose apreciado que la cabida de una vivienda familiar era superior a la que constaba en el Registro de la Propiedad, el vendedor demandó al comprador pidiendo que se decla-

rase alternativamente el cumplimiento del contrato y elevación del mismo a escritura pública con entrega de la parte de precio no satisfecha o la resolución del mismo por imposibilidad de cumplimiento; subsidiariamente se solicitaba que se cumpliera el pacto de arras, dejando sin efecto el contrato y allanándose el vendedor a devolverlas duplicadas. El comprador se opuso a la demanda y formuló reconvención solicitando el cumplimiento del contrato y que en la escritura pública de compraventa se hiciera constar la realidad física de la finca comprada. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda dando por resuelto el contrato y desestimó la reconvención. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por el demandado reconviniente. Con un pronunciamiento sorprendente, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por el comprador pero, en lugar de desestimar la demanda y estimar la reconvención, estimó la demanda en lo que se refiere a la otra pretensión alternativa del demandante, es decir, declarando la vigencia del contrato y condenando al demandado a otorgar la escritura pública de compraventa en los términos solicitados por el demandante. (M. C. B.)

18. Ejercicio del derecho de opción de compra.—«Como recuerda la S de 6 de julio de 2001, la jurisprudencia de esta Sala ha ido perfilando los caracteres y requisitos de la opción de compra. Como ejemplo puede tomarse, por los precedentes que a su vez cita, la S de 14 de febrero de 1997, a cuyo tenor la opción de compra consiste en conceder al optante mediante cláusula inserta en el contrato de arrendamiento urbano, la facultad exclusiva de prestar su consentimiento en el plazo contractualmente señalado a la oferta de venta, que por el primordial efecto de la opción es vinculante para el promitente, quien no puede retirarla durante el plazo aludido, y una vez ejercitada la opción oportunamente se extingue y queda consumada y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa, sin que el optatario o concedente pueda hacer nada, en casos como el debatido, para frustrar su efectividad, pues basta para la perfección de la compraventa con el optante, como en el caso discutido se ha probado, que le haya comunicado la voluntad de ejercitar su derecho de opción (SSTS entre otras, de 13 de noviembre y 22 de diciembre de 1992). Dentro de los efectos de la opción, que se perfecciona una vez debidamente ejercitada el contrato de compraventa, éste queda sometido a su propia regulación (arts. 1445 ss. CC), en la que figura el 1450 CC, que mantiene desde luego la perfección del contrato, aunque ni la cosa ni el precio se hayan entregado, como así lo corrobora en caso de opción la doctrina de esta Sala (SS entre otras, de 3 de febrero 1992) al poner de relieve que si bien el contrato de opción puede funcionar como preliminar de la compraventa, una vez consumado por su ejercicio en tiempo y forma, la enajenación ha de cumplirse en la forma pactada. Y esta misma sentencia al examinar en concreto el requisito del pago o consignación del precio, se remite a la de 2 de febrero de 1992 para declarar que se trata de una condición no exigida «salvo que ésa sea la intención contractual de las partes, manifestada en una cláusula clara y terminante», doctrina que igualmente se expresó en las SS de 17 de mayo y 24 de junio de 1993. Y es evidente que si bien se exigía que el precio se hiciera efectivo en el momento de ejercitarse la opción, este precio debía haber sido objeto de una previa determinación, que no necesitaba de un nuevo acuerdo

entre las partes, pero que exigía la colaboración de quien debía recibirlo, de conformidad con lo establecido en el mismo contrato, siendo esto a la postre lo que interesó el optante». (STS 3 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El día 23 de enero de 1989, *Grupo Unigro, S. A.*, constituyó un derecho de opción de compra, a ejercer dentro del plazo de cinco años, a favor de M. M. G. El día 29 de octubre de 1993 M. M. G comunicó formalmente al concedente su intención de ejercitar el derecho de opción de compra y le requirió que le indicara el importe que debía pagar, ya que de acuerdo con lo estipulado su determinación la había de efectuar el concedente. Ante la falta de comunicación por el concedente del precio a pagar M. M. G interpuso demanda contra *Grupo Unigro, S. A.*, solicitando que se declarara ejercida debidamente la opción de compra. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y declaró que el actor había ejercido debidamente la opción de compra. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (R. T. B.)

19. Contratos: interpretación.—Las consideraciones del tribunal de instancia deben considerarse inmunes al control casacional, salvo en los casos extremos en que la manifiesta ilogicidad del resultado interpretatorio o la arbitrariedad del juicio de hecho, o las consecuencias a que se llegue en la interpretación, reveladoras de infracción de una norma jurídica, conduzcan a una situación contraria a Derecho, que reclame la revisión en sede casacional (el Tribunal cita la STS de 23 de diciembre de 2003). La interpretación contractual practicada por la Sala se encuentra sometida a las reglas de la lógica, tanto por lo que se refiere a la pretendida minoración del precio del arriendo como para lo referido a los gastos de construcción y puesta en funcionamiento del negocio. En cuanto a la minoración por superficie inferior en cincuenta metros cuadrados sobre cuatrocientos cincuenta metros de superficie de la cosa arrendada, en el contrato la superficie se señaló como aproximada porque no era posible fijarla con exactitud, y ello antes de otorgarse por el Promotor la escritura de división horizontal, habiéndose fijado el precio del arriendo de manera fija y no en función de los metros cuadrados de superficie, con recepción de la cosa arrendada, realización de obras posteriores a la misma y pago de la renta por la arrendataria demandante durante años, sin manifestación contraria, hechos que entiende la Audiencia hacen suponer un conocimiento exacto de los metros de superficie y la aceptación del objeto del contrato. En cuanto a si el objeto del contrato era una finca edificada o sin edificar, la interpretación de la Audiencia de que se trataba de superficie sin edificar también entra en las reglas de la lógica, no es absurda ni arbitraria, pues tiene en cuenta las especiales naturaleza y características del negocio que se iba a instalar, de autolavado, que es distinto al de un tradicional local comercial, y concretamente diferente a los demás locales comerciales del complejo comercial que efectivamente el promotor entregaba construidos y a los que se refieren las condiciones generales cuando hablan de previa construcción, locales que estaban en el interior del Complejo, y no en el exterior, como el destinado a lavado de coches, siendo la propia conducta del arrendatario la de recibir el objeto de arriendo sin reserva alguna y empezar a

construir el autolavado en 1990, y a realizar la oportuna tramitación administrativa, sin hacer requerimiento de pago por estos conceptos hasta 1994.

Opción de compra: efectos con relación a terceros. Inoponibilidad de opción no inscrita a terceros adquirentes de buena fe del inmueble. Tercero hipotecario: buena fe: presunción.—La parte recurrente cita sentencias de esta Sala que, como la de 13 de febrero de 1997, otorga eficacia a un contrato de opción de compra no inscrito, vigente, y conocido por la parte. También se cita la STS de 24 de octubre de 1990, en la que se parte de la mala fe del tercer adquirente. Sin embargo, en el presente supuesto, la mala fe del tercer adquirente no es declarada en la sentencia de apelación, pues no se ha declarado probado que la entidad *Rodamco, S. L.* (tampoco respecto de las anteriores adquirentes), que es de la que se demanda el otorgamiento de la escritura, tuviera conocimiento de la existencia de la cláusula de opción de compra otorgada entre la entidad actora y *TACSA*, y no inscrita en el Registro de la Propiedad, después de que varias entidades adquirieran sucesivamente la titularidad de la finca arrendada, estando amparada por el principio de exactitud registral, y la presunción de buena fe que en el artículo 34 LH se establece a favor del tercero que adquiere amparado en el Registro, buena fe que cabe desvirtuar mediante prueba en contrario cuya carga incumbe a quien invoca su ausencia. (STS de 5 de junio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.]

HECHOS.—La *Compañía Española de Lavados y Servicios, S. A.*, demanda a *Técnicas de Acondicionamientos Comerciales, S. A.*, *Parques Urbanos, S. A.*, *Hércules Hispano Inmobiliaria, S. A.*, y *Rodamco Inversiones, S. L.*, exigiendo cantidad a determinar, en ejecución de sentencia, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, en relación, por un lado, con la minoración del precio del arrendamiento de finca (para establecimiento de negocio de autolavado) que se ha venido abonando, por el hecho de ser el local arrendado de menor superficie edificable a la pactada, y, por otro lado, con el resarcimiento de los gastos y desembolsos que ha tenido que hacer la actora para la construcción y puesta en funcionamiento de su negocio, al entender que se pactó la entrega del local construido y sólo se verificó respecto de la superficie destinada a la construcción. Además, la actora pretende obtener la efectividad del pacto de opción de compra (elevación a público contrato de compraventa), complementario y posterior al contrato de arrendamiento de finca. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, condenando (sólo) a *Técnicas de Acondicionamientos Comerciales, S. A.*, a que indemnice al actor en los daños y perjuicios que le ha causado el incumplimiento del pacto de opción de compra, cuyo importe se determinará en ejecución de sentencia. Los actores interponen recurso de apelación, que es desestimado, y posteriormente recurso de casación. (S. M. S.)

20. Naturaleza civil del contrato de suministro de agua. Aplicación del plazo de prescripción previsto en el artículo 1967.4 CC.—El primer motivo se formula por estimar la recurrente infringidos tanto el artículo 1964 CC, como el artículo 1967.4 del mismo cuerpo legal, ya que el primer precepto hace referencia concreta a la prescripción de quince años para las acciones personales que no tengan señalado un término especial; lo que implica necesari-

riamente decidir si los contratos de suministro de agua tienen naturaleza civil o mercantil; ya que de calificarse el negocio o contrato de mercantil sería de aplicación el artículo 1964 CC, por la supletoriedad de éste ante la laguna que existe en el ordenamiento mercantil y por la referencia que al mismo orden civil efectúa el artículo 943 CCO. La recurrente estima que los contratos celebrados entre las partes tienen naturaleza mercantil. En virtud de estas consideraciones la recurrente impugna la estimación de la excepción alegada en la contestación a la demanda sobre prescripción, al considerar tanto la sentencia de primera instancia como la sentencia de apelación la aplicación al caso de la prescripción de tres años del artículo 1967.4 CC. La sociedad demandante tiene por objeto social el suministro de aguas mediante precio. La sociedad demandada tiene la actividad propia de un club deportivo, entre las que se cuenta el uso de piscina con agua suministrada por la demandante; por lo que, como expresa la sentencia apelada el agua se dedica a atender y cubrir las necesidades propios de su objeto social, con lo que, en cuanto a compraventa civil, el plazo prescriptivo aplicable no puede ser otro que el tomado en cuenta por el Juzgado de Primera Instancia. (STS de 12 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—En fechas comprendidas entre enero y junio de 1970, la entidad mercantil Suministradora de *Aguas Lomas Bosque, S. A.*, suscribió varios contratos para suministro de agua con la entidad *Club de Tenis Las Lomas, S. A.* Ésta, desde enero de 1987, dejó de abonar los recibos que se le remitían. Por ello, la entidad suministradora de agua interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 54 de Madrid en reclamación de más de dieciséis millones de pesetas, importe de los recibos no satisfechos. El Juzgado estimó sólo parcialmente la demanda al considerar que el contrato de suministro celebrado tenía carácter civil y, en consecuencia, le era de aplicación el plazo de prescripción de tres años previsto en el artículo 1967.4 CC. De esta forma, el Juzgado desestimó la pretensión de la compañía suministradora de considerar el contrato como mercantil y aplicarle, ante la laguna existente en el ordenamiento mercantil, el plazo de prescripción de quince años contemplado en el artículo 1964 CC. Apelada la sentencia, ésta se confirmó en todos sus extremos. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

21. Arrendamiento de terrenos en los que no existe construcción alguna. Aplicación de las normas del Código Civil.—El carácter imperativo de la legislación especial arrendaticia no indica, ni con mucho una preferencia sobre las normas de un Derecho común o general. Y así lo reconoce jurisprudencia de esta Sala, que declara que si alguna duda surgiere en cuanto a la aplicación de la legislación común o especial, habrá de ser resuelta otorgando preferencia a aquélla por su carácter general y atrayente —S de 21 de abril de 1951—. Además en los supuestos en que exista duda acerca de si la normativa aplicable a un contrato de arrendamiento es la general del Código Civil o la especial, representada por la Ley de Arrendamientos Urbanos, es obvio que debe incluirse la aplicabilidad de la legislación general dictada para la mayoría de los casos en lugar de seguir el criterio de la especialidad (S de 10 de febrero de 1986).

Es más, si en todo caso el arrendamiento en cuestión fuere un arrendamiento *ad aedificandum* el mismo sería un arrendamiento complejo, excluido, en principio, de la legislación especial. (STS de 10 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—En 1988, los litigantes firmaron un contrato de arrendamiento de terrenos en los que no había construcción alguna, previéndose una posible edificación, en cuyo caso esa eventualidad condicionaría el precio del arrendamiento. Habiendo desistido unilateralmente el arrendatario, el arrendador instó un procedimiento judicial reclamándole la indemnización a que hace referencia el artículo 56 LAU de 1964. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, aunque fijando como indemnización una cantidad inferior a la reclamada. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por el arrendatario, con desestimación íntegra de la demanda, por estimar que se trataba de un arrendamiento regulado por el Código Civil, en el que no se prevé la indemnización que reclamaba el arrendador. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el arrendador. (L. F. R. S.)

22. Arrendamiento de nave industrial. Extinción por pérdida de la cosa debido a un incendio. La indemnización no se extiende a las rentas correspondientes al período posterior al incendio ni a la pérdida de la calificación del suelo.—La relación arrendaticia se ha extinguido por pérdida de la cosa y no es procedente integrar las rentas de fechas posteriores al incendio en el concepto indemnizatorio; y tampoco cabe el abono de la cantidad solicitada por pérdida de la calificación del suelo, pues la situación ha sido determinada por los órganos administrativos correspondientes y el recurrente tuvo a su alcance los cauces oportunos de oposición.

Contrato de seguro de responsabilidad civil. La indemnización a cargo de la compañía aseguradora no comprende los intereses de demora por haber existido discusión justificada sobre la procedencia de la cobertura del siniestro.—La determinación de la causa de la obligación de pago de la aseguradora hubo de efectuarse por el órgano judicial, al haber existido discusión entre las partes, no del importe exacto de la indemnización, sino de la procedencia o no de la cobertura del siniestro, inclusive con dos sentencias opuestas en las instancias, y la doctrina jurisprudencial exige que la falta de satisfacción de la indemnización obedezca a una causa injustificada o imputable a la aseguradora (entre otras, SSTS de 3 de noviembre de 2001, 7 de octubre, 3 y 17 de diciembre de 2003, 7 y 9 de junio y 22 de octubre de 2004), lo cual, al no ocurrir en el supuesto debatido, produce la liberación del pago de los intereses moratorios determinados en el citado precepto. (STS de 25 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela.]

HECHOS.—El demandante había arrendado una nave industrial, en la que se había instalado una industria de carpintería explotada por una sociedad. El arrendatario y la sociedad habían concertado un seguro de responsabilidad civil hasta la cantidad de siete millones de pesetas. Habiéndose destruido la nave por un incendio, el

arrendador demandó al arrendatario, a la sociedad titular del negocio de carpintería y a la aseguradora reclamando cantidades en diversos conceptos. El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Interpuesto el recurso de apelación, fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial, que condenó al arrendatario y a la sociedad titular de la industria a indemnizar al demandante por valor de 13.537.776 pesetas, de las que la compañía aseguradora debía satisfacer 7.000.000 de pesetas a cuenta del seguro. Interpuesto recurso de casación por parte del demandante y de la aseguradora, el Tribunal Supremo declaró lo haber lugar al mismo. (*M. C. B.*)

23. Contrato de arrendamiento de local de negocio. Irregularidades en los elementos comunes del edificio donde se encuentra el local.—El Tribunal Supremo acoge en esta sentencia la interpretación jurisprudencial de los artículos 1554 CC y 107 LAU de 1964, que defiende que no cabe confundir las reparaciones relativas a la vivienda o local como finca individual, con las que corresponden a la Comunidad de Propietarios del inmueble, ya que las irregularidades en los elementos comunes no pueden ser imputadas a la arrendadora del local, como tampoco las posibles innovaciones para prevenir nuevos daños, cuando dichos daños provienen de los elementos comunes y no de las instalaciones y componentes propios del local arrendado (STS de 7 de diciembre de 1984).

Improcedencia de indemnización por los bienes dañados. Falta de acreditación de que el material dañado existente en el local arrendado pertenecía exclusivamente al arrendatario.—No procede indemnizar al arrendatario por los daños producidos en los bienes existentes en el local arrendado cuando el arrendatario reconoce expresamente que dichos bienes pertenecen exclusivamente a dos entidades mercantiles (que no son las arrendatarias) y, además, no acredita la existencia de bienes de su exclusiva propiedad que hayan resultado perjudicados. (**STS de 18 de mayo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela.]

HECHOS.—Doña M. A. E. A. presenta una demanda contra don F. B. O. solicitando la resolución del contrato de arrendamiento de un local de negocio, por falta de pago de la renta, y el abono de las rentas impagadas, más los intereses correspondientes. Don F. B. O. presenta una demanda reconventional en la que insta la resolución del contrato de arrendamiento y solicita una indemnización de daños por los desperfectos sufridos en determinados bienes de su propiedad, así como en concepto de daños comerciales y de negocio. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y la reconvenición, de tal forma que declara la resolución del contrato y condena al arrendatario a pagar las rentas impagadas más los intereses. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación presentado por el arrendatario y fija una determinada cantidad de dinero en concepto de rentas adeudadas hasta la presentación de la demanda. Frente a esta sentencia, el arrendatario presenta un recurso de casación que es desestimado por el Tribunal Supremo. Admitida por ambas partes la resolución del contrato de arrendamiento, la cuestión litigiosa queda centrada en el

hecho de si la arrendadora debió realizar o no ciertas obras de reparación en el local por filtraciones de agua provenientes de elementos comunes y si correspondía o no al arrendatario una indemnización por los daños sufridos en determinados bienes. (L. P. S. M. P.)

24. Subarriendo de finca y no cesión del contrato de arrendamiento.—El contrato de 18 de febrero de 1994 se presenta como relación compleja, pero de ninguna manera corresponde a lo que ha de entenderse por cesión del contrato; conforme a la doctrina de esta Sala de Casación Civil, pues para que tenga lugar la misma es preciso acuerdo de voluntades mediante el cual el cedente transmite al cesionario la titularidad de un determinado contrato, debiendo concurrir el consentimiento del contratante cedido (originario), con lo que se ocasiona una necesaria conjunción de tres voluntades, produciendo el efecto de que la primitiva relación contractual, que se mantiene, se amplía a un tercero que se incorpora a la misma por la cesión llevada a cabo y el cedente queda desligado del precio y de las obligaciones contraídas, que asume el cesionario, que pasa a relacionarse con el contratante cedido, que conserva siempre su posición originaria (SS de 6 de febrero de 1993, 5 de abril de 1994, 9 de diciembre de 1997, 19 de septiembre de 1998, 9 de diciembre de 1999, 30 de agosto de 2001 y 7 de octubre de 2002), viniendo a operar la cesión con carácter unitario, es decir que la integra toda la comprendida en el contrato y constituye un objeto y propio contenido negocial (S de 24 de noviembre de 2003), salvo pacto expreso.

La literalidad de los contratos no se impone de manera absoluta cuando los términos de la relación no se presentan con la suficiente precisión y claridad, y resultan disconformes con la voluntad de los contratantes, no dependiendo la naturaleza de los negocios jurídicos de la denominación que les hayan atribuido las partes, y es el contenido real del contrato el que determina su calificación, en correlación a las declaraciones de voluntad que lo conforman.

Los hechos probados son manifiestos al acreditar básicamente que la pretendida cedente *Pebosa, S. A.*, no se apartó por completo de la relación de arrendamiento con la Comunidad recurrente, atendiendo al contrato vigente como a los que le precedieron, pues mantiene la posesión, disfrute y explotación de la mayor parte del monte, por lo que no ha tenido lugar cesión total de todo el terreno que había arrendado, con la excepción de la porción cedida por contrato de 18 de febrero de 1994 a *Cupiga, S. A.*, y conserva dicho arrendatario su posición locativa originaria, pues *Pebosa, S. A.*, es la única que paga la renta, si bien *Cupiga, S. A.*, asumió el abono del 50 por 100 como pacto interno, pero ninguna relación directa mantiene ésta con la Comunidad propietaria del monte. (**STS de 6 de abril de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—La comunidad de vecinos titular del Monte Vecinos en Mano Común de Pacios de la Sierra demandó a dos entidades mercantiles. La primera era arrendataria de una finca perteneciente a la comunidad demandante y la segunda era cesionaria de los derechos de explotación de una parte de la finca arrendada. La demandante solicitaba la resolución del arrendamiento por haber cedido el contrato la arrendataria a la otra demandada; además, se solicitaba la demolición de la nave industrial construida en la finca arrendada,

así como levantar y retirar la línea de transporte de energía eléctrica y equipos industriales dejando las cosas tal como se hallaban inmediatamente antes de ser realizadas las obras. Habiéndose opuesto las demandadas a las pretensiones de la demandante, el Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó íntegramente el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, absolviéndolas de la demanda por tratarse de un subarriendo parcial y no de una cesión de contrato. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación instado por la demandante. (L. F. R. S.)

25. Aplicación retroactiva de la LAU de 1994.—«Como dice la S de 16 de abril de 1998, “las normas legales son irretroactivas, salvo que expresamente dispongan lo contrario (art. 2.3 CC) y los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior al Código, y que sean válidos con arreglo a la misma, surtirán sus efectos según la misma”, lo que es aplicable a cualquier otro cambio legislativo. Y la S de 15 de febrero de 1990 destaca que “el derecho transitorio, lejos de la distinción entre normas dispositivas y de derecho estricto o excepcional, tiene como único objeto combinar el derecho y situación anterior a la promulgación de la nueva Ley con ésta, sin atenerse a criterios fijos, sentando normas que eviten la irregularidad jurídica que podría causarse de no establecerse normas transitorias, y estas normas han de ser interpretadas conforme a los principios de literalidad y lógica de los textos”. De acuerdo con ese principio de irretroactividad de las Leyes, la Ley 29/1994 no ha establecido una aplicación retroactiva de sus preceptos, en bloque, a los contratos vigentes a su entrada en vigor, ya sean celebrados antes o después del 9 de mayo de 1985. Las disposiciones transitorias de la Ley 29/1994, tienen todas ellas un objeto concreto y determinado, como se pone de manifiesto en su Preámbulo, que no es otro que eliminar los efectos perjudiciales que ha tenido la prolongada vigencia de la prórroga forzosa obligatoriamente impuesta por la Ley de 1964, y a tal efecto las disposiciones transitorias actúan sobre la renta, la posibilidad de subrogación *inter vivos* y la prórroga obligatoria aplicándose, en consecuencia, el régimen legal vigente al tiempo de la celebración del contrato a aquellas otras cuestiones, como es la del ejercicio del retracto, que no guarden relación con las específicamente tratadas en las distintas disposiciones transitorias de la Ley 29/1994. Es decir, la consideración del contrato existente entre las partes de “arrendamiento para uso distinto del de vivienda” (art. 3.2 de la Ley 29/1994), a los efectos establecidos en la disposición transitoria tercera de esta Ley, no supone una ampliación al mismo de la normativa de esta Ley 29/1994, ni la de las normas de la Ley de 1964 reguladoras del contrato de arrendamiento del local de negocio».

Aplicación analógica del derecho de retracto establecido en el artículo 47.3 LAU de 1964.—«Señala la S de esta Sala de 13 de junio de 2003 como “la Exposición de Motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974 que aprobó el Texto articulado del Título Preliminar del Código Civil, refiriéndose a la analogía dice que ‘no presupone la falta absoluta de una norma, sino la previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos configurados es extensible por consideraciones de identidad o similitud al supuesto no previsto’; se condiciona así la aplicación del método

analógico a la existencia de una verdadera laguna legal y a la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado debiendo acudirse para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados (S de 20 de febrero de 1998); para su aplicación es condición necesaria que el supuesto específico carezca de regulación normativa, además que la norma que se pretende aplicar, por su identidad de razón con el supuesto sea lo suficientemente expansiva, interpretada correctamente en su finalidad hasta el punto de permitir esa aplicación (S de 7 de enero y 3 de abril de 1981). Como dice la STC de 14 de julio de 1988, se trata de una operación jurídica delicada que exige medida, ponderado, meditado y cuidado uso". La excepción a la procedencia del derecho de retracto reconocido por la Ley especial arrendaticia al arrendatario, no puede ser extendida por vía de analogía, a otros supuestos que contribuirían a reducir el ámbito de ese derecho. Tampoco se da esa razón de analogía que se pretende en el motivo; la exclusión del derecho de retracto de los supuestos de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado, radica en que tal adquisición lo es a título gratuito, no oneroso, y, por tanto, excluido del retracto que exige, inexcusablemente, una transmisión onerosa, compraventa o dación en pago; en la adjudicación a los cónyuges de bienes en pago de su mitad en la sociedad de gananciales por disolución de ésta, no supone transmisión alguna del dominio, ya que los bienes adjudicados eran ya propiedad del cónyuge adjudicatario, si bien bajo el sistema de comunidad propio de la sociedad de gananciales». (STS 26 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Pedro González Poveda.]

HECHOS.—F. L. V. arrendó un piso que formaba parte de un edificio no dividido en propiedad horizontal. Posteriormente L. P. R. se convirtió en propietario del edificio. Éste adquirió una parte por compra de la mitad de la cosa, y otra por compra de los derechos hereditarios a los herederos. A la muerte de L.P.R. se adjudicó en pleno dominio el 34 por 100 de la finca a su esposa, C. B. B. Al disolverse la comunidad constituida sobre el edificio se adjudicó a C. B. B. el piso arrendado a F. L. V. El arrendatario formuló demanda de juicio de retracto contra C. B. B. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por falta de litisconsorcio pasivo necesario. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación de la actora y reconoció el derecho de retracto de la actora. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por ambas partes. (R. T. B.)

26. Responsabilidad profesional del abogado: cumplimiento defectuoso del encargo recibido: intervención ante la Jurisdicción laboral.—La relación contractual entre abogado y cliente es, en la inmensa mayoría de los casos, un contrato de prestación de servicios que define el artículo 1544 CC como relación personal *intuitu personae* que incluye el deber de cumplirlos, además de un deber de fidelidad derivado del artículo 1258 CC, imponiendo al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto; de ello se desprende que si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento total o defectuoso de la obligación que corresponde al profesional (STS de 28 de enero de 1998), y que da lugar a la obli-

gación de resarcir los daños y perjuicios que en ellos traigan su causa. En el presente caso, el abogado había asumido, dentro de sus obligaciones profesionales, la de representar a sus clientes en el procedimiento a seguir ante la jurisdicción de lo social y a tal efecto designó su domicilio para oír notificaciones de acuerdo con los artículos 18.1 y 19.1 de la Ley de Procedimiento Laboral; debió de actuar, por tanto, con la diligencia necesaria para obtener los poderes notariales que acreditasen la representación asumida, en tiempo hábil procesalmente. Fue esa falta de diligencia lo que dio lugar al archivo declarado por el Juzgado de lo Social; con su comportamiento negligente, como dice la STS de 14 diciembre 2005, privó a los actores de la oportunidad de someter a la consideración judicial una determinada pretensión y si bien nadie puede prever lo que hubiera ocurrido de haberlo formulado, con su conducta no sólo impidió sus clientes la posibilidad de conseguirlo, sino que vulneró su derecho a obtener la tutela judicial efectiva, pues el derecho de acceso a la jurisdicción forma parte del patrimonio jurídico de los actores; no consta acreditado que el recurrente recabase con tiempo suficiente a sus clientes la entrega de los poderes necesarios, por lo cual no cabe atribuir la resolución de archivo dictada por el juzgado a culpa de éstos.

El recurrente en casación carece de legitimación para pedir condena del codemandado absuelto.—Es doctrina reiterada de la Sala Primera la de que carece de legitimación para recurrir en casación quien pretende la condena de un codemandado absuelto, en particular la Compañía de seguros (SSTS de 13 de mayo y 11 de diciembre de 2003, 27 de septiembre y 20 de diciembre de 2004 y 10 de mayo de 2005). (STS de 23 de mayo de 2005; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Pedro González Poveda.] (G. G. C.)

27. La carga de la prueba.—La regla integrada en el artículo 1214 CC podrá y deberá ser aplicada cuando se trate de un hecho no acreditado y cuya falta de prueba haya de recaer sobre aquel que, estando obligado a probar, no lo hizo. En relación con el artículo 1225 CC, procede manifestar que la falta de adveración en el proceso de un documento privado no le despoja en absoluto de valor y puede ser tomado en consideración ponderando su grado de credibilidad atendidas las circunstancias del caso.

Extinción del contrato de arrendamiento de servicios.—Si bien el contrato verbal de arrendamiento de servicios pactado entre los litigantes, era, en principio, de duración indefinida, que no quiere decir «por toda la vida», tras el nuevo Reglamento de Régimen Interior de ASISA, ha pasado a tener una duración determinada, que se extiende desde el 1 de enero al 31 de diciembre de cada año, con derecho a prórroga salvo denuncia expresa de alguna de las partes. De manera que, así como quienes deseen causar baja en las listas sanitarias han de comunicarlo antes de finalizar el año natural, ya que, en caso contrario, se les puede exigir daños y perjuicios; asimismo, cabe que la entidad resuelva unilateralmente la relación de arrendamiento mediante el preaviso indicado en el Reglamento. (STS de 21 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela.]

HECHOS.—Farmacéuticos-analistas con laboratorios abiertos en Cáceres concertaron de forma verbal con la entidad *Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros, S. A.*, contratos de prestación de servicios de análisis clínicos a realizar en los laboratorios de que eran titulares, a favor de las personas que tenían cobertura en ASISA. Los mismos figuraban en las diversas listas anuales de facultativos,

bajo el epígrafe de análisis clínicos, que la entidad confeccionaba para información de sus asegurados. En noviembre de 1997, *ASISA* remitió una carta a cada uno de los farmacéuticos referidos para comunicarles que, se había instalado en Cáceres un Laboratorio Central de Análisis Clínicos, desde el día 1 de enero de 1998. En ejecución de la resolución unilateral de estos contratos de arrendamiento de servicios, *ASISA* dejó de incluir a los demandantes en la lista de facultativos de la guía de asistencia sanitaria, y a partir de los primeros días de dicho año, los análisis clínicos eran realizados por su Laboratorio Central, si bien en otras localidades de la provincia de Cáceres se mantuvieron otros farmacéuticos-analistas. Los farmacéuticos-analistas afectados interpusieron demanda de juicio de menor cuantía sobre resolución de contrato de arrendamiento de servicios e indemnización de daños y perjuicios ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Cáceres, que estimó sus pretensiones. La Audiencia Provincial de Cáceres revocó la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de segunda instancia y desestima sus pretensiones. (E. C. V.)

28. Arrendamiento de obra: subcontrato de obra y arrendamiento de maquinaria. Trabajos adicionales para el contratista principal: reclamación separada de su precio: improcedencia. Inclusión en los pagos realizados: valor probatorio de los documentos privados (art. 1225 CC). Valoración conjunta de la prueba.—Se trata de «desgajar», dentro de los trabajos, con aportación de maquinaria, realizados por el actor-subcontratista, para el demandado-contratista, del contrato de ejecución de obra, aportado con la contestación a la demanda y firmado por las dos partes, de fecha 17 de mayo de 1998, en el que se preveía la aportación de maquinaria, como así se hizo (al tratarse de desmontes y movimientos de tierra), una petición hecha por medio de dos faxes, y conformada por sus respuestas, de 27 de mayo y de 2 de junio del mismo año, sobre aportación de más maquinaria en un momento determinado, y de cobrar, aparte del precio de aquel contrato, esta última aportación. La valoración de la prueba hecha por el Tribunal *a quo* es conjunta, es decir, de toda ella, no aisladamente, y además particularizada respecto a cada una de las pruebas aportadas (documentos privados, testificales), y aparece como razonable y equilibrada, estudiando los documentos presentados, con su reforzamiento por las pruebas testificales con el ponderado valor de los deponentes más relacionados con la obra de que se trata. Los «vales» conformados, en que se basa la demanda, y de los que el recurrente deduce la cantidad que reclama en ella, como objeto del pretendido contrato «desgajado» del principal, no pueden dar lugar a esa reclamación, dadas las fechas de los trabajos a los que se refieren, anteriores a este segundo pretendido contrato, y por el contrario relacionadas con el principal. Y, por su parte, el proceso seguido para la emisión de los «certificados de obra», cobrables, a partir de dichos «vales», con los «documentos de conversión» de los «perfiles» de las obras trabajadas o metros cuadrados evaluables, su correspondencia con los albaranes internos y con las facturas, es racional, y hay que entenderlo como el realizado, dado que las siete «certificaciones de obra» emitidas, comprensivas de todo ello, han sido abonadas (mediante «pagarés» emitidos al efecto) sin rechazo; y según todas las pruebas, en ellas se incluye la partida que en

demanda se reclama. (STS de 30 de junio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—La actora ejercita una acción personal de reclamación de la contraprestación que le corresponde, al haberle arrendado a la entidad demandada el uso de una serie de maquinaria, a fin de que ésta la utilizase en unas obras o trabajos a desarrollar por la arrendataria en la localidad de Palma del Río, por un precio cierto, que consta aceptado por fax de 27 de mayo de 1998, y su reiteración, el 2 de junio. Alquiler de la maquinaria que, entiende la demandante, reflejan los vales emitidos por la misma, conformados por el Encargado de obra de la demandada. Por su parte, la demandada, si bien no niega la realidad del mentado contrato de arrendamiento o alquiler de maquinaria, que fue verbal, y que el mismo se limitó a una petición concreta, de fecha 25 de mayo, para maquinaria, que no estaba contratada en obra, o para unos trabajos concretos de dicho día, sosteniendo que, para la realización de los trabajos que indica la actora, suscribió un contrato de obra con ella, estableciéndose en el mismo las unidades de obra contratadas por mediciones sobre perfiles, siendo cierta la emisión de los vales de obra, más que la emisión de los mismos se debió al mentado contrato de obra, siendo dichos vales necesarios para la valoración de los trabajos conforme a contrato, mediante la conversión de horas trabajadas a m³. Tras la conformidad de la conversión efectuada por el jefe de obra entre los vales de trabajo y los que se recogía en los albaranes internos, puede observarse cómo existe una partida medida sobre perfiles, a la que se suma otra de horas de maquinaria: esto daba un total que se transformaba en precios según las unidades contratadas, por lo que están incluidas las cantidades reclamadas en la demanda como horas «de administración», que en realidad se trata de la totalidad de los trabajos ejecutados en la obra y pagados por la demandada. La cuestión litigiosa se circunscribe a si los trabajos «por administración», no incluidos en el contrato de 17 de marzo de 1998, se encuentran incluidos en las certificaciones emitidas por la entidad actora tras la conformidad de la conversión efectuada por el jefe de obra entre los vales trabajados y los que se recogían en los albaranes internos, de manera que el importe de las horas de máquina reclamadas están incluidas en las facturas abonadas por la ejecución de la obra correspondiente al contrato (de obra) celebrado por escrito entre las partes. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y la Audiencia Provincial también desestima el recurso de apelación interpuesto. La demandante formaliza recurso de casación ante el Tribunal Supremo. (S. M. S.)

29. Contrato de obra. El contratista no tiene que demandar a la esposa del comitente, aunque sea ganancial el terreno sobre el que se ejecutó la obra.—Una cosa es la cotitularidad del referido terreno, e incluso el interés mostrado por la referida esposa en cuanto a la realización de una obra precisa para el establecimiento de un negocio, también familiar, y otra que, tanto el encargo del estudio y proyecto técnico de la obra, como el contrato de arrendamiento de obra, realizado por el constructor, fueron actuados

sólo por el marido denunciado, en su propio nombre, y es él, en definitiva, el único que firma el documento del que se extrae el llamado «reconocimiento de deuda», del que deriva la presente reclamación, principalmente.

El reconocimiento de deuda debe interpretarse en el sentido de aceptar la cantidad que resulte de la medición a realizar.—En el presente caso, el documento de autos es claramente interpretativo de la existencia de la deuda, en orden a la obra realizada, que se reconoce, dado el tiempo transcurrido desde su terminación y la data del documento, sin que se ponga en cuestión el precio pactado por unidad de obra. Falta en él la consignación del precio total a pagar o el dato de la medida final de la obra, por lo que tiene el valor documental de una confesión extrajudicial, con un fuerte alcance interpretativo de aceptación de lo que resulte de la medición a realizar, partiendo de que debía saberse al menos, por su importante aumento sobre el previsto en el Proyecto técnico, en cuanto a este extremo concreto, que existe realmente un exceso. (**STS de 5 de abril de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—Las partes celebraron un contrato de obra por el que el contratista se obligaba a la excavación y desmonte del terreno sobre el que el dueño de la obra pretendía instalar una estación de servicio. El comitente estuvo presente durante la realización de los trabajos y fue diciendo a los encargados de los mismos cómo debían realizarlos y la tierra a extraer, resultando que, en lugar de los 2.168 metros cúbicos previstos, se extrajeron más de 8.000 metros cúbicos. Después de haber finalizado la obra, el comitente reconoció la deuda contraída con el contratista, aunque no se hacía alusión a la cantidad adeudada ni a los metros cúbicos extraídos. Habiendo impagado la deuda, el acreedor reclamó judicialmente y el deudor alegó, en primer lugar, que sólo adeudaba la cantidad resultante de los metros cúbicos contratados y, en segundo lugar, alegó la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, pues consideraba que también debía haber sido demandada su esposa, ya que el terreno tenía carácter ganancial. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, condenando a pagar por los trabajos efectivamente realizados. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el demandado en el único extremo de revocar la condena en costas. Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (*L. F. R. S.*)

30. Responsabilidad de la empresa promotora y constructora por vicios de la construcción.—La responsabilidad del promotor viene determinada en cuanto a que su actuación por lo general se proyecta a la comercialización de las viviendas edificadas, las que debe entregar a los adquirentes con las condiciones de habitabilidad suficientes, seguras y sobre todo útiles (SS de 30 de diciembre de 1998, 12 de marzo de 1999, 27 de enero y 13 de octubre de 1999), y por tanto se hace responsable de los defectos y vicios que pudieran surgir por consecuencia de un proceso edificativo irregular, y, a su vez, es quien elige y contrata a los técnicos y constructores y no puede quedar liberado alegando la responsabilidad por completo de terceros relacionados con él mediante oportunos contratos; responsabilidad que le alcanza aunque no

asuma funciones de propio constructor (SS de 21 de febrero de 2000, 8 de octubre de 2001 y 13 de mayo de 2002). Lo mismo sucede con la constructora demandada, pues también resulta responsable y no planteó su exclusión concreta de la cuestión de la instalación de calefacción y agua corriente, corriendo de su cuenta todas las actuaciones materiales del proceso constructivo considerado como unitario y en todo caso le alcanza la doctrina jurisprudencial de la solidaridad establecida en la interpretación del artículo 1591 CC.

Principio de solidaridad ex artículo 1591 CC.—Concentrando el objeto del motivo, en cuanto pretende derivar las responsabilidades por las deficientes instalaciones de los servicios de calefacción y agua caliente sanitaria, a personas ajenas al pleito, esta Sala de Casación Civil ha declarado que no opera la institución de litisconsorcio pasivo necesario en las responsabilidades derivadas de la construcción de edificios a que se refiere el artículo 1591 CC, por lo que no se hace preciso la llamada al pleito de todos los intervinientes en el hacer edificativo, dado el principio de solidaridad. En este caso no se ha concretado ni depurado las diversas conductas concausas concurrentes en el resultado final de que el edificio adolece de graves vicios ruínógenos que no se concilian con una adecuada y normal habitabilidad, ya que no se ha practicado prueba precisa al respecto, es decir sobre las pretendidas y sólo alegadas responsabilidades de otras personas, por lo que ante estas situaciones los perjudicados pueden dirigirse contra todos o algunos responsables civiles —en concreto los más significativos e identificados—, sobre todo cuando no se ha demostrado que los no llamados al pleito hubieran actuado con plena autonomía y ellos sin perjuicio de que, al permanecer preexistentes las relaciones internas, se puedan utilizar las acciones de repetición que procedan en su caso (SS de 15 de octubre de 1996, 22 de marzo de 1997, 23 de diciembre de 1999 y 6 de mayo de 2004). (**STS de 8 de mayo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—Las comunidades de propietarios del edificio R. de Vigo interpusieron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Vigo contra las entidades mercantiles *Urbanismo Vigo, S. A.*, y *Castro Galicia, S. A.*, así como contra los técnicos don Luis S. O., don Carlos J. V. y don José Luis C. L. En la demanda se solicitaba que las personas demandadas fuesen condenadas, conjunta y solidariamente o, en su defecto, de forma subsidiaria, como responsables de los daños y perjuicios y vicios de la construcción que se describían en la demanda. El Juzgado estimó íntegramente la demanda y condenó solidariamente a las partes demandadas a abonar al actor la cantidad de diecinueve millones de pesetas, tanto en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados como del importe de las obras de reparación. Apelada la sentencia por los demandados, la Audiencia de Pontevedra estimó parcialmente el recurso, pero sólo en el sentido de redistribuir los distintos vicios de la construcción entre las distintas partes demandadas. Interpuesto recurso de casación por *Urbanismo Vigo, S. A.*, y *Castro Galicia S. A.*, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

31. Contrato de obra. El aparejador no es responsable de los vicios ruínógenos apreciados en el sótano, que se deben a omisiones del proyecto o de sus complementos.—4.º Por lo tanto, la planta de sótano se proyectó

por el arquitecto superior, que llevó a cabo la alta dirección de la obra, y dicho elemento constructivo se ejecutó por el constructor, debiendo aquél haber previsto todos los aspectos constructivos que impidieran la entrada de aguas y humedades en el sótano, aunque dicho arquitecto no realizara el Proyecto de la urbanización colindante, no obstante lo cual debió diseñar la forma en que se construyera un sistema de evacuación de las aguas pluviales, así como prever la cota de construcción de la rampa en relación con la del terreno de la urbanización y la de la calle, e igualmente el nivel freático de las aguas respecto a esos elementos y la previsión de la impermeabilización y realización de aceras exteriores para que el agua no entrara al interior, así como la forma de dirigir las aguas interiores, procedentes de cubierta, y lo relativo, en aquel sentido, a los muros, así como el drenaje; o haberlo adicionado, todo ello, durante la obra, en el libro de órdenes, en cuanto que éste, en esos aspectos, complementa las omisiones o incluye las modificaciones al Proyecto, si éste es incompleto.

5.º Por lo tanto, y ya que, dentro de las responsabilidades atribuibles al aparejador, están las de que debe el mismo cumplir las órdenes recibidas, ejecutar materialmente el proyecto, calcular la adecuación de los materiales en su aplicación a la obra, inspeccionar ésta, y en lo demás, cumplir con las «buenas prácticas de la construcción», esas omisiones del Proyecto o de sus complementos, no le corresponde salvarlas al aparejador o arquitecto técnico.

6.º De ahí deriva el hecho de no deber alcanzar tales omisiones al núcleo de las responsabilidades exigibles al aparejador, aspecto al que se refiere el motivo 2.º, y en cuanto, como en él se dice, son derivadas del artículo 1591 CC, en relación a los 1101 (sobre la culpa en el cumplimiento de las obligaciones) y 1137 (respecto a las obligaciones solidarias, en su caso), también del mismo Código, siendo por ello acertado el criterio al respecto del perito, Sr. M., si bien no aceptado en la sentencia, y relativo, en concreto, en este caso, a que el técnico de la obra, aquí el aparejador, no responde tampoco de los daños (inundaciones) procedentes de la urbanización, por no ser esta de su incumbencia (motivo 3.º).

La falta de mantenimiento de la cubierta del edificio por parte de la comunidad de propietarios no compensa el vicio ruinógeno apreciado.—La prueba pericial, aquí acogida, aclara que, tanto el exterior (urbanización, jardinería), como las zonas comunes (escaleras), estaban en perfectas condiciones de mantenimiento, del que carecía sólo la cubierta, pero que faltaba la concreta relación de causalidad entre ese defectuoso mantenimiento y los vicios ruinógenos de que se trata, y que aunque se apreciara la «concurencia de culpas», sería de tal magnitud la de los profesionales, como responsables de esos defectos de la cubierta, que la posible falta de mantenimiento (que se concretaba en la defectuosa instalación de aparatos de aire acondicionado y en el deficiente estado de la puerta de acceso) quedaría absorbida en aquélla. (STS de 6 de abril de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio demandó a la constructora del mismo, al arquitecto y al aparejador en solicitud de que se declarase la existencia de vicios ruinógenos en el edificio y que se condenase a los demandados a que respondieran solidariamente de los daños y perjuicios originados por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los contratos de obra y de servicios. El Juez de Primera Instancia estimó íntegra-

mente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación y declaró que de los vicios consistentes en grietas y fisuras que se aprecian en algunas viviendas sólo era responsable el arquitecto y que de los vicios apreciados en las terrazas de los áticos sólo eran responsables la constructora y el aparejador. Presentado el recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, en el sentido de excluir al aparejador de la responsabilidad por los vicios ruinógenos apreciados en los semi-sótanos y en el garaje. (M. C. B.)

32. Vicios de la construcción. Cómputo del plazo decenal previsto en el artículo 1591 CC.—El primer motivo, como se acaba de indicar, vuelve a proponer, con el mismo planteamiento con que lo ha hecho, y repetido, en la instancia, el tema del transcurso del plazo decenal de garantía establecido en el primer apartado del artículo 1591 CC para que, dentro de él, nazca la acción de responsabilidad por «ruina» contra técnicos y constructores intervinientes en ella. Se basan, como vienen repitiendo los demandados, hoy recurrentes, en que la obra se terminó en una determinada fecha, y en que más de diez años después de ella, se expide, para su aportación a la demanda, por un técnico en la materia, la certificación de que la misma adolece de los vicios ruinógenos correspondientes a la acción al efecto ejercitada en la demanda. Ya se ha dicho, acertadamente, en la sentencia recurrida (y en su antecedente, de primera instancia), que la referida certificación no hace más que constatar la situación patológica del edificio, pero no que dicha enfermedad (ruina técnica) se haya producido entonces, pues existe numerosa prueba, apreciada por los juzgadores de instancia (que esta Sala no puede obviar sin su denuncia formal exigible), de que los vicios se dieron, por ser constatados, nada más, o al poco tiempo, de entregarse las viviendas a los compradores, y los defectos afectantes al suelo de las mismas incluso fueron arreglados, entonces, en parte. Por ello, la ruina existe, o se dio, dentro del plazo de garantía exigible, y la acción, a efectos de su posible prescripción extintiva, no empieza a contarse sino desde que la ruina se produjo, y este plazo (15 años), no consta que se haya cumplido, o al menos, no ha sido atacado en sí mismo.

Responsabilidad de los arquitectos. La dirección de la obra comprende la inspección superior de la misma.—Se ataca, por otro lado, que de los vicios de dirección apuntados deban ser responsabilizados a los arquitectos, pues los recurrentes entienden, de acuerdo con las definiciones sobre «dirección de obra», de los Decretos de 19 de febrero de 1971 y 23 de enero de 1985, por un lado, y de las atribuciones exigibles a los arquitectos técnicos o aparejadores, en el artículo 1.ºa) del Decreto primeramente citado, que la vigilancia, para que la construcción se adecue al Proyecto técnico y a las «buenas normas» de la construcción, así como en lo relativo a la utilización de materiales, realización de mezclas de productos, etc., que todo ello corresponde a estos últimos y no a aquéllos; pero yerran los recurrentes en su conclusión, dado que, y aunque correspondan al aparejador, en su concreción constante en la obra, y en sentido general, tales funciones, no pueden omitirse las de alta dirección de los arquitectos, que no es mediata, como se pretende, y a través de los anteriores, pues, como ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala, la inspección superior de todo ello forma parte de la dirección de la obra, atribuida a los técnicos superiores, que deben cuidar de que no se pro-

duzcan defectos de magnitud, que afecten globalmente a un elemento estructural o a varios, como aquí ha ocurrido. (STS de 19 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajales.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios del edificio X interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Cistierna contra el Obispado de León promotor-vendedor del edificio X, y contra los arquitectos don Mariano D. S. y don Ángel S. M. por vicios de la construcción. La comunidad demandante solicitó la condena solidaria de los demandados a realizar a su costa las obras de reparación necesarias para la habitabilidad del edificio en cuestión. Las partes demandadas alegaron prescripción de la acción, puesto que la construcción del edificio se tuvo por terminada en fecha 20 de noviembre de 1984, cuando fue expedido el certificado de fin de obra y la demanda no se presentó sino a finales de 1995. Asimismo, los arquitectos superiores alegaron que la ruina del edificio provenía de vicios de la construcción y no de vicios de dirección, siendo de esta manera responsable de ella los arquitectos técnicos. El Juzgado estimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, ésta se confirmó en todos sus extremos. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

33. Responsabilidad del arquitecto.—La responsabilidad de los arquitectos se centra en la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en una obra, en cuanto le corresponde la ideación de la misma, su planificación y superior inspección, que exige una diligencia desplegada con todo el rigor técnico. Así, corresponde al arquitecto, por imperativo legal, la superior dirección de la misma y el deber de vigilar su ejecución de acuerdo con lo proyectado, debiendo hacer constar en el libro de órdenes las que hubiere impartido, tanto al constructor como a los demás técnicos intervinientes, que están obligados a su estricto cumplimiento. No basta con hacer constar las irregularidades que aprecie, sino que debe comprobar su rectificación o subsanación antes de emitir la certificación final aprobatoria de la obra, único medio de garantizar que los dueños o posteriores adquirentes no resulten sorprendidos o defraudados en sus derechos contractuales.

De esta manera, responde de los vicios de la dirección, es decir, cuando no se vigila que lo construido sea traducción fáctica de lo proyectado. Responde por culpa *in vigilando* de las deficiencias fácilmente perceptibles (SSTS de 3 de abril de 2000, 27 de junio de 1994, 19 de noviembre de 1996, 29 de diciembre de 1998, entre otras). (STS de 24 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios del Edificio E. demandó a las entidades E., S. A., E., S. L., y a los arquitectos don J. M. B. C., don J. J. M. B y don A. R. R., y el aparejador don F. S. B. La cuestión litigiosa se centra en determinar si los arquitectos participantes en la edificación del inmueble son o no responsables de los vicios constructivos detectados en el mismo. Dichos vicios consistían en la inadecuada colocación de las piezas de mármol que recubren la fachada del edificio. Se pide su reposi-

ción como exige la normativa legalmente aplicable y según las buenas prácticas de la construcción.

El Juzgado acogió en parte la demanda y condenó solidariamente a *E., S. A., E., S. L.*, y don F. S. B. a la reparación de los defectos de construcción existentes en el edificio, realizando las obras de corrección necesarias en las partes dañadas y perjudicadas, de manera que el inmueble quede en condiciones de solidez y seguridad debidas para su entrega y uso correcto, y absolvió a los demás demandados. Su sentencia fue revocada parcialmente en la Audiencia, en el sentido de estimar sustancialmente la demanda, con la condena a todos los demandados a reparar los defectos de construcción. Don J. M. B. C., don J. J. M. B. y don A. R. R. han interpuesto recurso de casación, alegando la infracción del artículo 1104, en relación con el artículo 1591 CC. Hay que decir que las piezas incorporadas no llevaban ningún tipo de anclaje, según estaba previsto en el proyecto redactado por los arquitectos, el cual preveía que el aplacado del muro se realizara mediante «gafas», y simplemente van adheridas a la fachada con mortero de agarre no adecuado, lo que ha provocado que varias se hayan caído, con la posibilidad de que las que aún permanecen se desprenden paulatinamente por su defectuosa colocación. Todo ello, señala el Tribunal Supremo, genera la responsabilidad de los arquitectos, quienes no observaron su obligado deber de vigilancia para comprobar si la ejecución de esta parte de la obra se ajustaba al proyecto. De ahí que declare no haber lugar al recurso. (*S. L. M.*)

34. Contrato de servicios de aparejador. Corresponde a este profesional la ejecución del proyecto de obra y de las órdenes que lo modifiquen durante la obra.—El motivo debe de fracasar, por lo siguiente: *a)* la relación de «hechos probados» de la sentencia de instancia, incluye, como causa de exculpación de la responsabilidad exigida al arquitecto, la bondad de su proyecto técnico, la no adecuación de la construcción al mismo, y sus advertencias sobre las faltas de ésta en el Libro de Órdenes, las que van dirigidas, a su través, no sólo al constructor (o al que dirige y ensambla a los gremios especializados que intervienen en la obra), sino también al aparejador, el que no comparte con el arquitecto la alta dirección técnica de la obra, que corresponde a éste, sino la ejecución del proyecto y de las órdenes que, durante la obra, lo modifiquen y complementen, no bastándole con transcribir sus quejas, pues, no siendo obedecido, debe abandonar su función, con las advertencias que correspondan, lo que sí efectuó el Arquitecto; *b)* la sentencia dictada sostiene que tales reparos o advertencias obedecen, y hechas por él, a la dirección del arquitecto, pero que no ocurre lo mismo con respecto al aparejador, el que dice haberlas realizado también (puede entenderse que, éste, mientras continúe en su función en la obra, es siempre responsable de su ejecución adecuada —al proyecto, inicial o modificado por las órdenes dadas—, por ser directa), y a esa relación fáctica debemos de atenernos en esta casación.

La constructora y el aparejador responden solidariamente porque no se pueden deslindar sus responsabilidades.—La infracción, en este caso, de las responsabilidades profesionales de ambos codemandados, dentro de sus correspondientes campos de actuación, no aparece como deslindable en

las forma en que se pide, y se han reservado, correctamente, en las sentencias de instancia, al mismo, las acciones que, como responsable solidario, una vez realizado el resarcimiento ya declarado, le correspondan para su ejercicio posterior en vía judicial, en la que pueda demostrar esa diferencia de responsabilidad, ya que aquí, en beneficio del mayor bien protegible, el del perjudicado (o perjudicado definitivos, en su caso), está bien aplicada la solidaridad de las responsabilidades, dada la exigible, y en lo posible, pronta y eficaz respuesta a sus derechos. (STS de 5 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—La promotora de un edificio demandó a la constructora del mismo, al arquitecto y al aparejador en solicitud de que se declarase la existencia de vicios ruínógenos en el edificio y que se condenase a los demandados a que respondieran solidariamente de los daños y perjuicios originados por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los contratos de obra y de servicios. El arquitecto y al aparejador contestaron a la demanda, pero la constructora fue declarada en rebeldía. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando solidariamente a la constructora y al aparejador a efectuar las reparaciones necesarias para dejar en perfecto estado las viviendas y abonar al demandante la cantidad a que ascienden las reparaciones ya efectuadas. Igualmente, desestimó la demanda contra el arquitecto al considerar que los vicios ruínógenos no procedían del defecto del proyecto de obra, que el arquitecto había cumplido con su función de dirección de la obra, constando en el Libro de Órdenes una serie de instrucciones mantenidas ante los defectos que se iban apreciando en el desarrollo de la ejecución, instrucciones que no fueron tenidos en cuenta por los demandados condenados. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo declararon no haber lugar a los recursos de apelación y casación planteados. (L. F. R. S.)

35. Acción directa del subcontratista frente al dueño de la obra: no abarca al crédito cedido por el contratista a un tercero con anterioridad.—C) No puede en este proceso, dado el objeto del debate, una vez configurado ya por la demanda y la contestación a ella, decidirse sobre la nulidad, por fraude y mala fe, del contrato sobre la cesión del crédito y del pago de la letra, aun reconociendo la dificultad del actor para perseguir las deudas del comitente frente al contratista, a fin de hacerlas efectivas en su favor, y sobre el ocultamiento, que se dice malicioso de dicho demandado, de esa cesión hasta el escrito de conclusiones, tras ser localizado ese crédito a través del informe pericial de contabilidad de libros del negocio del demandado, una vez el mismo practicado. Tampoco puede suscitarse una posible comparación de créditos, a efectos de la preferencia del que tiene rasgos de refaccionario, por no formar ello parte del debate.

D) Planteado así el problema en el punto único en que puede ser resuelto, deben ser rechazados los dos primeros motivos objeto del planteamiento recurrente, pues el primero, por sí solo, no dice nada, ya que el artículo 1597 CC sería aplicable si existiera un crédito frente al dueño de la obra que fuera realizable, y en cuanto al segundo, a esta Sala no le corresponde juzgar, ante la respuesta tan drástica del Tribunal *a quo* de que la cesión del

crédito discutida es lícita y no adolece, conforme a la prueba practicada, de señales de fraudulencia o de abusividad del derecho, ya que tales hechos sólo pudieron ser atacados alegando error de Derecho en la valoración de la prueba, citando los preceptos que lleven a la misma, o mediante la petición de que se aprecie que la misma conduce a entender que existe «error patente» en el juicio emitido, porque el mismo sea irracional, ilógico o arbitrario, lo que aquí tampoco se ha hecho. (STS de 28 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—El subcontratista de una obra reclamó el crédito que ostentaba frente al contratista ejercitando al mismo tiempo la acción directa prevista en el artículo 1597 CC frente al dueño de la obra. Este último demandado había alegado en su día haber pagado al contratista la totalidad de la deuda. Unos días antes del requerimiento notarial de pago efectuado por el subcontratista al dueño de la obra, el contratista había cedido a un tercero un crédito que ostentaba frente al dueño de la obra. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente al considerar que sólo podía condenar al dueño de la obra a pagar lo que debía al contratista, pero no el crédito que éste había cedido a un tercero. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (L. F. R. S.)

36. Reponsabilidad profesional: designación de oficio de abogado y procurador: ausencia de instrucciones: doctrina general.—La responsabilidad civil del abogado y procurador respecto de su cliente deriva de la respectiva relación contractual que los une, la cual, en el caso del abogado, es ordinariamente la propia de un arrendamiento de servicios, y comporta el deber de dirigir la defensa del asunto encomendado ante los Tribunales, mientras que en el caso del procurador, entran en consideración las obligaciones derivadas del mandato, que imponen al mandatario, bajo su responsabilidad, la función de actuar ante los Tribunales en representación de su poderdante haciendo todo lo que a éste convenga, según sus instrucciones (art. 1718 CC), en este caso, bajo la dirección del abogado. El procurador, según el artículo 5.º LEC 1881, aplicable al caso, y que sanciona el Estatuto de la Procuraduría (art. 14.2 RD de 1982, vigente a la sazón), está obligado a no abandonar su representación en tanto no concurra alguna de las causas de extinción del mandato previstas en la ley procesal y a hacer aquello que convenga a su cliente según la índole del asunto en el caso de que carezca de instrucciones claras. En aplicación de estos principios, la omisión por parte del procurador, cuando conlleva una interrupción o abandono del curso procesal o de algún trámite que causa perjuicios a su poderdante, integra un incumplimiento contractual, salvo en aquellos supuestos en los cuales actúa con instrucciones del cliente o de su abogado o, incluso, cuando, no siendo las instrucciones claras y precisas, puede inferirse racionalmente de la conducta de aquéllos que una determinada actuación procesal no resulta necesaria o debe suspenderse (como declaró la STS de 26 de septiembre de 2005). En aquellos casos en los cuales no existan instrucciones por parte del abogado, y no pueda inferirse de las circunstancias concurrentes la voluntad por parte de éste o de su cliente de abandonar el asunto, la instancia, o el trámite

procesal de que se trate, el procurador está obligado a proseguir en su representación instando lo pertinente para *seguir el juicio* en tanto no concurra una causa de extinción de su mandato.

Falta de personación del procurador en segunda instancia, sin instrucciones.—La obligación por parte del procurador que ejerce la representación de oficio de personarse en la segunda instancia o de procurar lo necesario para que no se perjudique la acción una vez entablado el recurso de apelación, tiene carácter inequívoco y no puede entenderse que la ausencia de instrucciones precisas por parte de los abogados origine incertidumbre alguna sobre la absoluta necesidad de mantener la apelación; bajo la Ley procesal derogada debía entenderse que el abandono de la apelación por el defensor de oficio únicamente era posible mediante el seguimiento del trámite establecido para el reconocimiento del carácter insostenible de la pretensión, como hoy expresa con toda claridad el artículo 7.1 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, la cual impone expresamente al representante procesal y al abogado la obligación de continuar en sus funciones cuando la segunda instancia se ventila en la misma localidad en que discurrió la primera, como así acaece en el caso debatido (arts. 7.2 y 7.3 de aquella).

Ausencia de incertidumbre.—No concurre, en el caso enjuiciado, situación de incertidumbre alguna acerca de la obligación por parte del procurador de cumplir con el deber de personación que le impone la ley, particularmente tajante como consecuencia de la representación de oficio que desempeñaba en virtud del ingenio establecido por el Estado para salvaguardar la tutela judicial de los ciudadanos carentes de medios económicos para litigar, en cumplimiento del mandato constitucional que así lo impone. En consecuencia, no cabe duda de que el deber de personación del procurador no requería en este caso instrucción alguna por parte de los abogados para su existencia y exigibilidad.

No procede que el abogado vigile la actuación del procurador.—El abogado director del asunto no tiene obligación de vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los procuradores (STS de 27 de febrero de 2006), los cuales deben tener conocimiento de cuáles son sus obligaciones y facultades y de cómo las particularidades de la representación de oficio les imponen especiales deberes de vigilancia para garantizar la continuidad de las acciones procesales cuando la posible sustitución de unos profesionales por otros, permitida por la ley, puede redundar en perjuicio de quienes han obtenido la declaración de justicia gratuita. En el caso aquí enjuiciado, la prevalente obligación del procurador de conocer el deber de personación que le incumbía y el deber de diligencia que imponía la representación otorgada de oficio para evitar el perjuicio de la acción, comporta que la conducta por parte de los abogados carezca de relevancia alguna desde el punto de vista del nacimiento de una responsabilidad contractual por los perjuicios producidos, pudiendo entenderse que se da ausencia de nexo de causalidad entre la conducta de aquéllos y los perjuicios ocasionados o falta de elementos de culpabilidad necesarios (STS de 11 de mayo de 2005; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Sentencia pedagógica, de singular interés por afectar a los deberes de abogados y procuradores designados de oficio. La sentencia de apelación había condenado solidariamente a la indemnización de un millón de pesetas tanto a los tres abogados como al procurador designados de oficio. Es de aprobar la argumentación

que mantiene la condena de este último, pese a que la ley obligue a una nueva designación de procurador de oficio en la segunda instancia. No parece tan clara, a mi parecer, la exoneración de los abogados en el mismo caso, por no interesarse de alguna manera sobre la tramitación de la apelación, aunque se declara probado que éstos ignoraron que se había dictado la providencia de emplazamiento ante la Audiencia Provincial. ¿No recaía, acaso, sobre ellos, alguna mayor diligencia que en los supuestos normales por estar designados de oficio? (G. G. C.)

37. Encargo a agente de aduanas de tramitar el cobro de las comisiones europeas por exportación de productos agrícolas a países terceros: incumplimiento negligente: prueba: cuestión nueva.—La argumentación sobre la base de un documento emitido por el organismo del Ministerio de Agricultura encargado de las ayudas comunitarias del que el recurrente deduce que tales ayudas fueron ya percibidas, es cuestión nueva, pues el debate procesal se centró en si hubo, o no, encargo al agente de aduanas de tramitar tales ayudas; por otra parte el Tribunal *a quo* da por probado tal encargo hecho por el actor, así como la actuación negligente, tanto del agente de aduanas, como de la aduana misma, al admitir la exportación sin exigir la certificación requerida por la normativa comunitaria aplicable, todo lo cual impidió el cobro de las comisiones europeas y el consiguiente perjuicio del actor.

Actuación del abogado del estado en representación de la Aduana: fuero privilegiado: alegación tardía: subsanación de defectos.—Pese a la confusión legal existente, se considera vigente el fuero competencial privilegiado del Estado establecido por el artículo 57 de la Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial de 1882, que determina que en los negocios civiles que interesen al Estado, a la Administración o a los establecimientos públicos de instrucción y beneficencia, serán únicamente competentes los Juzgados de Primera Instancia de las poblaciones en donde existan Audiencias. Pero en el presente caso se ha producido la gran distancia temporal de cuatro años y medio entre el emplazamiento legal del representante público y la petición de nulidad de actuaciones, tras su personación judicial y en la relación interna entre la abogacía y el organismo autónomo era exigible la comunicación de los datos procesales recibidos, de donde no deriva indefensión alguna para el Estado; pero son accesorios los aspectos sobre notificaciones, emplazamientos y citaciones en el despacho del abogado del Estado, como pretende éste. La subsanación del defecto inicial (fuero competencial incumplido), no es exigible en fase de casación, dado que los demás órganos judiciales intervinientes después del Juzgado de Primera Instancia, con su actuación válida en el proceso, subsanan tal falta. (STS de 20 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

NOTA.—Se había realizado una exportación de conserva de tomate a Canadá, a través de la aduana de Imarcoán (Navarra) y el actor reclamaba al agente de aduanas y al propio organismo autónomo una suma algo superior a dieciocho millones de pesetas correspondientes a las subvenciones europeas a que tenía derecho según los Reglamentos comunitarios. La aduana representada por el abogado del Estado, fue declarada en rebeldía aunque se personó

más tarde en los autos. La demanda se interpone ante el Juzgado de Primera Instancia de Aoiz (Navarra). En primera instancia la demanda se desestima; en apelación se estima parcialmente remitiéndose a ejecución de sentencia para calcular las restituciones correspondientes a las treinta y dos facturas de exportación justificadas. En casación, se debaten dos cuestiones básicas: una de carácter principalmente fáctico, a saber, si hubo o no encargo al agente de aduanas para tramitar las subvenciones comunitarias a la exportación, y otra de cierta novedad sobre las consecuencias de la declaración de rebeldía del abogado del Estado por inobservancia de su fuero privilegiado (se le demandó ante un Juzgado de Primera Instancia de pueblo, y debió de serlo ante uno de Pamplona). La primera resulta clara en los autos, mientras que no deja de sorprender la solución dada a la rebeldía del Estado por inobservancia de un privilegio estatal poco acorde —ciertamente—, con las ideas de igualdad vigentes en nuestra sociedad. (G. G. C.)

38. Culpa extracontractual: caída de marino por golpe de mar: competencia civil.—La más reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo resuelve de manera constante la cuestión acerca de la jurisdicción competente para conocer de las demandas de responsabilidad civil contra las empresas por daños producidos como consecuencia de accidentes laborales, que sigue siendo la de naturaleza civil; así lo declara la STS de 3 de abril de 2006, reproduciendo la doctrina sentada por la STS de 19 de julio de 2005, confirmada explícita o implícitamente por las posteriores de 27 y 28 de octubre, 9, 14, 15, 28 y 29 de noviembre y 14 de diciembre de 2005, 25 y 30 de enero de 2006; recuerda que si bien esta Sala se apartó en tres ocasiones de su doctrina tradicional, que declaraba la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de estas cuestiones, señala «que pronto retornó la Sala a aquella misma doctrina tradicional, reafirmando del competencia del orden civil siempre que la demanda se fundara en los artículos 1902 y 1903 CC». En tal sentido cabe citar las SS de 13 de julio, 13 de octubre, 24 de noviembre y 18 de diciembre de 1998, 1 de febrero, 10 de abril, 13 de julio y 30 de noviembre de 1999, 7 de julio y 8 de octubre de 2001 —con un examen pormenorizado del cambio de criterio y del retorno al tradicional—. «Por lo tanto, debe quedar claro que en cuanto a las consecuencias civiles derivadas de un accidente laboral, puede instarse una reclamación complementaria en el orden civil, y que ésta debe basarse inexorablemente para su amparo en normas meramente civiles, excluidas, por tanto, las laborales, y concretamente en los artículos 1902 y 1903 CC».

Culpabilidad.—Se declara probado que las circunstancias en que se estaba realizando la faena de pesca eran claramente inadecuadas y peligrosas, con notable riesgo para los dos marineros que en ese momento faenaban; la fuerte mar gruesa aconsejaba, sin duda, «capear el temporal», navegando directamente hacia las olas a la velocidad adecuada para mitigar la fuerza de éstas, tratando de evitar cualquier movimiento paralelo a las mismas y la presencia de cualquier miembro de la tripulación en la cubierta por el manifiesto y previsible peligro de un golpe de mar, y mucho más haciéndolo en la zona desprotegida de arriba, al lado del aparejo, sin ninguna medida de seguridad añadida, con el simple apoyo de otro compañero en la faena, y, por último, en horas nocturnas, en las que la posibilidad de ayuda se ve fuerte-

mente limitada por la falta de visibilidad. Por ello, el informe pericial dice que «un hombre en las condiciones expresadas corre un grave peligro de ser arrastrado por un golpe de mar» y que las posibilidades de supervivencia en mar de quien cayese al mismo en estas circunstancias son muy remotas y escasas. aun cuando se llevase a cabo la maniobra de salvamento más indicada.

Responsabilidad por hechos de otro: culpa in eligendo o in vigilando del empresario.—La responsabilidad del empresario se sustenta en una relación de dependencia o subordinación entre el causante material del daño y el empresario demandado; una actuación culposa del dependiente o empleado, y un resultado lesivo producido en el curso de la actividad del empresario, extremos los tres concurrentes en el caso de autos. (STS de 18 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—El primero de los Fundamentos de Derecho comienza así: «La noche del día 5 de marzo de 1995, don J. R. F., marinero de profesión, falleció cuando faenaba en una determinada zona del Gran Sol, próxima a Irlanda, barrido por una ola, desde la cubierta de popa del pesquero V, propiedad de la S. A. demandada, y en el que actuaba el patrón, el también demandado don M. N. M., cuando estaba colocando los aparatos de arrastre, sólo con el apoyo en la faena de otro compañero situado en otro lugar, unas dos horas antes del amanecer y con un peligroso estado de mar gruesa, entre las medidas 7-8 según la escala de Beaufort. Deja viuda y dos hijos de quince y diez años, respectivamente. El Juzgado de Primera Instancia se inhibe a favor de la jurisdicción social, pero la Audiencia Provincial estima la demanda, si bien reduciendo considerablemente las indemnizaciones solicitadas. La pregunta surge siempre en casos similares: ¿qué valor indemnizatorio supone recibir una suma modesta (4 millones de pesetas cada perjudicado) al cabo de once años del evento? (G. G. C.)

39. Accidente laboral debido a incumplimiento de las condiciones legales de trabajo: requerimiento atendido de inhibición de la jurisdicción social.—Debe entenderse que el daño causado en un accidente de trabajo cuando concurre omisión por parte del empresario de las medidas de seguridad legalmente establecidas, se deriva de un incumplimiento de las obligaciones que constituyen contenido esencial del contrato de trabajo, pues los deberes y derechos que los constituyen no sólo nacen del concierto de voluntades producido entre las partes, puesto que el artículo 3 ET enuncia las fuentes de la relación laboral, y establece en su ap. 1.º que tales derechos y obligaciones se regulan por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, por la voluntad de las partes y por los usos y costumbres. Desde este enfoque, constituye obligación del empresario adoptar las correspondientes medidas de seguridad e higiene en el trabajo, bajo el llamado deber de protección que le corresponde y que se garantiza en el artículo 40.2 CE, teniendo derecho el trabajador a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene según los artículos 4.2.d) y 19.1 ET. Para la efectividad de este derecho, el empresario debe cumplir las prescripciones legales sobre esta materia que vienen impuestas por el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales asumido por el Estado español, el Convenio de la OIT

de 22 de junio de 1981, la Directiva de la CEE de 24 de julio de 1982, sobre riesgo de accidentes graves y el artículo 118.A, añadido al Tratado constituido por el Acta única de 1986, en desarrollo del cual se aprobó la Directiva Marco 1989/391 que versa sobre la obligación empresarial de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos laborales y la adopción de las medidas preventivas necesarias para evitar o reducir los posibles riesgos de accidentes laborales. Las prescripciones de estas normas forman parte esencial del contenido del contrato de trabajo y su observancia viene dispuesta por los preceptos antes mencionados, en relación con el artículo 1090 CC sobre las obligaciones derivadas de la ley, al mismo tiempo que por su incorporación al contrato de trabajo, de tal manera que su incumplimiento se encuadra en los artículos 1101 ss. CC lo que impone entender que esta reclamación está comprendida dentro de la rama social del derecho, y de acuerdo con el artículo 9.5 LOPJ, la competencia para su conocimiento se debe atribuir al Juzgado de lo Social (**STS de 4 de mayo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán.]

NOTA.—Es de lamentar que en la sentencia de casación no se transcriban literalmente las de instancia para valorar adecuadamente el suplico de la demanda. Lo que se dice en los «Antecedentes de hecho» es que la actora promueve una acción de reclamación de dieciséis millones de pesetas contra una Cooperativa Agraria en concepto de responsabilidad extracontractual por el siniestro descrito (pero no transcrito en los autos). Sucede que después de la contestación de la demanda —en la que se solicitó la absolución— un Juzgado de lo Social de Lérida requiere de inhibición al Juzgado de Primera Instancia que tramitaba la demanda y que aceptó el requerimiento. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y, por su parte, la sentencia extractada viene a ratificar la competencia de los Juzgados de lo Social. ¿Un nuevo giro de la Sala Primera en esta materia? ¿Será, eventualmente, esta sentencia la *cuarta* discordante? No hay datos para afirmarlo tajantemente, aunque tampoco los hay para sostener que la reclamación se basara exclusivamente en incumplimiento de las condiciones de trabajo. Lo evidente es que parecen invocarse exclusivamente normas civiles, y que la propia Sala Primera admite que de unos mismos hechos puedan surgir dualidad de efectos, uno de los cuales puede tramitarse, con autonomía, ante la jurisdicción civil. Véase en este fascículo del ADC, la S de 18 de mayo de 2006 (muerte de mariner por golpe de mar), reiterando lo que parecía ya doctrina *consolidada* en la materia. (G. G. C.)

40. Accidente minero: muerte por incendio de galería: compatibilidad de indemnizaciones laborales y civiles: doctrina general.—Es manifiestamente competente la jurisdicción civil para conocer las demandas en que se ejerciten acciones de responsabilidad extracontractual, cuya naturaleza no queda alterada por razón de que el hecho dañoso se haya producido durante el tiempo de desarrollo de la prestación laboral o en una determinada conexión con la relación laboral misma, pues es doctrina ampliamente compartida en las decisiones de esta Sala la que señala el carácter extracontractual de la responsabilidad civil derivada de hechos que acontezcan entre personas ligadas por una determinada relación contractual siempre que no se

produzcan dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial; sin perjuicio de considerar que cabe examinar supuestos en que el mismo hecho dañoso pueda configurar tanto un supuesto normativo de culpa contractual cuanto uno de culpa extracontractual, lo que determina «un concurso de normas coincidentes en una misma pretensión fijada en lo sustancial por la unidad de los acontecimientos históricos que justifican el *petitum* indemnizatorio» (STS de 18 de febrero de 1997), no habiendo en tales casos incongruencia si el Tribunal funda la decisión en normas de responsabilidad distinta de las invocadas, en base al concepto de *unidad de culpa*. Aunque, en general, el juzgador ha de atenerse a la clase de acción ejercitada, respetando la relación jurídica procesal establecida por las partes.

Acciones acumuladas dirigidas contra HUNOSA con base en los artículos 1902 y 1902 CC.—En este caso, se ejercita la acción civil por culpa extracontractual imputando a la empresa demandada un incumplimiento de deberes generales y no vinculados estrictamente al desarrollo de la relación laboral establecida con algunos de los actores, toda vez que se trataba de la realización de una galería subterránea y no de la normal actividad extractiva propia de la explotación minera, resultando altamente significativo que tres de las cinco víctimas del accidente no eran empleadas de HUNOSA, sino de otra empresa dedicada a excavaciones y perforaciones.

Imprudencia de invocar la excepción de litis consorcio pasivo necesario.—La omisión negligente en las medidas de seguridad, determinante de responsabilidad, es atribuible exclusivamente a HUNOSA, sin que haya participado la otra empresa en el evento dañoso.

Moderación del *quantum* indemnizatorio.—No cabe tener en cuenta la moderación de la indemnización a la que se alude sin presentar un motivo razonado, citando las normas o la jurisprudencia que se consideren infringidas, pues la fijación de la cuantía del resarcimiento es competencia de la Sala de apelación, dentro de los límites de la razonabilidad y de la interdicción de la arbitrariedad.

Efecto positivo de la jurisdicción: acumulación de autos: efectos de la sentencia de apelación respecto de actores no recurrentes.—En este caso los actores se encuentran en una relación que cabría considerar como una comunidad jurídica de objetivos, que trasciende lo que sería una mera casual identidad de fines o prestaciones (SSTS de 2 de marzo de 1981, 15 de marzo de 1982, 19 de junio de 1984, 11 de octubre de 1999, 26 julio de 2000 y 23 de junio de 2003). La Sala de Apelación revocó la sentencia de primera instancia, que había declarado la incompetencia de la jurisdicción civil en beneficio de los Tribunales del orden social, y declaró por su parte la competencia de la jurisdicción civil; al realizar tal declaración asumió la instancia, dejó sin efecto la sentencia de primera instancia y se hubo de situar en el momento y en el lugar de la decisión que ocupó el Juzgador de Primera Instancia respecto de todos los actores, pues jurisdicción y competencia son indivisibles y además se trata de un tema de orden público. Se ha producido, de este modo, el *efecto positivo de jurisdicción* que determina que los pronunciamientos de la sentencia se hayan de producir respecto de todos los actores, incluso de aquellos respecto de los cuales se había declarado desierto el recurso de apelación. De otro modo se hubiera producido una absoluta denegación de la tutela judicial efectiva, cuanto el principio *pro actione*, obliga a aplicar e interpretar las leyes (en especial, procesales) en el sentido más favorable para la iniciación y para la prosecución del proceso, pues los afectados no hubiera podido acudir ni a los Tribunales de orden civil ni a los de orden social. Esta

Sala en SS de 26 de marzo de 1991, y 2 de julio de 2001, entre otras, ha visto, en punto a la casación, que cuando no cabe remitir a las partes a otro orden jurisdiccional por razón de un defecto de jurisdicción, es necesario resolver; y lo mismo, *mutatis mutandis*, ha de hacer la Sala de Apelación, como correctamente ha hecho. (STS de 18 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Vicente Luis Montés Penadés.]

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar, especialmente en el punto relativo al llamado efecto positivo de la jurisdicción, doctrina que permite atajar el perjuicio irreparable que podría causarse a alguno de los actores no apelantes. Propiamente no se trataba de la de los particulares que concurren a la producción del daño en la mina. Sólo resulta sensible que la sentencia firme haya tenido que esperar casi diecisiete años desde que se produjo el accidente. (G. G. C.)

41. Competencia de la jurisdicción civil para conocer de la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración conforme a la Ley 30/1992; demanda dirigida contra particulares y solidariamente contra las Administraciones públicas.—El Tribunal Supremo ha venido manteniendo el criterio de que la atribución de la competencia al orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo en tales casos de reclamación conjunta fundada en la responsabilidad extracontractual de la Administración y la de los particulares que concurren a la producción del daño no se produjo hasta la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, un párrafo segundo con un inciso según el cual «si a la producción del daño hubieren concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional [Contencioso-Administrativo]» (SSTS, entre otras, de 7 de marzo de 2000, 26 de marzo de 2001, 21 de octubre de 2002, 30 de abril de 2003 y 24 de noviembre 2005).

Determinación de legislación aplicable: fecha de producción de los hechos; fecha de presentación de la demanda. En el caso, conducen al mismo resultado.—Tanto si se parte de la fecha de producción de los hechos, como hace el Juzgado de Primera Instancia, como si, con mejor criterio, se atiende a la fecha de presentación de la demanda (21 de diciembre de 1995), que es la que determina, en el orden procesal, el orden jurisdiccional competente, la competencia corresponde igualmente al órgano judicial civil.

No ejercicio de las acciones penales contra las Administraciones públicas: no comporta la imposibilidad de ejercitar una acción de responsabilidad extracontractual contra los expresados entes.—La reserva de acciones civiles en el proceso penal constituye un requisito para el posterior ejercicio de la acción civil, pero el ejercicio de la acción penal no constituye presupuesto previo para el ejercicio de una acción de responsabilidad civil por hechos que pudieran ser delictivos. Esta conclusión no resulta alterada por el hecho de que se haya ejercitado la acción penal contra los particulares que pudieran ser solidariamente responsables, puesto que, teniendo en cuenta la reserva de acciones civiles que se hizo en el proceso penal, la concurrencia entre los responsables civiles en relación con un mismo hecho dañoso no resulta alterada por el hecho de que las conductas de unos y otros puedan merecer distinta calificación desde el punto de vista penal.

Único origen de las responsabilidades.—Las acciones dirigidas contra particulares y contra las Administraciones públicas, en este caso, se funda-

mentan en los mismos hechos dañosos y en la concurrencia causal de una actividad negligente por parte de los particulares y de un funcionamiento anormal de los servicios públicos a cargo de las Administraciones públicas implicadas. No se admite separación entre la responsabilidad contractual de la empresa que concurre como particular y la acción por responsabilidad extracontractual de la Administración. (STS de 8 de junio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Diversos perjudicados entablan demanda de responsabilidad civil contra el Ayuntamiento de Zaragoza y la Diputación General de Aragón, junto con ciudadanos particulares, por fallecimientos de parientes y otros daños personales causados en el incendio de una discoteca. El Juzgado de Primera Instancia dicta auto desestimando la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción formulada por los demandados y declara competente el orden jurisdiccional civil; fundándose, esencialmente, en que, habiendo acaecido los hechos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (L 30/1992) había de primar la *vis atractiva* del orden jurisdiccional civil establecida por la jurisprudencia con anterioridad a aquélla. La Audiencia Provincial revocó la expresada resolución y declaró la falta de competencia del orden jurisdiccional civil fundándose en la concurrencia de circunstancias especiales: que seis particulares afectados por el mismo siniestro habían formulado demanda ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa frente al Ayuntamiento de Zaragoza y la Diputación General de Aragón; que dos de los actores habían ejercitado en el procedimiento penal la correspondiente acción civil frente a los demandados particulares; que el conocimiento por el orden jurisdiccional civil de la pretensión ejercitada contra dichos entes administrativos no produce efectos de economía procesal y no evita la posibilidad de fallos contradictorios; y, por último, que la Ley Orgánica 6/1998, que dio nueva redacción al artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, abre una nueva vía para la reclamación ante el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo frente a los sujetos privados que concurran a la producción del daño. (S. M. S.)

42. Criterio de imputación.—Los codemandados absueltos (acreedores de la herencia yacente) no tenían obligación alguna de conservar o administrar la finca, ya que dichas facultades y obligaciones correspondían a su propietaria (herencia yacente de doña Rosario A.), y no a los acreedores de la suspensión de pagos de la misma. No se aporta dato ni razonamiento alguno que determine en que consiste y donde se produce la infracción denunciada por parte de los codemandados. No se puede fundamentar un criterio de imputación diciendo que «aunque como acreedores no son propietarios, sí que deben tener interés en mantener la finca en buen estado, no obstante, aunque no tiene la obligación de llevar a buen fin dicho interés, deben adoptar las medidas necesarias para evitar el abandono».

Quantum indemnizatorio fijado en la sentencia.—Los juzgadores de instancia hacen uso de la facultad moderadora que otorga el artículo 1103 CC

con algunas excepciones de no aplicación o de desproporción notoria, por tratarse de una auténtica facultad discrecional del juzgador de instancia. Nada hay que objetar a la moderación que establece la sentencia recurrida, que se impugna por simple criterio discrepante, dada la gravedad de las lesiones y su carácter irreversible, pues es la oportuna y adecuada, e incluso favorable a la víctima, teniendo en cuenta el comportamiento de quien las sufre.

Inimputabilidad de la menor y concurrencia de culpas.—El hecho de que la víctima sea una menor de edad, y como tal inimputable, no impide tomar en consideración su contribución a la producción del daño mediante un comportamiento negligente. (**STS de 4 de mayo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Accidente ocurrido en febrero de 1983 cuando cedió el tejado del edificio en el que se encontraba Silvia, de catorce años de edad, y con motivo del cual sufrió graves lesiones y secuelas. El representante legal de la víctima don José A. C. interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía en la que solicitaba ser indemnizado, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Badalona contra la herencia yacente de doña Rosario A. V. y contra los acreedores de la suspensión de pagos de la citada doña Rosario A.V.: *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S. A.*, y *Banco Santander Centralhispano S. A.*, entre otros. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente las pretensiones de la demandada, condenó a la herencia yacente y absolvió a los codemandados (acreedores de la misma), negando que los mismos tuvieran obligación alguna de conservar o administrar la finca ya que dichas facultades y obligaciones correspondían a su propietaria (la herencia yacente de doña Rosario A.V.), a la que se condena, y no a los acreedores de la suspensión de pagos de la misma. Posteriormente el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona interpuesto por la parte demandante fue desestimado. El demandante interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, fundado en un único motivo: infracción del artículo 1902 CC, en cuanto a las personas responsables del siniestro, al *quantum* indemnizatorio y a la concurrencia de culpas. El Tribunal Supremo desestima el recurso. (*E. C. V.*)

43. Culpa extracontractual: negligencia del profesional: responsabilidad civil del Registrador de la Propiedad (arts. 296 ss. LH): requisitos: existencia de daño.—La existencia de un daño es uno de los requisitos para que pueda prosperar una acción de responsabilidad contra un Registrador de la Propiedad debiendo tenerse en cuenta: *a)* que la existencia y realidad del daño es una *quaestio facti* y, por lo tanto, corresponde apreciarla a los tribunales de instancia con exclusión de la revisión casacional, salvo mediante el mecanismo excepcional del error en la valoración probatoria; *b)* que el tribunal *a quo* declara la existencia de un daño o perjuicio actual consistente en la pérdida de una garantía que aseguraba el cumplimiento de la obligación y, en consecuencia, un debilitamiento del conjunto de garantías que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los acreedores para la satisfacción de su derecho; *c)* que la apreciación del perjuicio actual es coherente con la realidad fáctica de que la entidad ejecutada vendió una de

las fincas respecto de las que se había producido la cancelación indebida del embargo por el Registrador, en tanto que respecto de la otra se produjeron posteriores embargos y anotaciones; y *d*) que no se trata de un perjuicio eventual, o de mera posibilidad real futura, sino actual y cierto.

Relación de causalidad.—Es el nexo que une a la acción u omisión del agente y el resultado y que permite atribuir el daño en la cuenta del autor; responde a la pregunta del cómo y el por qué del perjuicio, y su fijación se produce en virtud de apreciaciones fácticas y criterios normativos. En el caso la existencia del nexo causal se manifiesta con meridiana claridad; el embargo respondía a la finalidad de realizar el valor de las fincas para la satisfacción del crédito ejecutado, y la anotación preventiva creaba la publicidad necesaria para evitar que se sustrajeran los bienes al apremio; canceladas indebidamente las anotaciones se creó una apariencia de libertad de las fincas respecto de terceros lo que permitió se efectuara la venta de una de ellas como libre de cargas, y que accedieran al Registro posteriores embargos y anotaciones respecto de la otra con la preferencia consiguiente; el daño ha quedado ya concretado y pone en cuestión la propia eficacia del sistema registral, y la situación tiene como causa la cancelación indebida de los asientos imputable al Registrador, todo ello con el reproche subjetivo de la negligencia, más bien del profesional que propiamente profesional.

Aplicación analógica del artículo 300 LH: no es norma excepcional, ni sancionadora.—La norma del artículo 300 LH no contempla un norma excepcional, en el sentido de que, respecto de unos hechos concretos se establezcan unas consecuencias contrarias a las exigencias de los principios generales del Derecho, que es en lo que consiste el *ius singulare* sino que recoge una norma de derecho normal o regular para reparar del modo más idóneo, en atención a las especiales circunstancias del resultado producido por el ilícito civil, las consecuencias perjudiciales de él derivadas para el afectado; y tampoco contienen una norma sancionadora, pues no tienen carácter de sanción civil las diversas posibilidades resarcitorias del daño, sean pecuniarias o en especie, ni las cautelas para su operatividad o eficacia. Finalmente, la fórmula adoptada para reparar el perjuicio es ponderada y equitativa, en cuanto permite dar la respuesta adecuada a las circunstancias del caso, e, incluso, es beneficiosa para el demandado, por lo que, hallándose dentro de los límites de lo pedido, forma parte del criterio discrecional del juzgador en orden a procurar el restablecimiento del equilibrio económico que resultó afectado por la conducta negligente del demandado; en tal sentido resultaba innecesaria la aplicación analógica del párrafo 2.º del artículo 300 LH, aunque la intensa similitud fáctica y jurídica de los supuestos, justifica, tanto la aplicación analógica, como la mera consideración de la normativa de la Ley Hipotecaria como «un criterio de referencia». (STS de 18 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

NOTA.—Quedó probada de modo concluyente que el Registrador recurrente había cancelado indebidamente las anotaciones preventivas de embargo, con producción sucesiva de daños reales al acreedor beneficiado de tales embargos (enajenación como «libre» de finca embargada, embargos sucesivos cuyos créditos se antepusieron a los perjudicados). Ejercitada la acción de responsabilidad civil contra el Registrador, con base en el artículo 296 LH y en el artículo 1902 CC, fue estimada en primera instancia remitiéndose

a la liquidación en ejecución de sentencia de acuerdo a las bases fijadas en la sentencia; en apelación se sustituye la indemnización por la alternativa del artículo 300 LH, aplicado por analogía, consistente en que el Registrador proporcione al actor una garantía equivalente a las anotaciones indebidamente canceladas, o al depósito de la cantidad que tales medidas cautelares garantizaban. La desestimación del recurso de casación interpuesto por aquél da pie a una *sentencia docta*, plenamente de aprobar, que rectifica de algún modo los argumentos empleados por la Audiencia Provincial. Pese a reconocer las evidentes diferencias entre la hipoteca y la anotación preventiva de embargo, se insiste en las similitudes fáctica y jurídica que se producen para el perjudicado como consecuencia de la negligencia del Registrador. Por ello, propiamente no se da aplicación analógica del artículo 300 LH y la solución para el Registrador le resulta, incluso, más beneficiosa que la fijada en primera instancia. (G. G. C.)

44. Falta de diligencia: no se aprecia en la conducta de la policía municipal. Carencia de nexa causal.—Resulta desproporcionado y desorbitado el comportamiento que se pretende debió haber observado la Policía Municipal, y ello tanto más si se tiene en cuenta, como indica el juzgador de instancia, que resulta más que discutible que la vigilancia de la vía corresponda a la Policía Municipal. No resulta razonable, ni siquiera comprensible, tratar de poner a cargo de dicha policía, y por consiguiente del Ayuntamiento, una contribución causal al accidente por no haber hecho comprobaciones que pudieran, a juicio de la parte recurrente, haber advertido la posible existencia de otro animal, cuando la única circunstancia que había exigido su intervención era el aviso recibido sobre la presencia de un caballo suelto, el que localizaron después del rastreo por una amplia zona, retuvieron y procedieron a inmovilizar, transportar y depositar en un almacén municipal hasta su entrega a su dueño. Por consiguiente, no hay reproche culposo, pues ningún tipo de negligencia o desatención cabe imputar; es más ni siquiera existe nexa causal, en cuanto que no hay omisión de un comportamiento exigido por las circunstancias concurrentes en orden a evitar el evento.

Solidaridad: artículo 1137 CC.—Es numerosa la jurisprudencia que, en los supuestos de responsabilidad civil extracontractual en los que no sea perfectamente delimitable el grado de imprudencia imputable a cada uno de los agentes responsables del hecho culposo, es la figura de la solidaridad la que debe aplicarse, es decir, que todos los agentes del hecho imprudente responden por la totalidad de los perjuicios causados al perjudicado, quien puede dirigir su acción frente a uno o varios, o frente a todos, y ello, claro está, sin perjuicio de las acciones de repetición que pudieran tener lugar entre los deudores solidarios. Esto es distinto de solicitar en casación la condena de quien ha resultado absuelto.

Jurisprudencia: insuficiencia de la invocación de una única sentencia del Tribunal Supremo.—Es insuficiente —salvo casos especiales que aquí no concurren— para fundamentar la infracción de doctrina jurisprudencial, según tiene reiterado esta Sala (SS, entre las más recientes, 21 y 27 de junio, 4 de julio y 29 de diciembre de 2005, 26 de enero, 15 de febrero y 8 de marzo de 2006).

Intereses por demora: artículo 20 LCS y DA 3.^a de la Ley 3/1989, de actualización del Código Penal.—No procede, teniendo en cuenta la existencia de una razonable incertidumbre acerca de si la única causa del accidente fue la irrupción del caballo en la calzada o si concurrió también la conducta del piloto. La aseguradora no tiene que adelantar cantidad ninguna.

Intereses moratorios: artículos 1100 y 1108 CC. Intereses procesales: artículo 921 LEC.—Tratándose de deuda de valor no procede la condena al pago de intereses moratorios, sino desde que la suma reclamada resulta determinada; y en cuanto a los intereses denominados procesales porque su aplicación tiene lugar de oficio, sin que en el caso obste que se haga referencia solamente a interés legal, porque obviamente aquéllos tienen tal naturaleza, y su importe viene determinado por la Ley y opera, como se dijo, *ope legis*, aparte de que se pudo haber obtenido la precisión mediante aclaración. (STS de 9 de junio de 2006; no ha lugar.) [Ponente: Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El 17 de noviembre de 1993, el vehículo Renault-5 XU—...-X, que conducía su propietario don José y en el que iban como ocupantes don César y don Alberto, impactó con un caballo que había invadido su carril de circulación. Como consecuencia del evento falleció el conductor y el usuario don César y sufrió lesiones graves el ocupante don Alberto.

Por don Alberto y por doña Juana, ésta en su nombre propio y como representante legal de sus hijos menores de edad Luis Pedro, Lorenzo y Patricia, se dedujo demanda contra la entidad *Mapfre, S. A.*, compañía aseguradora del vehículo, y contra el Ayuntamiento de San Roque (Cádiz), dentro de cuyo término municipal se produjo el accidente, solicitando la condena solidaria al abono de 3.800.000 pesetas a don Alberto y 40.000.000 de pesetas a doña Juana, para sí y sus hijos menores, con los intereses legales; y alternativamente se condene a dichas entidades a indemnizar a los citados perjudicados en aquellas cantidades que se estimen adecuadas para reparar el daño causado. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, condenando a *Mapfre* al abono de cantidades inferiores a las solicitadas, en concepto de daños y perjuicios. La sentencia de la Audiencia Provincial desestima los recursos interpuestos por doña Juana y por *Mapfre* y confirma el fallo de la primera instancia. Doña Juana recurre en casación la resolución de la Audiencia Provincial. (S. M. S.)

45. Doctrina jurisprudencial acerca de la causalidad adecuada.—

Para la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión —causa— y el daño o perjuicio resultante —efecto—, la doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de la causalidad adecuada que, según dice la STS de 31 de enero de 1992, «exige la determinación de si la conducta del autor del acto, es generalmente apropiada para producir un resultado de la clase dada, de tal manera que si la apreciación es afirmativa, cabe estimar la existencia de un nexo causal que da paso a la exigencia de responsabilidad, así como que la orientación jurisprudencial viene progresiva y reiteradamente decantándose por la aceptación de la teoría de la

causalidad adecuada, consecuencia de la expresión de una necesaria conexión entre el antecedente (causa) y una consecuencia (efecto), también es de aplicar que tales doctrina y orientación jurisprudencial sólo afectan al módulo cuantitativo responsabilizador cuando la causa originaria alcance tal trascendencia que haga inoperante cualquier otra incidencia, así como ésta no sea generante de una causa independiente deberá valorarse, en cada caso concreto, si el acto es antecedente del que se presenta como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficientes las simples conjeturas o la existencia de datos fácticos que por una mera coincidencia induzcan a pensar en una interrelación de esos acontecimientos, sino que es preciso la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que se haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo». Examinado el supuesto del debate, ha de rechazarse la tesis de la recurrente, por cuanto que la relación de causalidad quedó demostrada por la presencia de unos daños producidos en el inmueble de los demandantes a causa de las obras de derribo de la finca colindante y vaciado de solar. Los daños sufridos en la vivienda de los actores han sido progresivos y derivados todos ellos de las obras indicadas, que llevaron a la ruina funcional de la misma. La argumentación de la sentencia recurrida sobre el rechazo de la pretensión de la recurrente acerca de la atribución de responsabilidad a los iniciadores del juicio por falta de reparación de su vivienda, es aceptada por esta Sala, donde se considera que no era imputable a estos litigantes la inmediata realización de obras de dicha naturaleza en el inmueble hasta la percepción de la indemnización a que se condenó a los demandados, con lo cual no se ha interrumpido el nexo causal. (STS de 5 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela.]

HECHOS.—A raíz de las obras de derribo de una finca asegurada por la *Compañía de Seguros Bilbao, S. A.*, se causaron unos daños a la finca colindante propiedad de doña Agustina D. F. y don Jesús V. D. éstos interpusieron demanda en reclamación de daños y perjuicios que se estimó. Sin embargo, los actores no realizaron las obras necesarias, puesto que la compañía aseguradora no procedió al pago de la indemnización hasta que el daño fue irremediable, de tal manera que el Ayuntamiento tuvo que declarar la ruina funcional del inmueble. Ante ello, doña Agustina y don Jesús interpusieron nueva demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Guadalajara contra la compañía de seguros en reclamación de los daños y perjuicios causados por la ruina del inmueble. El Juzgado estimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, esta se confirmó en todos sus extremos. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

46. Artículo 1214 CC: valor y eficacia.—Para que el Juez pueda fallar conforme a las exigencias de los artículos 361 LEC y 1.7 CC, el ordenamiento le ofrece un instrumento lógico para indicarle, en los casos de incerteza fáctica, si la sentencia ha de ser absolutoria o condenatoria, que es lo que, en la ciencia del Derecho, se denomina «regla de juicio», y que, en el proceso civil, se encuentra en el citado artículo 1214 CC, de modo que lo determinante para la aplicación de esta pauta legal es la presencia de la duda después de que se haya desarrollado, al menos, una mínima labor probatoria en el litigio,

sin que, de otro lado, dicho mecanismo esté al alcance de la voluntad de las partes, que no impedirán su utilización en los supuestos de hecho incierto, ni tienen resortes para modificar su estructura y sentido, hasta el punto de que este Sala, en SS, entre otras, de 19 de febrero y 18 de marzo de 1988 y 11 de diciembre de 1997, ha declarado que sólo se permite el recurso de casación por infracción del artículo 1214 CC cuando el órgano judicial modifique, altere o invierta la estructura de la mencionada regla. En este supuesto, en aras a la doctrina jurisprudencial relativa a que el artículo 1214 CC podrá y deberá ser aplicado cuando se trate de un hecho no acreditado y cuya falta de prueba haya de recaer en sus consecuencias sobre aquel que, sin embargo de estar obligado a probar, no lo hizo (entre otras, SSTs de 5 de junio de 1987 y 19 de noviembre de 1998), no entraba en juego el precepto citado al estar suficientemente acreditado el hecho que nos ocupa, a través de los datos obrantes en las actuaciones. Por no haber prueba alguna en contrario, debe llegarse a la conclusión de que en autos está acreditado suficientemente el importe de los daños sufridos por la mercancía, daños respecto a los que ninguna actividad probatoria ha realizado la demandada para desvirtuarlos o, al menos, para impugnar su importe con prueba de otro distinto, y por lo cual procede estimar acreditado el otro importe de la responsabilidad extracontractual.

Responsabilidad extracontractual: se estima. Quedan acreditados la realidad del daño y el nexos causal.—Ha sido demostrada la presencia de una acción u omisión negligente por la propia confesión judicial de don Inocencio, consistente en fugas de agua en la vivienda de los demandados; igualmente, el daño producido por las filtraciones en el almacén de la codemandante; y, por último, la relación de causalidad una y otro; cuyas conclusiones de la sentencia de instancia son aceptadas por esta Sala. **(STS de 15 de junio de 2006;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela].

HECHOS.—Entre los días 21 y 24 de junio de 1996 se producen daños en un almacén perteneciente a *Artidami, S. L.*, por filtraciones de agua provenientes del inmueble del piso superior, del que son titulares don Inocencio y doña Adoración. Tanto *Artidami, S. L.*, como su aseguradora *Previsión Española*, subrogada en los derechos de la perjudicada, en la parte de los daños cubiertos por el seguro, demandan a los titulares del piso del que provienen las filtraciones el resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por su actuación negligente (responsabilidad extracontractual). El Juzgado rechaza la demanda. Su sentencia es revocada en apelación. Don Inocencio y doña Adoración interponen recurso de casación. (S. M. S.)

47. Culpa extracontractual: muerte en accidente minero: compatibilidad de indemnizaciones de naturaleza laboral y civil.—Aunque esta cuestión no parece haberse planteado en apelación, debe quedar claro, en cuanto a las consecuencias civiles derivadas de un accidente laboral, cuyas indemnizaciones y prestaciones de esta clase hayan sido satisfechos por las normas del trabajo, que pueda instarse una reclamación complementaria en el orden civil, la cual debe basarse inexorablemente para su amparo por normas meramente civiles, y en el derecho común de los artículos 1902 y 1903 CC, existiendo ya una jurisprudencia constante sobre el tema de la

Sala Primera, pese al cambio de criterio protagonizado por tres sentencias, que ha sido abandonado (últimamente, SSTs de 19 de julio, 27 y 28 de octubre, 9, 14, 15, 18 y 29 de noviembre, y 14 de diciembre de 2005, 25, y 30 de enero, y 1 de febrero de 2006).

Negligencia de la empresa minera.—La valoración de los hechos efectuada por la sentencia de instancia comporta la descripción de la conducta de falta de diligencia por parte de la empresa, la cual, atendidas las circunstancias especiales en que se desenvuelve el trabajo en la mina, permite la imputación del resultado dañoso producido a la misma, dado que fue la modificación realizada por ella en las condiciones de sostenimiento y fortificación del avance de la galería siniestrada la causante del desprendimiento y derrumbe de unos 17 metros de la galería, que podría haberse evitado (cuando menos en una gran parte) si se hubiera aumentado la densidad del posteo de los cuadros, que era de 1,40 metros y debía ser de 1,20, así como si se hubieran utilizado tres tresillos con 4 ganchos de fijación por cada uno de ellos, con el consiguiente embastonado y revestimiento; de lo cual se infiere que la falta de diligencia que supone esta conducta es suficiente para atribuirle con un grado de certeza o alta probabilidad suficiente, el resultado producido, que nadie mejor que ella estaba en condiciones de evitar o prevenir eficazmente, razón por la cual el principio de imputación objetiva del daño causado impide reconocer la existencia de un margen de fatalidad en la producción del resultado dañoso imputable a caso fortuito suficiente para reducir su responsabilidad.

Relación de causalidad: imputación objetiva.—El hecho de que quizá pueda afirmarse que no se han conocido las causas exactas que desde el punto de vista técnico produjeron el derrumbe, no impide, partiendo de la existencia de una relación de causalidad física con la deficiente entibación efectuada por la empresa, llegar a una consecuencia de imputación objetiva a la misma de los daños producidos, toda vez que la Audiencia Provincial en la valoración probatoria no impugnada llega a la conclusión de que, dada la previsibilidad del resultado producido, no ha existido caso fortuito.

Quantum indemnizatorio: deuda de valor: la fijación de intereses como índice corrector de la depreciación monetaria.—El Tribunal dispone de facultades para calcular la cuantía de la indemnización incluyendo la actualización de la cantidad concedida mediante un procedimiento adecuado, que puede consistir, entre otros, en el reconocimiento del interés legal desde el momento de la producción del siniestro, los cuales operan en tal caso como índice de corrección legal de la depreciación monetaria en el sistema nominalista. (STS de 3 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Rius.]

NOTA.—La doctrina jurisprudencial sobre la utilización de la fijación judicial del pago de los intereses legales como modo de corregir la devaluación monetaria se establece en sentencia de la misma fecha, incluida en este fascículo del ADC, con Ponente idéntico y en asunto referido a accidente laboral en la construcción. Pero en esta sentencia extractada no se transcriben las sentencias de instancia, como ocurre en la de referencia. (G. G. C.)

48. Responsabilidad extracontractual. Culpa exclusiva de la víctima. Causalidad material no es suficiente para atribuir responsabilidad. Hay causalidad física o material, por cuanto el fallecimiento y las demás con-

secuencias lesivas ocurren como consecuencia de impactar el automóvil contra una barrera provisional portátil colocada en las obras que se estaban realizando en la autopista por la que circulaba. Mas esta causa y este efecto no es suficiente para atribuir el resultado a persona distinta del conductor, poniendo a cargo de los demandados una errónea e inexplicable valoración de la víctima que nunca debió producirse, pues las obras no conllevaban en sí misma la creación de un riesgo en la autopista, ni era previsible el resultado de la colisión a partir del control y conocimiento que tenía de la carretera y de sus indicaciones, y de una percepción absolutamente equivocada de la situación del tráfico, dada la señalización existente y la forma de desarrollarse la conducción; circunstancias todas ellas que ponen en evidencia que en ningún momento se descuidaron las debidas condiciones de seguridad en punto a procurar y conseguir el paso por la carretera con el menor peligro para los usuarios que pagaban el peaje, siendo la conducta descuidada de la víctima la que generó la causa eficiente y exclusiva del resultado, y la que, en definitiva, viene a romper el nexo causal que debe existir para hacer efectivo el derecho a reparar o a indemnizar a que dan lugar las acciones por culpa contractual o aquiliana, conforme a los artículos 1101, 1104 y 1902 CC.

Solidaridad: efectos de la actuación procesal de los condenados alcanzan a los coobligados solidariamente.—La fuerza expansiva que la solidaridad comporta hace de toda lógica que, la declaración anulatoria de la condena al pago, respecto de uno de los obligados solidarios, por inexistencia objetiva de la obligación de indemnizar, afecte, con igual extensión, a los demás que con él fueron condenados; doctrina aplicable al caso presente en que la estimación del recurso interpuesto se funda, no en causas subjetivas afectantes a la recurrente, sino en la culpa exclusiva de la víctima y, consecuentemente, en la falta de obligación de reparar los daños producidos como resultado de la colisión origen de las actuaciones (SSTS de 13 de febrero de 1993 y 24 de noviembre de 2005). (**STS de 15 de junio de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El 28 de febrero de 1993, el vehículo conducido por don Luis Pablo y en el que viajaba como usuaria su esposa, doña Trinidad, se sale de la calzada y choca contra una barrera provisional portátil. A resultas de la colisión, fallece el conductor y resulta lesionada su esposa. Las obras se realizan por *OCP Construcciones, S. A.*, en virtud del correspondiente contrato de adjudicación concluido con la entidad *Autopistas Concesionarias Española, S. A. (ACESA)*. Doña Trinidad y sus hijos presentan demanda de responsabilidad civil contra *ACESA* y *OCP*, exigiendo la indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por apreciar culpa exclusiva de la víctima. Recurrido el fallo en apelación, la Audiencia Provincial estima parcialmente la petición de los demandantes. Tanto éstos como la demandada *ACESA* formulan recurso de casación contra la sentencia. (*S. M. S.*)

49. Responsabilidad civil extracontractual. Participación de la propia víctima. Culpa exclusiva del perjudicado.—Siguiendo la STS de 1 de octubre de 1998, si se trata de dilucidar el elemento de responsabilidad con base a la culpabilidad o no de la parte demandada, en la producción del acci-

dente, es claro que para ello habrá también de calibrarse la conducta participativa de la propia víctima, sobre todo, para valorar si la misma interfiere el proceso causal o determina la implicación de ese proceder como otro presupuesto causal del que se produjeron los graves efectos finales, y, en el supuesto debatido, el resultado de la prueba evidencia la conducta imprudente del bañista, ya que, se lanzó de cabeza al agua en la zona de la rampa de la piscina y no en la de más profundidad, y el accidente fue debido exclusivamente a su conducta imprudente, al no observar las normas de comportamiento adecuadas, ni la diligencia que le era exigible según las circunstancias personales y de lugar, pese a que, como antes se indicó, conocía la piscina e, incluso, el día del accidente había efectuado en ella otros saltos en postura semejante a la que ocasionó el suceso debatido. En definitiva, existió culpa exclusiva de la víctima, en este caso.

Teoría de la causalidad adecuada.—Constituye doctrina jurisprudencial la de que, para la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión —causa— y el daño o perjuicio resultante —efecto—, la jurisprudencia viene aplicando el principio de la causalidad adecuada, que exige, para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una causa natural, adecuada y suficiente de la determinación de voluntad; debiendo entenderse, por consecuencia natural, aquélla propicia entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados; y debiendo valorarse en cada caso concreto, si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficientes las meras conjeturas, o la existencia de datos fácticos, que por mera coincidencia induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos, sino que es precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo. Y esta necesidad de una cumplida justificación no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo o la inversión de la carga de la prueba, aplicables en la interpretación de los artículos 1902 y 1903 CC, pues «el como y el porque se produjo el accidente», constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso (STS de 31 de julio de 1999 y las allí citadas). **(STS de 19 de junio de 2006; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela.]

HECHOS.—Don Jesús María promueve demanda, contra *Textil Damse, S. A.*, don Manuel, don Salvador, don Carlos Manuel, el Excmo. Ayuntamiento de Valdepeñas y la compañía de seguros *Cervantes, S. A.*, sobre reclamación de cantidad, en concepto de indemnización de daños y perjuicios padecidos por el actor a consecuencia del accidente ocurrido el día 28 de julio de 1992, cuando se lanzó de cabeza al agua de la piscina abierta al público y se golpeó la cabeza contra el fondo, cuando, al intentar apoyarse en las manos e impulsarse, en el mismo fondo, hacia arriba, se le resbaló. La zona en la que don Jesús María se lanzó estaba señalizada con un cartel que decía «Peligro Rampa», y, después de una línea en rojo, se avisaba con la indicación de «2 metros», coincidente con el lugar exacto en donde la profundidad alcanzaba esa altura. Don Jesús María contaba dieciséis años al momento del suceso, sabía

nadar y con frecuencia se tiraba así al agua e, incluso, el día del evento, lo había efectuado antes en varias ocasiones, por lo que conocía la situación de la piscina A consecuencia de dicho accidente, sufrió una gravísima lesión medular, causante de tetraplejía espástica permanente. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de apelación contra el fallo, la Audiencia Provincial revoca la sentencia dictada en instancia. El demandante interpone recurso de casación contra la resolución de la Audiencia Provincial. (S. M. S.)

50. Culpa extracontractual: muerte por derrumbe de zanja: concurrencia de culpas.—En la configuración del hecho dañoso el control de la situación correspondía a ambas partes, puesto que ambas realizaban simultáneamente los trabajos, y es evidente que los demandados desconocieron, de un lado, el estado de la tierra mojada por efecto de la lluvia, y no adoptaron, de otro las medidas de precaución propias de quienes conocen su trabajo, consistentes en entibar y proteger las paredes de la zanja, retirando la tierra que se apilaba en sus márgenes, sabiendo que la víctima se introducía en su interior. Ello justifica un juicio de imputación perfectamente lógico y coherente, consistente en haber continuado los trabajos mientras la víctima se encontraba en el fondo de la zanja, provocando el movimiento de las tierras y el posterior derrumbe y, en definitiva, el luctuoso suceso. (STS de 10 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Supuesto singular que no puede calificarse de laboral, pues no media, al parecer, contrato alguno de trabajo, sino colaboración voluntaria y benévola, en cuya calificación jurídica no entra el Tribunal Supremo. La víctima es el dueño del terreno en que se cava la zanja y comitente de la obra. En un marco rural el dueño de la obra «echa una mano» a la empresa a la que ha encargado el trabajo. Mientras el Juzgado de Primera Instancia declaró que el accidente se produce por culpa exclusiva de la víctima, la Audiencia reparte la culpabilidad y condena a los demandados a abonar a la viuda la suma de once millones de pesetas. Con carácter *obiter* el 3.º FD expone con amplitud la doctrina de la responsabilidad por riesgo, que no considera aplicable al caso, ratificando así la doctrina de la Audiencia Provincial que imputó una conducta culpable a los demandados al no prevenir y evitar el peligro creado por el propio fallecido al descender a la zanja. (G. G. C.)

51. Culpa extracontractual. Accidente de trabajo. Responsabilidad por riesgo: concurre. Exigente en línea cuasi-objetiva, lo que supone una actuación imputable, tanto activa como omisiva, y se impone adoptar las precauciones que se presentan evidentes con agotamiento de los medios a fin de eludir cualquier circunstancia o incidencia que transforme en daño efectivo lo que consta como potencial y peligro cierto.—Los productos químicos que utilizaba la codemandada *Autograbado Fina, S. A.*, en el ejercicio de su actividad, exigen la prestación de una extrema diligencia en su conservación y custodia a fin de evitar que una incorrecta utilización o manipulación por sus operarios hiciese real el peligro potencial que aquéllos conllevan. La

doctrina jurisprudencial más moderna considera la responsabilidad por riesgo responde a las exigencias de los tiempos actuales y no puede decirse en muchos casos que se dé ausencia total de voluntariedad más o menos inmediata en el hecho productor del daño (STS de 15 de noviembre de 2004 y las allí citadas), ya que quien vea un riesgo, conforme reiterada correspondencia, aunque su actuar originario sea lícito, debe asumir y soportar las consecuencias derivadas de dicho actuar del que se beneficia (STS de 9 de julio de 1994). En el caso, es evidente que la codemandada no adoptó todas las precauciones necesarias en la conservación de los restos de ácido crómico en mal estado al que tuvieron acceso los operarios siniestrados sin que, por el aspecto exterior del envase ni por el estado de su contenido, pudiesen apreciar de qué se trataba, ni los peligros de su manipulación, lo que elimina, por otra parte, que pueda imputárseles a su negligencia o falta de cuidado la causación del daño producido. (SSTS de 5 de febrero de 1991, 8 de abril de 1992, 10 de marzo de 1994 y 8 de octubre de 1996). (STS de 19 de junio de 2006; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. don Pedro González Poveda.]

HECHOS.—El hijo de doña Ana fallece en accidente ocurrido en la empresa *Huecograbado Fina, S. A.*, en la que prestaba sus servicios como oficial de primera. El accidente se produjo cuando el hijo de doña Ana y otros operarios reciben del encargado, por orden del director, instrucciones de limpiar determinadas dependencias en que se almacenaban, desde hacía mucho tiempo, distintos materiales, entre ellos un bidón de «Disvil», sin advertencia de peligro, y otro con restos de ácido crómico, cerrado y con una cantidad de restos de producto pequeña (entre 10 ó 15 litros, aproximadamente). En cumplimiento de la tarea de limpieza que les encomiendan, mezclan ambos productos, lo que produce la muerte del hijo de la actora. Doña Ana interpone acción de responsabilidad civil contra la entidad *Huecograbado Fina, S. A.*, y contra *Comercial Unión, Compañía de Seguros*, solicitando la declaración de la obligación solidaria de ambos de indemnizarle daños y perjuicios, tanto morales como materiales, por la muerte de su hijo. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial la estima parcialmente, basando su pronunciamiento en la doctrina de la responsabilidad por riesgo. Las demandadas interponen recurso de casación. (S. M. S.)

52. Culpa extracontractual: accidente laboral: responsabilidad por hecho de otro: doctrina general.—La responsabilidad por hecho de otro a que se refiere el artículo 1903.4.º CC requiere, según reiterada jurisprudencia, la existencia de una relación jerárquica de dependencia entre el causante del daño y la empresa demandada, ya que dicha responsabilidad se funda en la existencia de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, la cual, según la más moderna doctrina, es una responsabilidad directa que tiene como presupuesto la culpa *in operando* por parte del causante del daño. En los casos en que la realización de la obra se encarga a un contratista, la jurisprudencia entiende que la responsabilidad corresponde exclusivamente a éste, como contratista independiente, siempre que dicho contrato no sea determinante de una relación de subordinación o dependencia entre la empresa promotora y la contratista (SSTS de 4 de enero de 1982 y 8 de mayo de 1999); este concepto de dependencia no es de

carácter estricto, ni se limita al ámbito jurídico-formal, ni a las relaciones de naturaleza laboral, sino que requieren una interpretación amplia, en la que suele ser decisiva la apreciación de un elemento de control, vigilancia y dirección de las labores encargadas. No se considera contratista independiente a quien actúe formalmente como autónomo si, de hecho, está sujeto al control del demandado o se encuentra incardinado en su organización. Cabe, pues, incorporar al vínculo de responsabilidad extracontractual a la empresa comitente en aquellos supuestos en los cuales se demuestra la existencia de *culpa in eligendo* (que la más moderna doctrina y jurisprudencia consideran como una responsabilidad derivada del art. 1902 CC, por incumplimiento del deber de diligencia en la selección del contratista: así la STS de 18 de julio de 2005), o en el caso de que el contratista no actúe con carácter autónomo, sino sometido a la vigilancia, dirección e intervención en su actividad por parte de la empresa promotora, caso en el que concurrirá *culpa in vigilando* si se omiten las debidas medidas de seguridad. En estos casos se aprecia por la jurisprudencia que entre el contratista (o subcontratista) y su comitente ha existido dependencia, de forma que aquél no es autónomo. Normalmente la jurisprudencia entiende que resulta excluida la relación de dependencia, y por ello la responsabilidad por hecho de otro, cuando en el contrato entre comitente y contratista se contiene una cláusula en virtud de la cual este último se hace cargo de la responsabilidad que puede dimanar de la causación del evento dañoso (así en SSTs de 12 de marzo de 2001 y 18 de julio de 2005). Sin embargo, la inclusión de una cláusula de exención de esta naturaleza no es por sí suficiente para eliminar la relación de dependencia en los casos en los cuales la prueba practicada es suficiente para demostrar que, independientemente de lo pactado, dicha relación de dependencia ha existido *de facto* por haberse reservado el dueño de la obra funciones de suficiente relevancia de vigilancia o participación en los trabajos, especialmente si tienen relación con la adopción y cumplimiento de las medidas de seguridad. En tal caso la responsabilidad por hecho de otro deriva de la existencia de una relación material de dependencia entre el dueño de la obra y el contratista según la interpretación jurisprudencial del artículo 1903 CC, y ésta no puede ser enervada por la existencia de un pacto en contrario entre los responsables, que no puede producir efectos en perjuicio de terceros ajenos al ámbito contractual, en virtud el principio de relatividad del contrato.

Caída por hueco de ascensor en casa en construcción: responsabilidad de la empresa comitente.—Aplicando la doctrina que antecede a los hechos probados resulta evidente que la promotora ejercía *de facto* el poder de control y dirección de la obra que se ejecutaba, reconociendo su representante que se personaba con frecuencia en la edificación (hasta tres veces por semana) para verificar que se construía conforme a proyecto y se daba cumplimiento al plan de seguridad; además, la misma contrató por separado, con empresas distintas, los diversos gremios intervinientes en el proceso constructivo y a los técnicos que debían dirigirlo, ateniéndose a las instrucciones recibidas de aquélla, la cual asumía la coordinación de todos los trabajos que se realizaban. El pacto de asunción de responsabilidades entre la promotora y el contratista no es suficiente para eliminar la dirección *de facto* ejercida por aquélla, ni para enervar la relación de dependencia determinante de la responsabilidad conforme al artículo 1903 CC.

Determinación del *quantum* indemnizatorio.—El Tribunal dispone de facultades para calcular la cuantía de la indemnización incluyendo la actualización de la cantidad concedida mediante un procedimiento adecuado, que

puede consistir, entre otros, en el reconocimiento del interés legal desde el momento de la producción del siniestro. (STS de 3 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—La nueva metodología que, poco a poco, se va introduciendo en la redacción de las sentencias de la Sala Primera —al precio de alargar la extensión del fallo—, permite un conocimiento más completo de los supuestos fácticos y jurídicos de los fallos de instancia, ya que éstos suelen transcribirse literalmente. El obrero fallecido estaba legalmente separado de su esposa y ésta actúa en el proceso exclusivamente en representación de sus dos hijos menores de edad. Parece que de los hechos no hay testigos directos. La obra en construcción tenía una defensa para evitar caídas por el hueco del ascensor, que, en instancia, se reputa insuficiente. El accidente ocurre, al parecer, cuando el obrero trasladaba una pila de ladrillos que arrastraba mirando hacia atrás, de modo que probablemente por un cálculo equivocado de distancias, tropieza y derriba la barreira que protegía el hueco del ascensor, y se precipita desde el tercer piso, encontrando la muerte. Se especula sobre un hipotético propósito de poner fin a su vida (depresión anímica por la reciente separación conyugal), hipótesis que se desestima en la instancia, aunque se declara concurrencia de culpas, pues se advierte negligencia en la actuación del accidentado (la petición de veinte millones pesetas se reduce a quince millones, cifra esta que el Tribunal Supremo mantiene). La sentencia de casación efectúa una meritoria síntesis de la doctrina de la responsabilidad por otro, especialmente cuando se da una situación de *dependencia fáctica* que, en el caso, no ofrece duda, si bien su aplicación a otros supuestos puede engendrar incertidumbre. (G. G. C.)

53. Responsabilidad extracontractual: responsabilidad de la empresa por actos de sus empleados.—Con arreglo a la moderna doctrina científica, la responsabilidad del empresario se configura como «responsabilidad vicaria» de la empresa empleadora, que incluso abarca la responsabilidad por negligencia profesional del personal de la misma, cuya actividad no puede ser controlada de forma directa por la patronal en la que aquél presta sus servicios. Se regula en el párrafo cuarto del artículo 1903 CC; se basa en una relación de dependencia o subordinación entre el causante material del daño y el empresario demandado, además de que el acto antijurídico y lesivo haya sido realizado en la esfera de actividad del responsable, siempre con posibilidad de acción directa contra el titular de la empresa; y ya se funde la intervención de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, por infracción del deber de cuidado reprochable al segundo en la selección de dependiente o en el control de la actividad por éste desarrollada, bien se prescinda de tales presunciones y se acuda a la responsabilidad por riesgo, siguiendo el criterio mayoritario, ciertamente será indispensable una actuación culposa del dependiente o empleado, como se desprende del fundamento mismo de tal responsabilidad y del párrafo primero del propio artículo 1903 (SSTS, entre otras, de 24 de junio de 2000, 18 de junio de 1979, 4 de enero de 1982, 28 de febrero de 1983, 26 de junio de 1984, 4 de enero de 1982, 3 de julio de 1984, 9 de julio de 1984 y 7 de noviembre de 1985). Se trata de una responsabilidad

directa, y no subsidiaria, al derivarse del incumplimiento de los deberes impuestos por las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas que están bajo la dependencia de otros y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos (STS de 8 de mayo de 1999). (STS de 21 de junio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—El día 25 de enero de 1994, Filomena, que había suscrito con la entidad mercantil *Cajasalud de Seguros y Reaseguros, S. A.*, —parte antes demandada y ahora recurrente en casación— un contrato de seguro de asistencia sanitaria, dio a luz, mediante cesárea, en la clínica de la Virgen del Consuelo de Valencia, a un niño, que nació sano y sin defectos físicos apreciables. El referido niño recibió de Carolina, que estaba incluida en el cuadro facultativo de dicha entidad como comadrona y que asistió a la ginecóloga durante el parto, una inyección intramuscular en la nalga derecha de un miligramo de vitamina k que vino a afectar a su nervio ciático. Dicha inyección se administró en la región glútea del recién nacido, pese a que el área segura para ello es muy reducida en esa región; y además hay que tener en cuenta que se podía haber administrado aquélla, sin ningún riesgo, en varias otras áreas corporales como el muslo o el antebrazo. Como consecuencia de esta práctica, el menor sufrió una lesión que hizo precisa intervención quirúrgica al menor, así como de una rehabilitación y electroestimulación de la musculatura parética. Todo ello no le impide andar, aunque tiene tendencia a volver hacia dentro el pie derecho el cual mide un centímetro menos que el izquierdo. Doña Filomena interpone demanda sobre reclamación de cantidad en concepto de daños y perjuicios, contra doña Carolina y la entidad *Cajasalud de Seguros y Reaseguros, S. A.* El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta contra doña Carolina, pero absuelve a la entidad mercantil. Doña Carolina y doña Filomena interponen recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. La Audiencia Provincial estima el recurso de doña Filomena y revoca la sentencia inicial en cuanto a la absolución de *Cajasalud de Seguros y Reaseguros, S. A.* Esta entidad presenta recurso de casación. (S. M. S.)

54. Culpa médica: nacimiento con síndrome de Down: responsabilidad por el retraso y falta de información sobre alternativas subsiguientes al fracaso de la prueba realizada para detectarlo.—El facultativo que asumió la vigilancia del embarazo de la mujer es responsable por el retraso y falta de información sobre las alternativas consiguientes al fracaso de la prueba realizada para detectar el síndrome de Down.

Litisconsorcio pasivo necesario.—Esta excepción, basada en que no fueron demandados los laboratorios que hicieron las pruebas, aun siendo invocada por vez primera en el recurso, se analiza habida cuenta su carácter de orden e interés público procesal para desestimarla, pues confunde legitimación, en su lado pasivo, y litisconsorcio, que son instituciones distintas, tratando de involucrar a un laboratorio, que ni ha sido parte en el procedimiento, ni se ha hecho ningún pronunciamiento respecto del mismo; la primera se identifica con el autor o responsable del daño causado, frente al cual el perju-

dicado dirige su acción, haciéndole responder de lo que se reclama; la segunda tiende a garantizar la presencia en el juicio de todos a quienes interesa la cuestión sustantiva en litigio, bien sea por disposición legal, bien por razón de la inescindibilidad de la relación jurídica material, y es lo cierto que es con esta parte y no con los laboratorios con la que los actores contrataron la realización de la prueba de la amniocentesis, y contra ella ejercitan la acción de responsabilidad por falta de información comprometida en lo relativo a la prueba practicada.

Deber de informar: doctrina general sobre quien recae.—Desde la STS de 16 de octubre de 1998, esta Sala mantiene que la obligación de informar corresponde a los profesionales que practicaron la intervención y al Centro hospitalario; en el mismo sentido la STS de 28 de diciembre de 1998, hace recaer la carga sobre el profesional de la medicina por ser quien se halla en situación más favorable para conseguir su prueba, repitiendo tal criterio la STS de 19 de abril de 1999; por último, en SSTS de 7 de marzo de 2000 y 2 de julio de 2002, lo imputan al Servicio Nacional de la Salud, resaltando la STS de 29 de octubre de 2004 la especial intensidad de ese deber en los casos de la medicina no estrictamente necesaria, con cita de las SSTS de 28 de junio de 1997, 27 de abril de 2001 y 22 de julio de 2003. Todo ello al margen de que la inexistencia de información es un hecho negativo cuya demostración no puede imponerse a quien lo alega, so pena de poner su cargo una prueba que pudiera calificarse de *perversa*, y como tal contraria al principio de tutela efectiva por implicar indefensión, y de que la propia jurisprudencia ha ido suavizando los criterios sobre la carga de la prueba en función de la mayor o menor disponibilidad y facilidad probatoria, en la forma que hoy recoge el artículo 217.6 LEC 2000.

Prueba de la amniocentesis en el embarazo: información sobre su resultado.—La información debió ser completa, continuada y veraz por cualquier medio fehaciente, que no dejara lugar a dudas sobre la entrega y recepción de su resultado, siendo obligación del facultativo que vigila el embarazo y solicita la prueba analítica controlar la información facilitada a la embarazada, la fecha y características de la misma, y sobre las posibilidades y plazos de tiempo útil para repetirla; así como los riesgos clínicos derivados en caso de hacerla o no hacerla, dadas las consecuencias que pudieran derivarse de su falta, de tal forma que en la documentación clínica o en la ficha correspondiente quede registrada la entrega del documento clínico informativo, el curso evolutivo y, en su caso, la renuncia o negativa de la gestante a someterse a una segunda y nueva prueba, sin perjuicio de que de otra forma se acredite fehacientemente que ésta se produjo.

Responsabilidad de la sociedad médica.—Existió un vínculo contractual entre los actores y la entidad médica, mediante el cual ésta asumió la obligación de proceder a realizar cuantos actos fuesen necesarios a fin de llevar a cabo la analítica e investigación, con independencia del laboratorio que lo efectuase, y como tal dicha empresa era la principal responsable de comunicar a su cliente el fracaso de la prueba y consiguiente necesidad de obtención de líquido amniótico para efectuar un nuevo cultivo, lo que no hizo con la suficiente antelación.

Irresponsabilidad de la clínica.—Al tratarse de una intervención no cubierta por el seguro de asistencia médica suscrito con la paciente, la entidad propietaria de la clínica es ajena a la responsabilidad declarada. La prueba se convino a indicación del médico asistente del embarazo, limitándose la clínica a permitir la utilización de sus instalaciones para realizar la

punción y extracción del líquido amniótico, por lo que no surge para ella la obligación de responder por las acciones u omisiones culposas o negligentes de un contrato en el que no fue parte, como tampoco por el hecho de haber asumido obligaciones que pudieran vincularla solidariamente al resultado, a partir de la creación de una especie de comunidad jurídica de objetivos en beneficio exclusivo de la gestante, como es la resultante del seguimiento del cultivo del líquido amniótico extraído en su clínica y de la consiguiente falta de información sobre el resultado de la prueba que resultó omitida y de la que derivó el daño que fundamenta la responsabilidad objeto de reclamación en la demanda.

Incongruencia: fijación de condena al pago de renta vitalicia.—Con reiteración ha declarado esta Sala que no adolece de incongruencia la sentencia que fija el importe de la condena, incluso si en la demanda se hubiera aplazado su concreción al período de ejecución (SSTS de 24 de septiembre de 1999, 17 de julio de 2000 y 14 de diciembre de 2005), pues viene a cumplir lo dispuesto en el artículo 360 LEC 1881 que establece como remedio y reserva última su determinación en ejecución de sentencia. El señalamiento de una renta vitalicia no puede impugnarse con base en el artículo 359 LEC, pues se basa en el principio de la reparación íntegra del daño. (**STS de 18 de mayo de 2006**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—La demanda ejercitada por los padres de un niño nacido con síndrome de Down cuando se incumple defectuosamente el derecho a la información continuada, completa y veraz de la madre gestante, fue estimada en ambas instancias y también en casación, si bien difirieron las circunstancias y contenido de la sentencia. En primera instancia, se condena a reparar los daños materiales y morales, presentes y futuros, que se deriven de la concreta situación que les afecta por consecuencia de un hijo con el síndrome de Down. En apelación, se concretó la suma indemnizatoria en los términos siguientes: 1) Treinta millones de pesetas a favor de los padres; 2) Cinco millones de pesetas a favor de una hermana menor; 3) Al menor afectado, la suma resultante de multiplicar por 150.000 pesetas el número de meses que transcurran desde su nacimiento hasta el pago efectivo; y 4) Una pensión vitalicia al mismo menor cifrada en 150.000 pesetas mensuales, con cláusula de revalorización según el IPC. El Tribunal Supremo absuelve a la clínica propietaria del local en que se practicó la prueba de la amniocentesis. Se trata de un ejemplo evidente de lo que se ha denominado *línea dura* de exigencia del derecho a la información; por otro lado, se relaciona con los supuestos de *wrongfull life* [cfr. Elena Vicente Domingo, en el *Tratado de responsabilidad civil*, de Reglero Campos (Cizur Menor, 2002), pp. 252 ss.] en el que aparecen implicados graves cuestiones éticas y jurídicas. Por lo demás, la sentencia se mueve dentro de los plazos legales para interrumpir el embarazo. (*G. G. C.*)

55. Responsabilidad del centro sanitario: doctrina general sobre deficiencias asistenciales: responsabilidad del Insalud.—Esta Sala, a partir de la STS de 16 de diciembre de 1987, ha mantenido el criterio de las posibles deficiencias asistenciales, lo que exime al paciente de la prueba de la

fase del desarrollo de la atención médica donde se ha producido la anomalía. La mentada sentencia declaró que: «En materia de responsabilidad y muy especialmente cuando su causa originadora se encuentra en esos complejísimo establecimientos asistenciales dirigidos a la atención sanitaria de cada vez más amplios grupos de población, para inquirir cual pueda ser la de alguno o varios de sus miembros, se hace preciso acudir a una interpretación no sólo lógica, sino también sociológica de los preceptos reguladores de dicha institución, sin olvidar el soporte de la *aequitas* aquí siempre conveniente; y, en todo momento, con la atención puesta en la realidad social de nuestro tiempo, como tiene declarado reiteradamente esta Sala, con objeto de lograr que en estos casos la aplicación del derecho constituya el medio más idóneo para el restablecimiento del orden perturbado; y también que: para proyectar la responsabilidad sobre la conducta de las personas y más cuando como aquí acontece se trata de profesionales con larga experiencia, debe atenderse al conjunto de circunstancias, no sólo personales, sino también del lugar en que se desenvuelven sus actividades y del sector del tráfico social en que la conducta imputada se produce; *para concluir que*: todo ese conjunto de posibles deficiencias asistenciales, no descartables en esos complejos centros sanitarios en los que la prestación de las atenciones de ese tipo se opera por diversos profesionales, no sólo de la Medicina, sino incluso de distinta categoría sanitaria, han conducido a la condena de Insalud y de X como responsables directos del funcionamiento, en este caso anormal y reprobable, de sus actividades sanitarias». Esta posición jurisprudencial reseñada ha sido seguida, entre otras, por las SSTS de 24 de febrero, 29 de octubre y 4 de noviembre de 1992, 3 de septiembre de 1996, 7 de mayo, 12 de junio y 26 de septiembre de 1997, y 29 de septiembre de 1998.

Enfermo ingresado en urgencias que permanece sin atención durante veinticuatro horas: muerte por peritonitis.—En el presente caso ha habido una desatención por parte del personal facultativo del centro hospitalario, cuya actitud ha sido negativa respecto al enfermo, el cual, al no haber sido ingresado en la UCI —donde, mediante una permanente observación de la situación física del paciente y de las oscilaciones de la enfermedad, deben facilitarse cuidados precisos y continuos—, requería el frecuente seguimiento de médicos para observar su estado y, según las vicisitudes del mismo, proceder a la inmediata adopción de las medidas oportunas, habida cuenta del peligro que entrañaba la grave afección que le había sido diagnosticada de obstrucción intestinal originada por bridas o adherencias derivadas de una antigua intervención quirúrgica en el estómago, sin que, desde su presentación en el Servicio de Urgencias, donde se le verificaron pruebas y se decidió su internamiento para observación en el hospital por el médico cirujano de guardia, ello en la madrugada del día 19 de noviembre de 1994, se le inspeccionara después, regular y personalmente, por ningún integrante del equipo médico del hospital, sin que la vigilancia consentida a las enfermeras del servicio donde se encontraba, que no tienen entre sus funciones esta misión, ni están cualificadas para efectuarla, disculpara o eximiera la omisión de los facultativos, hasta que a las 6:30 horas del día siguiente, tras previo aviso de la hija del enfermo a una de las asistentes sanitarias, cuando aquél sufría un episodio de taquicardia y fiebre de más de 40°, acudió enseguida el médico cirujano, que ordenó la intervención quirúrgica por peritonitis, con resultado fatal. En definitiva, aparece un defectuoso funcionamiento del centro hospitalario, al no haber adoptado los medios de que disponía para el tratamiento adecuado del enfermo, que propiciaron la carencia de las convenientes medidas de vigilancia y segui-

miento durante su hospitalización, abstracción hecha del personal médico individualizado a quien correspondiera su adopción, y que ha de ser atribuida, por vía de omisión, al Hospital NS de S., y, por consiguiente a Insalud por culpa *in vigilando*. La parte actora ha desistido de las acciones dirigidas contra facultativos y entidades aseguradoras. (STS de 19 de mayo de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela.]

NOTA.—Sorprende que siendo tan claros los hechos declarados probados la demanda fuera rechazada en ambas instancias (salvo en apelación, en lo relativo a las costas, que no se imponen en ninguna de aquéllas), y asimismo que la parte actora desistiera de las acciones ejercitadas conjuntamente contra el personal facultativo y las entidades aseguradoras. Parece que los usuarios de los servicios sanitarios, con su actitud procesal en este caso, demuestran confiar plenamente en la solvencia del Insalud. (G. G. C.)

56. Culpa médica: secuelas de intervención quirúrgica: falta de información.—La sentencia de instancia no atribuye consecuencias a la falta de información al no ser posible optar por otra alternativa distinta al tratamiento efectuado, pero tal circunstancia no enerva la obligación de hacerlo y de obtener el consentimiento informado previo a la intervención, pues la actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud, y como tal no es quien le informa sino es él quien a través de la información que recibe, adopta la solución más favorable a sus intereses. Lo contrario sería tanto como admitir que las enfermedades o intervenciones que tengan un único tratamiento, según el estado de la ciencia, no demandan consentimiento informado, como dijo la STS de 9 de septiembre de 2003. Al estimar el recurso, aun admitiendo que según STS de 27 de septiembre de 2001, la falta de información no es, *per se*, una causa de resarcimiento pecuniario, en el presente caso se reconoce que se produjo el daño que fundamenta la responsabilidad de quienes, debiendo informar, no lo hicieron, teniendo en cuenta que el riesgo se materializó, aunque se excluya la conducta negligente por parte de quien llevó a cabo la intervención quirúrgica, que era necesaria y era la única alternativa posible para obtener la curación del paciente; por ello, a la hora de cuantificar el perjuicio, se deben ponderar todos estos factores y establecer en su vista la suma indemnizatoria tomando en consideración, no sólo el carácter de la intervención, sino el hecho de que el riesgo que se afrontaba, aun previsible y posible, no era una consecuencia necesaria de la misma y pudo concluirse de forma satisfactoria; ello hacía que era necesario cumplimentar la obligación legal de informar, facilitando que fueran otros, o, incluso, el mismo facultativo, tras las explicaciones pertinentes, quienes la llevaran a cabo, puesto que una cosa es que fuera necesaria y otra distinta que debiera hacerse con tal urgencia que impidiera cumplimentarlo con tiempo suficiente. Ello fundamenta una indemnización de cinco millones de pesetas, derivada de la pérdida de oportunidad, no de la reparación íntegra del daño, en función de las secuelas que le quedó al paciente.

Irresponsabilidad de la clínica: responsabilidad del Instituto Catalán de la Salud.—La clínica carecía de todo tipo de relación laboral o contractual con el cirujano, limitándose a permitir que en sus instalaciones se llevara a cabo la intervención quirúrgica en virtud del concierto con el Instituto, suministrando los medios técnicos e instrumentos necesarios para lle-

varla a cabo, así como a la ejecución de los llamados actos paramédicos necesarios. En cambio, el cumplimiento del deber de informar incumbía por igual al médico y al Instituto Catalán de la Salud (así SSTS de 16 de octubre de 1998, 7 de marzo de 2000 y 27 de abril de 2001), aparte de que en cualquier caso esta entidad resultaría responsable por *culpa in vigilando* (STS de 2 de julio de 1992).

Depósito para recurrir en casación constituido fuera de plazo.—Se trata de un defecto subsanable, que fue subsanado dentro de plazo. Conforme al artículo 1710.1.1.º LEC 1881, que la doctrina de esta Sala ha hecho extensible, tanto a los supuestos de falta de acreditación del depósito necesario como a los de su falta de constitución. (STS de 10 de mayo de 2006; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

57. Caracteres de la comunidad de bienes.—La comunidad de bienes, regulada en los artículos 392 y siguientes CC, se caracteriza por la existencia de una pluralidad de titulares de un único derecho de propiedad sobre una cosa. La jurisprudencia ha aplicado, para explicar la naturaleza de la comunidad, la doctrina de la «propiedad plurima total», que se sintetiza en el reconocimiento a cada cotitular de un derecho de propiedad plena sobre la cosa, limitado por los derechos iguales de los demás. Sin embargo, es claro que nos hallamos ante una comunidad que responde al tipo organizativo romano u ordinario, en la que cada titular lo es de una cuota proporcional respecto del todo, sin que pueda referirse o asignarse partes concretas, y sin que quepa en nuestro ordenamiento la comunidad solidaria en la que cada uno de los cotitulares pueda operar sobre la cosa común como si fuera dueño exclusivo.

Respecto de edificios, es perfectamente posible la concurrencia de una cotitularidad de una cuota-parte del edificio con la titularidad de un derecho de disfrute o uso privativo sobre alguna (o la totalidad) de sus partes (dependencias), cuando este derecho está fundado en un título válido e idóneo al efecto. Por ello, la adquisición de la mitad indivisa del edificio no supone la extinción del contrato de arrendamiento que se pueda hacer de una planta del mismo.

Distinción entre confusión y consolidación.—La extinción de un derecho de crédito por concurrir en la misma persona las dos cualidades de acreedor y deudor se denomina confusión, la cual se reserva para el campo de los derechos de crédito. En tanto que cuando la coincidencia de cualidades se produce en el campo de los derechos reales se habla de consolidación, la cual opera en virtud de la extinción de un derecho real sobre cosa ajena, produciéndose la recuperación por el propietario de la facultad del dominio, hasta entonces desgajada, en virtud de la nota de la elasticidad que caracteriza a la propiedad. Entre ambas figuras jurídicas hay una diferencia estructural importante, porque mientras en la confusión se extingue el único derecho existente, en cambio en la consolidación subsiste uno de los derechos: el de propiedad.

Cuando se trata de un arrendamiento de cosa, surge la duda de si debe hablarse de confusión, pues el arrendatario es titular de un derecho personal, o de consolidación, pues el fenómeno jurídico que se produce se aproxima al

de los derechos reales (concretamente al usufructo). No en vano, el arrendamiento priva al propietario de la facultad de uso y disfrute, de modo que, al extinguirse el vínculo arrendaticio, dicha facultad se recupera por el dueño de la cosa. (**STS de 19 de mayo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Mediante escritura pública de 27 de diciembre de 1978 los demandados adquirieron la mitad indivisa de una finca, constando en la propia escritura que está arrendada a diversos inquilinos e inscribiéndose la adquisición en el Registro de la Propiedad el 24 de febrero de 1983. Mediante escritura pública de 2 de marzo de 1982 los demandantes adquirieron la otra mitad indivisa de la misma finca, en la que consta que está arrendada a varias personas, inscribiéndose la adquisición en el Registro de la Propiedad el 28 de octubre de 1982. Antes de su adquisición el 27 de diciembre de 1978, los demandados eran arrendatarios de varios pisos y locales, uno de los cuales correspondía a un restaurante, explotado por los arrendatarios hoy demandados. Uno de los pisos ha venido siendo ocupado en arrendamiento por el hoy demandante don A. P. G., mientras que don F. S. M. ha venido ocupando otros tantos pisos. Declarado el inmueble en estado de ruina, fue desalojado por los demandados en fecha de 30 de junio de 1993, y por los demandantes tres días más tarde, sin que conste con precisión la fecha.

Don A. P. G. y don F. S. M. interpusieron demanda contra don F. G. V. y don M. J. A., y sus respectivas esposas, ejercitando acciones de enriquecimiento sin causa, división horizontal, división de cosa común y desalojo de cosa común. Solicitan que se declare: 1) que don F. L. V. y don M. J. A. carecen de título alguno que les permita ocupar los locales del edificio, y que dicha ocupación perjudica el interés y derecho de los demandantes, los cuales se ven imposibilitados de utilizarlos; 2) que en virtud de dicha ocupación como base física del restaurante, los demandados obtienen unos beneficios sin causa. Se solicita que se condenen a los demandados a desalojar y dejar libres los locales, a indemnizar a los demandantes y a abonar una suma mensual mientras sigan ocupando dichos locales.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y condena a los demandados a abonar solidariamente a los demandantes una cantidad de dinero más el interés legal desde la fecha de la sentencia, con absolución del resto de las pretensiones formuladas en su contra. La Audiencia desestima el recurso de apelación de los actores y confirma la resolución. Don A. P. G. y don F. S. M. interponen recurso de casación. Efectivamente, los demandados recurridos adquirieron de doña O. S. F. por contrato de compraventa otorgado en escritura pública de 27 de diciembre de 1978 la mitad indivisa de la finca; y debe señalarse que adquirieron la mitad indivisa de dicho edificio, y no las dependencias que ocupaban en arrendamiento. La vendedora transmitió lo único que podía transmitir, que era la mitad indivisa de todo el edificio, que constituía su cuota representativa de la pro indivisión. Lo mismo ocurrió posteriormente con don A. P. G. y don F. S. M., que adquirieron la

otra mitad indivisa del mismo edificio el 2 de marzo de 1982 de doña C. A. V., y no pisos o plantas concretas de la finca. Por consiguiente, entre los respectivos adquirentes continuó la copropiedad. No se ha producido consolidación alguna porque los arrendatarios, después de la compra de la mitad indivisa, lo siguen siendo de la comunidad, y ello con independencia de que, como propietarios, posteriormente deban recibir la parte correspondiente a los beneficios obtenidos por aquélla. Tampoco hay confusión, pues falta el presupuesto básico de la coincidencia en la misma persona de acreedor y deudor. La propietaria-arrendadora (acreedores de la rentas) sigue siendo la comunidad, antes y después de la compraventa, y la arrendataria (obligada a pagar las rentas), los demandados. Así, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (S. L. M.)

58. La acción de división de cosa común en casos de vivienda familiar.—El Tribunal Supremo ha defendido en muchas ocasiones la posibilidad de ejercer la acción de división en los supuestos de vivienda familiar cuyo uso se adjudica a la esposa en proceso matrimonial, si bien garantizando la continuidad del derecho de uso que pudiera corresponder en exclusiva a uno de los partícipes.

La acción de división de la comunidad representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, salvo el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años, por lo que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse, que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto. Si en virtud de un derecho de usufructo o de uso está atribuida la utilización de la cosa común sólo a uno de los cotitulares, ello supone la exclusión de los demás respecto de dicho uso o disfrute, pero no les priva de la posibilidad de pedir la división de la cosa (SSTS de 27 de diciembre de 1999, 6 de junio de 1997, entre otras).

Si bien el cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, ex cónyuge, en virtud de la sentencia de divorcio. Por lo tanto, el derecho de uso se mantiene indemne y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, que sólo puede ser modificada por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó (SSTS de 16 de diciembre de 1995 y 28 de marzo de 2003, entre otras). (STS de 8 de mayo de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don C. R. S. interpuso demanda en ejercicio de la acción de división de cosa común, que dirigió contra su esposa doña M. J. M. C., suplicando: *a)* que se decretara la división de cosa común en cuanto a la vivienda familiar y a las plazas de aparcamiento; *b)* que se saquen a pública subasta dichos bienes; *c)* que se entregue y pague a la parte actora la mitad del precio que se obtenga en la subasta y la otra mitad a la demandada.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y declaró la indivisibilidad de los bienes comunes, ordenando su venta y reparto del precio al cincuenta por ciento entre ambos litigantes, cuya venta habría de efectuarse a través de agente de la propiedad inmobiliaria designado de común acuerdo. Dicha sentencia se recurre en apelación por la parte actora. La Audiencia Provincial estimó el recurso, acordando la cesación de la situación de indivisión de los inmuebles mediante su venta a través de agente, con respeto del derecho de uso que tiene atribuido judicialmente la demandada, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia. Contra dicha sentencia se interpone recurso de casación por la parte demandada, alegando la infracción del artículo 96.4.º CC y la necesidad de que, al constituir la división de la cosa común un verdadero acto de disposición, deba concurrir en todo caso la conformidad del cónyuge que tenga atribuido el uso de la vivienda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, confirmando la sentencia recurrida salvo en lo relativo al pronunciamiento sobre las costas causadas en primera instancia. (S. L. M.)

59. Calificación de patio como elemento comunero.—No es obstáculo para calificar un patio como elemento comunero el hecho de que sólo se tenga acceso al mismo a través de los pisos privativos de algunos vecinos.

Presunción de naturaleza común de los patios de los edificios.—Es jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo la que presume *uris tantum* el carácter común de los patios de los edificios.

Realidad jurídica registral y extrarregistral.—El principio de exactitud registral no es un obstáculo para que pueda corregirse el Registro si se acredita en la debida forma que es la realidad extrarregistral la que debe predominar.

Declaración de obra nueva.—La declaración de obra nueva en que consta que el patio es un elemento común del edificio es título suficiente para que la comunidad de propietarios reivindique el patio objeto de la controversia.

Poseción en concepto de dueño y posesión por mera tolerancia.—La posesión en concepto de dueño *no es un concepto puramente subjetivo o intencional, ya que el poseedor por mera tolerancia* —[...]— *no puede adquirir por prescripción aunque quiera dejar de poseer en un concepto y luego pasar al animus domini.*

Artículo 38.II LH.—Es jurisprudencia del Tribunal Supremo la que declara que no es preciso ejercitar la acción de nulidad de la inscripción registral, si puede pedirse la rectificación del Registro en trámite de ejecución de sentencia cuando dicha nulidad sea consecuencia necesaria del juicio. (STS de 11 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—El litigio tiene su origen en el debate acerca de la naturaleza privativa o común de los patios de un edificio, a los que se tiene acceso a través de elementos privativos. Habiéndose interpuesto sentencia declarativa de la propiedad de los patios que los demandantes vienen usando como pertenecientes a sus viviendas, la comunidad de propietarios demandada contestó formulando demanda reconvenzional en virtud de la cual solicita se desestime

la demanda y se declare que el objeto litigioso es propiedad de la comunidad de vecinos. En ambas instancias se estimó la demanda reconvenzional y se declaró que el dominio de los patios pertenecía a la comunidad de vecinos. (C. J. D.)

60. Propiedad horizontal. Legitimación activa de los copropietarios.—Es criterio jurisprudencial uniforme que los copropietarios tienen legitimación para efectuar reclamaciones entre ellos mediante el ejercicio de las acciones pertinentes, cuando afectan a intereses comunes, y también para hacerlo judicialmente frente a terceros en defensa de los elementos comunes sin requerirse para ello un acuerdo de la Junta de Propietarios, pese a que el artículo 12 confiera al Presidente la representación de la Comunidad en juicio o fuera de él.

En este sentido cabe citar, entre otras, las SSTs de 8 de noviembre de 1995, 17 de abril de 1990 y 22 de octubre de 1993. Esta última ha afirmado que cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a la comunidad para defenderlos, en cuyo caso la sentencia dictada aprovechará a todos los cotitulares. Esta defensa puede producirse por propia decisión de los comuneros para suplir la desidia del presidente o de los demás comuneros, e incluso cuando éstos sean contrarios al litigio.

Propiedad horizontal. Modificación de elemento comunitario o privativo.—Cuando ésta afecte a la estructura y configuración del inmueble exige autorización de la comunidad. Es el caso, por ejemplo, de la apertura de puertas y ventanas. (STS de 6 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela.]

HECHOS.—El 2 de septiembre de 1988 se celebra una Junta de Propietarios de la comunidad demandante cuyo orden del día era el siguiente: 1) acuerdo sobre la compraventa de la propiedad del pasaje gravado de servidumbre a favor del propietario de la finca dominante (*T., S. A.*); 2) destinar dicho pasaje como nuevas unidades de la comunidad (núms. 20 y 21). La Junta estuvo conforme con la desafectación del elemento comunitario y con la creación de las nuevas unidades registrales, así como en hacer una oferta a *T., S. A.*, consistente en una opción de compra que el optante debería ejercitar en el plazo de un mes cuyo cómputo comenzaría a contar a partir del día 15 de octubre de 1988.

La optante tuvo conocimiento del derecho de opción establecido en su favor así como de sus condiciones, según se desprende de la notificación del acuerdo que le fue efectuada por conducto notarial. *T., S. A.*, no hizo uso de la opción en el plazo convenido.

El 24 de enero de 1991 el presidente de la comunidad de propietarios demandante celebra un contrato de compraventa sobre el pasaje antes citado, siendo el comprador de la unidad núm. 20 *T., S. A.* y el de la unidad núm. 21 *I. I., S. A.*

La comunidad de propietarios, junto con algunos copropietarios, interponen demanda frente a *T., S. A., I. I., S. A.*, y otras personas físicas solicitando, además de la condena en costas, lo siguiente: 1) la declaración de nulidad absoluta de a) el acuerdo relativo a la venta del pasaje, tomado en la Junta de 2 de septiembre de 1988; b) las escrituras de venta otorgadas el 24 de enero de 1991;

c) las inscripciones registrales relativas a las unidades núm. 20 y 21 del inmueble; 2) la declaración de dominio de las unidades registrales núm. 20 y 21 del citado inmueble a favor de la comunidad de propietarios; 3) la condena al cierre de la puerta que comunica la unidad núm. 21 con el rellano de la escalera. Finalmente, se solicitaba la condena a los demandados a hacer y pasar por las anteriores declaraciones.

I. I., S. A., a su vez, interpone demanda frente a la comunidad de propietarios y algunos copropietarios solicitando la declaración de nulidad de la Junta General Extraordinaria celebrada el 13 de junio de 1991, de la que la sentencia analizada no aporta detalle alguno.

Acumuladas las actuaciones de ambos procedimientos, el Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda de la comunidad de propietarios y de algunos copropietarios por falta de legitimación activa y litisconsorcio pasivo necesario y acoge la deducida por *I. I., S. A.*

La Audiencia Provincial revoca en parte la sentencia de primera instancia, estimando las peticiones de declaración de nulidad de la escritura de compraventa citada, de las inscripciones registrales de las unidades núm. 20 y 21, y de declaración de dominio de la comunidad de propietarios sobre dichas unidades.

I. I., S. A., interpone recurso de casación, que el Tribunal Supremo desestima. (*B. F. G.*)

61. Usufructo con facultad de disponer en caso de necesidad: caracteres.—El Tribunal Supremo señala que este tipo de usufructo contiene una alteración esencial respecto del usufructo ordinario, previsto en el artículo 467 CC, pues el usufructuario, en casos de necesidad apreciada en conciencia y sin necesidad de justificación, puede disponer, a título oneroso, en todo o en parte de la cosa usufructuada o de cosas contenidas en el patrimonio usufructuado.

Usufructo con facultad de disponer en caso de necesidad. Legitimación del nudo propietario para impugnar el acto de disposición: la carga de la prueba recae en el nudo propietario.—Reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo afirma que el acto de disposición realizado por el usufructuario será declarado nulo cuando el nudo propietario pruebe que el usufructuario actuó con mala fe, con abuso de derecho o con ánimo de perjudicar los intereses del nudo propietario. (**STS de 6 de abril de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Xabier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Como consecuencia del fallecimiento de don J. R. se abre el testamento otorgado por éste que contiene, entre otras, las siguientes cláusulas: «*Cuarta.*—Instituye heredera en usufructo vitalicio de todos sus bienes a su esposa [...]. Si durante su viudedad se encontrare en difícil situación económica libremente apreciada por ella, queda facultada para, por actos *inter vivos* de carácter oneroso, disponer del pleno dominio de todos o parte de sus bienes, sin tener que justificar los actos ni la inversión que realice. *Quinta.*—Del remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, instituye herederos» a sus sobrinos.

Transcurrido un determinado periodo tiempo, doña A. O. A., viuda de don J. R., enajena mediante escritura pública de compraventa un determinado inmueble a don V. B. M. y a su esposa doña P. D. C.

Los sobrinos del causante (herederos de la nuda propiedad), interponen una demanda contra doña A. O. A., don V. B. M. y su esposa doña P. D. C. y la entidad *Schb, S. A.*, solicitando se dicte sentencia por la que se declaren, entre otras cuestiones, las siguientes: *a)* la nulidad del contrato de compraventa celebrado sobre el inmueble litigioso, por haberse comportado la vendedora (doña A. O. A.) y los compradores (don V. B. M. y su esposa doña P. D. C.), con manifiesto abuso de derecho y fraude de ley; *b)* la nulidad de la hipoteca constituida por los compradores del inmueble a favor de la entidad *Schb, S. A.*; y *c)* subsidiariamente, para el supuesto de que no se estime la petición primera, se declare que el precio recibido por la vendedora pertenece en nuda propiedad a los demandantes y respecto al mismo doña A. O. A. sólo tiene el usufructo vitalicio o, en otro caso alternativamente, se declare que doña A. O. A. tiene que indemnizar a los demandantes con una cantidad de dinero equivalente al precio de mercado del inmueble enajenado.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes. (*M. J. P. G.*)

62. Dación en pago y transmisión de la propiedad. Prohibición del pacto comisorio.—La entrega de bienes pactada como garantía del pago de una obligación no se realiza automáticamente desde el impago, sino que requerirá una formalización posterior, siendo en todo caso necesario que exista un acto de entrega de la cosa para que se realice la transmisión del derecho real sobre la misma (art. 1095 CC). Otra cosa supondría una infracción a la prohibición del pacto comisorio (arts. 6.3, 1859 y 1884 CC).

Protección del acreedor hipotecario. Momento en que se valora la buena fe del tercero.—El acreedor a cuyo favor queda constituida una hipoteca en garantía del pago del crédito está protegido en su adquisición toda vez que concurren los requisitos del artículo 34 LH. La buena fe del acreedor hipotecario debe considerarse al tiempo del otorgamiento del préstamo con garantía hipotecaria y de inscribirse la hipoteca: la garantía no puede verse afectada por circunstancias que no constaban en el Registro de la propiedad al tiempo de realizarse tales actos. (El Tribunal Supremo recuerda en su sentencia que esta cuestión de la mala fe del acreedor hipotecario se planteó en casación como cuestión nueva, lo que constituye argumento suficiente para rechazar el motivo). (**STS de 4 de mayo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En un contrato de préstamo, el prestatario ofreció en garantía del buen fin de la operación, la entrega de una finca. Al efecto, se hacía constar que el prestatario poseía un poder general de su esposa —propietaria de la finca— que le permitiría realizar negocios en su nombre. Sin embargo, la dueña de la finca aportó el

inmueble a una sociedad anónima de la que era administradora. Llegado el vencimiento del préstamo, no sólo no se pagó la deuda ni se entregaron los bienes sino que la finca fue hipotecada por la sociedad anónima citada.

En relación con dicha finca rústica, el prestamista citado ejerció una acción declarativa del dominio, una acción reivindicatoria, una acción declarativa de la nulidad de pleno derecho del título hipotecario que gravaba la finca y de las operaciones que trajeran causa del mismo, y una acción de elevación a escritura pública del título de propiedad de la parte actora. [Previamente, había obtenido sentencia condenatoria del pago o, en caso de incumplimiento, condenatoria de otorgar escritura pública a favor del actor prestamista, habiendo sido demandados tanto el matrimonio como la citada sociedad anónima]. En ambas instancias se desestimó la demanda. En casación se planteó (cuestión nueva) la mala fe del banco, acreedor hipotecario. (C. J. D.)

63. Procedimiento judicial sumario: artículo 131 LH. Nulidad de actuaciones: improcedencia: observancia de la publicidad requerida.—La cuestión central es si se han publicado o no los edictos en los boletines oficiales que exige la regla 7.^a del artículo 131 LH. Se señalaron las pertinentes subastas para los días 31 de julio la primera, 25 de septiembre la segunda y 20 de octubre la tercera y se publicaron edictos en el tablón de anuncios del Juzgado, en el *Boletín Oficial del Estado* y en el *Boletín Oficial de la provincia*; se cumplió perfectamente aquella regla 7.^a. Cuando se acordó (auto de 31 de julio) suspender la primera, se mantuvieron las fechas y quedó señalada la primera donde estaba antes la segunda, el 25 de septiembre y la segunda el 20 de octubre donde estaba antes la tercera y la tercera quedó sin señalar, a resultas de petición de parte; siempre de 1995. Por tanto, estas subastas, entre las que se cuenta la que efectivamente se celebró y se remató la finca hipotecada, el 26 de septiembre, sí habían sido correctamente publicadas por edictos. El que se hubieran publicado para una previsión distinta y para distinto orden, en nada afectan al procedimiento y en absoluto pueden dar lugar a nulidad. (STS de 23 de junio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—En el transcurso de un procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, después de múltiples dilaciones y avatares en dicho procedimiento del artículo 131 LH, se dicta providencia de 18 de abril de 1995, señalando día para la subasta, la primera el 31 de julio, la segunda el 26 de septiembre y la tercera el 20 de octubre; se publican correctamente todos los edictos. Días antes de la primera subasta, las sociedades ejecutadas (actuales demandantes en la instancia y parte recurrida en casación) presentaron escrito alegando que no se cumplía correctamente la regla 8.^a de aquella norma hipotecaria. Se dicta auto de 31 de julio en el que, «a prevención de evitar riesgos innecesarios» suspende la subasta señalada para el mismo día y señala nuevas subastas: la primera, el 26 de septiembre, la segunda el 20 de octubre y «dejando un posible tercer señalamiento a la disposición rogatoria de la parte actora». Se advierte la coincidencia no causal de fechas de estas primera y segunda subasta con la segunda y

tercera del señalamiento anterior. No se publican edictos de este segundo señalamiento sino que se dice en la parte dispositiva de aquel auto: «para la debida publicidad de la suspensión, tipo aplicable y posposición de los señalamientos de la primera y segunda subasta, fíjese edicto en el tablón de anuncios de este Juzgado, sirviendo de anuncios generales los edictos publicados en los periódicos oficiales con las modificaciones y adiciones acordadas por esta resolución».

La demanda formulada por las sociedades que habían garantizado un préstamo, con la hipoteca que, al no ser pagado aquél, se ejecutó, ejercita acción de nulidad del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, fundada en la infracción de la regla 7.^a del artículo 131 LH y de la nulidad de la inscripción registral producida en virtud del auto de adjudicación, acción que el artículo 132 de la misma Ley faculta para ventilar en juicio declarativo ordinario las reclamaciones formuladas sobre nulidad de aquel procedimiento. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso interpuesto y revoca el fallo de primera instancia. Los ejecutantes, demandados en la instancia, formulan recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. (S. M. S.)

DERECHO DE FAMILIA

64. Régimen económico matrimonial. Régimen de separación de bienes. Noción de cargas de matrimonio a que se refiere el artículo 1438 CC. Debe identificarse con la noción de sostenimiento de la familia; no incluye gastos generados por ciertos bienes, que, incluso siendo comunes no son bienes del matrimonio, porque se acordó régimen de separación de bienes.—La cuestión cardinal, sobre la que en realidad versa el recurso, radica en la determinación de si el concepto de cargas del matrimonio, a que se refiere el artículo 1438 CC, para establecer la forma de su sostenimiento, cuando rige el régimen de separación de bienes, comprende los conceptos que se discuten en este proceso referidos a gastos producidos por bienes de carácter común a efectos de que pueda resultar obligado uno de los cónyuges a una mayor contribución al contar personalmente con mayores recursos económicos. La respuesta ha de ser negativa ya que la noción de cargas del matrimonio debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes (art. 103-3.^a CC). Pero no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar. En consecuencia, la solución adoptada por la Audiencia al considerar que la normativa aplicable a tales bienes era la propia del régimen general de la copropiedad, y en con-

creto el artículo 393 CC, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales, no supone la existencia de las infracciones legales que se denuncian en los dos primeros motivos del recurso.

Proposiciones de convenio regulador realizadas por el demandante que no fueron aceptadas por la demandada ahora recurrente: valoración probatoria (arts. 1225 y 1228 CC).—No suponen la existencia de una obligación reconocida, cuando los términos de dicha oferta no fueron aceptados por quien hoy recurre. La propuesta sólo podía vincular si era aceptada y aprobada por el órgano judicial correspondiente. (STS de 31 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don José Miguel interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra su anterior esposa doña Virginia en reclamación de la cantidad de 15.516.672 pesetas, más intereses y costas, correspondiente a la mitad de los pagos efectuados por el actor por diversos conceptos referidos a gastos, impuestos y créditos sobre tres viviendas que ambos habían adquirido en copropiedad durante el matrimonio, en el que regía el régimen de separación de bienes, desde la fecha en que había cesado la situación de convivencia, hecho ocurrido durante el mes de julio de 1994.

Se opuso a dicha pretensión la demandada que, a su vez, formuló reconvencción, interesando que se le absolviera de la demanda y, por el contrario, se condenara al actor a satisfacerle la cantidad de 8.606.333 pesetas. El Juzgado de Primera Instancia admite parcialmente la demanda y la reconvencción. Ambas partes recurren en apelación y la Audiencia Provincial dicta nueva sentencia por la que estima parcialmente los recursos, con revocación de la sentencia de primera instancia. En concreto estimó que en la liquidación habrían de incluirse, para su satisfacción por mitad, solamente las cantidades que se deriven de impuestos, pago de hipoteca y gastos comunitarios no suntuarios sobre los inmuebles de que se trata y además, respecto de uno de ellos (casa de Tamariu) los consumos ordinarios de teléfono, gas y luz siempre que se acredite que ambos disfrutaban de la citada vivienda. Por último, en cuanto a los derivados del inmueble de la calle Benítez habrán de incluirse los gastos que haya satisfecho la demandada con las precisiones que la misma sentencia establece. Respecto de otras deudas, objeto de recíprocas reclamaciones entre las partes, estimó la Audiencia que había mediado un pacto de liquidación implícito por lo que no habían de ser consideradas ahora.

Frente a esta última resolución se ha interpuesto el presente recurso de casación por la demandada doña Virginia. (S. M. S.)

DERECHO DE SUCESIONES

65. Preterición: se ha producido.—Consiste en la omisión del legítimo en el testamento, sin que éste haya recibido atribución alguna en concepto de legítima. En el caso, al hijo extramatrimonial del causante no se le menciona en el testamento (fue concebido y nació después de otorgado éste), ni nada recibió imputable a la legítima. **Preterición: tipología.**—Según el

artículo 814 CC, la preterición de un heredero forzoso (quiere decir legitimario) no perjudica la legítima, tras cuyo principio declara los efectos distinguiendo si la preterición es intencional o errónea (no intencional). La primera se produce cuando el testador no ha mencionado ni hecho atribución alguna al legitimario, sabiendo (intencionadamente) que éste existe; la segunda, cuando el testador omitió la mención del legitimario hijo o descendiente (no otro) porque ignoraba (erróneamente) su existencia.

La preterición viene referida al tiempo de otorgar testamento.—Se advierte que estos conceptos vienen referidos al testamento, no a la muerte. Es decir, que la preterición se produce si en el testamento se omite al legitimario, sin importar que en la apertura de la sucesión, producida por la muerte del causante, éste haya sabido o no de la existencia de aquél. No se tiene en cuenta la preterición al tiempo de la muerte, según conozca o no de la existencia del legitimario, sino al tiempo del testamento. Si en el testamento se produce preterición porque el hijo legitimario nace después, la preterición es errónea.

Efectos de la preterición errónea.—Anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. En el caso, se anulan los dos legados. (STS de 22 de junio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Don Marcelino otorga testamento el 17 de octubre de 1983. En él, reconoce como hija extramatrimonial a la niña Ariadna, de unos dos años y medio de edad, y la instituye heredera en 2/3 de la herencia, en pleno dominio; lega, en pleno dominio, a su ahijada Asunción, los derechos sobre determinado inmueble; y el remanente de sus bienes lo otorga, en pleno dominio y en concepto de legado, a la Congregación Religiosa de las Hermanas de los Ancianos desamparados. Antes de otorgar testamento, don Marcelino convivía con doña Mercedes, demandante en instancia y recurrente en casación, con la que, el 23 de abril de 1991, tuvo un hijo, Marcelino, reconocido como hijo extramatrimonial por ambos progenitores. Don Marcelino fallece el 15 de octubre de 1991. Doña Mercedes, en nombre de su hijo, menor de edad, ejercita la acción de nulidad del testamento otorgado por don Marcelino, por preterición no intencional de su hijo, único heredero universal de aquél. La sentencia de primera instancia estima la demanda. Es recurrida en casación por doña Asunción y la Audiencia estima que procede el recurso y la revocación de la sentencia de instancia. La demandante en instancia interpone recurso de casación. (S. M. S.)

66. Preterición en la partición del legatario de parte alícuota: efectos y régimen. Similitudes con el heredero.—Si bien el artículo 660 CC distingue entre heredero y legatario considerando que el primero sucede a título universal y el segundo a título particular, no puede desconocerse la asimilación a ciertos efectos de la figura del legatario de parte alícuota a la del heredero en cuanto acreedor de una parte de la herencia. Así ha de entenderse que el régimen del legado de parte alícuota —que en este caso atribuyó el testador a sus sobrinos demandantes— es distinto del legado de cosa específica, por la afinidad entre aquel legado y la herencia, derivada en ambos de la común atribución indeterminada de bienes —aunque sea por diferente título— que

obliga a que se concrete o materialice mediante la partición el contenido económico para fijar la parte que le corresponde a uno y otro. Al respecto, la STS de 22 de enero de 1963 ya señaló que, «dada la naturaleza, alcance y efecto de esta especie de legado y la ausencia de su reglamentación en nuestro Código Civil, deben serle aplicables determinados preceptos legales relativos al heredero, y muy especialmente aquellos cuyo fin inmediato es el conocimiento por el sucesor del patrimonio en que haya de participar, su cuantía y composición, punto en el que la semejanza entre el heredero y el legatario de parte alícuota aparece más destacada». En consecuencia, la preterición en la partición del legatario de tal clase ha de producir los efectos previstos en el artículo 1080 CC para el caso de preterición de un heredero, de forma que si se produce de mala fe o dolosamente –conociendo su existencia– ha de desembocar en la rescisión de la partición así realizada.

Interpretación del testamento: voluntad del testador. Legado de parte alícuota a favor de sobrinos y legado de cosa específica a favor de los hijos herederos imputando el remanente de los bienes en que se instituyeron a los tercios de legítima y mejora.—El testador dispuso, en primer lugar, un legado para sus cuatro hijos, cuyo objeto era el pleno dominio de cuantos derechos le pertenecían en un chalé. A continuación, estableció que «sin perjuicio del legado anterior, lega el tercio de libre disposición en pleno dominio a sus sobrinos carnales», y señala que «en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones presentes y futuros, es decir, en los tercios de legítima y mejora, instituye únicos y universales herederos, por partes iguales, a sus citados hijos, nombrando sustitutos vulgares de los mismos a sus respectivos descendientes». De ello se desprende que el legado de parte alícuota a favor de sus sobrinos se otorga sin perjuicio del legado de cosa específica atribuido a sus hijos y que en los tercios de legítima y mejora considera que debe integrarse el remanente de todos sus bienes, lo que implica la voluntad de sustraer el bien integrante del legado dejado a los hijos de dichas porciones. De ello se desprende que el legado de parte alícuota a favor de sus sobrinos se otorga sin perjuicio del legado de cosa específica atribuido a sus hijos y que en los tercios de legítima y mejora considera que debe integrarse el remanente de todos sus bienes, lo que implica la voluntad de sustraer el bien integrante del legado dejado a los hijos de dichas porciones. Si éste no cupiere en la parte libre, no parece que fuera voluntad del testador que se procediera a su reducción luego entraría en juego el artículo 828 CC según el cual «la manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre». (STS de 12 de junio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don Santiago, doña Bárbara y don César, doña Celestina, y doña Begoña y don Jesús Miguel, todos ellos sobrinos del causante don Juan Miguel, interpusieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía que dirigieron contra los hijos de éste don Juan Enrique, don Lázaro, doña Amelia y don Pedro Miguel, interesando que se dictara sentencia por la que se declarara: a) Que queda rescindida la partición de la herencia causada por don Juan Miguel y practicada ante el notario de Córdoba don Juan José Pedraza Ramírez el día 6 de mayo de 1998, por causarles lesión como legatarios no llamados a dicha partición. b) Que

deben realizarse nuevamente las operaciones particionales entregando a los actores en pago de su legado y en pleno dominio el tercio de libre disposición de la herencia del causante. *c)* Que el legado ordenado por el testador para los herederos, sus hijos demandados, les será satisfecho con cargo a los tercios de legítima estricta y mejora, y sólo en lo que exceda será con cargo al tercio de libre disposición. *d)* Que procede incluir en el inventario de la herencia las joyas, bienes de uso personal, vehículo, mobiliario y ajuar doméstico propiedad del causante a que se refiere el hecho cuarto de la demanda. *e)* Que se condene en costas a los demandados. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, y declara rescindidas por lesión a los demandantes las operaciones particionales realizadas por los herederos demandados y ordena que se lleve a cabo de nuevo la partición con intervención de los demandantes como legatarios de parte alícuota, debiéndose imputar el legado establecido a favor de los demandados en la cláusula tercera del testamento de 18 de agosto de 1997, en primer lugar, a los 2/3 de legítima, y, en lo no cubierto, al tercio de libre disposición, que corresponde íntegramente a los demandantes. Los demandados interponen recurso de apelación, que es desestimado por la Audiencia Provincial. Frente a este último fallo, ellos mismos formulan recurso de casación. (S. M. S.)

67. La acción de división de herencia: la legitimación *ad causam* y el litisconsorcio pasivo necesario.—Por un lado, el Tribunal Supremo destaca que no hay que confundir la legitimación *ad causam* con la obligación de demandar conjuntamente en los casos en los que los derechos reclamados sólo pueden ejercitarse por quienes están presentes en un proceso. Según jurisprudencia reiterada (SSTS de 11 de mayo y 5 de diciembre de 2000, 11 de abril de 2003 y 3 de noviembre de 2005), se rechaza que sea necesario un litisconsorcio activo, puesto que nadie puede ser obligado a demandar. La denominada falta de litisconsorcio activo necesario es en realidad un defecto de legitimación activa *ad causam* o una legitimación incompleta.

Por otro lado, respecto del litisconsorcio pasivo necesario, el Tribunal reitera su doctrina, según la cual esta figura sólo entra en juego y produce efectos para aquellas personas que hubieran tenido intervención en la relación contractual objeto de litigio. En la acción de división de herencia y de los bienes gananciales, sólo los herederos y el cónyuge están legitimados para intervenir como demandantes y demandados, porque sólo a ellos les interesan las operaciones particionales (entre otras, SSTS de 27 de junio de 1944 y 8 de marzo de 2006). Los acreedores de la herencia tienen una legitimación muy limitada y no la tienen quienes han adquirido un bien de la herencia. La validez de los contratos otorgados por un heredero en situación de indivisión no es el objeto de una acción de división de herencia. (STS de 18 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Doña E. H. y doña C. R. H. demandan a doña C. R. H. solicitando que se declare que doña C. y doña C. eran las únicas herederas de don F. R. y que se proceda a la división de los bienes hereditarios por partes iguales, teniendo en cuenta que todos ellos

eran bienes gananciales, por lo que la mitad pertenecían a la madre, doña E. Antes de la división hereditaria, doña E. y doña C. vendieron las cuotas indivisas que les correspondían sobre unos terrenos a don J. C. y doña A. G. en documento privado con el compromiso de cesar la indivisión, para lo que iniciaron el procedimiento voluntario de testamentaría. Este procedimiento se archivó por falta de acuerdo y los compradores demandaron a las demandantes por incumplimiento del pacto, desestimándose la demanda interpuesta. La demandada en el proceso de división de herencia contestó a la demanda solicitando que con carácter previo a la formación del inventario, se declarase la nulidad de todos los actos y contratos realizados sobre los mismos por las demandantes.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Se interpone recurso de apelación y la demandada promueve, a su vez, un incidente de nulidad de actuaciones por incumplimiento de las normas procesales relativas a las demandas reconventionales. La Audiencia Provincial desestima la demanda incidental y el recurso de apelación y confirma la sentencia apelada. Se interpone recurso de casación sobre cuestiones, exclusivamente, de forma y el Tribunal Supremo declara no ha lugar el recurso y confirma la sentencia recurrida en todos sus extremos. (*S. E. M.*)

68. Albacea testamentario. Plazo legal para la realización de la partición: vinculación del albacea contador-partidor al plazo determinado por el causante o, en su defecto, al legal; cómputo y *dies a quo*.—Es claro el artículo 904 CC, cuando preceptúa que el mismo debe desempeñar su función en el plazo de un año, cuando el testador no señaló otro (como en el caso litigioso), y que aquel plazo se cuenta desde la aceptación, o desde la terminación de los litigios que se promovieren sobre la validez o nulidad del testamento o algunas de sus disposiciones, y estas circunstancias no equivalen a la finalización de las operaciones fiscales a que da lugar el fallecimiento del testador, ni impiden las mismas que los bienes relictos sean objeto de valoración mientras la Administración Tributaria no la fije. Incluso si existiera un acuerdo posterior con los herederos, modificativo en este sentido, no le exime al albacea de su deber de hacer la partición en el plazo marcado por la Ley, al no haber sido determinado por los testadores y, de cumplir, en su caso, con los preceptos legales sobre la prórroga del albaceazgo; los interesados en la partición no pueden desplazar por su voluntad aquellos preceptos.

Partición privada entre los herederos: en nada vincula al contador partidor.—El hecho de que se hubiese hecho una partición privada entre los herederos nada significa para el incumplimiento de los plazos por el albacea con facultad de contar y partir, dado el carácter unilateral de su cargo, que le debió llevar a cumplir la Ley con independencia de lo que dijeran o acordaran los herederos; no lo nombraron los testadores para que actuara de acuerdo con ellos o en su defecto. (**STS de 19 de junio de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—Don Juan Francisco falleció el 30 de diciembre de 1989, habiendo otorgado testamento notarial abierto el 23 de enero de 1987, en el que nombraba albacea contador-partidor de su herencia, con prórroga del plazo por un año para el desempeño

de su cometido, a don Arturo. Doña María Consuelo, esposa de don Emilio, falleció el 22 de noviembre de 1990, habiendo otorgado testamento notarial abierto el 23 de enero de 1987, en el que también nombraba albacea contador-partidor de su herencia, con prórroga del plazo por un año, a don Arturo. El citado albacea realizó la partición de ambas herencias en documento privado de 30 de diciembre de 1996, que fue protocolizado notarialmente el 18 de enero de 1997 por don Emilio, don Luis Manuel y don Iván; y por doña Estefanía, que actuó por sí y en representación legal de su hijo menor Ignacio, y don Carlos Jesús y don César. Todos los nombrados ratificaron las operaciones particionales del contador-partidor. Doña Luisa demandó por los trámites del juicio de menor cuantía a don Emilio, don Luis Manuel y don Iván, doña Estefanía, don Carlos Jesús, y don Arturo, solicitando que se declarase nula la partición realizada por el albacea contador-partidor, en base a la realización de la partición fuera del plazo legal. El Juzgado de Primera Instancia acoge su petición. Y recurrido el fallo en apelación por don Arturo ante la Audiencia Provincial, ésta confirma la sentencia de primera Instancia. Don Arturo interpone recurso de casación. (S. M. S.)

DERECHO MERCANTIL

69. Denominación social y nombre comercial.—Cada una de ellas tienen un régimen jurídico distinto y también funciones diversas. La denominación social es un signo de identidad personal que identifica a una sociedad. Constituye el nombre mediante el cual la sociedad opera en el tráfico jurídico como sujeto de derechos y obligaciones. Por su parte, el nombre comercial es un signo de identidad empresarial. Es un signo distintivo con aptitud para diferenciar la actividad empresarial de la sociedad de otras iguales o similares.

Situaciones de concurrencia entre la denominación social y el nombre comercial utilizado por una sociedad.—El problema surge cuando existe riesgo de confusión entre ambas. En ocasiones, se ha planteado la posibilidad de exigir el cambio o modificación de la denominación social cuando ésta es posterior a una marca o nombre comercial con el cual existe riesgo de confusión.

Ni la normativa societaria ni tampoco la derogada Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas han llegado a establecer un criterio para dar solución al problema planteado. En este sentido, la DA 14.^a de la vigente Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, ha supuesto un avance significativo a la hora de resolver los problemas de colisión entre denominaciones sociales y nombres comerciales. Sin embargo, la aplicación de esta norma está limitada a nombres comerciales notorios o renombrados.

La doctrina jurisprudencial mayoritaria sostiene que el titular de una marca o nombre comercial puede solicitar la modificación de cualquier denominación social posterior, cuando existe entre ambas el suficiente grado de similitud o semejanza como para generar en los consumidores un riesgo de confusión sobre los productos o su procedencia empresarial. Así se ha reconocido en las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: STS de 27 de

diciembre de 1954, STS de 7 de julio de 1980, STS de 16 de julio y 12 de septiembre de 1985, STS de 24 de enero de 1986, STS de 24 de julio de 1992, STS de 26 de junio de 1995, STS de 31 de diciembre de 1996, STS de 11 de marzo de 1997, STS de 14 de febrero y 10 de julio de 2000, STS de 27 de mayo de 2004 y STS de 20 de febrero de 2006, entre otras. **(STS de 18 de mayo de 2006; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La mercantil *F, S. A.*, interpuso demanda frente a la entidad *M. F., S. L.*, solicitando que se declarara la carencia del derecho de la sociedad demandada a incluir en su denominación social un vocablo que formaba parte de la denominación social de la actora. También se solicitaba en la demanda que se condenara a la demandada a modificar su denominación social en el sentido de eliminar el mencionado vocablo y, subsidiariamente, en caso de no producirse tal modificación, que se ejecutara a su costa librándose el oportuno mandamiento al Registro Mercantil de la provincia. Finalmente, se solicitaba en la demanda: (i) la declaración de los daños y perjuicios que el uso de la denominación social de la entidad demandada había ocasionado a la actora, (ii) la condena a la demandada al pago de una indemnización para la reparación de esos daños y perjuicios, y (iii) la publicación de la sentencia que había de dictarse a costa de la demandada conforme a lo dispuesto en el artículo 36 de la vigente Ley de Marcas.

Por su parte, la demandada reconvino solicitando que se declarara la caducidad del vocablo de referencia por falta de uso de la actora durante cinco años consecutivos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda principal declarando que la entidad *M. F., S. L.* no tenía derecho a incluir en su denominación social el vocablo mencionado y condenando a la demandada a la modificación de su denominación social en este sentido. La demanda reconvencional fue desestimada.

Interpuesto por ambas partes recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, esta revocó parcialmente la sentencia de instancia desestimando todos los pedimentos de la demanda principal. El Tribunal estimó la demanda reconvencional declarando la caducidad del vocablo.

La actora recurrió en casación ante el Tribunal Supremo que declaró haber lugar al recurso, estimando los *petita* de la demanda. (*J. D. S. C.*)

70. Para que prospere la acción causal derivada del impago de un cheque bancario, lo relevante es que exista provisión de fondos.—Resulta incuestionable que hay provisión de fondos, pues el Banco emisor percibió el importe del título librado mas la comisión correspondiente. Y deviene intrascendente que el cheque no se haya presentado al cobro dentro del plazo de quince días (art. 135, p. segundo, LCCh); como igualmente carece de interés que, como consecuencia de tal falta de presentación la entidad librada esté legalmente facultada para no hacerlo efectivo (art. 138, párrafo segundo, LCCh), porque la acción ejercitada se dirige contra el librador y es la de naturaleza causal. Centrado así el núcleo litigioso procede señalar que resulta

carente totalmente de fundamento la apreciación que realiza la sentencia recurrida y que constituye la *ratio decidendi* de su fallo absolutorio, pues lo relevante para la prosperabilidad de la acción causal es la existencia de la provisión de fondos, y no que haya una relación negocial entre el titular del cheque y la entidad demandada. Por consiguiente, la acción causal derivada del cheque bancario al portador no tenía que dirigirse contra la entidad *Productos Brooks, S. L.*, que transmitió al demandante el título en pago de parte del precio de un piso, sino por el tenedor, como legítimo titular, contra la libradora que emitió el cheque, tiene los fondos suficientes y asumió la obligación de pago.

La acción causal puede ejercitarse aunque el demandante haya sido declarado en quiebra.—La segunda excepción igualmente se desestima porque, con independencia de si el cheque es o no ajeno a la quiebra y la perplejidad que produce que en su caso el importe no se halle a disposición de la masa, de cualquier forma la retención judicial (que se dice acordada) se refiere únicamente a hacerlo efectivo, y ello puede afectar a la ejecución, pero, en modo alguno, enerva la acción de declaración. (STS de 7 de abril de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El demandante ejercitó una acción causal derivada del impago de un cheque bancario al portador contra una entidad de crédito, que era el librador y el librado del cheque, que se había negado a pagar por no haberse presentado al cobro dentro del plazo de quince días. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de casación y desestimó la demanda al considerar que la acción cambiaria de regreso no puede prosperar por haberse extinguido por prescripción extintiva, y, en cuanto a la acción causal, tampoco puede prosperar porque no existe relación de tal carácter entre el demandante y la demandada. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante, al considerar que existía provisión de fondos, que es el requisito esencial para que triunfe la acción causal. (M. C. B.)

71. Acciones ejercitables ante el impago de una letra de cambio.—Ante un eventual impago de la letra de cambio, la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (LCCh) permite al tenedor de la misma ejercitar acción directa (sin necesidad de protesto) contra el aceptante y sus avalistas, o acción de regreso contra cualquier obligado.

Excepciones cambiarias y extracambiarias.—El deudor cambiario puede oponer frente al tenedor demandante del pago dos tipos de excepciones: cambiarias y extracambiarias. Las primeras son aquellas que se refieren al propio título, mientras que las extracambiarias se fundan en las relaciones personales que pueden mediar entre deudor y tenedor de la letra, o entre deudor y librado o tenedores anteriores.

Excepción de falta de provisión de fondos.—La figura de la falta de provisión de fondos fue introducida por la doctrina jurisprudencial y constituye una causa de nulidad de la letra de cambio. Su aplicación está limitada a aquellos supuestos en los que la relación jurídico-procesal se mantiene entre librador y librado, con exclusión de aquellos en los que la acción era ejercitada por un tercero tenedor de la letra, salvo que dicho tercero fuera de mala fe.

En el primer caso (relación entre librador y librado), el librador carecía de acción contra el aceptante si no acreditaba que éste era deudor suyo en base a un negocio jurídico concreto. En el segundo caso, esto es, cuando la acción es ejercitada por el tenedor de la letra, ésta se independiza de la causa del contrato y mantiene su carácter abstracto (SSTS de 17 de noviembre de 1960 y 4 de octubre de 1968, entre otras).

Carga de la prueba de la excepción extracambiaria.—Las excepciones personales o extracambiarias deben ser probadas por quien se opone al ejercicio de la acción cambiaria.

La prueba de la inexistencia de causa respecto de la emisión del pagaré o la desaparición de la misma, así como la prueba de la falta de provisión de fondos de una letra de cambio corresponde a quien opone su excepción. En el caso de una acción cambiaria fundada en un pagaré no puede oponerse la excepción de la falta de provisión de fondos, aunque podría alegarse la inexistencia o desaparición de la causa del título. (STS de 17 de abril de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Doña M. T. L. G. otorgó escritura pública de compraventa de una serie de acciones de C. R. y U., S. A., que fueron adquiridas por la propia entidad para proceder a su amortización. Una parte del precio de la compraventa de acciones se entregó en el momento de otorgar la escritura pública y el resto debía pagarse mediante cuarenta y ocho (48) pagarés con distintos vencimientos.

Los pagarés no fueron pagados tras su vencimiento. Por ello, doña M. T. L. G. demandó a una serie de sociedades y a una Agrupación de Interés Económico, firmantes de los pagarés.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por considerar que los pagarés no se correspondían con los que constaban en la escritura pública de compraventa de acciones y, por tanto, aquellos carecían de causa. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia.

Interpuesto recurso de casación por la actora, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo y casó la sentencia de la Audiencia Provincial. (J. D. S. C.)

72. Contrato de concesión en exclusiva. Indemnización derivada de la denuncia unilateral sin justa causa instada por el concedente. No cabe condenar a una sociedad que no fue parte del contrato y que se constituyó después de la extinción del mismo.—*Irmscher Iberia, S. A.*, ni siquiera existía como persona jurídica en el año 1986 en que se celebró el contrato origen de este litigio por lo que mal podía venir obligado, ni solidariamente ni de ninguna otra forma a cumplir las obligaciones en él establecidas ni, en consecuencia, podía exigírsele su cumplimiento. Además, en la demanda lo que se está reclamando es una indemnización de daños y perjuicios nacida de un incumplimiento contractual, pretensión que sólo puede dirigirse frente a aquel de los contratantes que incumplió, no contra terceras personas que no son parte en el contrato y que, por ello, no pudieron incumplirlo.

La prueba de la causación de daños y perjuicios derivados del incumplimiento no puede dejarse para la fase de ejecución de sentencia.—No puede dejarse para la fase de ejecución de sentencia, como pretende la recurrente, la prueba de la causación de daños y perjuicios derivados del incum-

plimiento contractual; sólo cabe remitir a la fase de ejecución de sentencia, conforme al artículo 360 LEC de 1881, la determinación cuantitativa de los daños que resulten probados en la fase declarativa del pleito, como tiene declarado reiterada y conocida jurisprudencia. En consecuencia, debe desestimarse esta parte del motivo, al declarar la Sala de instancia que no han resultado probados los perjuicios alegados por la actora en su escrito inicial.

Denegación de la indemnización por clientela.—De ahí que hayan de tenerse en cuenta dos circunstancias fundamentales; de un lado, como señala la S de 12 de junio de 1999, cuando se trata de la venta de vehículos automóviles de marcas muy conocidas en el mercado, de las que los clientes cuentan con suficientes noticias e información, así como del tipo y modelo que tienen la intención de adquirir, las mismas actúan por sí como reclamo decidido para la compra del vehículo, es la atracción comercial de la marca prestigiada, que opera en la captación de usuarios, ya que estos suelen atender más a la publicidad general del fabricante que a la limitada que puede desplegar el concesionario, que en todo caso se aprovecha de aquélla, pues no suele intervenir en la confección de catálogos generales e impresos publicitarios y su actividad se concreta en la mayoría de los casos a su distribución y anuncios mediante rótulos en la fachada de sus establecimientos y correspondencia general; lo que es aplicable, *mutatis mutandis*, al supuesto en cuestión, a lo que ha de añadirse que, respecto a la adquisición por el comprador del vehículo marca Opel de los complementos de la marca Irmscher será el concesionario de Opel quien le induzca o, al menos, a través del cual, se realice la de esos equipamientos, digamos extraordinarios, sin que la actividad del concesionario del Irmschar, carente de local abierto al público, tenga trascendencia en orden a la creación de una clientela fidelizada a la marca cuyos productos distribuye. No se dan, por tanto, los supuestos que permitan afirmar razonablemente un aprovechamiento por el concedente de una actividad creadora de clientela por el concesionario demandante. **(STS de 5 de mayo de 2006;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Pedro González Poveda.]

HECHOS.—Una sociedad mercantil demandó otras dos sociedades solicitando que se las condenase solidariamente al pago de indemnización por clientela y por otros daños y perjuicios, causados a consecuencia de la ruptura unilateral de un contrato de distribución de suplementos de vehículos de la marca Opel. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por las demandadas, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente, absolviendo a las demandadas de todos los pedimentos menos uno, consistente en la obligación de la demandada concedente de retirar los productos facturados a la concesionaria demandante durante los dos últimos años anteriores a la ruptura unilateral que no hubieran podido ser vendidos, abonado su importe. Instado el recurso de casación por la demandante, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (*M. C. B.*)

73. Naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorros. Derogación tácita de la normativa que las conceptúa como benéfico-sociales.—El artículo 59 del Real Decreto-Ley de 21 de noviembre de 1929 y el artículo 29 del Decreto de 14 de marzo de 1933, referidos a las Cajas Generales de Ahorro Popular, y que establecen la gratuidad de la administración que realizan estas enti-

dades de crédito, fundándose en que son entidades benéfico sociales por la finalidad que persiguen, no son aplicables. Por una parte, existe legislación posterior (Ley 6 de febrero de 1943 y Decreto de 17 de octubre de 1947) que las califica como entidades de crédito e instituye que su obra benéfico-social sólo es complementaria. El Tribunal Constitucional viene manteniendo (STC 10/2005 y las allí citadas) que «es patente, pues, que desde la inicial configuración de las Cajas de Ahorros como entidades benéfico-sociales se ha dado un paso –en virtud del propio crecimiento y de la importancia actual de su actividad crediticia– a su consideración como entidades de crédito dentro del sistema financiero»; la STC 49/1988, dice que los fines que hoy persiguen estas entidades no son los puramente benéficos o asistenciales, «sino los propios de una entidad de crédito», consecuencia del cambio cualitativo que han sufrido «al haberse transformado su inicial actividad crediticia de carácter benéfico (crédito barato a las clases menesterosas) en actividad crediticia sometida a las Leyes del mercado comunes a ellas y a los demás intermediarios financieros». Y ello porque según la citada STC 10/2005, «la justificación histórica del trato dispar a las Cajas de Ahorros (actividad principal benéfico-social sin ánimo de lucro) decae desde el momento en que su naturaleza adquiere un carácter eminentemente mercantil». Otra cosa sería contraria a las normas que regulan el mercado financiero y a los artículos 14 y 38 de la Constitución, por propiciar una desigualdad entre las Cajas respecto al resto de las entidades financieras (STS de 29 de septiembre de 2005).

Derogación tácita.—A todo lo anterior se suma que, de acuerdo con el artículo 2.2 CC, se admite la derogación tácita de las normas precitadas, que se extiende, por definición, «a todo aquello que en la Ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior». Por ello hay que considerar incompatibles aquellas normas basadas en la naturaleza histórica de las Cajas de Ahorros, distinta de la que en la actualidad ostentan, básicamente mercantil e insertada claramente en el sistema financiero, según se deduce del Real Decreto Legislativo de 28 de junio de 1986, cuyo artículo 1 conceptúa como establecimientos de crédito (STS de 29 de septiembre de 2005).

Derecho de consumidores: cláusulas generales y condiciones particulares; régimen de impugnación.—La cláusula impugnada no es una cláusula general, que pudiera ser contradicha por una asociación en defensa de los consumidores y usuarios de conformidad con las normas aplicables, sino que se trata de una condición particular de cada contrato. Por ello, AUSBANC estaba legitimada para impugnar el contrato que concluyó con CAM, pero no para reclamar la nulidad de las cláusulas del mismo tipo recogidas en otros contratos de la misma clase, todo ello con independencia de su legitimación. (STS de 12 de junio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios, (AUSBANC), contrató en 1997 con la Caja de Ahorros del Mediterráneo (CAM) la apertura de una cuenta de ahorro ordinario; en las condiciones particulares del contrato se estableció lo siguiente: «comisión de mantenimiento: 1.200 pesetas (7,21 euros) para un saldo medio anual inferior a 50.000 pesetas (300,51 euros)». AUSBANC demandó a CAM pidiendo se declarase la nulidad de la referida cláusula y la de las que establezcan el cobro de comisiones de mantenimiento por parte de CAM sobre los imponentes en todos los contratos de cuentas de ahorro suscritos por la mencionada enti-

dad, cualquiera que fuera su importe. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Recurrída la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial estima el recurso. Contra este último fallo se presenta recurso de casación. (S. M. S.)

74. Función probatoria del documento privado.—Para que lo conve-nido en documento privado obligue a las partes que en él intervienen, no resulta necesario que aparezca firmado por cada uno de ellos, máxime cuando el cuestionario fue incorporado a los autos como fundamento de su recla-mación por los ahora recurrentes, lo que implica su aceptación. Toda de esta suerte de datos es lo que permite a la sentencia de instancia establecer como hecho probado que en la solicitud del seguro, y en la declaración sobre el estado de salud, consta que «no tiene actualmente problemas de salud».

Deber de declarar el riesgo.—Tampoco se infringe el artículo 10 de la Ley 50/80. La aseguradora sometió a la tomadora/asegurada, a un cuestiona-rio previo, que debía ser cumplimentado por la misma, sobre las circunstan-cias relativas al riesgo, produciéndose una omisión consciente y voluntaria de circunstancias que, no sólo influían en su valoración sino que, de haberlas conocido la aseguradora, hubieran impedido la celebración del contrato teniendo en cuenta que lo que sanciona la Ley es la omisión voluntaria, en cuanto el conocimiento de la enfermedad pueda trascender a las condiciones contractuales, o la propia concertación de la póliza. El deber de declaración del riesgo se infringe cuando el riesgo declarado y tenido en cuenta al tiempo de la perfección del contrato es diverso al riesgo real que existía en aquel momento. El cumplimiento del deber —o su violación— ha de valorarse, en lo posible, con criterios objetivos. Las circunstancias conocidas por el tomador del seguro que se omiten, para ser relevantes, son aquellas que puedan influir en la determinación o valoración del riesgo. (STS de 27 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don Juan G. G. y don Marc G. G. interpusieron demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Mataró contra *Allianz-Ras Seguros y Reaseguros, S. A.*, con quien había contratado un seguro de vida, suplicando al Juzgado que dictara sentencia por la que condenase a la entidad demandada a indemnizarles por diversos conceptos con fundamento en los siguientes motivos: infracción por inaplicación del artículo 1225 CC, en relación con el artículo 1226 del mismo, así como de la jurisprudencia emanada de este Tribunal en su aplicación, por haber valorado el tribunal sentenciar-dor el contenido de la declaración de salud sin haber sido concre-tada la autenticidad de la firma de la tomadora de seguro, negada por la actora, siendo por ello necesaria la prueba pericial caligráfi-ca; infracción del artículo 10 de la Ley 50/80, por incorrecta apli-cación del mismo. El Juzgado de Primera Instancia desestimó ínte-gramente la demanda formulada. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona confirmó la resolución de primera instancia. Posteriormente el recurso de casación fue tam-bién desestimado. (E. C. V.)

75. Deber de información del asegurado al contratar una póliza de seguro de enfermedad.—«El artículo 10, en lugar de concebir de una forma general y abstracta los límites del deber del tomador de declarar todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo, ha acotado este deber limitándolo a la contestación del cuestionario que le someta el asegurador. Aparece así, como ha quedado dicho, no un deber espontáneo o independiente del tomador, sino un deber de responder a un cuestionario que tiene su precedente en el Derecho suizo. A diferencia del artículo 381 CCO, en el que el asegurado estaba obligado a decir todo lo que sabía sobre el riesgo y también a decir exactamente todo lo que dice, el artículo 10 circunscribe el deber de declaración al cuestionario que el asegurador someta al presunto tomador del seguro. Quiere esto decir que si el asegurador o su agente se limitan a pedir al solicitante que suscriba la solicitud del seguro o bien que acepte la proposición que hacen sin haber presentado ningún cuestionario, tal deber de declaración no existe más allá de los datos que deban figurar en esos documentos. Dicho en otros términos, la configuración del deber de declaración como deber de responder implica que si el asegurador no hace las oportunas preguntas al tomador del seguro éste se encuentra liberado de las consecuencias de ese deber; como se dijo autorizadamente dentro de nuestra doctrina, la declaración del asegurado ha de ajustarse al cuestionario del asegurador, de forma que, facilitado por el agente de la compañía, será el cuestionario el que determine los límites y el contenido de la declaración».

Exención de pago de los intereses moratorios del artículo 20 LCS.—«La jurisprudencia de esta Sala nos ofrece algunos de los supuestos en los que estima que concurre una circunstancia que libera al asegurador del pago de los intereses moratorios: cuando la determinación de la causa del pago del asegurador haya de efectuarse por el órgano jurisdiccional, en especial cuando es discutible la pertenencia o realidad del siniestro, como sucede cuando no se han determinado las causas de un siniestro y esto es determinante de la indemnización y su cuantía. Cuando exista discusión entre las partes, no del importe exacto de la indemnización, sino de la procedencia o no de la cobertura del siniestro. Cuando junto a la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional competente para la determinación de la causa, culpable o no, de la producción del siniestro, sea necesaria la decisión judicial para la fijación exacta de la cantidad a abonar al asegurador por vía de indemnización ante las discrepancias existentes entre las partes». (STS 3 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—E. J. S. y P. J. S. suscribieron un contrato de seguro de asistencia sanitaria con ASISA. El 30 de octubre de 1993 la aseguradora les notificó notarialmente su oposición a una nueva prórroga alegando que cuando las aseguradas firmaron el contrato habían cumplimentado de forma inexacta el cuestionario de salud. Posteriormente, las aseguradas interpusieron demanda contra la aseguradora reclamando una indemnización por los perjuicios económicos y daños corporales y morales que les causó la resolución de la póliza. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando al demandado a abonar a las actoras 5.378.256 pesetas. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación de la actora e incrementó en un millón de pesetas la condena en concepto de indemnización por los daños

morales causados. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por ambas partes. (R. T. B.)

76. Contrato de seguro de ingresos garantizados por incapacidad profesional. Rescisión por ocultación de dolencia grave en la declaración de salud anterior al contrato.—Cuando el asegurado no declara en el cuestionario de salud al que se le somete, todas las circunstancias por él conocidas que pudieran influir en la valoración del riesgo, incurre en reserva o inexactitud, y atendiendo a la objetividad de su conducta, de esta manera viene a frustrar la finalidad del contrato para la contraparte, prescindiendo de su buena o mala fe (SS de 15 de diciembre de 1989, 12 de julio y 25 de noviembre de 1993 y 31 de diciembre de 2001), pues de este modo se infringe un elemental deber por quien pretende asegurarse ante contingencias determinantes de la pérdida de salud, sin que sea imputable cualquier omisión de datos al facultativo que verifica el reconocimiento médico y no puede detectar las anomalías padecidas por el asegurado, pues ese quehacer requiere una mínima colaboración o información del mismo (S de 15 de octubre de 2003), colaboración que en el caso que nos ocupa no se probó hubiera tenido lugar, viniendo a matizar la S de 23 de septiembre de 2005 que el conocimiento de la enfermedad que se silencia ha de considerarse relevante para la adopción por la compañía de una decisión respecto a la aceptación del seguro que se le propone.

La emisión de recibos con posterioridad a la comunicación de la rescisión del seguro no supone confirmación del contrato ya extinguido.—La emisión de los recibos referidos en modo alguno supone subsistencia contractual y que la misma resultase vinculante para la aseguradora, ya que conforme al artículo 1310 CC para que se produzca la confirmación de los contratos, es preciso que reúnen los requisitos del artículo 1261 CC, al representar efectiva ratificación contractual, y es distinto del supuesto de convalidación por referirse a situación de dar como válido posteriormente un contrato que había quedado invalidado, y no afectado de nulidad absoluta. Lo que se deja dicho lleva a declarar que en este caso la doctrina de los actos propios no puede amparar la pretensión del recurrente —pretensión que se presenta como «aprovechada»—, ya que se hace preciso que los mismos tengan carácter trascendental, definitivos, mantenidos, que causen estado determinando inalterable y claramente la posición jurídica de su autor, debiendo de tratarse en todo caso de actos inequívocos en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o establecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica, afectante a su autor (SS de 5 de marzo de 1991, 12 de abril de 1993, 17 de septiembre de 1994 y 8 de febrero de 2005), y no procede su alegación cuando tales actos están viciados por error o conocimiento equivocado (SS de 30 de septiembre de 1992 y 31 de enero de 1995). (**STS de 8 de mayo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—El demandante solicitó que se declarase la vigencia de un contrato de seguro de ingresos garantizados por incapacidad profesional y se condenase a la compañía aseguradora demandada a pagar determinadas indemnizaciones, solicitando subsidiariamente que se le reintegrasen las primas cobradas después de la extinción del contrato. La demandada se opuso alegando que había rescindi-

do el contrato debido a que el demandante asegurado había ocultado la grave dolencia que le afectaba al cumplimentar el cuestionario con carácter previo a la contratación. El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación admitiendo la pretensión subsidiaria de reintegro de primas indebidamente cobradas. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación instado por el demandante. (*M. C. B.*)

77. Contrato de seguro. Falta de notificación de la agravación del riesgo, lo que produjo una disminución del importe de la indemnización por el siniestro causado.—No se trata de un supuesto de prórroga de contrato, sino de aplicación del artículo 12 de la Ley, que regula los efectos legales de la falta de declaración de las circunstancias que agravan el riesgo. En efecto, como señala la S de esta Sala de 20 de julio de 2000: «El artículo 11 LCS (al que se refieren diversas sentencias de esta Sala, y entre ellas dos de 22 de diciembre de 1992, y las de 30 de diciembre de 1993 y 8 de marzo de 1995) regula el deber de comunicar la agravación del riesgo. En concreto, obliga al tomador del seguro o al asegurado, durante la vida del contrato, a comunicar al asegurador las circunstancias que agravan el riesgo y que sean de tal naturaleza que haya que presumir que, de haberse conocido por éste en el momento de la perfección del contrato, no se hubiera llegado a celebrar o se habría concluido en condiciones obviamente más onerosas. La regulación legal parte de la base de la existencia de un estado de cosas al tiempo del contrato que condiciona su configuración, y que, dado su *tractu* continuado, puede verse alterado por circunstancias de diversa índole, las cuales, cuando implican un aumento de los riesgos, al desequilibrar, en perjuicio del acreedor, la situación inicialmente prevista, generan para el tomador del seguro o el asegurado que las conocen el deber de información expresado, de tal manera que si se incumple y sobreviniere el siniestro, el asegurador queda liberado de su pretación cuando el tomador o el asegurado haya actuado de mala fe, o bien, si no concurre ésta, tiene derecho a que se reduzca proporcionalmente la indemnización a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiere aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo, según establece el artículo 12, párrafo segundo, LCS. Este deber de información de la agravación viene atribuido por el artículo 11 al tomador o al asegurado, a diferencia de lo que ocurre con el deber de información, antes de la celebración del contrato, acerca de las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo, que corresponde al tomador del seguro (art. 10, pár. primero). Cualquiera de los dos puede cumplir el deber, pero en modo alguno el asegurado se puede excusar en el tomador cuando conoce, y además es singularmente responsable de las circunstancias que determinan la agravación». (**STS de 27 de abril de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Las partes contendientes habían suscrito un seguro Multirriesgo Industrial Pyme en 1991, que se prorrogó en 1992. Posteriormente, la empresa del tomador y asegurado quedó cerrada en noviembre de 1992 debido a la apertura de un expediente de suspensión de pagos, que no fue notificado a la aseguradora. En febrero de 1993 se negoció un suplemento de la póliza por el que

se disminuyeron las garantías y el capital asegurado, que se redujeron nuevamente en julio de 1994. En diciembre de 1994 se produjo un robo en la nave de la asegurada y al hacerse un informe de peritación en julio de 1995 se puso de manifiesto para la aseguradora que la empresa estaba cerrada desde noviembre de 1992, por lo que remitió a la asegurada una carta de notificación y finiquito del siniestro de robo, así como la anulación de la póliza a partir del mes siguiente, al no haber declarado la asegurada las circunstancias de agravación del riesgo. En septiembre de 1995 se produjo el incendio de la nave, que fue notificado a la aseguradora, que consideró que la póliza ya estaba anulada. La tomadora y asegurada interpuso una demanda contra la aseguradora reclamando las indemnizaciones por el robo y el incendio en la nave industrial, más la indemnización por mora en el pago, más los intereses legales y costas. La demandada se opuso, alegando que no se había producido una denegación de prórroga del contrato, como sostenía la actora, sino una resolución al amparo de lo previsto en el artículo 12 LCS, que la liberaba del pago de la indemnización del segundo siniestro; además, solicitaba que se redujera la indemnización por el robo en la parte proporcional que correspondiera, por no haber comunicado la asegurada la agravación del riesgo. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación instado por la aseguradora y la condenó a pagar una cantidad sensiblemente inferior a la reclamada, en concepto de indemnización por robo, reducida proporcionalmente por no haber comunicado la agravación del riesgo. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*L. F. R. S.*)

78. Seguro de responsabilidad civil. Presupuesto.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que el seguro de responsabilidad civil presupone el nacimiento de una deuda que grava el patrimonio del asegurado. Cuando el artículo 73 LCS se refiere al nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar, la palabra obligación no se refiere al total vínculo jurídico entre acreedor y deudor, sino a la parte pasiva del vínculo (la deuda) que pesa sobre el sujeto pasivo u obligado. En este sentido, según el Tribunal Supremo, la obligación del asegurador puede derivar o no de un contrato y, por tanto, comprende los supuestos de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Dicho de otra forma, el seguro entra en juego cuando se causen efectivos daños y perjuicios por los que deba responder el tomador del seguro, con independencia de su fuente contractual o extracontractual (SSTS de 19 de diciembre de 2003 y 14 de diciembre de 2005).

Diferencia entre el seguro de responsabilidad civil y el seguro de daños.—En el seguro de daños se aseguran daños propios del tomador del seguro, mientras que en el seguro de responsabilidad civil se aseguran los daños causados por el tomador del seguro. (**STS de 25 de mayo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don I. G. U. tenía suscrito un seguro de responsabilidad civil con la entidad *ZE, S. A.* En la póliza se acordaba, expresamente, que se garantizaba al asegurado la responsabilidad civil

profesional de economistas asesores fiscales, concretada en el pago de las indemnizaciones pecuniarias de las que pudiera resultar civilmente responsable por los perjuicios patrimoniales que ocasionaran a los clientes o terceros todos los hechos derivados de errores, faltas o negligencias profesionales en que pudiera incurrir en el ejercicio libre de su actividad profesional, y, como consecuencia, se garantizaba por *ZE, S. A.*, la constitución de las fianzas que le fueran exigibles para asegurar estas responsabilidades.

En un momento dado, la Agencia Tributaria inicia un procedimiento administrativo contra uno de los clientes de don I. G. U. para el cobro de las deudas derivadas de las liquidaciones del IVA realizadas por este último en su despacho profesional y en su calidad de asesor fiscal. Como resultado de ese procedimiento, en aplicación del artículo 38 LGT, la Agencia Tributaria reclama a don I. G. U. una serie de cantidades, como responsable civil solidario de su cliente, en su calidad de asesor. Se procede, igualmente, al embargo de bienes de don I. G. U. Este interpone demanda contra *ZE, S. A.*, solicitando que se declare que la póliza que tiene suscrita con esta compañía está vigente y cubre la garantía por responsabilidad civil que le reclama la Agencia Tributaria y, consiguientemente, que se condene a *ZE, S. A.*, a prestar fianza o aval ante la Agencia Tributaria en nombre del asegurado por el importe objeto de embargo.

La demanda es estimada en primera instancia. Interpuesto recurso de apelación por *ZE, S. A.*, la Audiencia Provincial desestima el recurso. Contra esta sentencia interpone *ZE, S. A.*, recurso de casación, alegando, fundamentalmente, la infracción del artículo 73 LCS, en relación con el 1902 CC y el artículo 38 LGT. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*A. M. M.*)

79. Seguro combinado de edificios. Distinción entre el continente a efectos del seguro de daños al inmueble y a efectos del seguro de responsabilidad civil.—La descripción del continente asegurado se efectuó en la póliza a los efectos del seguro de daños al inmueble, pero no a los de la responsabilidad civil ni la defensa, que eran dos de los seguros incluidos en la modalidad combinada que la Comunidad contrató con Caser. Por todo ello, hay que confirmar la sentencia recurrida porque como ella misma afirma, «de estos razonamientos resultan suficientes elementos en apoyo de la pretensión de que el proceso donde se ocasionaron los gastos de defensa aquí reclamados era seguido por hechos cubiertos por la póliza por lo que tanta mayor obligación tendrá la aseguradora de abonarlos».

Cuando la aseguradora tiene intereses en conflicto con los de la asegurada, no puede garantizar la defensa jurídica de ésta pero deberá abonar los gastos judiciales que se ocasionen.—Ciertamente, el conflicto existió, puesto que la aseguradora compareció negando la cobertura y según lo establecido en la póliza éste se produce cuando ésta tenga que sustentar «en el siniestro intereses contrarios a la defensa del asegurado»; la aseguradora en este caso no puede garantizar la defensa jurídica del asegurado, pero deberá abonar los gastos que ocasione hasta el límite de la póliza, tal como dispone el artículo 74.2 LCS y tal como quedó recogido en el clausulado de la póliza. Además, el conflicto de intereses hubiera permitido a la aseguradora

no hacerse cargo de la defensa jurídica del asegurado, pero nunca le permitiría dejar de pagar los gastos ocasionados, según establece la misma póliza. (STS de 9 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio demandó a la compañía aseguradora que había suscrito el seguro combinado de edificios para reclamar los gastos de la defensa jurídica derivados de una demanda de responsabilidad extracontractual promovida por un tercero que resultó accidentado al bañarse en la piscina del edificio. La aseguradora había alegado en ese procedimiento que el siniestro no estaba cubierto por la póliza, que no incluía en el continente a la piscina en la que se produjo el accidente. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de casación y condenó a la aseguradora a abonar a la actora el importe de la tasación de costas del primer proceso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. C. B.)

80. Seguro de responsabilidad civil del arquitecto. El recargo del 20 por 100 por demora es aplicable a la acción directa del perjudicado frente al asegurador. No procede el recargo por haber tenido que fijar el juez la cantidad a abonar, que resulta muy inferior a la reclamada por el perjudicado demandante.—Doctrina jurisprudencial consolidada ha terminado por estimar que el artículo 20 LCS, encuadrado en la parte general de la Ley, es de aplicación a la parte especial, donde se regula la acción directa del perjudicado contra la aseguradora prevista en el artículo 76.

En el FD 7.º de la sentencia dictada en primera instancia y en el FD 3.º de la sentencia recurrida, se desestima la pretensión de pago de intereses moratorios del artículo 20 LCS por considerar inaplicable tal precepto a la acción directa ejercida por el perjudicado contra la aseguradora y reduce, por tanto, la aplicación a la acción del asegurado contra el asegurador. En la medida que esta repetida consideración no puede atenderse por las razones expuestas, el motivo tiene que ser estimado, ya que se ha producido una *ratio decidendi* equivocada que no debe ser corroborada en casación.

Pero tal estimación no lleva forzosamente consigo dar lugar a la pretensión de pago ejercitada por el recurrente, ya que se está en el supuesto de la necesidad de la decisión judicial para la fijación exacta de la cantidad a abonar por el asegurador por vía de indemnización ante las discrepancias existentes entre las partes (S 1224/2004). La cantidad a cuyo pago se condena a la aseguradora demandada es muy inferior a la reclamada; y no se ha producido esta condena en el pleito al que se hace referencia por los demandantes recurrentes, que permita considerar líquida una condena que, por otra parte, en este pleito, como se ha dicho, se rebaja sustancialmente. (STS de 25 de mayo de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Los demandantes, que habían obtenido previamente una sentencia favorable por la que se declaraba la responsabilidad de un arquitecto por vicios ruinosos en la construcción de una vivienda, dirigieron una acción directa contra la aseguradora del arquitecto, que no había sido parte en el primer proceso, recla-

mando la cantidad máxima que cubría el seguro por el siniestro más el recargo del 20 por 100 anual en concepto de interés de demora. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a la aseguradora a pagar la parte alícuota que corresponda del reparto entre los perjudicados por el siniestro. La Audiencia Provincial confirmó esta decisión al desestimar el recurso de apelación interpuesto por el demandante. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, pero no acogió la pretensión del demandante de percibir el 20 por 100 de recargo por demora y mantuvo la decisión adoptada por el Juez de Primera Instancia. (M. C. B.)

81. Momento a partir del cual empiezan a devengarse intereses moratorios en un seguro.—Se admite la compatibilidad entre el pago de los intereses que se establecen en los artículos 20 y 38 LCS. El artículo 20 LCS establece un régimen general para toda clase de seguros. Constituye una norma de coerción para que se pague rápidamente las cantidades a indemnizar (art. 20), norma que fija un interés elevado que, sin llegar a constituir exactamente una cláusula penal, supone una indemnización de daños y perjuicios derivados de un no pago de una deuda dineraria, por el retraso imputable a la aseguradora en el pago de la cantidad correspondiente según lo pactado.

Mientras que el artículo 38.9 LCS establece el régimen de los intereses en el caso en que se haya utilizado el procedimiento establecido en ese artículo para la liquidación del daño producido. Para agilizar el cumplimiento de la obligación del asegurador de acuerdo con el seguro, era preciso crear un mecanismo dirigido a proporcionar un procedimiento parajudicial que determinara rápidamente el importe a indemnizar (art. 38). En el párrafo octavo, el artículo 38 LCS admite dos posibilidades: 1) que se impugne el dictamen, en cuyo caso el asegurador deberá abonar el importe mínimo a que se refiere el artículo 18; 2) que no se impugne, en cuyo caso abonará el importe de la indemnización señalado por los peritos en el plazo de quince días. Es en este último caso cuando el párrafo 9 impone la obligación de pagar intereses cuando el asegurado se viera obligado a reclamarlo judicialmente, empezando a devengarse dicho intereses desde que la valoración devino inatacable para el asegurador. El convenio del artículo 38 LCS no tiene más alcance que la determinación de la cuantía del daño, pero no se extiende a la procedencia o no de la indemnización ni a la cobertura de la póliza.

Ese mismo artículo 20 LCS impone la obligación del pago de los intereses cuando el pago o la reparación del daño se hubiesen retardado por causa no justificada o que le fuera imputable a la aseguradora. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido admitiendo como causa justificativa del retraso en el pago de la indemnización pactada en el seguro la pendencia de un procedimiento penal, incluso aunque haya existido previamente un acuerdo sobre la base del artículo 38 LCS (SSTS de 12 de marzo de 2001, y 8 y 9 de marzo de 2006). La aseguradora está en su derecho a intentar determinar las causas del siniestro, porque puede ocurrir que la obligación de cumplir el contrato dando cobertura al siniestro no surja porque se haya producido por causas que no están cubiertas en el propio contrato. Así, cuando, junto a la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional competente para la determinación de la causa de la producción del siniestro, sea necesaria la decisión judi-

cial para la fijación de la cantidad que debe abonar el asegurador por vía de indemnización ante las discrepancias existentes entre las partes, se excluye la mora del asegurador. Y ello porque, en definitiva, la razón de la imposición de los intereses de demora exige el incumplimiento de la obligación de pago por una causa imputable al asegurador de la obligación de satisfacer la indemnización, causa que, además, no debe estar justificada. Debe considerarse como causa justificada para la demora el haber seguido el procedimiento penal cuya finalidad es, fundamentalmente, determinar las causas del siniestro, pero eso sí, sólo hasta el momento en que se dictó sentencia absolutoria penal firme. **(STS de 10 de mayo de 2006; no ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La sociedad *M.N., S. L.*, era arrendataria de un local de negocio en el que había instalada una sala de fiestas. La aseguró con la compañía *A., S.A.* El 9 de enero de 1985 se produjo un incendio y para liquidar las consecuencias económicas del mismo, se efectuó el correspondiente peritaje. Las partes propusieron los peritos; el dictamen que emitieron cuantificaba los daños a pagar por parte de la aseguradora, aunque no se determinaban las causas del incendio. La aseguradora no impugnó el peritaje, pero tampoco pagó los daños.

Al mismo tiempo, se habían iniciado de oficio las correspondientes actuaciones penales. El juez estudió cerrarlas sin efectuar ninguna imputación, pero se continuó el procedimiento a consecuencia de un recurso del Ministerio Fiscal y de la propia aseguradora, imputándose en el procedimiento al consejero delegado de la sociedad y a un empleado de la misma. La sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 17 de junio de 1991, absolvió a los imputados y devino firme por no haber admitido a trámite el Tribunal Supremo el recurso interpuesto.

M.N., S. L., demandó a la compañía aseguradora *A., S. A.*, por incumplimiento del contrato de seguro, pidiendo la cantidad determinada en el peritaje, así como el 20 por 100 de intereses desde el momento del mismo. Además, demandó a los arrendadores pidiéndoles una compensación por los daños y perjuicios que le habían causado a su entender. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en la parte correspondiente a la acción dirigida contra la aseguradora *A., S. A.*, y desestimó en relación a los otros demandados. La Audiencia Provincial revocó la sentencia únicamente en lo relativo a los intereses, que ordenó que se computaran a partir de los tres meses del pronunciamiento del auto del Tribunal Supremo que inadmitió el recurso de casación contra la sentencia penal dictada por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo señala que la sentencia apelada ha aplicado correctamente los artículos 20 y 38 LCS, pues no son normas excluyentes. Considera, además, que hubo causa justificada para no hacer efectiva la indemnización mientras estuvo abierto el proceso penal, aunque esta causa cesó a los tres meses de haberse inadmitido el recurso de casación. De ahí que el Alto Tribunal declare que no ha lugar al recurso. *(S. L. M.)*

82. Contrato de seguro. Procedimiento extrajudicial previsto en el artículo 38 LCS.—El mencionado precepto legitima a las partes para acudir a un procedimiento especial, que incluye el nombramiento de peritos, cuyo objeto es resolver rápidamente todo lo relativo a la valoración del daño (STS de 19 de octubre de 2005).

Se trata de un procedimiento opcional para las partes y presupone que están de acuerdo en las cuestiones relativas al fondo del asunto; en caso contrario, la vía judicial está abierta.

La STS de 20 de mayo de 2002 sienta que el mencionado artículo «no es un obstáculo insalvable que impida el acceso a la jurisdicción, sino más bien un procedimiento facilitador, por regla general, de la liquidación del siniestro». (STS de 12 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela.]

HECHOS.—El actor interpuso demanda frente a su compañía aseguradora con el fin de que procediera al pago de los desperfectos y de los gastos ocasionados por el temporal que afectó a la navegación asegurada. La cuestión central del litigio estribaba en determinar si dicho siniestro estaba o no cubierto por el contrato de seguro.

El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda; la Audiencia revoca la sentencia, estimando íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la compañía aseguradora.

Los motivos aducidos por la recurrente pueden agruparse del siguiente modo.

Por un lado, se alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por no haber tenido en cuenta la causa de exclusión de estar alquilada la embarcación cuando acaeció el siniestro. El Tribunal Supremo lo desestima por introducir una cuestión nueva no aducida por las partes en sus escritos alegatorios.

Por otro lado, se aducen una serie de motivos, que el Alto Tribunal examina conjuntamente, relacionados con la utilización en el caso concreto del procedimiento previsto en el artículo 38 LCS. En efecto, antes de acudir a la vía judicial, el actor había iniciado dicho procedimiento extrajudicial. La aseguradora rechazó el siniestro transcurridos tres meses desde la concurrencia del mismo. La parte asegurada designó a su perito; el de la aseguradora examinó la embarcación y cuantificó los daños pero no emitió dictamen alguno por no estar autorizado para ello. La aseguradora fue requerida mediante acto de conciliación para que nombrara un tercer perito que finalmente fue designado mediante insaculación. El dictamen emitido por dicho perito fue notificado a la aseguradora, quien no emitió alegación alguna en el plazo de treinta días señalado en la norma, por lo que el dictamen devino inatacable. El Tribunal Supremo concluye, a partir de los hechos anteriores, que el procedimiento del artículo 38 LCS no fue iniciado con la oposición de la aseguradora, sino con su propia intervención. No es ésta, sin embargo, la razón que conduce al Alto Tribunal a desestimar el recurso de casación. Para el Tribunal Supremo el dato esencial está constituido por la utilización de la vía judicial en la que se acreditó la vigencia del contrato de seguro, la causación del siniestro y su importe. Añade el

Tribunal Supremo que las causas de exclusión alegadas por la recurrente no fueron probadas o fueron aducidas extemporáneamente.

NOTA.—El Tribunal Supremo afirma que el artículo 38 LCS no es de aplicación al supuesto concreto: el precepto parte del acuerdo en la cobertura del siniestro por el seguro, mientras que en el caso debatido existía discrepancia sobre este punto.

El fallo del Tribunal Supremo resulta, a nuestro modo de ver, paradójico por dos razones: primera, porque a pesar de afirmar que desestima el motivo de casación del recurrente, llega a la misma conclusión que el mismo, esto es, que el procedimiento del artículo 38 LCS no fue utilizado correctamente porque no se adecuaba al supuesto de hecho de la norma. La segunda razón es que, a pesar de la conclusión anterior, algunos de los extremos de la estimación de la demanda, confirmada por el Tribunal Supremo, son consecuencia directa de dicho procedimiento: en concreto, la fecha en que devino inatacable la valoración y el pago del tercer perito que intervino en el procedimiento. (*B. F. G.*)

83. El derecho de información de los accionistas: la entrega de la documentación contable.—En virtud del artículo 212.2 LSA cualquier accionista puede obtener información sobre los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la Junta Ordinaria. Tales documentos, que constituyen una unidad comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria (art. 172.1 LSA) y han de estar redactados con claridad y mostrar una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad (art. 172.2 LSA). No obstante, este derecho de información de los accionistas no se ha de convertir en el ejercicio de una auditoría, ni emplearse para entorpecer la actividad de la sociedad. Si bien esto es cierto, también lo es que este deber de información no se cumple si los documentos se entregan a los accionistas de forma incompleta, en distintas versiones sucesivas, con notables diferencias entre unas y otras y con la omisión de la memoria. En ese caso, la infracción del deber de información motiva la nulidad radical de pleno derecho de los acuerdos que descansan, precisamente, en los datos que no han sido aportados o que se han aportado de forma insuficiente. (**STS de 23 de mayo de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—Ante la convocatoria de la Junta Ordinaria de la sociedad, dos socias, doña M. A. L. y doña M. L., solicitan la documentación oportuna. Antes de la celebración de la Junta se les entregan sucesivos balances abreviados con datos contables distintos, cuentas de explotación abreviada, también sucesivamente con datos diversos y sólo dos días antes de la Junta se les entrega la memoria y el informe de la gestión. Se interpone demanda de impugnación de los acuerdos sociales adoptados en dicha Junta para que se declare la nulidad de los mismos.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, puesto que afirma que la diversidad de los datos no puede ampararse en la provisionalidad de los mismos. De hecho, la información ofrecida a los socios no les permite el conocimiento necesario para poder votar los acuerdos de la Junta. Se interpone recurso de apela-

ción y la Audiencia Provincial considera que en este caso las demandantes están empleando de forma abusiva el deber de información, utilizándolo como un elemento para obstaculizar y paralizar la actividad de la sociedad. Las actoras interponen recurso de casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo, censura la arbitrariedad de la apelación a la hora de valorar adecuadamente la prueba, y confirma íntegramente la sentencia de primera instancia. (S. E. M.)

84. Sociedades anónimas. Acción de responsabilidad contra los administradores. No cabe responsabilizar al administrador que no generó o incrementó el daño y renunció a su cargo al poco tiempo de haber sido nombrado.—En el caso que nos ocupa, la demandada y ahora recurrida vivía en otra ciudad. Heredó de su padre unas acciones, adquirió otras de sus hermanos coherederos y se propuso averiguar qué había determinado la pérdida de una cuantiosa fortuna en las empresas que habían sido de su padre. Fue nombrada administradora en 17 de octubre de 1994. Realizó una serie de gestiones y actuaciones para averiguar la real situación económica de la sociedad que, poco después, conducida por el otro administrador, codemandado en rebeldía y condenado por la sentencia, despidió a sus trabajadores y fue sustituida en su actividad por otras empresas (noviembre de 1994). No pudo obtener información satisfactoria, ni una auditoría de cuentas, ni la rendición de cuentas que solicitó. Renunció por escritura pública de 11 de enero de 1995, que se inscribió en 24 de marzo siguiente, pero que la impedía actuar desde la renuncia misma. La Sala de instancia, valorando prudentemente la posición y la actuación de tal administradora, que desconocía la verdadera situación, que no ha tomado ninguna decisión que genere o incremente el daño, y que sólo ha podido actuar respecto de una situación generada con mucha anterioridad y que alcanzaba el grado de «caótica» entre el 17 de octubre y el 11 de enero siguiente (menos de tres meses), decide que no cabe establecer su responsabilidad. Y esa decisión, tanto si se considera la acción entablada en base al artículo 262.5 LSA desde la perspectiva de la responsabilidad civil cuanto desde la idea de «sanción», ha de ser sostenida.

La renuncia del administrador a su cargo pone fin al período que cabría computar para exigir su responsabilidad, aunque dicha renuncia se inscribiera dos meses después en el Registro Mercantil.—Finalmente, se trata de una responsabilidad que sólo ha de ser exigida, por su naturaleza, a los administradores de derecho, no a los de hecho. Lo que suscita la cuestión relativa a la posición de los administradores que presentan la dimisión dentro del período en que deberían realizar la promoción de la liquidación en los términos que la Ley exige, en lo que habría que señalar que si es cierto que la renuncia no exonera por sí misma de la responsabilidad que impone el artículo 262.5 LSA cuando se produce después de haber incurrido la sociedad en causa de disolución, que ha debido ya conocer o que de hecho ha conocido el administrador dimisionario, y sin que se haya realizado por el administrador la actuación que legalmente se le impone. Y en este sentido, la renuncia efectuada por la recurrida, en acta notarial de 11 de enero de 1995, ha de tenerse por eficaz para poner fin al período que cabría computar para exigir su responsabilidad, no obstante haberse inscrito en el Registro Mercantil en 24 de marzo siguiente, pues, aun cuando no quepa oponer el cese a terceros de buena fe, por razón de tratarse de un acto sujeto a inscripción (arts. 21.1

y 22.2 CCO. 4, 9, 94.4 y 147.1 RRM), ni cabe aceptar una exoneración por el mero hecho de la renuncia cuando ya la sociedad se halla incurso en causa de disolución, es claro que la renuncia impide una actuación eficaz desde la fecha en que se produce, que en este caso ha de tenerse por cierta, y que, dadas las específicas circunstancias del caso, ya destacadas, hace irrelevante que el momento de la inscripción se haya dilatado poco más de dos meses. La oponibilidad a terceros de los actos sujetos a inscripción y no inscritos, por otra parte, se presenta, en punto al cese de los administradores (arts. 21.1 CCO y 9 RRM), como un problema de eficacia respecto de la sociedad de actuaciones o gestiones realizadas por los administradores no inscritos o que permanecen inscritos después de su cese, cuestión distinta de la que aquí se está contemplando sobre todo cuando, como ocurre en el caso, la permanencia de la inscripción registral del administrador que ya ha cesado no ha sido determinante ni influyente en la relación entre la sociedad y el acreedor que reclama.

La responsabilidad de los administradores es subjetiva.—La viabilidad de la acción individual de responsabilidad requiere, pues, una lesión directa en los intereses del acreedor reclamante derivado de un acto o acuerdo (o una mera omisión, aunque más difícilmente), y exige la relación de causalidad entre daño y actuación, suponiendo una culpa, aunque bajo la presunción, que puede destruir el afectado (133.3 LSA). No hay, pues, una responsabilidad que pueda calificarse como «objetiva». Y en el caso que nos ocupa, no hay un daño directo derivado de una actuación (positiva o negativa) de la administradora demandada y de la valoración de la conducta no se deduce un comportamiento lesivo. (STS de 28 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—La demandante reclamó a los administradores de una sociedad anónima, ejercitando las acciones de responsabilidad de los administradores por negligencia en el desempeño del cargo y por incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad. Se opuso a la demanda una demandada y el otro demandado fue declarado en rebeldía. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda respecto de la demandada al considerar que no intervino en la gestión de la sociedad. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo declararon no haber lugar a los recursos presentados por la demandante. (L. F. R. S.)

85. Responsabilidad de los administradores por incumplimiento de las obligaciones del artículo 262.5 LSA.—«Es cierto que ha venido dándose una lectura del precepto del artículo 262.5 LSA en clave de «responsabilidad cuasi objetiva» (SS de 20 de diciembre de 2000, 20 de julio de 2001, 25 de abril de 2002, entre otras) o incluso objetiva (S de 14 de noviembre de 2002), o se ha dicho que no se trata exactamente de la reparación de un daño, ni hay que establecer la relación de causalidad entre comportamiento y daño (SS de 20 y 23 de febrero de 2004), pero no es menos cierto que gran número de sentencias han tratado de modular o de templar la responsabilidad de los administradores acudiendo a diversos expedientes, tales como la valoración de la buena fe en el ejercicio de la acción o el conocimiento de la situación (sociedad incurso en causa de disolución) por parte del reclamante en el momento de la operación que da lugar al crédito (SS de 1 de marzo y 20 de

julio de 2001, 12 de febrero y 16 de octubre de 2003, 16 de febrero de 2006), pues, aunque la responsabilidad *ex* artículo 262.5 LSA no requiere una negligencia distinta de la que contemplan los propios preceptos que la establecen (S de 26 de marzo de 2004), se ha de dar un interés digno de protección que justifique la acción y su consecuencia respecto de la responsabilidad, lo que equivale a exigir un daño en sentido amplio, que en este caso sería el impago del crédito, consecuencia de la insolvencia de la sociedad, y una conexión con la actuación (o la omisión) de los administradores».

Responsabilidad individual de los administradores.—«En el caso, la actora acudió fundamentalmente a la acción de responsabilidad individual de los artículos 127, 133 y 135 LSA, y la Sala de instancia entiende que se ha producido una negligencia en el ejercicio del derecho de retención del vehículo que da pie al crédito por lucro cesante que se reclama. Pero el «derecho de retención» o facultad de retener, ejercitado por los administradores en base al artículo 1600 CC, que lo reconoce y ampara, no puede ser valorado como una negligencia, pues *qui suo iure utitur neminem laedit*, a menos que se trate de un ejercicio abusivo, como tantas veces ha dicho esta Sala desde la S de 14 de febrero de 1944. Ni cabe imputar al retenedor la larga duración del litigio planteado sobre la factura que dio pie a la retención, y más cuando no consta que el propietario de vehículo retenido intentara un acuerdo o un aval que, garantizando el pago de la factura pendiente, permitiera la utilización del camión, y, en todo caso, la sentencia definitiva recaída sobre la factura redujo su importe, pero dejó vigente la reclamación por el 60 por 100. Por esta razón, no parece viable la acción de responsabilidad individual». (STS de 3 de abril de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—P.M.V., el 5 de mayo de 1989 llevó a reparar un camión a los talleres de *Scocentro, S. A.* Entre las partes surgieron discrepancias sobre el precio de la reparación, por lo que los administradores de *Scocentro, S. A.*, utilizaron su facultad de retención. Más tarde, P. M. V. interpuso demanda contra la mercantil que terminó en sentencia que reducía la factura a pagar. En ejecución de sentencia se fijaron los perjuicios ocasionados por la retención en 37.149.000 pesetas. La mercantil no pagó la indemnización. Por ello, P. M. V. formuló demanda reclamando la anterior cantidad contra los administradores de *Scocentro, S. A.* La actora fundamentaba su demanda en la responsabilidad individual de los administradores generada por el ejercicio indebido del derecho de retención. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia de primera instancia y condenó a los administradores al pago de la cantidad reclamada. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados. (R. T. B.)

86. Responsabilidad del administrador por incumplimiento de obligación de convocar la Junta para adoptar el acuerdo de disolución (art. 262.5 LSA).—«Cuando se señala que se trata de una responsabilidad cuasi objetiva o incluso objetiva (SS de 3 de abril de 1998, 20 de abril y 22 de diciembre de 1999, 20 de diciembre de 2000, 20 de julio de 2001, 25 de abril de 2002, 14 de noviembre de 2002) se dice, en el fondo, que está basada en el

hecho objetivo (la omisión de la convocatoria o de la solicitud, en general de la promoción de la liquidación y –ahora – del concurso) sin atender a la calificación de la conducta culposa o diligente del administrador en el ejercicio del cargo (como, en cambio, requiere el art. 135 LSA en la acción individual, aunque la presume, como se deduce del art. 133.3 LSA). Tal es la razón de que algunas decisiones de esta Sala, no pudiendo establecer la conexión entre el comportamiento y el daño, hayan señalado que se trata de una sanción o pena civil (SS de 30 de octubre y 21 de diciembre de 2000, 12 de febrero de 2002 sobre la carencia de relación de causalidad; 29 de diciembre de 2000, 30 de enero de 2001, 20 de octubre de 2003, 16 de diciembre de 2004, 16 de febrero de 2006). La responsabilidad de que se trata no se basa en la relación de causalidad entre un determinado acto lesivo (como ocurre en la de los arts. 133 y 135 LSA) y el daño, que generalmente consiste en el impago de un crédito, puesto que, al menos en la causa de disolución del artículo 260.1.4.º LSA es la insolvencia de la sociedad, la insuficiencia de su patrimonio, el factor determinante de la frustración del crédito que ahora se reclama. No hay aquí la lesión directa que exige el artículo 135 LSA, pero puede haber un riesgo o peligro de que, en defecto de una liquidación ordenada, los acreedores de la sociedad sufran el agravamiento de su posición o los efectos de un comportamiento desordenado o arbitrario de su deudor, la sociedad, cuyo patrimonio es en principio la única garantía, que por efecto de este precepto se ve reforzada con la de los de los administradores que no hayan promovido la liquidación o el concurso a su debido tiempo». (STS de 28 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—*Coduval, Cooperativa Valenciana* interpuso demanda contra C. J. L., administrador único de la mercantil *Cocesar, S. A.*, solicitando que fuera condenado al pago de 6.771.435 pesetas. La deuda se había generado por el impago de unas letras libradas por *Cocesar, S. A.*, a la actora. La actora ejerció la acción de responsabilidad individual del administrador y acumuló esta acción con la de responsabilidad del administrador por concurrencia de las causas de disolución de la sociedad del artículo 262 LSA. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados. (R. T. B.)

87. Responsabilidad del administrador por incumplimiento de la obligación de convocar la Junta para adoptar el acuerdo de disolución (art. 262.5 LSA).—«La Sala de Instancia acude a los preceptos de los artículos 262 y DT 3.º del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, y entiende que establecen una responsabilidad solidaria fundada en la mera trasgresión de determinados y específicos deberes legales, que es la aquí ejercitada y que, a diferencia de la que se contempla en los artículos 127, 133 y 135 LSA, no requiere la concurrencia de nexo causal entre tales trasgresiones y el daño que haya podido experimentar el acreedor social por el impago de su crédito. La Sala de Apelación, visto lo que se dispone en los artículos 260.4 y 262.5.º LSA, considera que los administradores han de convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de

disolución, aun cuando la pérdida de más de la mitad del capital social no excluye la posibilidad de adoptar medidas de saneamiento y, en el caso, es cierto que en el mes de junio de 1992 se convocó junta general, ordinaria y extraordinaria, en la que se incluía propuesta de reducción del capital social a cero y su simultánea ampliación en cuarenta millones de pesetas para restablecer el equilibrio entre capital y patrimonio, disminuido por consecuencia de pérdidas, pero no es menos cierto que la convocatoria no se hizo dentro de los dos meses, ni en ella se contemplaba el acuerdo de disolución, ni cabe alegar desconocimiento de la situación en que se encontraba la sociedad (lo pone de manifiesto la misma propuesta de “operación acordeón”) ni, finalmente, puede excusar el hecho de que la propuesta no pudiera llevarse a efecto por falta de requisitos formales o el que por tal motivo se volviera a convocar casi ocho meses después nueva Junta General Extraordinaria, cuando los administradores deben solicitar la liquidación judicial en el plazo de dos meses cuando el acuerdo social fuere contrario a la disolución o “no pudiese ser logrado”» (art. 262.4 LSA)». (STS de 3 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—*Axis Participaciones Empresariales* tenía un derecho de crédito de 10.000.000 de pesetas contra *Compiber. S. A.*, *Axis Participaciones Empresariales, S. A.*, formuló demanda contra los miembros del Consejo de Administración de dicha compañía solicitando que fueran condenados a pagar solidariamente 10.000.000 de pesetas. La actora fundamentó su pretensión en la falta de convocatoria de la Junta de la sociedad para proceder a su disolución ante la reducción del patrimonio neto de la empresa por debajo de la mitad del capital social. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y condenó a los demandados. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (R. T. B.)

88. Disolución de la sociedad anónima por la causa del artículo 260.3.º LSA.—El Tribunal Supremo admite la aplicación de la causa de disolución de la sociedad anónima del artículo 260.3.º LSA (imposibilidad manifiesta de realizar el fin social y paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento) a unas circunstancias de abierta hostilidad entre los socios. En tal contexto, no parece que sea posible que la sociedad pueda realizar su fin social; por el contrario, más bien parece que hay una situación de imposibilidad manifiesta. Igualmente, la inactividad y el bloqueo social impiden poder hablar de un normal funcionamiento de la sociedad.

Comunidad de bienes. Apariencia formal de sociedad anónima.—Según el Tribunal Supremo, la realidad jurídica que existe tras una sociedad anónima que cuenta como único patrimonio inmobiliario con una finca y de la que no consta que desarrolle actividad en el tráfico no es propiamente la de la sociedad anónima —cuya vestidura es una mera apariencia—, sino más bien la de la comunidad de bienes. No obstante, en la medida en que esta forma jurídica societaria ha sido la configurada por las partes y tomada en cuenta por éstas como objeto de la controversia, el proceso ha de resolverse desde tal perspectiva.

Conocimiento en casación de la *questio facti*.—Aunque la función de la casación excluye del ámbito de conocimiento del Tribunal Supremo la *questio facti*, existen ciertos supuestos en que se puede hacer uso del mecanismo de integración del *factum* (cuando se ha planteado correctamente la denuncia por error en la valoración de la prueba, cuando exista un error notorio o patente, cuando la motivación fáctica padezca de insuficiencia y sea subsanable por el tribunal que esté conociendo del recurso o cuando la Sala de casación lo considere oportuno). Esta facultad, considerada como excepcional, ha sido admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (v. gr., STS de 3 de junio de 2005) respecto de hechos complementarios, no suficientemente explicitados en la resolución recurrida, de constancia necesaria para la decisión judicial y que, por no ser controvertidos, no exigen una nueva valoración probatoria de la Sala de Casación. (STS de 11 de mayo de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Don J. V. H.-B. P. interpuso demanda solicitando la impugnación de una serie de acuerdos sociales y la disolución de la sociedad mercantil M., S.A., de la que era socio—titular de un 33,33 por 100 del capital social— y administrador solidario, junto con don J. P. M. D., titular del resto del capital social (66,67 por 100). La sociedad tenía como único patrimonio inmobiliario una finca recalificada, y no consta que desarrollara actividad alguna en el tráfico. En un determinado momento, se deterioraron las relaciones entre ambos socios, que llegaron a una situación de absoluta enemistad y a plantear numerosos litigios laborales e incluso penales el uno contra el otro. En ese contexto, el socio mayoritario adoptó un acuerdo por el cual se privaba al socio minoritario de su condición de administrador. Posteriormente, se convocó judicialmente Junta General Extraordinaria para resolver sobre la petición del socio minoritario de disolución y liquidación de la sociedad, petición que fue rechazada por acuerdo de 31 de julio de 1996. La demanda de don J. V. H.-B. P. se dirige a impugnar este acuerdo, solicitándose por el demandante que se proceda a la disolución y liquidación de la sociedad M., S. A., por imposibilidad de funcionamiento de la misma.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda. Contra esta sentencia interpusieron recurso de apelación la sociedad M., S. A., y don J. P. M. D. La Audiencia Provincial estimó el recurso y declaró no haber lugar a declarar la nulidad del acuerdo impugnado, ni la disolución de la sociedad. Don J. V. H.-B. P. interpuso recurso de casación, que fue estimado por el Tribunal Supremo. (A. M. M.)

89. Fecha de retroacción de la quiebra. Interpretación del artículo 878.2 CCO.—El Tribunal Supremo pone de relieve que los sistemas de reintegración de la masa activa de la quiebra, como el que contiene el artículo 878.2 CCO —que se sirven de la sanción de nulidad absoluta para aplicarla a todos los actos de administración y dominio realizados por el quebrado con posterioridad a la fecha a la que se retrotraen los efectos de aquélla—, plantean una serie de inconvenientes para la seguridad jurídica. Cita, concretamente, la dificultad técnica de calificar de nulidad lo que, propiamente, cons-

tituye un supuesto de ineficacia funcional y sobrevenida de un negocio que, en el momento en que se celebró, no adolecía de defecto alguno (en este sentido, STS de 13 de diciembre de 2005), así como el exceso que conlleva esta sanción de nulidad generalizada, desde el punto de vista empírico, pues no todos los actos a los que se refiere el artículo 878.2 CCO han de tener, necesariamente, consecuencias negativas para la integridad del patrimonio del quebrado o la *par conditio creditorum*. Estos inconvenientes han sido ya puestos de relieve por la Ley Concursal, que sustituye el sistema de la sanción de nulidad por otro formado por acciones de reintegración de naturaleza rescisoria (art. 71 LC), así como por otras normas (v. gr., artículo 10 Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario). Por ello, el Tribunal Supremo ha optado en numerosas ocasiones por mitigar el rigor resultante de la interpretación literal del artículo 878.2 CCO, exigiendo un perjuicio para la masa activa que justifique la sanción de la ineficacia sobrevenida (sirvan de ejemplo, las SSTS de 12 de marzo de 1993, 20 de junio de 1996, 7 de julio de 1998, 8 de febrero de 2001, 3 de abril de 2002 y 29 de enero de 2004). (STS de 12 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Dentro del procedimiento de quiebra necesaria de la compañía mercantil A, S. A., se planteó demanda solicitando la nulidad del contrato de compraventa de un apartamento celebrado entre la mencionada compañía y un matrimonio. El contrato, otorgado en escritura pública de 12 de junio de 1990, se había celebrado con posterioridad a la fecha de retroacción de la quiebra, que se había fijado inicialmente en el día 1 de enero de 1990. La demanda fue estimada en primera instancia, interponiéndose recurso de apelación contra esa sentencia por parte de los cónyuges demandados. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y absolvió a los demandados de todas las pretensiones deducidas contra ellos en la demanda. Interpuesto recurso de casación por los síndicos de la quiebra, se acordó suspender el trámite del recurso por encontrarse pendiente de resolución un incidente de oposición al auto que había fijado la fecha de retroacción. Una vez que se recibió testimonio de la sentencia firme que resolvía el mencionado incidente, en el sentido de modificar la fecha de retroacción de la quiebra al 4 de noviembre de 1992, se admitió a trámite el recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

DERECHO PROCESAL

90. Embargo preventivo de buques extranjeros: legislación aplicable.—En el caso de que el buque sea extranjero, independientemente de que el peticionario tenga o no residencia habitual o establecimiento principal en España, resultarán aplicables las normas del Convenio de 10 de mayo de 1952, para unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima, ratificado por España, con las especialidades previstas en la Ley 2/1967, de 8 de abril, sobre embargo preventivo de buques, y, subsidiariamente, la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Falta de jurisdicción para conocer del proceso principal por sumisión a la cláusula de arbitraje: adopción de medidas cautelares.—Como reconoce la STS de 2 de diciembre de 1996, la falta de competencia para conocer del asunto principal no elimina la competencia del tribunal para conocer de las medidas cautelares decretadas *ante causam* (con anterioridad al proceso) y de sus consecuencias, si aquella competencia le es atribuida por la legislación aplicable que, de acuerdo con el mencionado Convenio, al tratarse de aspectos procesales, corresponde a la legislación nacional. Ello es debido a que la concesión de una medida cautelar, al igual que la determinación de sus efectos, no implica entrar a valorar el fondo del asunto, sino la apariencia de buen derecho y, en último término, la procedencia y los efectos de levantar la medida cautelar con subordinación a lo decidido en el laudo.

Competencia para resolver sobre los daños y perjuicios producidos por el embargo preventivo en caso de alzamiento del mismo.—La competencia para la adopción de un embargo preventivo comporta también, de acuerdo con las normas procesales internas a las que el Convenio de 1952 se remite, la competencia para decidir acerca de los daños y perjuicios que puedan resultar del mismo en el momento en que proceda su alzamiento en el caso de haberse solicitado. La decisión sobre la indemnización sólo debe aplicarse de forma objetiva —es decir, por el mero hecho de que el juez acuerde alzar el embargo— cuando el levantamiento responda a los motivos establecidos en el artículo 1400 LEC 1881; en el caso de que el alzamiento se produzca por cualquier otra razón, la afirmación de la responsabilidad requerirá la previa concurrencia del elemento subjetivo de la culpabilidad de la conducta del solicitante, apreciada con arreglo a las normas sobre responsabilidad extracontractual contenidas en el Código civil. (STS de 19 de abril de 2004; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La sociedad mercantil *CE, S. A.*, después de haber obtenido el embargo preventivo de un buque, ejercita acción en reclamación de cantidad contra la entidad *RSTI*, con la que había contratado un transporte de maíz a bordo del mencionado buque, propiedad de otra entidad mercantil diferente, alegando haber sufrido perjuicios en la mercancía, debido al retraso, respecto al plazo pactado, en su llegada al puerto. La entidad demandada, por su parte, opone excepción de sumisión a arbitraje internacional, pues la póliza de fletamento suscrita entre ambas entidades preveía el sometimiento a tal procedimiento.

La sentencia de primera instancia estima la excepción opuesta y absuelve a los demandados. Ordena, asimismo, que se proceda al levantamiento de las medidas de orden cautelar que pesen sobre cualquiera de los demandados absueltos. Esta resolución es confirmada posteriormente por la Audiencia Provincial, que, sin embargo, no se pronuncia sobre la solicitud de daños y perjuicios derivados del embargo y reclamados por la entidad propietaria del buque —que se había adherido al recurso de apelación sostenido por la demandada—, por tratarse de una cuestión que le está vetada debido a la existencia de la citada cláusula. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto. (*M. C. C. M.*)

91. Error judicial: requisitos para su estimación.—La Sala Primera del Tribunal Supremo señala que para estimar la existencia de error judicial es necesario que éste se haya producido en la actividad procesal estrictamente jurisdiccional y, en concreto, en una resolución judicial de cualquier clase. Asimismo es necesario, conforme al artículo 293.1.f) LOPJ, que se hayan agotado los recursos previstos en el Ordenamiento contra la resolución judicial errónea; esto es, que el error sea definitivo o insalvable por medio de aquéllos.

Error judicial: no siempre da derecho a indemnización.—El Tribunal Supremo recuerda que, conforme a lo dispuesto en el artículo 292.3 LOPJ, la mera revocación o anulación de una resolución judicial errónea no presupone, pero tampoco excluye, el derecho a la indemnización. El error judicial, que puede ser de hecho o de derecho (STS de 26 de noviembre de 1996), ha de tener la entidad que la norma implícitamente exige y la jurisprudencia reclama (STS de 24 de abril de 1996). (**STS de 8 de mayo de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La entidad *IB, S. A.*, en su condición de cesionaria de remate y adquirente de una finca subastada en un procedimiento de ejecución hipotecaria y de perjudicada por haberse anulado, mediante sentencia firme, dicho proceso, como consecuencia de la vulneración de lo establecido en las reglas 4.ª y 7.ª del artículo 131 LH, inicia un procedimiento de declaración de error judicial en la tramitación del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH seguido por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Madrid, suplicando se dicte sentencia por la que se declare: *a)* que son erróneas las actuaciones seguidas en el mencionado órgano judicial; y *b)* que son indemnizables por el Estado los daños y perjuicios que se deriven de las citadas actuaciones erróneas y que resulten acreditados.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Madrid emitió, conforme a lo dispuesto en el artículo 293.1.d) LOPJ, el preceptivo informe. Por otra parte, tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal afirman que procede desestimar la demanda. El Tribunal Supremo estima la demanda y declara el error judicial que existe en las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Madrid, por haber realizado la subasta de la finca hipotecada sin haber practicado requerimiento de pago a la parte deudora ni haber notificado a ésta, en la finca hipotecada, el lugar, día y hora de la subasta.

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 LÉC. (*M. J. P. G.*)

92. Doctrina jurisprudencial sobre la incongruencia.—Debe recordarse en este momento qué significado tiene la incongruencia en la doctrina de esa Sala. De acuerdo con la S de 15 de mayo de 1998, «las SS de 18 de

noviembre de 1996, 29 de mayo, 28 de octubre, 5 de noviembre de 1997, 11 de febrero y 17 de febrero de 1998 dicen: es doctrina jurisprudencial reiterada que proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (*ultra petita*), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*) y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito. También puede apreciarse vicio de incongruencia en aquellas sentencias que prescinden de la causa de pedir y fallan conforme a otra distinta, al causar indudable indefensión, que no ampara el principio de *iura novit curia*.

Valoración de la prueba pericial en el ámbito del recurso de casación.—La prueba pericial es de libre apreciación por el juzgador, por lo que en principio resulta imposible someter la valoración de la referida prueba a la verificación casacional, excepto cuando concurra error patente, arbitrariedad o irracionalidad, sin que quepa ir más allá, tratando de sustituir el criterio del juzgador por el de la propia parte (SS de 8 y 29 de abril de 2005 y 27 de febrero de 2006). (STS de 24 de mayo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Doña Luisa R. B. y don Antonio Miguel R. A. contrajeron matrimonio en 1972 bajo el régimen de gananciales. En 1992 se separaron y, a partir de 1993, iniciaron los trámites para la liquidación del régimen económico matrimonial. Ante las dificultades existentes en la valoración de los bienes, se nombró un tercer contador partidor que otorgó un cuaderno particional dirimente, atribuyendo unos valores a cada uno de los bienes inventariados y efectuando la correspondiente adjudicación de bienes. No obstante, ante la disconformidad de la esposa, esta interpuso demanda solicitando la ineficacia del cuaderno particional y, en caso de no estimarse dicha ineficacia, solicitaba que se procediera a efectuar las modificaciones y exclusiones a que hubiera lugar, especialmente en lo relativo a las reales valoraciones de los bienes objeto de la partición. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo estimó parcialmente la demanda, pero sólo en el sentido de atribuir unos nuevos valores a los bienes inventariados, según las pruebas obrantes en los autos. Apelada la sentencia por la esposa, la Audiencia de Oviedo confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)