

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **M.^a Carmen CRESPO MORA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Rosario DÍAZ ROMERO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Francisco Javier JIMENEZ MUÑOZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACÍA MORILLO, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA.**

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*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Fraude de Ley. Concepto y efectos.—El Tribunal Supremo se ha pronunciado abundantemente en relación al fraude y ha considerado en la S de 21 de diciembre de 2000 que «es sinónimo de daño o perjuicio conseguido mediante un medio o mecanismo utilizado a tal fin, valiendo tanto como subterfugio o ardid [...] e implica en el fondo un acto *contra legem* por eludir las reglas del derecho, pero sin un enfrentamiento frontal, sino al revés, buscando unas aparentes normas de cobertura», de manera que «requiere como elementos esenciales una serie de actos que pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos en que se amparan ya se tenga o no conciencia de burlar la ley». El fraude requiere la concurrencia de dos normas: «la de “cobertura”, que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a

través de éste y en forma fraudulenta se pretende eludir», de modo que «se reputa fraudulenta la sumisión a una norma llevada a cabo con el propósito de obtener un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico» (STS de 17 de octubre de 2002, así como las SS de 17 de enero de 2001 y 13 de junio de 2003, entre otras). El efecto del fraude, por tanto, no es la nulidad de los actos fraudulentos, sino la aplicación de la ley que se ha tratado de eludir, de modo que sólo serán nulos si son simulados o con causa ilícita, porque «la sanción del acto fraudulento es el sometimiento del mismo al imperio de la ley defraudada», según dispone el artículo 6.4 CC. (STS de 31 de octubre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don S., propietario de una empresa de máquinas recreativas, concluyó dos contratos con el titular del Bar E. M., el demandado don C. J., para la colocación de dos máquinas, otorgándose el correspondiente boletín de instalación. El artículo 48 del Decreto 316/1992 de la Generalitat de Catalunya, competente en esta materia, establecía que el mencionado boletín constituía la autorización administrativa que ampara la instalación de una máquina en un local, y que este boletín tenía una vigencia de un año, a no ser que los interesados hubiesen pactado lo contrario, así como que «los cambios de titularidad de la máquina o del local y el traslado de la máquina exigirán la emisión de un nuevo boletín de instalación». Las dos máquinas se instalaron por un periodo de tiempo de diez y doce años, respectivamente.

A los dos años, don C. J. requirió la retirada de las dos máquinas y, al no conseguirlo, subarrendó el local a su esposa doña B., nueva titular del negocio de bar, lo que provocó que, de acuerdo con la normativa autonómica citada, se tuviesen que retirar.

Don S. interpuso demanda contra don C. J. y doña B., por el que solicitaba se declaren resueltos los contratos de instalación de máquinas con sus correspondientes boletines de instalación desde la fecha en que se recibió el requerimiento de retirada de las máquinas por parte de la Administración, y que se condene solidariamente a los demandados a satisfacer el importe de los daños y perjuicios por daño emergente y lucro cesante.

Dicha demanda es desestimada en primera instancia y estimada parcialmente en segunda por la Audiencia Provincial. Don C. J. interpuso recurso de casación, siendo desestimado por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Derechos de la personalidad. Diferenciación entre el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.—La persona, como ser humano, es el centro del Derecho y los derechos de la personalidad se refieren a los aspectos o manifestaciones inherentes a la misma y especialmente trascendentes, tanto físicos, como la vida e integridad física, como morales, como el honor, intimidad e imagen. Los cuales —estos últimos— están protegidos constitucionalmente por el artículo 18 CE, cuyo desarrollo se llevó a cabo por Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección

civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LOPCDH). No constituyen un solo derecho con varios aspectos (*ius in se ipsum*), derecho tricéfalo, sino tres derechos diferenciados (así, entre otras, STS de 17 de diciembre de 1997).

Derecho a la propia imagen. Concepto.—La imagen es la representación gráfica de la figura humana, visible y reconocible, y el derecho a la imagen es un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública (STC 83/2002, de 22 de abril, que cita otras muchas anteriores), y tiene un aspecto negativo, como facultad de exclusión, y un aspecto positivo, como facultad de aprovechamiento; es, por tanto, una facultad del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad (STS de 19 de octubre de 1992 que cita otras anteriores). Su tipificación legal se halla en el artículo 7.5 LOPCDH: la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2.

Derecho a la propia imagen. Menor de edad.—El derecho a la propia imagen está protegido constitucionalmente, pero la imagen del menor tiene una consideración legal especialmente protectora. La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, resalta en su artículo 4 que los menores tienen derecho al honor, intimidad e imagen, y que se considera intromisión ilegítima cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contrario a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

La utilización ilegítima de la imagen de un menor es una cuestión que ha producido una doctrina jurisprudencial uniforme y reiterada. La STS de 19 de octubre de 1992 dice textualmente: «la fotografía publicada no guarda ninguna relación con el contenido de la información escrita, por lo que si bien puede afirmarse que la reproducción de esa fotografía resultaba innecesaria al fin pretendido con la información publicada, no puede decirse, habida cuenta del espacio que tal fotografía ocupa así como que la imagen del niño es la única que aparece en ella, que la misma tenga un carácter accesorio, accesoriedad que en la Ley hace referencia a lo que es objeto principal de la noticia o reportaje gráfico». La S de 7 de octubre de 1996 dice: «El derecho a la imagen trata de impedir que sea reproducida o dada a conocer públicamente; el sentido que la persona tiene de su propia individualidad impone la exigencia de reserva o de que sea ella misma quien deba consentir la reproducción de su imagen, más todavía cuando los progresos técnicos actuales facilitan notablemente esa reproducción. Este derecho de la personalidad sólo puede limitarse por el propio titular, consintiendo la divulgación de su propia imagen, o por la ley, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público [art. 8.2.a) Ley 1/82]. Evidentemente, ninguno de los supuestos concurren en este caso, porque ni medió consentimiento del niño o su representante cuya imagen por fotografía se difunde y publica, ni de los cónyuges, que igualmente son fotografiados y, sin su consentimiento, su imagen es publicada», y la S de 18 de octubre de 2004 que «la reproducción

por la fotografía de la imagen de una persona en su vida privada o fuera de ella, no constituye intromisión ilegítima cuando la publicación se refiere a personas que ejerzan una profesión de notoriedad o proyección pública, y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, cuando la imagen de una persona aparezca como accesorio. Empero, nada de esto ocurre en el supuesto de autos, debiendo tener en cuenta, además, que las imágenes de las menores están especialmente protegidas en nuestro ordenamiento jurídico». Por el contrario, la STS de 26 de marzo de 2003 entendió que no se había atentado al derecho a la imagen (y a la intimidad) de un menor que había aparecido en un programa de televisión con la presencia e intervención y, por tanto, consentimiento de su madre, representante legal, y de él mismo, que tenía doce años y se apreciaban condiciones de madurez suficientes para la entrevista que aceptó.

Derecho a la propia imagen. Menor de edad. Trascendencia de la intención del reportaje, accesoriedad y veracidad de la información.

La finalidad e intención del reportaje en nada afecta a la ilegalidad de la publicación de la fotografía; es intrascendente la intención del autor o la función que persigue el reportaje: el hecho que se enjuicia es la publicación inconsentida de la foto del menor, sin que le alcance la corrección y el interés social del reportaje al que ilustra. Por otra parte, tratándose de la representación gráfica de la figura de un menor, es mucho más restringida la consideración de la accesoriedad, por la especial protección que le brinda la Ley de protección del menor. Finalmente, la veracidad se predica de la libertad de información que impide que se aprecie atentado al honor si lo dicho es verdad (no habría honor que proteger), pero no afecta al derecho a la intimidad (STS de 18 de julio de 1988, que confirmó y ratificó la del TC de 14 de febrero de 1992), ni al derecho a la imagen, cuya veracidad es inmanente, salvo que se manipule la representación gráfica. **(STS de 13 de julio de 2006; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El medio de comunicación LOM, S. A., publicó en el periódico L.O. la fotografía del menor H. en primer plano, sentado junto a otro niño con una profesora que aparece de espaldas, encabezando un artículo titulado, en grandes letras, «DISCAPACITADOS». La fotografía, de gran tamaño, ocupa prácticamente la mitad de la hoja del periódico y había sido obtenida del centro de una asociación de padres de niños con deficiencias.

Doña F. y don A., en representación de su hijo menor de edad H., interpusieron demanda contra LOM, S. A. por vulneración ilegítima de su derecho a la propia imagen, reclamando asimismo que indemnizara al menor en la persona de sus padres.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda (en el sentido de entender existente la vulneración y conceder una indemnización inferior a la solicitada). Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando en su totalidad la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, LOM, S. A. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

3. Derecho al honor. Colisión con el ejercicio de las libertades de información y expresión en un programa de televisión.—En el ámbito de la colisión entre el derecho al honor y el ejercicio de las libertades de información (la efectuada por los responsables del medio televisivo) y de expresión (intervinientes en el programa), la contestación no puede ser absoluta ni taxativa, sino ponderada según la valoración de todas las circunstancias concurrentes y la naturaleza de los derechos fundamentales en colisión. Se trata de verificar un juicio equilibrado, que viene determinado por una serie de reglas y criterios definidos por las doctrinas del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuya función en sede casacional es la de establecer, con sometimiento a la declaración de hechos probados por la sentencia de instancia, si la valoración efectuada por la misma ha respetado la definición constitucional de los derechos en colisión, referidos al derecho del honor y a los relativos a la libertad de información y de expresión, y sus límites, para comprobar si la restricción impuesta por los Tribunales a uno y otros está constitucionalmente justificada.

En lo que hace mención a la libertad de información ejercitada por el medio televisivo y sus responsables, no cabe duda que, contrastada la absoluta veracidad de la noticia facilitada y su interés público o general (por la naturaleza y gravedad de los hechos), debe serle reconocido en este caso su carácter prevalente, que no jerárquico, respecto del derecho al honor, toda vez que su ejercicio ha tenido lugar dentro del ámbito constitucionalmente protegido (SSTC 336/1993 y 42/1995), pues ni se han utilizado expresiones o calificativos injuriosos o descalificantes (SSTC 165/1997, 20/1990, 105/1990, 172/1990, 214/1991, 85/1992, 20/1993, 336/1993, 42/1995, 76/1995, 78/1995, 173/1995, 176/1995, 204/1997, 180/1999, 192/1999, 112/2000, 297/2000 y 42/2001), ni se han vertido insinuaciones, meros rumores ni invenciones (SSTC 171/1990, 172/1990 y 40/1992), la información facilitada lo ha sido con garantía de ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de los datos transmitidos (STC 41/1994), se ha respetado el principio de presunción de inocencia, reconocido en el artículo 24.2 CE (STC 219/1992), clarificándose en todo momento la situación procesal del actor y el archivo provisional de las actuaciones por falta de pruebas sobre su culpabilidad, y, se ha fundado en fuentes fiables, cuales son las diligencias judiciales incoadas en su día y posteriormente sobreseídas provisionalmente.

En lo concerniente a los intervinientes en el programa, como éstos se han limitado a formular opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, sólo se les podría haber reprochado la utilización de expresiones injuriosas o la formulación de juicios que resulten innecesarios para la exposición de su criterio (SSTC 107/1988, 20/1990, 105/1990, 172/1990, 214/1991, 20/1992, 85/1992, 223/1992, 336/1993, 297/1994, 204/1997, 180/1999 y 112/2000; y ATC 20/1993), lo que no ha ocurrido en el presente caso. (**STS de 5 de julio de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—En el programa de televisión C.O., emitido por la entidad T. de C., al tratar del denominado «Caso de la peluquera de S.C.» se entrevistó a una serie de personas, que manifestaron sus impresiones personales sobre el suceso, entendiéndose que don J. fue el responsable de la muerte de doña A.

Don J. interpuso demanda en protección del derecho al honor, contra T. de C. y el presentador e intervinientes en el programa. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, absolviendo a los demandados. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, don J. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—Se reitera por el Tribunal Supremo la jurisprudencia, tanto suya como del Tribunal Constitucional, que establece la preferencia frente al derecho al honor de la libertad de información, siempre que se proyecte sobre una noticia veraz y de interés público o general y no se utilicen expresiones o calificativos injuriosos o descalificantes, y de la de expresión, mientras se circunscriba a formular opiniones personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, y no se utilicen expresiones injuriosas o juicios innecesarios. (*F. J. J. M.*)

4. Criterios para ponderar la prevalencia de la libertad de expresión frente al derecho al honor.—El conflicto ha sido adecuadamente delimitado por la Audiencia Provincial, toda vez que, constatada la intromisión en el derecho al honor del actor por las expresiones proferidas, ha entrado a valorar sobre si, pese a ello, debe soportarlas por concurrir circunstancias específicas que convierten en prevalente el derecho al ejercicio de la libertad de expresión.

En efecto, desde la base de que las expresiones publicadas («mentiroso empedernido, sinvergüenza y caradura») pueden considerarse, en principio, como afrentosas para el destinatario, pues implican o pueden implicar su descrédito o menosprecio social, se trata de valorar si, por las circunstancias concurrentes en el presente caso, concurre alguna causa de justificación que provoque la absolución de los demandados.

Para la adecuada formulación de este juicio ponderativo procede partir de las siguientes consideraciones:

1.^a Es preciso tener en cuenta que el concepto al honor es de naturaleza cambiante según los valores e ideas sociales vigentes en cada momento (SSTC 185/1989, 223/1992, 170/1994, 76/1995, 139/1995, 176/1995, 180/1999, 112/2000 y 49/2001).

2.^a Consiguientemente, la valoración de cualquier intromisión debe verificarse al margen de cualquier subjetivismo del afectado, porque toda esta materia «nos sitúa en el terreno de los demás, que no son sino la gente, cuya opinión colectiva marca en cualquier lugar y tiempo el nivel de tolerancia o de rechazo» (STC 76/1995).

3.^a Precisamente, por la necesidad de valorar las intromisiones al honor de una persona desde esas objetivas perspectivas, es por lo que los órganos judiciales deben disponer de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué deba tenerse por lesivo del derecho fundamental que lo protege (SSTC 180/1999, 112/2000, 49/2001).

4.^a Del mismo modo, ha de valorarse que, en caso de colisión con otros derechos fundamentales, ninguno de los derechos en conflicto es absoluto; en el conflicto entre las libertades reconocidas en el artículo 20 CE, de expresión e información, por un lado, y otros derechos y bienes jurídicamente protegidos, por otro, no cabe considerar que sean absolutos los derechos y liber-

tades contenidos en el texto fundamental, pero tampoco puede atribuirse ese carácter absoluto a las limitaciones a que han de someterse esos derechos y libertades; es evidente que estos dos derechos o libertades no tienen carácter absoluto, aunque ofrezcan una cierta vocación expansiva; un primer límite inmanente es su coexistencia con otros derechos fundamentales, tal y como se configuren constitucionalmente y en las leyes que los desarrollen, entre ellos, muy especialmente, a título enunciativo y nunca «*numerus clausus*», los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (SSTC 179/1986, 231/1988, 197/1991, 214/1991, 223/1992, 336/1993, 170/1994, 78/1995, 173/1995, 176/1995 y 204/1997).

5.ª El análisis para sopesar los derechos en conflicto se hará en consideración de la clase de las libertades ejercitadas, ya que las reconocidas en el artículo 20 CE (libertad de expresión y libertad de información) son diferentes y les corresponde distinto tratamiento jurídico (SSTC 6/1981, 104/1986, 165/1987, 107/1988, 105/1990, 223/1992, 42/1995, 76/1995, 78/1995, 176/1995, 204/1997, 144/1998, 192/1999 y 297/2000, y STS de 11 de febrero de 2004).

Apelativos injuriosos lesivos del derecho al honor: circunstancias a considerar a efectos de que prevalezca la libertad de expresión.—No cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de opinión, supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, pues la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería incompatible con la dignidad de la persona proclamada en su artículo 10.1 (SSTC 165/1997, 20/1990, 105/1990, 172/1990, 214/1991, 85/1992, 20/1993, 336/1993, 42/1995, 76/1995, 78/1995, 176/1995, 204/1997, 180/1999, 192/1999, 112/2000, 297/2000 y 42/2001).

No obstante es preciso tener en cuenta lo siguiente:

1.º Una cosa es el insulto y otra la utilización de expresiones «*zafias*, groseras y desprovistas del más mínimo atisbo de elegancia, que denotan un indudable mal gusto que dicen más en disfavor de su autor que en demérito de la persona a que se refieren» (STS de 6 de febrero de 2004).

2.º En la valoración de la intención «*injuriante*» es determinante el ánimo del autor, no sólo el «*criticandi*», «*narrandi*», «*joquendi*», sino también el «*retorquendi*», en el cual las palabras utilizadas están en conexión con una previa ofensa recibida o, como afirma la STS de 2 de julio de 2001, «*responden, en muchas ocasiones a piques o rivalidades entre autores*».

3.º La proyección pública de los sujetos del litigio, mitiga seriamente el rigor de los calificativos utilizados hasta tal punto de que la doctrina del Tribunal Constitucional ha manifestado que «*la personalidad pública debe optar por un cierto riesgo en la lesión de sus derechos de la personalidad*» (STC 165/1987).

4.º Para la valoración, es determinante el contexto en que se produjeron las expresiones, hasta el punto de que «*no puede llegarse a una conclusión partiendo sólo de las expresiones, pues debe tenerse en cuenta el contexto en el que las palabras fueron pronunciadas, y valorarse el conjunto, examinando en todo caso el elemento intencional de la noticia, tal y como lo declaran la STS de 5 de junio de 1996 y la STC de 21 de noviembre de 1995*» (STS de 6 de febrero de 2004).

En lo relativo a los hechos y circunstancias concurrentes, la sentencia recurrida ha declarado probados los siguientes hechos: *a)* existía una polémica

ca de gran difusión periodística entre don S. y don C., los cuales pertenecían a partidos políticos opuestos; *b*) el demandante, antes de las expresiones vertidas por el demandado, le había imputado públicamente de haberse beneficiado de los fondos mineros de naturaleza pública para implantación de una superficie comercial en el Concejo que presidía como Alcalde; y *c*) ambos personajes en conflicto desarrollan una actividad pública de gran repercusión social (interés público).

Aplicando la doctrina general a los hechos así relacionados por el Juzgador de instancia, corresponde reconocer que el juicio ponderativo efectuado para resolver el conflicto analizado ha observado escrupulosamente las posiciones de las doctrinas del Tribunal Constitucional y de esta Sala, ya expuestas.

En verdad, la actual sociedad española no valora como insultante o afrentoso que en el curso de un enfrentamiento político entre dos responsables públicos, tras haber sido acusado uno de ellos de haber utilizado indebidamente fondos públicos, le responda el otro que es un «mentiroso empedernido, sinvergüenza y caradura», pues es flagrante no sólo que actúa con ánimo «retorquendi», sino también que no tiene intención de ofender a la persona en su honor, sino descalificar al rival político, por su actividad de esta naturaleza y en un contexto exclusivamente de dicha clase.

Doctrina del reportaje neutral.—El reportaje [...] reúne los presupuestos exigidos para que le resulte de aplicación la doctrina del reportaje neutral, al versar sobre un asunto de interés general, veraz y desarrollado mediante un tratamiento objetivo, al no introducirse juicios de valor en el mismo, sino expresiones dirigidas sólo a contextualizar la información. (**STS de 26 de julio de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Don S. demandó a don C. y a la empresa editora de un periódico regional reclamando la indemnización derivada de la intromisión ilegítima en su derecho al honor a consecuencia de las expresiones vertidas por don C. y publicadas por el medio en cuestión. El artículo publicado reflejaba una disputa verbal habida entre don C., alcalde y don S., presidente de la patronal y miembro del partido de la oposición en el ayuntamiento, según la cual el primero había llamado al segundo «mentiroso empedernido, sinvergüenza y caradura» ante la imputación que le hacía el segundo de haberse beneficiado de los «fondos mineros» en la implantación de una gran superficie comercial realizada en el concejo. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda pero su sentencia fue revocada en apelación. La Audiencia basó su fallo en las circunstancias especiales que concurrían, la condición pública del demandante y, en relación con el periódico, en el interés público de la noticia y su veracidad al recoger en el reportaje las expresiones referidas en sus propios términos. No hubo lugar al recurso de casación interpuesto por don S. (*R. G. S.*)

5. Derecho al honor de una persona jurídica.—El apartado 7 del art. 7.º de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, redactado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, considera intromisión ilegítima, en el ámbito de la protección delimitado por el artículo 2.º de la propia ley, «la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expre-

siones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación».

Para determinar si el precepto es aplicable al supuesto litigioso [...] procede efectuar un juicio ponderado de las circunstancias concurrentes en el caso en relación con el contexto social en que sucedieron los hechos.

Como factores más relevantes cabe señalar los siguientes: Por una lado, la inveracidad de la afirmación; el propósito de influir en el resultado electoral sindical por la consciencia del rechazo que producía en la mayoría de los ciudadanos el partido político aludido, al que se le atribuía una cierta sintonía con una banda terrorista, a propósito de cuyo particular se afirma por la resolución recurrida que «no duda la Sala de que la inveraz comunicación difundida haya podido incidir negativamente en los resultados electorales del sindicato accionante aunque esta relación de causa-efecto es difícilmente demostrable»; y que la expresión se desliza en un comunicado escrito lo que permitió a autor o autores una mayor reflexión a diferencia de lo que hubiera ocurrido en el fragor de una disputa o alocución verbal. Por otro lado, debe destacarse que la afectada es una persona jurídica; el evento se produce entre entidades sindicales y en el contexto de una campaña electoral; el partido político Herri Batasuna era legal, no sólo al tiempo de las elecciones al Parlamento Europeo (a las que se refiere la imputación que se pretende atentatoria al honor), sino también cuando se produce el comunicado (5 de mayo de 1999) pues dicho partido fue ilegalizado por sentencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo del artículo 61 LOPJ de 27 de marzo de 2003, confirmado por sentencia del Tribunal Constitucional 6/2004, de 16 de enero; y, la imputación en sí misma no era injuriosa o vejatoria, por lo que no cabe atribuirle aptitud ofensiva.

Ponderadas las anteriores apreciaciones, contradictorias entre sí, esta Sala entiende que debe mantenerse el mismo criterio de la sentencia impugnada por las razones siguientes: 1. Aunque es cierto que la doctrina jurisprudencial, así como la constitucional, admiten la posibilidad de incluir en la protección del honor el prestigio profesional, y ello tanto respecto de las personas físicas como de las personas jurídicas, sin embargo no cabe confundir los supuestos porque, por un lado, no siempre el ataque al prestigio profesional se traduce en una transgresión del honor (S de 19 de julio de 2004), pues no son valores identificables, de modo que al primero se le asigna, frente a la libertad de expresión, un nivel más débil de protección que la que cabe atribuir al derecho al honor de las personas físicas (SSTC 139/95, de 26 de septiembre y 20/2002, de 28 de enero); y, por otro lado, por lo que respecta al derecho al honor de las personas jurídicas, aun cuando el mismo se halla reconocido en profusa jurisprudencia de esta Sala (SS., entre otras, 20 de marzo y 21 de mayo de 1997, 15 de febrero de 2000 y 5 de julio de 2004), sin embargo tampoco cabe valorar la intromisión con los mismos parámetros que cuando se trata de personas físicas, porque respecto de éstas resaltan dos aspectos: el interno de la inmanencia o mismidad, que se refiere a la íntima convicción o sentimiento de dignidad de la propia persona y el externo de la trascendencia que alude a la valoración social, es decir, a la reputación o fama reflejada en la consideración de los demás (SS., entre otras, 14 de noviembre de 2002 y 6 de junio de 2003), y cuando se trata de las personas jurídicas resulta difícil concebir el aspecto inmanente por lo que la problemática se centra en la apreciación del aspecto trascendente o exterior –consideración pública protegible– (SS., entre otras, 15 de abril 1992 y 27 de julio 1998), que no cabe simplemente identificar con la reputación empresarial,

comercial, o en general del mero prestigio con que se desarrolla la actividad; 2. Con lo dicho anteriormente se significa que lo más relevante para la entidad demandante (S. T. E. C.) no ha sido el desmerecimiento que le haya podido producir la alusión litigiosa, sino la medida en que haya podido influir en el resultado electoral, y ello aunque no excluye por sí solo la posibilidad de que opere el ilícito por el que se acciona resulta indudable que dificulta notablemente su apreciabilidad; 3. No cabe excusar sin más el desleal ejercicio de la crítica en la lucha política y sindical, ni son aceptables las malas artes, ni el «todo vale» con dicha oportunidad, pero cuando entra en juego la protección del honor, aunque no se excluye su operatividad (como dice la S de 3 de diciembre de 1993, «una campaña electoral nunca puede aparecer como patente legitimadora de epítetos de semejante jaez a los enjuiciados»), sin embargo se flexibiliza la prevalencia de la libertad de expresión respecto del derecho al honor, y así lo viene reconociendo esta Sala en numerosas sentencias, y entre ellas las de 19 y 26 de febrero de 1992 y 29 de diciembre de 1995 (campaña electoral); 9 de septiembre de 1997 (que se refiere a expresiones de cierta agresividad permisibles en el contexto de la estrategia o dialéctica sindical); 20 de octubre de 1999 (clímax propio de campaña política entre rivales políticos); 13 de noviembre de 2002 (situaciones de tensión y conflicto laboral); 12 de febrero de 2003 (mitin electoral; se consideró la expresión «extorsión» como mero exceso verbal); 27 de febrero y 6 de junio de 2003 y 8 de julio de 2004 (las tres sobre polémica política), entre otras. En estos casos se sigue una línea de flexibilidad al valorar las expresiones o exposiciones de hechos, porque, como dice la S de 7 de julio de 2004 (a propósito de una rivalidad entre peñas deportivas), los usos sociales a los que se remite el artículo 2.1 de la Ley orgánica 1/1982 como delimitadores de la protección civil del honor son más tolerantes que en otros ámbitos; y, 4. Por todo ello, teniendo en cuenta el contexto (campaña electoral en el ámbito sindical), circunstancias del caso (que Herri Batasuna era entonces un partido legal, aunque con un alto repudio ciudadano por no condenar el terrorismo) y que el hecho ha tenido escasa trascendencia pecuniaria (lo que se revela porque fijada por el Juzgado una indemnización prácticamente simbólica de doscientas mil pesetas la parte demandante no se conformó, pues ni siquiera se adhirió a la apelación, y, como tiene reiterado esta Sala, no cabe pedir la protección de los derechos fundamentales de la Ley 1/1982 si la intromisión ilegítima regulada en la misma no tiene una repercusión económica), y sin excusar en absoluto la reprochable conducta de los demandados, de posible valoración en otros ámbitos, distintos del aquí elegido, esta Sala considera razonable y coherente la resolución de la Audiencia Provincial y, por consiguiente, la confirma. **(STS de 19 de julio de 2006; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El pleito que dio origen al recurso de casación enfrentó a dos sindicatos de trabajadores. El sindicato A había formulado demanda de protección de su derecho al honor frente al sindicato B por haber difundido este último un comunicado, con ocasión de las elecciones sindicales de 1999, en que aludía al sindicato A recordando su petición de voto para Herri Batasuna en las últimas elecciones al Parlamento Europeo. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda considerando que, a la vista de la falsedad de la afirmación, se había lesionado el derecho al honor de la demandante y procedía conceder la indemnización solicitada. Por

el contrario, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por el sindicato B. El sindicato A interpuso recurso de casación declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (R. G. S.)

6. Asociación. Derecho fundamental. Contenido. Capacidad de autoorganización.—El Tribunal Constitucional ha reiterado la doctrina según la cual la libertad de autoorganización asociativa forma parte del contenido del derecho protegido en el artículo 22 CE y, en consecuencia, es uno de los aspectos del derecho fundamental de asociación (STC 218/1988); como señala la STC 104/1999, el Tribunal «ha venido destacando que el contenido fundamental de este derecho se manifiesta en tres dimensiones o facetas complementarias: la libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas, y finalmente, la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas» a lo cual se añade, según la STC 56/1995, «una cuarta dimensión, esta vez “inter privados”, que garantiza un haz de facultades a los asociados, considerados individualmente, frente a las asociaciones a las que pertenezcan». Esta capacidad de autoorganización ha sido confirmada en la STC 133/2006, de 27 abril, en la que se reitera que la libertad de organización y funcionamiento internos forma parte del derecho fundamental de asociación.

Asociación. Capacidad de autoorganización y control judicial.—Para el Tribunal Supremo, si bien debe «restringirse el ámbito del control judicial sobre las decisiones asociativas», especialmente en lo relativo a la expulsión de los socios (STS de 23 de junio de 2006), los acuerdos de las asociaciones «no sólo están sometidos al examen de su regularización para la determinación del cumplimiento de las formalidades estatutarias que establezcan, en cuanto admisibles y lícitas, según el pronunciamiento interno para su adopción, y su respeto a las normas legales, sino también el mérito del acuerdo, esto es, si el juicio interno de interpretación y de aplicación de las reglas estatutarias es o no adecuado» (STS de 24 marzo 1992). Del mismo modo, la S de 5 de julio de 2004 declaró que «la persona jurídica goza de la facultad de autoorganizarse y, mientras no se declare la nulidad de los Estatutos o de una norma de los mismos, de autogobernarse; el control judicial se produce cuando la dirección de la persona jurídica se aparta de su propia normativa o contraviene normas imperativas del ordenamiento jurídico o bien atenta a principios o derechos constitucionales [...]». Ésta ha sido también el razonamiento del Tribunal Constitucional en las SS 218/1988, 96/1994 y 104/1999, y asimismo cabe citar —aunque a título de ejemplo— la exigencia del principio democrático en el artículo 2.5 LODA, y el artículo 21.d) de la misma LODA que establece el derecho del asociado a «impugnar los acuerdos de los órganos de la asociación que estime contrarios a la ley o a los estatutos».

Asociación. Procesos en materia electoral. Incompatibilidad entre las condiciones de candidato a la presidencia y miembro de la Junta electoral.—Como la Junta electoral ha de decidir qué candidatos han de admitirse, por reunir los requisitos exigidos en los Estatutos, y quiénes han de ser excluidos, no es admisible que un candidato forme parte de la Junta electoral y pueda decidir la inclusión de su candidatura y la exclusión de otros, conforme al principio de que nadie puede ser juez y parte en un mismo proceso electoral y así, a título de ejemplo, la Ley Orgánica del Régimen Electoral General establece la incompatibilidad de los miembros de las Juntas electo-

rales para ser candidatos [art. 6.1.j)]. No se trata de que hubiese o no mayoría suficiente para la toma del acuerdo de proclamación de candidatos y de presidente, y por ello resultara irrelevante que el candidato formara o no parte de la Junta electoral, sino que lo que aquí se reprocha es que un aspirante a Presidente intervenga en el control del proceso electoral.

Aunque en los Estatutos sólo figure establecida la incompatibilidad entre la candidatura a la Presidencia y la de miembro de la Mesa electoral, una interpretación correcta de las disposiciones estatutarias debe llevar a extender la misma incompatibilidad con relación a la pertenencia a la Junta electoral y más teniendo en cuenta cuáles son las funciones que se le atribuyen en los Estatutos, todas ellas referidas al control de la corrección del procedimiento electoral antes de la celebración de las elecciones (proclamación de candidatos), y una vez celebradas (resolución de las impugnaciones), de modo que previsto lo menos, ser miembro de la Mesa electoral, que tiene funciones más formales y relativas únicamente al recuento de votos e identificación de los votantes, con mayor razón debe considerarse que entra dentro de la voluntad asociativa la previsión de lo más, es decir, ser miembro de la Junta electoral. Otra cosa sería tanto como incurrir en una contradicción con los principios de democracia y transparencia que deben regir todo régimen electoral asociativo, a partir de la entrada en vigor de la Constitución, para evitar las lesiones al derecho fundamental de los asociados de participar en ellas según se establece en los estatutos. Teniendo en cuenta, por tanto, las funciones otorgadas en los estatutos de la asociación a la Junta electoral, se deriva de aquí su necesaria independencia, como órgano que garantiza la transparencia y objetividad del proceso electoral interno, por lo que es lógico entender que es voluntad de los asociados incluir en la Junta electoral la misma incompatibilidad que en los Estatutos figura para la composición de la Mesa electoral, porque ambas incompatibilidades obedecen a los mismos principios.

Con ello no es que se impida a un socio ser candidato, sino que no puede compatibilizar la candidatura con su cualidad de miembro de un organismo previsto para controlar la transparencia y objetividad de unas elecciones. Que las elecciones deban desarrollarse de acuerdo con los principios de transparencia y democracia no lesiona el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos. (**STS de 4 de septiembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excm.a Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En Asamblea General extraordinaria se convocaron elecciones a Presidente de la asociación U. y a tal efecto, se procedió a la elección de la Junta electoral prevista en los estatutos de la asociación. Se presentaron como candidatos dos únicos socios: don Ju. C., hasta aquel momento Presidente de la misma, y don Je. C., éste miembro de la citada Junta electoral. Por acuerdo de la Junta, se admitió la candidatura de don Je. C., pero no la de don Ju. C., por considerar que no cumplía los requisitos establecidos en los propios estatutos al no aportar el justificante de pago de las cuotas. En el mismo acto, don Ju. C. impugnó la candidatura de don Je. C. por entender que era incompatible con su condición de miembro de la Junta electoral, de la que no había dimitido al decidir presentarse como candidato. Esta impugnación fue rechazada por dicha Junta,

que proclamó presidente a don Je. C. al no haber ningún otro candidato, en aplicación de las disposiciones estatutarias.

Don Ju. C. interpuso demanda contra la asociación, solicitando la declaración de nulidad del proceso electoral, la del acta en la que se rechazaba su candidatura y la de la proclamación de don Je. C. como presidente electo, y la celebración de nuevas elecciones.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la anterior sentencia y declarando la nulidad de todo el proceso electoral. Contra esa sentencia, la asociación recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

7. Derechos Fundamentales y Libertades públicas. Conflicto entre dos sectores de un sindicato escindido sobre a cuál de los dos grupos le corresponde la representatividad efectiva del sindicato: competencia de la jurisdicción civil.—La cuestión nuclear del litigio lo constituye el conflicto existente entre los dos sectores del sindicato escindido en que cada sector se arroga la representación y dirección del mismo. La resolución del litigio exige determinar la validez o nulidad de los acuerdos estatutarios adoptados que propiciaron la división. La competencia de la jurisdicción civil, para conocer de dichas cuestiones, se impone tanto, por atribución propia, como si se tiene en cuenta que el artículo 11 de la Ley de 26 de diciembre de 1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, atribuye residualmente a la Jurisdicción civil las cuestiones por vulneración o desconocimiento de los derechos fundamentales de las personas o para impugnar pretensiones relativas a los mismos, no comprendidas en sus artículos 2.º y 6.º (de naturaleza penal o administrativa). Asimismo, el artículo 13 de la Ley Orgánica de 2 de agosto de 1985, de Libertad Sindical, establece la tutela judicial de la libertad sindical por medio del proceso jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

La libertad sindical no ampara una actuación o comportamiento antidemocrático.—Si bien la Constitución Española proclama la libertad sindical (arts. 7 y 28 CE), que en todo momento ha de ser tutelada y potenciada, también el texto constitucional exige que su estructura interna y funcionamiento deban ser democráticos, por lo que aquellos comportamientos sindicales que no reúnen esta condición se desautorizan ellos mismos y en modo alguno pueden encontrar cobijo en el derecho a la libertad de sindicación. (**STS de 13 de octubre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Magistrado Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—El sindicato SOC aprobó en 1979 sus Estatutos, fijando su domicilio en la calle Buenos Aires, de la ciudad de Las Palmas G.C. En mayo de 1982 se celebró una Asamblea General adoptándose los acuerdos de expulsión de afiliados y elección de una comisión gestora para dirigir el sindicato. Ese mismo mes tuvo lugar el II Congreso Nacional del SOC, que acordó introducir diversas modificaciones en los Estatutos, entre ellas la relativa al cambio de domicilio, fijando el nuevo en la calle Pérez Galdós. Se produjo

así una situación de escisión sindical y enfrentamiento interno entre dos sectores de esta organización: el denominado Sector Buenos Aires-Bravo Murillo (escindido) y el conocido como Sector Pérez Galdós-Núñez de la Peña (núcleo antiguo). El Ministerio Fiscal, con base en la LPJDFP, de 26 de diciembre de 1978, presentó demanda solicitando que se declararan no conformes a derecho las modificaciones de los estatutos del SOC, operadas en 1979 así como el cese del comportamiento antisindical de uno u otro de los sectores del Sindicato. El Sector Buenos Aires-Bravo Murillo, solicitó se le reconociese la legitimidad representativa del sindicato. Por su parte, el Sector Pérez Galdós-Núñez de la Peña se opuso a la declaración de nulidad de los acuerdos instada por el Ministerio Fiscal, solicitando en síntesis que se declarase la nulidad de la Asamblea de mayo de 1982 y de la comisión gestora nombrada en la misma, así como la de los actos por esta llevados a cabo y, en especial, los de usurpación del patrimonio sindical y del uso de las siglas de la entidad. El Juzgado de Primera Instancia estimó la pretensión de este segundo grupo o sector. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por los otros litigantes. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

8. Tradición simbólica en las ventas judiciales.—Esta Sala tiene declarado que, promulgada la Ley 10/1992, la consumación de la enajenación se produce, conforme al artículo 1514 LEC 1881 modificado, aplicable a este proceso por razones temporales, con la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate y demás requisitos que habilitan para la inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 1515 LEC 1881) y que la expedición del testimonio en que se documenta la venta judicial produce la tradición simbólica prevista en el artículo 1462.2 CC, análogamente a como sucedía anteriormente cuando se documentaba mediante escritura pública.

En suma, la venta se perfecciona con la aprobación del remate y la tradición se produce con la plasmación de la venta en un documento público, que antes era una escritura notarial y ahora es el testimonio del auto de aprobación expedido por el secretario.

La sentencia de apelación no infringe esta doctrina cuando afirma que, aunque existe título —el acta de cesión de remate— no ha existido tradición simbólica, o al menos no se ha acreditado, por cuanto la parte demandante en tercería no ha aportado el testimonio expedido por el secretario del auto de aprobación del remate y adjudicación al cesionario (sino sólo una certificación de haberse producido la subasta, el remate, y la cesión de éste), requisito de titulación indispensable para que pueda entenderse que se ha producido la transmisión de dominio a favor de la parte demandante, la cual exige no solamente que exista título, sino también que concurra modo de adquirir mediante la tradición o entrega (art. 609 CC).

Doctrina del levantamiento del velo.—La parte recurrente entiende que la parte recurrida ha entrado en posesión de la finca y que, por lo tanto, ha existido una entrega de la misma reflejada en la posesión que dice tener de ella.

Este argumento no puede ser aceptado, por cuanto la Sala, en el terreno fáctico inmune a la casación pone de manifiesto, tras estudiar detenidamente

la composición, circunstancias y actividad de la sociedad demandante en tercería, que ésta ha sido creada con la finalidad de mantener al deudor en la titularidad de la finca frente a las reclamaciones de los acreedores, carece de cualquier otra actividad y, por consiguiente, no puede admitirse la existencia de una entrega de la finca a dicha sociedad eficaz para poner fin a la posesión por parte de su primitivo titular.

Se trata en definitiva, de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo a un supuesto en el que se utiliza como norma de cobertura la normativa referente a la persona jurídica para, mediante una demanda de tercería de dominio, eludir el cumplimiento del principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 CC.

La solución expuesta se apoya en la doctrina sobre el levantamiento del velo de la persona jurídica (*disregard of legal entity*, desprecio de la persona jurídica), acogida en nuestro Derecho por la STS de 28 de mayo de 1984 y hoy plenamente consolidada, que se apoya en los principios de buena fe y prohibición del fraude de ley y abuso del derecho. Esta doctrina, que es de aplicación excepcional (SSTS de 4 de octubre de 2002 y 11 de septiembre de 2003), trata de evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda perjudicar intereses públicos o privados, causar daño ajeno, o burlar los derechos de los demás (SSTS, entre otras, de 17 de diciembre de 2002, 22 y 25 de abril de 2003, 6 de abril de 2005, 10 de febrero de 2006 y 29 de septiembre de 2006), evitando que se utilice la personalidad jurídica societaria como un medio o instrumento de fraude (SSTS de 17 de octubre de 2000, 3 de junio y 19 de septiembre de 2004, 16 de marzo y 30 de mayo de 2005). Así ocurre, entre otros supuestos, cuando se trata de aludir la responsabilidad patrimonial universal que consagra el artículo 1911 CC mediante el ejercicio de una tercería de dominio interpuesta por una sociedad cuyo sustrato personal se confunde con el deudor o que, respecto de él, carece de independencia patrimonial o autonomía económica (SSTS de 28 de abril de 1988, 24 de diciembre de 1988, 2 de abril de 1990, 24 de abril de 1992, 11 de noviembre de 1995, 10 de febrero, 24 de marzo y 4 de septiembre de 1997, 11 de octubre de 1999, 22 de noviembre de 2000, 18 de abril y 16 de octubre de 2001, 11 de octubre, 21 de mayo, 24 de junio, 30 de julio y 17 de diciembre de 2002, 22 de abril y 6 de mayo de 2003, 19 de octubre y 25 de noviembre de 2004, 30 de mayo y 20 de junio de 2005).

El levantamiento del velo de la personalidad jurídica de la sociedad demandante impone, en el caso enjuiciado, estimar que no ha existido entrega de la finca en su favor, sino mantenimiento de la misma en posesión de su primitivo titular –con el que se confunde su sustrato personal– instrumentada *longa manu* (con largo alcance o mediatamente) a través de la sociedad creada con tal objeto. Falta, en consecuencia, el presupuesto básico para el ejercicio de la acción de tercería, ya que no pueda reconocerse a la sociedad demandante la condición de tercero distinto del acreedor ejecutante y del ejecutado. (STS de 20 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.–La mercantil A promovió tercería de dominio en relación a una finca que había sido embargada por el Banco B en juicio ejecutivo contra don C. El Banco se opuso justificando su postura en la insuficiencia del título presentado por la tercerista que no era sino la cesión del remate hecho en su favor por el rematante en un ejecutivo anterior. Ante la argumentación del Banco –falta de modo y, por tanto, de adquisición de la propiedad– arguyó la terce-

rista, que ostentaba la posesión de la finca desde la cesión del remate. El Juzgado, por las circunstancias concurrentes en el caso, entendió además que la sociedad había sido constituida con la única finalidad de salvar la finca del ejecutado de la acción de sus acreedores, razón ésta –identidad subjetiva– por la que desestimó la demanda. La Audiencia desestimó igualmente el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación que interpuso la mercantil A. (R. G. S.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

9. Contratos. Falta de causa. Ausencia de precio en la compraventa.—La STS de 21 de julio de 1997 declara que en las compraventas la ausencia de precio determina falta de causa y ocasiona la nulidad absoluta, conforme al artículo 1275 CC y jurisprudencia reiterada (SSTS de 10 de noviembre de 1992, 6 de octubre de 1994, 27 de junio de 1996 y 13 de marzo de 1997), siendo cuestiones distintas la falta de pago o entrega del precio y su total inexistencia. La inexistencia de precio determina la ausencia de causa y ocasiona la nulidad absoluta del negocio (SSTS de 10 de noviembre de 1992, 6 de octubre de 1994 y 27 de junio de 1996).

Simulación absoluta. Donación encubierta bajo compraventa.—En referencia a la nulidad de los contratos tratada en el artículo 1300 CC, la STS de 27 de abril de 1997 declara que tal precepto sólo es aplicable a los supuestos en que existe verdadero contrato por reunir los requisitos del artículo 1261 CC, pero no cuando por simulación absoluta hay inexistencia de causa y total privación de efectos contractuales según el artículo 1275 CC (SSTS de 5 de noviembre de 1981 y 23 de julio de 1993). La STS de 28 de mayo de 1996 también declara que, siendo exacto que la jurisprudencia ha permitido en bastantes ocasiones admitir una donación bajo la forma de compraventa, ello ha sido generalmente en supuestos de donaciones remuneratorias, pero no en las puras y simples, para las cuales es rigurosa la jurisprudencia, según la cual para que exista donación han de concurrir los requisitos del artículo 633 CC, y no cabe entender que hubiera aceptación a la donación cuando no se alega por los demandados, quienes tampoco acreditan ni la causa de la gratuidad ni el *animus donandi* (en igual sentido, la STS de 13 de noviembre de 1997).

Falta de causa del contrato. Necesidad de prueba por quien la invoca.—La falta de causa en las relaciones contractuales exige prueba a cargo de quien la invoca, bien directa, o la indirecta de las presunciones, que suele ser la operante tratándose de simulación absoluta (STS de 27 de junio de 1996; en igual sentido, las SSTS de 30 de mayo de 1998, 18 de octubre de 1997, 20 de marzo de 1996 y 11 de febrero de 1992).

Valor probatorio de los documentos públicos.—En relación al artículo 1218 CC, la STS de 30 de octubre de 1998 declara que esta prueba (documentos públicos) no es necesariamente superior a otras (SSTS de 25 de junio de 1983, 27 de noviembre de 1985, 7 de julio de 1986 y 18 de junio de 1992) y la veracidad intrínseca de las declaraciones contenidas en ellos puede ser desvirtuada por prueba en contrario (SSTS de 8 de mayo de 1973, 9 de mayo de 1980, 15 de febrero de 1982 y 14 de febrero y 14 de marzo de 1983), todo lo cual es aplicable al hecho de la venta en sí y a las manifestaciones de que

el precio se tiene recibido con anterioridad. El valor o eficacia del documento público no se extiende a su contenido o a las declaraciones que en ellos hagan los otorgantes, pues, aunque en principio hacen prueba contra éstos y sus causahabientes, la veracidad intrínseca de las mismas puede ser desvirtuada por prueba en contrario, sin que tal medio probatorio tenga prevalencia sobre los demás, vinculando al Juez sólo respecto de su otorgamiento y de su fecha, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas (STS de 30 de septiembre de 1995; en igual sentido, las SSTS de 26 de enero de 2001, 30 de octubre de 1998, 11 de julio de 1996, 18 de julio de 1992, 27 de marzo de 1991, 2 de abril de 1990 y 6 de julio de 1989). Como han declarado las SSTS de 22 de septiembre de 1946 y 26 de noviembre de 1956, la fuerza probatoria que el artículo 1218 CC atribuye a las declaraciones que los contratantes hubieren hecho en documento público no impide combatirla y declarar la falta de correspondencia entre esas declaraciones y la realidad, por convicción adquirida por otros elementos probatorios, pues es claro que de otro modo la escritura pública cubriría y haría inatacable, entre las partes, toda clase de ficciones. Por último, el artículo 1218 CC, en cuanto atribuye a las escrituras públicas fuerza probatoria contra los contratantes por lo en ellas declarado, no obliga al juzgador a atenerse al precio de compra consignado en las mismas, a la hora de fijar la indemnización debida por incumplimiento parcial de lo convenido, ya que aparte la alteración ínsita en la valoración del tiempo y circunstancias en que la contratación y el incumplimiento acaecieron, el precio escriturado, ni puede considerarse protegido por la fe notarial, ni, como se ha dicho, está dotado de veracidad intrínseca hasta el punto de que no pueda ser desvirtuado por los demás medios probatorios (SSTS de 4 de julio de 1944, 8 de marzo, 25 de mayo y 16 de junio de 1961, 8 de octubre de 1966 y 30 de junio de 1983). **(STS de 28 de septiembre de 2006; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Don J. P., doña Ma., doña C. y don R. eran hijos del matrimonio constituido por don E. y doña Mo.

Entre don E. y su esposa doña Mo. como vendedores y la sociedad AAO, S. L. (constituida por don R. y su esposa) como compradora, actuando en nombre y representación de la misma don R. como su administrador único, se celebraron dos contratos de compraventa, referidos respectivamente a un piso y a tres fincas rústicas (esta última cinco días después de otorgar testamento don E.). El precio pactado del piso fue de siete millones de pesetas, siendo su valor de mercado de unos dieciocho millones de pesetas, mientras que el precio de las fincas fue fijado en diez millones y su valor real es de unos ciento cuarenta millones de pesetas. No se acredita, sin embargo, que la entidad compradora pagara precio alguno, y menos diecisiete millones de pesetas, cuando tenía un capital social de un millón de pesetas y llevaba operando dos años.

Por otra parte, don E. y doña Mo. constituyeron la entidad RPI, S. L., cuyo objeto según sus estatutos lo constituye la tenencia y alquiler de bienes inmuebles, nombrándose apoderado gerente de la sociedad a don R.

Don J. P., doña Ma. y doña C. interpusieron demanda contra doña Mo., don R. y las mercantiles AAO, S. L. y RPI, S. L., solicitando —entre otros extremos— se declarara la nulidad de las referidas

compraventas, o alternatively su naturaleza de donaciones imputables con carácter colacionable a la herencia de don E. en el haber de don R.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, absolviendo a los demandados. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente, en el sentido de declarar la nulidad de los contratos de compraventa. Contra esa sentencia, doña M. y AAO, S. L. recurrieron en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—El Tribunal Supremo se pronuncia una vez más sobre el valor que ha de darse a una donación disimulada bajo una compraventa, cuestión en la que destacan los estudios del Prof. ALBALADEJO (especialmente en «Estudio de la jurisprudencia sobre la validez de la escritura de venta simulada para cubrir la forma de la donación disimulada», *Actualidad Civil*, 1998-2, pp. 319-343; la pequeña monografía *Estudio de la jurisprudencia sobre la validez o no de la escritura de venta simulada para cubrir la forma de donación simulada*, Madrid, 1998; y, finalmente, el capítulo IV de *La simulación*, Ed. Edisofer, Madrid, 2005). Si bien en numerosas ocasiones la jurisprudencia se ha orientado por reconocer la validez de la donación disimulada, la sentencia anotada, citando las de 28 de mayo de 1996 y 13 de noviembre de 1997, considera en cambio que se trataría de una simulación absoluta, y que ese reconocimiento sería posible respecto a las donaciones remuneratorias, pero no a las puras y simples, en que debería acreditarse la aceptación, la causa de la gratuidad y el *animus donandi* (para ALBALADEJO, en realidad la diferencia radicaría en que en las primeras no es precisa una escritura, al regirse por la libertad de forma de los contratos onerosos, y por tanto la nulidad de la escritura de venta no afecta a la validez de la donación; en las segundas sí, pero *de donación*, no *de venta* u otra cualquiera, por lo que al no existir aquélla la nulidad afecta a todo el conjunto). (F. J. J. M.)

10. Concepto y función de la tercería de dominio.—En cuanto al concepto y función de la tercería de dominio, las SS de 7 de abril y 21 de diciembre de 2000, 8 de mayo de 2001 y 20 de octubre de 2005 expresan: «la acción de tercería de dominio regulada en los artículos 1532 ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resuelve la cuestión de que, ante el embargo de un bien, el tercero que alega ser propietario —y que no lo es el demandado embargado— la interpone para que declare que él es el titular verdadero del derecho de propiedad y se alce el embargo trabado sobre su cosa. Se había mantenido que la tercería de dominio era una acción reivindicatoria en la que se sustituía la recuperación de la posesión, por el alzamiento del embargo. Pero, realmente, la verdadera naturaleza de la tercería de dominio es de acción declarativa de propiedad cuyo objeto es la declaración de propiedad (a favor del demandante-tercerista) y el levantamiento del embargo (trabado a instancia de un codemandado sobre un bien que aparentemente era del otro codemandado)».

Simulación absoluta.—El negocio jurídico carente de causa es el simulado con simulación absoluta, que al estar falto de aquel elemento esencial es inexistente, aunque doctrinal y jurisprudencialmente se habla con frecuencia

de nulidad ya que los efectos de aquella y ésta son coincidentes. Hay negocio aparente y acuerdo simulatorio por el que las partes coinciden en la inexistencia de aquél; lo cual difícilmente se acredita por la prueba directa, siendo necesaria la prueba de presunciones. Sobre la simulación absoluta tienen interés las siguientes sentencias, entre otras anteriores: de 10 de diciembre de 1996, 14 de abril, 30 de septiembre y 21 de octubre de 1997, 27 de febrero, 21 de septiembre y 27 de octubre de 1998, 31 de diciembre de 1999, 6 de junio de 2000 y 20 de octubre de 2005. Esta última recopila la doctrina jurisprudencial en estos términos: «la doctrina jurisprudencial ha declarado que es facultad peculiar del Juzgador de instancia la estimación de los elementos de hecho sobre los que ha de basarse la declaración de existencia de la causa o de su falsedad o ilicitud (SSTS de 20 de octubre de 1966, 11 de mayo de 1970 y 11 de octubre de 1985); igualmente, la simulación es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación del Juzgador de instancia (SSTS de 3 de junio de 1953, 23 de junio de 1962, 20 de enero y 3 de junio de 1968, 17 de noviembre de 1983, 14 de febrero de 1985, 5 de marzo de 1987, 16 de septiembre y 1 de julio de 1988, 12 de diciembre de 1991, 29 de julio de 1993 y 19 de junio de 1997); que la simulación se revela por pruebas indiciarias que llevan al Juzgador a la apreciación de su realidad (STS de 24 de abril de 1984 y 13 de octubre de 1987); que la «simulatio nuda» es una mera apariencia engañosa («substantia vero nullam») carente de causa y urdida con determinada finalidad ajena al negocio que se finge (STS de 19 de julio de 1984); que el contrato simulado se produce cuando no existe la causa que nominalmente se expresa, por responder a otra finalidad jurídica (STS de 1 de julio de 1989); que la simulación implica un vicio en la causa negocial (STS de 18 de julio de 1989); que en ningún sitio consta dicho por esta Sala que la simulación no se puede declarar si no se prueba una finalidad defraudatoria (STS de 15 de marzo de 1996); que el negocio con falta de causa es inexistente (STS de 23 de mayo de 1980).

Levantamiento del velo de la persona jurídica.—El tercero de los conceptos que aplica para un caso semejante, de tercera de dominio, la sentencia de esta Sala de 8 de mayo de 2001 es atinente al levantamiento del velo de la persona jurídica, al efecto de descubrir lo que está debajo y ver quién verdaderamente es y al objeto de evitar el fraude de ley o el abuso de derecho en perjuicio de tercero. La S de 15 de octubre de 1997, entre otras muchas, incluso posteriores que la reiteran, expresa que la doctrina del llamado levantamiento del velo de la persona jurídica, expresión que es adaptación de la anglosajona *Disregard* y de la germana *Durchgriff*, tiene como función evitar el abuso de una pura fórmula jurídica y desvela las verdaderas situaciones en orden a la personalidad para evitar ficciones fraudulentas, como dice la S de 28 de mayo de 1984, verdaderamente emblemática en esta cuestión y que ha sido seguida, incluso a veces con literalidad, por las SS de 16 de julio y 24 de septiembre de 1987, 5 de octubre de 1988, 20 de junio y 12 de noviembre de 1991, 12 de febrero de 1993. La idea básica es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual, aparentar insolvencia, etc. Tal como dice la S de 3 de junio de 1991 se proscriben la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros; lo que reiteran las SS de 16 de marzo y 24 de abril de 1992, 16 de febrero de 1994 y la de 8 de abril de 1996. (STS de 14 de

septiembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La sociedad A vendió a la sociedad B una finca. Posteriormente dos entidades mercantiles demandaron a la vendedora reclamándole una cantidad que les adeudaba. El Juzgado de Primera Instancia condenó a la sociedad A (en sentencia que fue confirmada por la Audiencia y el Tribunal Supremo) al pago de la suma reclamada. En ejecución provisional de la sentencia de primera instancia se decretó el embargo de la finca y, practicada ya la anotación del embargo, se inscribió la compraventa. Interpuso la sociedad B, compradora, tercera de dominio y el Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda por considerar que la venta anterior al embargo era válida frente al criterio de las entidades mercantiles que sostenían la simulación de la compraventa. Apelada la sentencia por las demandadas ejecutantes, la Audiencia entendió que, a tenor de las circunstancias concurrentes en el caso, era de todo punto evidente la existencia de una maniobra por parte de la sociedad B (compradora y tercerista) para sustraer de la ejecución la finca litigiosa. El problema jurídico que llega al Tribunal Supremo se centra en determinar la validez de la compraventa o su inexistencia por tratarse de una mera ficción. El alto Tribunal confirmó la sentencia de la Audiencia en todos sus pronunciamientos declarando no haber lugar al recurso de casación que interpuso la compradora. (R. G. S.)

11. Fiducia *cum amico*.—El Tribunal de instancia entendió que entre demandante y demandado había existido un negocio jurídico fiduciario, que debe catalogarse como de fiducia *cum amico*, el cual, tal y como se indica en la S de 5 de marzo de 2001 —cuya doctrina se recoge en la posterior de fecha 31 de octubre de 2003— y como así mismo se precisa en la de fecha de 16 de julio de 2001, consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido mediante la referida asignación para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista. En esta modalidad de fiducia, el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero —beneficiario—, de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que sólo tiene una titularidad formal, en el sentido de aparente, caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de la confianza, y de ahí que doctrinalmente se considere la fiducia *cum amico* la forma pura o genuina del negocio fiduciario —S de 16 de julio de 2001—. En otros términos: en el negocio fiduciario el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto de fiducia; el fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, salvo el juego de la apariencia jurídica, y ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas por la fiducia.

Titularidad dominical del fiduciante: consecuencias.—La acción verdaderamente ejercitada como principal en la demanda fue la declarativa de dominio de la mitad indivisa de la finca cuyo título, ya el habilitante de la

legitimación, ya el que sirve de fundamento a la acción ejercitada, se halla en la caracterización del negocio jurídico, en cuya esencia, como tal negocio fiduciario, se encuentra la titularidad dominical del fiduciante sobre la finca –aquí de su mitad indivisa– frente a la titularidad meramente formal que puede oponer ante él el fiduciario. No se trata, por tanto, de ejercitar ningún derecho derivado de un negocio jurídico, y en particular del de naturaleza fiduciaria cuya existencia se declara en la sentencia recurrida, sino de reclamar el derecho de propiedad adquirido por virtud de dicho negocio jurídico seguido de la tradición del bien, cuyos efectos se producen en cabeza no sólo del adquirente formal, sino también del fiduciante, por virtud del señalado carácter fiduciario del negocio jurídico.

[...] los recurrentes vienen a negar la legitimación del demandante para ejercer la acción declarativa de dominio por carecer del necesario título dominical al no haberse operado la transmisión de la mitad indivisa de la finca litigiosa mediante la imprescindible tradición.

[...] la parte recurrente se desentiende del carácter y de los efectos del negocio fiduciario cuya existencia fue declarada en la sentencia recurrida, y en cuya esencia se encuentra ínsita la adquisición del dominio de la parte indivisa de la finca por el fiduciante y la apariencia formal de su titularidad por el fiduciario, el cual adquiriría realmente para sí y para el primero, de manera que los efectos de la tradición exigida por el artículo 609 CC para adquirir el dominio, ya la real, ya la instrumental o *ficta*, se producen tanto para uno como para el otro, de donde le viene al demandante el título habilitante para ejercitar la acción declarativa que constituye el objeto del proceso del que trae causa el recurso. (STS de 27 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.–Don I. interpone acción declarativa de dominio frente a su hermano, don F. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia acogió la apelación y declaró que la mitad de la finca en litigio pertenecía al actor por haberla adquirido junto con el hermano demandado. La sentencia de apelación tuvo en cuenta que, a la vista de la prueba practicada, don F. ostentaba únicamente una titularidad fiduciaria respecto a la totalidad de la finca objeto del pleito que, en realidad, había sido adquirida por los dos hermanos, con dinero de ambos y por iguales partes indivisas, inscribiéndose a nombre de uno solo por hallarse el otro trabajando en el extranjero. Recurrió en casación el demandado y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar. (R. G. S.)

12. Contratos. Consentimiento contractual presunto. Valor del silencio.–El concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que constituyen el contrato (art. 1262, párrafo 1.º, CC), no ha de manifestarse siempre y en todo caso de forma expresa, sino que es admisible, de cara a conformar los presupuestos necesarios para declarar la validez de los contratos, la apreciación de un consentimiento tácito [*rectius*, presunto] con base en determinadas deducciones, como acto presuntivo. Como enseña la STS de 10 de junio de 2005, aunque es cierto que generalmente el mero conocimiento no implica conformidad, ni basta el mero silencio para entender que se produjo la aquiescencia, sin embargo el silencio puede entenderse como aceptación cuando se haya tenido la oportunidad de hablar, es decir que no se esté

imposibilitado para contradecir la propuesta del oferente, por impedimento físico o por no haber tenido noticia del mismo (SSTS de 4 de marzo de 1972 y 13 de febrero de 1978), y se deba hablar conforme a los principios generales del Derecho *tacens consentit, si contradicendo impedire poterat* (STS de 13 de febrero de 1978) y *qui siluit cum loqui et debuit et potuit, consentire videtur* (SSTS de 24 de noviembre de 1943, 24 de enero de 1957 y 14 de junio de 1963), existiendo tal deber de hablar cuando haya entre las partes relaciones de negocios que así lo exijan (SSTS de 14 de junio de 1963, 13 de febrero de 1978, 18 de octubre de 1982 y 17 de noviembre de 1995), o cuando lo natural y normal, según los usos generales del tráfico y en aras de la buena fe, es que se exprese el disentimiento, si no se deseaba aprobar la propuesta de la contraparte (SSTS de 23 de noviembre de 1943, 13 de febrero de 1978, 18 de octubre de 1982, 18 de marzo y 22 de noviembre de 1994, 30 de junio y 17 de noviembre de 1995, 29 de febrero de 2000 y 9 de junio de 2004).

En cualquier caso, como señala la STS de 10 de junio de 2005, «los hechos determinantes de la apreciación del consentimiento han de ser inequívocos *–facta concludentia–*, es decir, que con toda evidencia los signifiquen (STS de 7 de junio de 1986), sin posibilidad de dudosas interpretaciones (SSTS de 5 de julio de 1960, 14 de junio de 1963 y 13 de febrero de 1973)». Y en la STS de 17 de febrero de 2005 –con cita de las de 24 de enero de 1957, 19 de diciembre de 1990, 11 de junio de 1991 y 22 de diciembre de 1992– se incide en que, si bien el consentimiento en los negocios jurídicos puede ser prestado en forma tácita, en todo caso la declaración de voluntad emitida indirectamente ha de resultar determinante, ser clara e inequívoca, sin que sea lícito deducirla de expresiones o actitudes de dudosa significación, sino por el contrario reveladoras del designio de crear, modificar o extinguir algún derecho; estableciéndose también en la misma doctrina que el consentimiento tácito ha de emanar de actos de positivo valor demostrativo de una voluntad determinada en tal sentido.

Contratos. Interpretación.–Las normas que rigen la hermeneusis contractual se encuentran ordenadas en un conjunto armónico y subordinado en el cual la basada en un criterio objetivo, atento a la literalidad de los términos del contrato, se impone con preferencia sobre la que busca la intención de los contratantes en los actos coetáneos y posteriores de éstos (SSTS de 1 de febrero de 2001, 17 de diciembre de 2002 y 20 de mayo de 2005, entre otras muchas). **(STS de 20 de julio de 2006;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.–Los cónyuges don C. F. y doña M. realizaron un contrato de venta de una lonja a don E.

Don E. interpuso demanda contra don C. F. y doña M., pidiendo la declaración de validez del contrato y la condena de aquéllos al otorgamiento a su favor de la correspondiente escritura pública de compraventa de la finca reseñada. Don C. F. y doña M. formularon sendas reconveniones contra aquél, solicitando respectivamente la declaración de resolución del referido contrato, por incumplimiento por don E. del pago del precio, y la condena de éste al reintegro de la lonja y al pago de los daños y perjuicios que se generaran como consecuencia del retraso en la entrega de la finca; y la anulación del contrato con la obligación de las partes de restituirse recí-

procamente las cosas y prestaciones recibidas, con sus frutos e intereses.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, absolviendo a los demandados, y estimó la demanda reconventional de doña M., desestimando la de don C. F. Interpuesto recurso de apelación por don E., la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la anterior sentencia y estimando la demanda. Contra esa sentencia, don C. F. y doña M. recurrieron en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—El presente caso aborda, entre otras cuestiones, el ya viejo problema del valor contractual que ha de darse al silencio. No puede darse a esta cuestión una solución general y apriorística, sino que el valor del silencio como consentimiento contractual presunto vendrá determinado conforme al principio de buena fe: será un hecho concluyente en caso de que quien calle estuviera obligado a manifestar una determinada exteriorización de voluntad, conforme a las exigencias de la buena fe (conforme al viejo aforismo, citado por el Tribunal Supremo en la S anotada, *qui tacet consentire videtur; cum loqui et debuit et potuit*). Así, si existieran unas previas relaciones que impusieran al potencial aceptante la adopción de una conducta activa (aceptando o rechazando la oferta, pero no guardando silencio), el principio de la buena fe impone esa manifestación de la voluntad y por tanto si quien debe hablar no lo hace se puede entender que consiente. El valor jurídico del silencio no es tratado por el Código civil, pero sí por el Fuero Nuevo de Navarra, cuya ley 20 establece un tratamiento de la cuestión similar al que hemos apuntado. (*F. J. J. M.*)

13. Contratos. Error en el consentimiento invalidante del mismo.

Requisitos.—Para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (SSTS de 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004); y, además, y por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por esa declaración (SSTS de 18 de febrero y 3 de marzo de 1994, que se citan en la de 12 de julio de 2002, y cuya doctrina se contiene, a su vez, en la de 12 de noviembre de 2004; también, SSTS de 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005).

Error sobre la calificación urbanística de unos terrenos. Carácter esencial y excusable.—El carácter esencial del error se deriva del hecho de que el mismo recae sobre la calificación urbanística de la finca objeto de la

compraventa, y, en consecuencia, sobre su grado de edificabilidad, con la subsiguiente incidencia en su valor económico. Asimismo, debe considerarse como excusable, pues no puede afirmarse con rotundidad que con el empleo de una diligencia media la vendedora hubiera podido conocer con certeza la recalificación urbanística de la finca objeto de la compraventa con anterioridad a la celebración de ésta. (STS de 17 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Entre don C. y la mercantil S., S. A. se celebró un contrato de compraventa sobre un solar finca propiedad de ésta, objeto con posterioridad de una recalificación urbanística.

Don C. interpuso demanda contra S., S. A., solicitando la condena de ésta al otorgamiento a su favor de la correspondiente escritura pública de compraventa de la finca, ante la cual S., S. A. formuló reconvencción pidiendo la declaración de nulidad del referido contrato.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, absolviendo a la demandada, y estimó la demanda reconvenccional de S., S. A., declarando la nulidad (inexistencia) del contrato. Interpuesto recurso de apelación por don C., la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la anterior sentencia. Contra esa sentencia, don C. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

14. Dolo.—Es preciso sentar que el dolo principal o causante, que necesariamente ha de ser grave, no puede ser apreciado sin una cumplida prueba por parte de quien lo alegue (SSTS de 22 y 28 de febrero de 1961), sin que basten al efecto las meras conjeturas (STS de 25 de mayo de 1945), y, en el caso, se acepta en esta sede la argumentación de la sentencia recurrida, concniente a que ni los vendedores maliciosamente dejaron de advertir al comprador la existencia de la anotación de la hipoteca sin cancelar, pues toda la prueba conduce a la conclusión de que ni los mismos interesados tenían conocimiento de la existencia de la carga, una hipoteca contraída en 1957, cuyo principal se pagó, cuatro años antes de que los vendedores adquirieran el inmueble por donación de sus padres en 1997, ni objetivamente puede entenderse que la falta de información de que restaba por pagar una cantidad de 50.000 pesetas debida en concepto del resto de intereses y costas en una compraventa de una finca por un precio de 9.800.000 pesetas, puede considerarse como grave en el sentido de que si el comprador la hubiere conocido no hubiera celebrado el contrato.

En definitiva, con seguimiento de la línea de la STS de 21 de junio 1978, declaramos que las circunstancias concurrentes en el contrato no permiten entender que en los vendedores haya existido una conducta o comportamiento con valor de elemento objetivo *dolo causam dans* por su índole engañosa y, también, informado por el *animus decipiendi* o elemento subjetivo, consistente en el turbio propósito de inducir a la contraparte a realizar la declaración viciada, ya que no hay constancia alguna de que fuesen utilizadas palabras o maquinaciones al efecto como conducta insidiosa para provocar la declaración negocial, y, aun cuando sea admisible el dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico, no cabe reprochar a los vendedores el empleo de artificios o sugestio-

nes de ningún género para inducir a la contratación. (STS de 19 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La cuestión litigiosa se centra en determinar si existió o no dolo grave en la conducta de los vendedores demandados que transmitieron como libre de cargas una finca que había sido hipotecada por sus padres en garantía de un préstamo. Demandados los padres por el acreedor hipotecario, consignaron el principal adeudado, más una cantidad para el pago de gastos, costas e intereses. La finca fue donada por los padres a los vendedores sin que en el acto de la donación constara gravamen alguno y resultando que, al tiempo de la compraventa e ignorándolo los transmitentes, faltaba por abonar una cantidad correspondiente a intereses y costas ya que no fueron cubiertos por la cantidad consignada. El comprador instó la nulidad del contrato por existencia de dolo en los vendedores, quienes reconvinieron exigiendo el cumplimiento y el abono de la parte del precio que aún quedaba por pagar. El Juzgado rechazó la demanda y acogió la reconvención, confirmando la Audiencia la sentencia de instancia. El comprador interpuso recurso de casación declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (R. G. S.)

15. Interpretación del contrato.—[...] esta Sala tiene reiteradamente declarado en sentencias como la de 28 de septiembre de 2005, que a su vez recoge la de 14 de mayo de 2001 que «los contratos son lo que son y la calificación no depende de las denominaciones que le hayan dado los contratantes (SS de 26 de enero de 1994, 24 de febrero y 13 de noviembre de 1995, 18 de febrero, 18 de abril y 21 de mayo de 1997 y 7 de julio de 2000, entre otras), pues para la calificación, que constituye una labor insertada dentro de la interpretación (SS de 30 de mayo y 15 de diciembre de 1992 y 9 de abril de 1997), habrá de estarse al contenido real, es decir, que habrá de realizarse de conformidad con el contenido obligacional convenido y el protagonismo de las partes adquieren (entre otras SS de 20 de febrero, 4 de julio y 30 de septiembre de 1991, 10 de abril, 20 y 23 de julio de 1992, 26 de enero y 25 de febrero de 1994, y 9 de abril de 1997), con prevalencia de la intención de las mismas sobre el sentido gramatical de las palabras (S de 22 de abril de 1995), al tener carácter relevante el verdadero fin jurídico que los contratantes pretendían alcanzar con el contrato (S de 4 de julio de 1988). Todo ello debe entenderse además sin olvidar que la calificación contractual constituye una función atribuida fundamentalmente al juzgador de instancia, la cual debe prevalecer en casación a menos que sea ilegal o incida en error patente, arbitrariedad o irrazonabilidad por no ajustarse a las leyes de la lógica que no son otras que las del buen sentido (SS, entre otras, de 10 de mayo y 7 de noviembre de 1995, 9 y 18 de abril de 1997, 11 y 24 de julio, 28 de septiembre y 14 de diciembre de 1998; 14 y 25 de octubre, 26 de noviembre y 14 de diciembre de 1999 y 5 y 20 de julio de 2000). En parecidos términos la S de 23 de junio de 2003.

Reconocimiento de deuda.—[...] en relación a la figura del reconocimiento de deuda, la S de esta Sala de 7 de junio de 2004 recoge en su FD 4.º, apartado b) 1.—que «aunque la regulación del llamado “reconocimiento de deuda” no aparece expresamente contemplada en el Código civil común, una jurisprudencia consolidada de esta Sala ha tenido buen cuidado en admitirlo

y dotarlo de los requisitos que sean exigibles para su aplicación, pudiendo, al efecto, señalarse, las SS de la misma, de 30 de mayo de 1992, 20 de noviembre de 1992, 11 de febrero de 1993, 30 de septiembre de 1993, 27 de julio de 1994, 24 de octubre de 1994, 22 de julio de 1996, 5 de mayo de 1998, 29 de junio de 1998, 8 de junio de 1999, 8 de junio de 1999 y 23 de noviembre de 1999. Cabe destacar al efecto, el contenido de la S de 28 de septiembre de 1998, la que cita y repite, resumiéndolos, los argumentos esgrimidos en otras muchas sentencias anteriores, diciendo así que «el reconocimiento de deuda no crea obligación alguna, es un negocio jurídico unilateral por el que su autor declara o, lo que es lo mismo, reconoce la existencia de una deuda previamente constituida; contiene pues la voluntad negocial de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, se le aplica la presunción de existencia de causa del artículo 1277 CC y el autor, autores, o causahabiente en el presente caso, queda obligado a cumplir la obligación cuya deuda ha reconocido...; a su vez, al reconocimiento de deuda se le atribuye una abstracción procesal, que dispensa de probar la obligación cuya deuda se ha reconocido...; en nuestro Derecho no se admite el negocio jurídico abstracto. Sin embargo, como se ha expuesto anteriormente, al reconocimiento de deuda, negocio jurídico unilateral que contiene la voluntad negocial de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, se le ha admitido por doctrina y jurisprudencia el efecto material de quedar obligado al cumplimiento, por razón de la obligación cuya deuda ha sido reconocida, y el efecto procesal de la dispensa de la prueba de la relación jurídica obligacional preexistente». Como resumen clarificador de esta doctrina jurisprudencial, podría citarse, en definitiva, la S de la Sala, de 29 de junio de 1998, al decir la misma, más sucintamente, que la jurisprudencia admite que mediante el acto unilateral, el o los que lo hacen «reconocen la existencia de una deuda previamente constituida y que contiene la voluntad negocial de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente».

Presunción de existencia y licitud de la causa. Abstracción procesal de la causa en relación con el reconocimiento de deuda.—Afirma la referida doctrina que la presunción de existencia y licitud de la causa, recogida en el artículo 1277 CC, impone al deudor la carga de la prueba de su inexistencia y falsedad. Así mismo, abundando en la doctrina jurisprudencial recogida en el anterior fundamento y en relación al reconocimiento de deuda esta Sala se ha pronunciado reiteradamente en la afirmación de que el deudor que haya reconocido una deuda tiene obligación de cumplirla al aplicarse la presunción proclamada en el precepto indicado, ya que se le atribuye una abstracción procesal, quedando dispensado el acreedor de probar la relación obligacional preexistente, el hecho o el negocio jurídico que haya dado nacimiento a la misma. En este sentido, las SS de 30 de mayo de 1992 y 30 de septiembre de 1993, recogidas por la S de 7 de junio de 2004, destacan refiriéndose a la figura jurídica del reconocimiento de deuda «que tal negocio jurídico unilateral, en cuanto documentado por escrito se instrumenta así “a efectos de que el acreedor cuente con un medio idóneo de prueba o se patente y advere la existencia efectiva de una deuda pendiente respecto al que la aprueba, de manera que viene a adquirir fuerza vinculativa” y que “los estados negociales de reconocimiento de deuda, son válidos y lícitos tanto en su aspecto de facilitar a la otra parte un medio de prueba, como a dar por existente una situación de débito contra el que la reconoce, quedando vinculado a la misma, que alcanza efectos constitutivos si se expresa su causa justificativa”». (STS de 18 de septiembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Don C. demanda a don I. y a doña M. reclamándoles cierta cantidad. Pedía que el Juzgado declarase la existencia de la deuda, condenase a los demandados a su pago y afectase al pago una determinada finca. El Juzgado estimó la demanda y la Audiencia rechazó el recurso de apelación interpuesto por el demandado don I. No se deduce claramente de la lectura de la sentencia los hechos que están en el origen del litigio. Sí lo está que los Tribunales declaran la existencia de la deuda «en razón del documento suscrito por ambos» y que don I., recurrente en casación, entiende en el único motivo de su recurso «que no se alega la causa del pago del dinero» lo que cuestiona la realidad contractual habida entre las partes. El Tribunal Supremo desestima el recurso y expone una síntesis de la doctrina jurisprudencial sobre el reconocimiento de deuda y sus consecuencias en el orden procesal. (R. G. S.)

16. Dación en pago.—La dación en pago es aquel negocio jurídico por el que el deudor y el acreedor pactan que el pago se realice con una prestación distinta de la que era objeto de la obligación: en parecidos términos la definen las SS de 7 de octubre de 1992 y 28 de junio de 1997. Es una forma especial de pago o «subrogados del cumplimiento», como dicen las SS de 5 de octubre de 1987, 25 de mayo de 1999 y 27 de septiembre de 2002: forma especial de pago en que por acuerdo de las partes se altera la identidad de la prestación. Por más que se haya dicho, no es una compraventa, aunque, se pueden aplicar por analogía normas de la misma: produce los efectos del pago, como cumplimiento de la obligación.

A la dación en pago se refieren los motivos primero y segundo del recurso de casación, en que insisten en que la fecha prevista de 31 de diciembre de 1993 se produjo la transmisión dominical del inmueble objeto de la dación en pago, y por tanto, los demandantes desde aquella fecha son propietarios del mismo. No es así y la parte recurrente yerra en el planteamiento; se previó en aquel reconocimiento de deuda una dación en pago, como subsidiaria al pago efectivo y no se cumplió ni el pago de la obligación dineraria, ni la transmisión efectiva del inmueble; tal dación en pago no es un negocio jurídico traslativo del dominio, sino obligacional y no se ejecutó la obligación de entrega del inmueble.

Por consiguiente, no se han infringido los artículos 1450, 1462 y 1463 CC ya que no se produjo la entrega de la cosa, no en el sentido que se expresa en el motivo primero, sino que se ejecutó la dación en pago y no se transmitió la propiedad sobre el inmueble, por lo dicho en líneas anteriores y por lo razonado con todo detalle en la sentencia recurrida. Se desestima, pues, dicho motivo y también el motivo segundo, pues la resolución respecto a la dación de pago no tiene sentido cuando se exige el cumplimiento de la obligación principal, que es el pago; en todo caso, la sentencia recurrida es correcta y no infringe el artículo 1124 CC que se alega en este motivo, por cuanto efectivamente los demandados, recurrentes en casación, no cumplieron la prestación esencial de dar la finca en pago de la deuda, es decir, no ejecutaron la dación en pago.

Solidaridad de la obligación dimanante del reconocimiento de deuda.—El motivo sexto del recurso de casación se ha formulado por infracción del artículo 1137 CC que establece la presunción de mancomunidad en caso de pluralidad de sujetos activos o pasivos de la obligación.

La sentencia de la Audiencia Provincial razona con detalle que la deuda no se constituyó por los deudores demandados expresamente con carácter solidario, pero si bien el tenor literal del artículo 1137 del CC exige que la solidaridad se determine expresamente, se admite que exista, si se puede deducir la voluntad de generar una voluntad solidaria, aplicando las reglas de interpretación del contrato. Y en el presente caso, razona extensamente y con detalle que los deudores han asumido de consuno el débito, reconocen adeu- darles comprometiéndose a su abono conjunto, sin atisbo de acciones individualizadas, de lo que se deduce la solidaridad. La parte recurrente, es decir tales deudores, se oponen en este motivo del recurso alegando el texto del artículo 1137 CC que consideran infringido por la sentencia y el texto del reconocimiento de deuda, que niegan lo fuera con carácter solidario.

En el presente caso, esta Sala asume y reitera, como no podía ser menos, la doctrina jurisprudencial en orden a dos extremos:

– el primero, que se ha dulcificado el rigorismo del artículo 1137 (S de 1 de marzo de 1996), sin que exija con rigor e imperatividad el pacto expreso de solidaridad (SS de 17 de octubre de 1996 y 29 de junio de 1998), admitiéndose la doctrina de la solidaridad tácita (S de 26 de julio de 2000); además, se ha mantenido la solidaridad cuando existe una comunidad jurídica de objetivos (S de 26 de diciembre de 2001) y se ha dicho también en caso de reconocimiento de deuda: la obligación dimanante de reconocimiento de deuda tiene naturaleza solidaria (S de 3 de septiembre de 1997 que cita las anteriores de 17 y 24 de mayo de 1993);

– el segundo, que la interpretación del contrato del negocio jurídico en general, es facultad privativa de los Tribunales de instancia (S de 14 de enero de 2000), pertenece a la soberanía de la instancia (S de 30 de marzo de 2000) sin que pueda pretenderse sustituir con el criterio el recurrente (S de 25 de julio de 2000) y la revisión sólo procede cuando el resultado hermenéutico o las conclusiones obtenidas incurren en arbitrariedad, sean lógicas o vulneradoras de algún precepto legal, absurdas o acusen notoria infracción de las normas reguladoras de la tarea exegética contenida en los artículos 1281 a 1289 CC (S de 26 de mayo de 2000 que cita muchas anteriores).

Por ello, se desestima este motivo porque la función interpretadora que ha hecho la Sala de instancia corresponde a su soberanía, no puede sustituirse por la de los recurrentes y, desde luego no incurre en arbitrariedad alguna, sino que por el contrario, esta Sala de casación acepta y comparte el criterio de que los deudores se comprometieron, en reconocimiento de deuda a una obligación solidaria. Además, la suavización del texto literal del artículo 1137 CC lleva a aceptar la solidaridad en el caso de la obligación conjunta que, derivada de una deuda social, reconocieron los deudores en el presente caso. **(STS de 19 de octubre de 2006; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La cuestión jurídica que llega a la casación parte de un reconocimiento de deuda otorgado en escritura pública. Los demandados, que fueron condenados en la instancia, declaran en la escritura que una sociedad no demandada adeuda a los demandantes determinada cantidad (una cantidad concreta a cada uno de los demandantes) y afectan en garantía del pago una finca de su propiedad concluyendo que, en caso de impago, el inmueble será dado en pago «por el total de la deuda y a favor de todos y cada uno de los acreedores, en pro indiviso y en la parte que proporcionalmente les

corresponde según la cuantía de la deuda». Ni se pagó la deuda, ni se cedió el inmueble, que siguió en posesión y propiedad de los demandados. Los acreedores interpusieron demanda en reclamación de la deuda reconocida y, subsidiariamente, solicitaron la declaración de su propiedad respecto de la finca objeto de la dación en pago. El Juzgado estimó la petición subsidiaria pero la Audiencia, revocando la sentencia de primera instancia, condenó a los demandados a pagar, solidariamente, las cantidades reclamadas a los demandantes. No hubo lugar al recurso de casación que interpusieron los demandados. (R. G. S.)

17. Resolución del contrato de compraventa de cosa común. Legitimación de parte de los comuneros para instar la resolución del contrato.

El Tribunal Supremo expone la doctrina jurisprudencial contenida en las SSTs de 28 de febrero de 1980, 6 de febrero de 1984 y 7 de mayo de 1999 conforme a la cual, la resolución del contrato no es un acto de disfrute de la cosa común, ni tampoco un acto de administración, sino un acto de verdadera disposición, y que, por tanto, todos los comuneros que participaron en la venta deben dar su consentimiento para resolver el contrato de compraventa en su totalidad.

A continuación declara el Tribunal Supremo que, tratándose de un contrato de compraventa de una finca que se vendió como un todo, por un precio unitario, sin especificar las participaciones proindiviso en la cosa común de cada uno de los comuneros, no procede resolver el contrato en cuanto a las participaciones indivisas de parte de los comuneros (los que optan por resolver), dejándolo subsistente respecto del resto (los que optan por el cumplimiento del contrato). De admitirse esta posibilidad, se rompería la unidad esencial del contrato, celebrado como un todo y no como distintas compraventas de las participaciones indivisas correspondientes a cada comunero.

Relación entre comuneros tras la venta de la cosa común.—Declara el Tribunal Supremo que la situación de comunidad no desaparece con la venta de la cosa común, sino que subsiste en relación con las incidencias a que pueda dar lugar el contrato. Por tanto, las divergencias que surjan entre los comuneros acerca del cumplimiento o la resolución del mismo habrán de ser ventiladas entre ellos de acuerdo con las normas que rigen la comunidad ordinaria de bienes.

Interpretación del contrato.—El Tribunal Supremo afirma que la interpretación contractual tiene como finalidad la investigación de la voluntad verdadera y real de los contratantes para establecer el contenido y alcance de lo pactado. Para realizar dicha tarea, aunque el intérprete ha de partir de las expresiones escritas, no ha de quedarse ahí, sino que ha de indagar la intención de las partes, lo que en realidad quisieron contratar, y, en esta tarea, es fundamental el recurso al criterio hermenéutico, puesto que el contrato es indivisible, en el sentido de que no se puede encontrar la finalidad perseguida por las partes en la interpretación de una cláusula aislada de las demás, sino que ha de encontrarse, por el contrario, en el análisis de la totalidad del texto que constituye el contrato. (STS de 10 de octubre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—El 17 de noviembre de 1981, la constructora «E.C., S. A.», como parte compradora, celebró un contrato privado

de compraventa de una finca con D., P., J., I., M. C., C., P. E. y E. como vendedores. Dicha finca se vendió como un todo, por un precio unitario y sin especificar las participaciones proindiviso de cada uno de los comuneros. La compradora presentó una demanda contra todos los vendedores exigiendo el cumplimiento del contrato de compraventa. D. y M. I. contestaron a la demanda solicitando su desestimación. Por su parte, J., M. C. e I. (que representaban aproximadamente el 30 por 100 del total de la cuota comunera) formularon reconvencción en la que solicitaron que se declarase que el contrato de compraventa estaba resuelto por voluntad de las reconvinientes y de su madre fallecida (E.), y que se condenase a la compradora a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados con su incumplimiento. El resto de los demandados (C., P. E. y demás herederos de E.) fue declarado en rebeldía.

La Audiencia desestimó los recursos de apelación que se presentaron contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que desestimaba íntegramente la demanda y estimaba parcialmente la reconvencción, declarando que, con fecha 15 de marzo de 1989, quedó resuelto el contrato de compraventa en lo que se refiere a las participaciones de las reconvinientes y su madre fallecida en la finca objeto del contrato. La compradora interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia. El Tribunal Supremo casa y anula parcialmente la sentencia recurrida y revoca también parcialmente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en el sentido de desestimar la demanda reconvenccional. (*L. P. S. M. P.*)

18. Contratos. Resolución con base en el incumplimiento de una de las partes ex artículo 1124 CC: no comprende los supuestos de resolución de compraventa por desaparición sobrevenida de la causa.—Habiéndose concretado el objeto del litigio en la procedencia o no de la resolución del contrato con base en el artículo 1124 CC, no puede darse lugar a dicho efecto extintivo con base en la desaparición sobrevenida de la causa del contrato. Pues tal proceder, vulnera los concretos límites que marca el juego del principio *iura novit curia* en relación con el de *da mihi factum, dabo tibi ius*, ya que dicha libertad de apreciación de la norma aplicable por el juzgador siempre ha de estar condicionada al «componente fáctico de la acción ejercitada» y a «la inalterabilidad de la causa petendi», pues lo contrario entrañaría una vulneración del principio de contradicción y, por consiguiente, del derecho de defensa. En este sentido, en el presente caso no concurren los presupuestos exigidos por el artículo 1.124, pues la propia resolución recurrida precisa que no hace imputación culposa a ninguna de las partes, de modo que es de aplicación al caso la doctrina consolidada en esta Sala, que es reiterada en exigir para que se produzca la resolución de las relaciones contractuales privadas, no se precisa una voluntad decididamente rebelde, que sería tanto como exigir dolo (SSTS de 18 de noviembre de 1983 y 18 de marzo de 1991), sino la concurrencia de una situación de frustración del contrato, sin que el posible incumplidor aporte explicación o justificación razonable alguna de su postura (SSTS de 5 de septiembre y 18 de diciembre de 1991), por lo que basta que se dé una conducta no sanada por justa causa, obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó (SSTS de 14 de febrero y 16 de mayo de 1991 y 17 mayo y 2 de julio de 1994, entre otras muy numero-

sas). La frustración no se produce cuando la causa que origina el incumplimiento no es atribuible directamente a las partes (STS de 31 de marzo de 1992). (**STS 11 de octubre de 2006**; ha lugar.) [Ponente Magistrado Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La mercantil «U.C.P., S. A.» había suscrito en 1975 un contrato con el Ayuntamiento de Pájara, por el que la primera adquirió diversas parcelas, a cambio de 127.000.000 pts, con el fin de explotarlas turísticamente, conviniéndose en el contrato que el Ayuntamiento recalificaría dichos terrenos para facilitar la consecución del fin establecido contractualmente. Años después, y a la vista de la imposibilidad de materializar la explotación turística de la zona, por falta de la mencionada recalificación, la compradora demandó al Ayuntamiento solicitando la resolución del contrato y la restitución del precio abonado. El Ayuntamiento de Pájara se opuso y reconvino pidiendo la condena de la compradora al abono de determinados daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia desestimó tanto la demanda como la reconvencción. La Audiencia Provincial de Las Palmas dio lugar al recurso de apelación planteado por la actora «U.C.P., S. A.» y, con estimación parcial de la demanda, declaró resuelto el contrato de 1975 y condenó a la corporación a devolver el precio satisfecho por aquella en su día, al entender que se habría producido la desaparición de la causa del contrato dada la evidente imposibilidad de proceder a la explotación turística de los terrenos vendidos. Ambas partes interpusieron recurso de casación. El Tribunal Supremo rechazó el planteado por la actora y estimó, no obstante, el interpuesto por el Ayuntamiento demandado, en el sentido de considerar que no se había producido la pretendida resolución contractual. (*I. D. L.*)

19. Imputación de daños y cumplimiento de normas reglamentarias.

Según reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SSTs de 30 de diciembre de 1998, 25 de abril de 2002 y 27 de febrero de 2003), la imputación de responsabilidad por la producción de un daño es independiente del cumplimiento de normas reglamentarias de carácter administrativo, razón por la que no cabe recurrir a las mismas para exonerarse de responsabilidad.

Obra paralizada por la promotora por las deficiencias observadas: compatibilidad de acciones.—En el caso de que existan defectos constructivos constitutivos de ruina, la doctrina jurisprudencial (SSTs de 30 de septiembre de 1986, 27 de enero de 1999 y 30 de junio de 2005) admite la compatibilidad de las acciones para obtener la satisfacción del interés lesionado, lo que supone que el perjudicado puede optar por la acción que considere más conveniente a sus intereses. Ahora bien, para que exista tal compatibilidad es necesario que las acciones partan de un mismo hecho. De ahí que no resulten compatibles ni acumulables las acciones derivadas del vínculo contractual y de la existencia de defectos constructivos cuando se esté ante una obra en construcción no recibida y que ha sido paralizada por la promotora por las deficiencias observadas, por tratarse del supuesto de hecho de las acciones que derivan del cumplimiento defectuoso. (**STS de 11 de octubre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Varias personas contratan la realización de obras de reparación de ciertos pisos y locales comerciales. Sin embargo, los promotores observan deficiencias (concretamente, variaciones entre la obra proyectada y la construida) que les lleva a paralizarla. Estas anomalías se imputan a los arquitectos superior y técnico (en su condición de directores de la obra y encargados de redactar el proyecto) y al contratista (como obligado a ejecutar la obra sin desviarse del proyecto), que son demandados por ello junto a la compañía aseguradora.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y condena solidariamente a los demandados a realizar las obras de restauración del inmueble y, subsidiariamente, también de forma solidaria, a efectuar el pago del equivalente económico, así como el pago de los daños y perjuicios que se produzcan como consecuencia del desalojo de los bajos comerciales afectados por las obras. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial declara la falta de legitimación pasiva de la compañía aseguradora y absuelve a la misma de las peticiones formuladas de contrario. El Tribunal Supremo declara haber lugar en parte a los recursos de casación interpuestos por los demandados. (*M. C. C. M.*)

20. Responsabilidad contractual. Rigor en la apreciación de la culpa o negligencia (art. 1104 CC). Previsibilidad de la obstrucción de una chimenea por un nido de aves.—La doctrina jurisprudencial, como recoge la STS de 5 de diciembre de 2002, ha acentuado el rigor con que debe ser aplicado el artículo 1104, CC definidor de la culpa o negligencia, que no se elimina siquiera sea con el puntual cumplimiento de las precauciones legales y reglamentarias y de las aconsejadas por la técnica, si todas ellas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo, y exige como canon la necesidad de agotar la diligencia (entre otras, SSTS de 20 de diciembre de 1982, 10 de julio de 1985 y 5 de mayo de 1998) y, también, que en dicho precepto se hace referencia a la culpa en el aspecto de falta de diligencia y previsión, y su exoneración se produce cuando los sucesos no hubiesen podido preverse, lo que, en dimensión de responsabilidad, requiere la ausencia de todo resquicio a esta imprevisibilidad (STS de 7 de octubre de 1991), cuyas posiciones son de aplicación al supuesto debatido.

El motivo se apoya primordialmente en la inspección reglamentaria, girada por los servicios de la demandada en las instalaciones de gas natural de la vivienda de la madre del actor el 18 de marzo de 1994, pero tal reconocimiento rutinario no examinó el sistema de evacuación de humos por la chimenea, ni el estado de la misma, que están relacionados con el objeto de la comprobación verificada, tampoco se advirtió a doña A. de la necesidad de vigilancia o control de tal conducto en previsión de taponamientos u otras deficiencias.

En definitiva, Gas Natural A, S. A. actuó no sólo sin la diligencia exigible según la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, sino también ha omitido la referente al sector del tráfico en que su conducta se proyectó.

Por otra parte, la obstrucción por causa de un nido de aves no es un evento imprevisible, sino que su plasmación ocurre a veces en chimeneas, como en este caso, en los tejados o junto a las tuberías de desagüe de los edificios.

Facultad judicial de moderación de la responsabilidad procedente de culpa: discrecionalidad de su ejercicio.—La responsabilidad que procede de negligencia podrá moderarse por los Tribunales según los casos, pero, como tiene declarado la doctrina jurisprudencial, dicha facultad es discrecional sin que, respecto a su aplicación o inaplicación, sea susceptible de recurso de casación, por no estar sujeta a reglas, sino al prudente arbitrio de los Juzgadores de instancia (STS de 9 de febrero de 1990 y, en igual sentido, SSTS de 23 de febrero de 1996, 3 de marzo y 17 de septiembre de 1998 y 15 de diciembre de 1999). (STS de 20 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Como consecuencia de la intoxicación por monóxido de carbono sufrida por la esposa de don F. y el hijo de ambos, falleció la primera y el segundo sufrió daños de diversa consideración. Don F. demanda, en nombre y representación de su hijo menor R., a la entidad A, suministradora de gas natural. La cuestión que se dirime en los Tribunales se centra en determinar la responsabilidad civil derivada del accidente. Quedó probado que el monóxido de carbono se originó por la mala combustión del gas natural que servía de combustible a la caldera instalada para el calentamiento de agua corriente. Esa deficiente combustión, a su vez, se produjo por el taponamiento que un nido de aves había producido en la chimenea de evacuación de humos. Como consecuencia de lo anterior, tuvo lugar un retroceso de los humos relativos a la combustión hacia el quemador de la caldera y una concentración mortal de monóxido de carbono en la vivienda. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda y declaró la obligación de la entidad demandada de indemnizar al menor R. en la cantidad solicitada. La Audiencia estimó parcialmente la apelación de la demandada y redujo la cantidad correspondiente a la indemnización. Acude al Tribunal Supremo la empresa suministradora de gas natural sin que hubiera lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

21. Responsabilidad contractual del procurador: incumplimiento de obligaciones: entrega de copia de resolución al abogado para formalizar casación: prueba.—El hecho de que el procurador haya preparado preventivamente el recurso de casación no es demostrativo de que, posteriormente, no hay incurrido en el negligencia que se le imputa, que no se refiere al acto de la preparación del recurso, sino a la falta de comunicación del posterior emplazamiento al abogado para que éste pudiera preparar el escrito de formalización dentro del plazo establecido. Las SSTS de 27 de febrero y 11 de mayo de 2006 han declarado que el abogado director del asunto no tiene obligación de vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los procuradores, los cuales deben tener conocimiento de las mismas en relación con las particularidades impuestas por su función de representación procesal en cada caso. No resulta absurda ni contraria a la lógica la inferencia que hace la Sala de instancia en el sentido de deducir la veracidad de las afirmaciones del abogado partiendo de la imposibilidad probada de que el procurador transmitiera a aquél la copia del auto notificado en el día que dijo hacerlo, habida cuenta de que la diligencia exigida al procurador en el despacho de los asuntos le impone razonablemente la carga de

tomar razón de la fecha en que se comunican al abogado las resoluciones notificadas, junto con la comprobación de que éstas han sido debidamente recibidas, especialmente si la comunicación tiene lugar por un medio –como el antiguo correo– que no permite tener constancia inmediata y cierta de su recepción.

Calificación del daño causado al cliente por la frustración del recurso: daño moral.—No es inexacto calificar como daño moral el que tiene relación con la imposibilidad del ejercicio de los derechos fundamentales, integrados en el ámbito de la personalidad, como es el derecho a la tutela judicial efectiva; y esta Sala no ha rehuído, en ocasiones, en un contexto descriptivo de su implicación con ese derecho fundamental, aplicar esta calificación a supuestos de frustración de acciones procesales (así en SSTS de 20 de mayo de 1996, 11 de noviembre de 1997, 25 de junio de 1998, 14 de mayo de 1999, 23 de mayo de 2003 y 15 de julio de 2005). Sin embargo, en un contexto valorativo encaminado a la fijación del importe de la indemnización que proceda establecer para compensar el daño, la dicotomía entre daños patrimoniales y morales tiene especial relevancia un marco tipológico distinto para huir del riesgo de la llamada *falacia o prejuicio patrimonialista*. Desde esta nueva perspectiva deben ser calificados como daños morales cualesquiera que sean los derechos o bienes sobre los que directamente recaiga la acción dañosa (y de que éstos pertenezcan a personas jurídicas: así SSTS de 14 de diciembre de 1994 y 20 de febrero de 2002), aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psico-físico de la persona, y consiste paradigmáticamente en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica, incluyendo los que tienen su causa en el incumplimiento contractual –como el retraso en el transporte aéreo, o el cambio con billetes falsos–, y los que afectan a la parte social del patrimonio moral de la persona incidiendo en la esfera de su honor, reputación y consideración. Resulta así que los daños originados en el ámbito del patrimonio económico de una persona pueden ser, no sólo patrimoniales, sino también morales (como el llamado *premio de afección* de los bienes expropiados por ley de E. F.); los que afectan a su patrimonio biológico pueden ser de carácter moral o patrimonial (como admite el sistema de tasación de daños derivados del uso y circulación de vehículos de motor); y los daños producidos en el ámbito del patrimonio moral, que son los que aquí interesan, pueden ser de naturaleza patrimonial (llamados, a veces, patrimoniales indirectos o daños morales impropios) y no sólo moral (según admite implícitamente el art. 9.3 de la Ley de Protección civil al derecho al honor).

Valoración del daño.—El daño moral, en cuanto no haya sido objeto de un sistema de tasación legal, dado que no puede calcularse directa ni indirectamente mediante referencias pecuniarias, únicamente puede ser evaluado con criterios amplios de discrecionalidad judicial, según la jurisprudencia inveteradamente viene poniendo de manifiesto; esta circunstancia diluye, en cierta medida, la relevancia para el cálculo del *quantum* indemnizatorio de la mayor o menor probabilidad del resultado impedido por la acción dañosa, en los casos de frustración de derechos, intereses o expectativas. El daño patrimonial, aun cuando sea incierto por no ser posible concretar su importe con referencia a hechos objetivos, por depender de acontecimientos futuros, sí admite referencias pecuniarias, y por ello no debe ser apreciado con los criterios de discrecionalidad propios de los criterios de compensación aplicables

al daño moral, como si de éste se tratase, sino mediante una valoración prospectiva fundada en la previsión razonable de acontecimientos futuros y, en ocasiones, mediante una valoración probabilística de las posibilidades de alcanzar un determinado resultado económico que se presenta como incierto; esto ocurre cuando el daño ha consistido en la privación irreversible de la posibilidad de obtenerlo, es decir, en la pérdida de oportunidades para el que la padece.

Daño originado por la frustración de acciones judiciales.—Mientras todo daño moral efectivo, salvo exclusión legal, debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima, la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad. El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando hay una razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas. En otro caso no puede considerarse que exista perjuicio alguno, ni frustración de la acción procesal, sino más bien un beneficio al supuesto perjudicado al apartarlo de una acción inútil, y ningún daño moral puede existir en esta privación en circunstancias normales.

Estimación del recurso: formalización de casación en materia contencioso-administrativa: escasas posibilidades de éxito.—No puede ser aceptada la tesis de la sentencia impugnada, que reproduce en este punto la doctrina de primera instancia, en el sentido de que no es procedente entrar en la valoración de las posibilidades de éxito en el ejercicio de la acción impugnatoria encaminada a lograr la casación de una sentencia que condenaba al Ayuntamiento al pago de una elevada cantidad económica. Incurre en el error de calificar de daño moral lo que en realidad es patrimonial según la doctrina expuesta. Atendiendo a la naturaleza del proceso frustrado hay que constatar las escasas posibilidades de éxito del recurso que no pudo interponerse, procediendo fijar la cuantía indemnizatoria en la suma de 12.000 euros, en vez de la señalada en la instancia de doce millones pesetas (=72.000 euros). (STS de 27 de julio de 2006; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Sentencia importante que puede calificarse de *docta o pedagógica* por cuanto en los FD núms. 5 a 8, el Ponente expone una fundamentada doctrina jurisprudencial encaminada a calificar adecuadamente el daño derivado de la omisión del procurador de un Ayuntamiento que había sido condenado al pago de una suma que excedía de cincuenta y cuatro millones de las antiguas pesetas. Demandados tanto el abogado como el procurador, el primero fue absuelto por la Audiencia Provincial, mientras que el segundo era condenado al abono de doce millones de pesetas, estimando discrecionalmente el daño moral causado al frustrarse el recurso de casación que debió formalizarse y no se hizo por negligencia del procurador.

La realidad social muestra un incesante incremento del número de demandas contra abogados y procuradores (así Miquel GONZÁLEZ en su Prólogo a M.^a Carmen CRESPO MORA, *La responsabilidad del Abogado en el Derecho civil*, [Madrid 2005] p. 27, ofrece la siguiente estadística: Hasta 1989, se encuentra una única sentencia contra abogado; entre 1990-1994, aparecen ya nueve (Audiencias y Tribunal Supremo); entre 1995-1999, aparecen 68; y entre 2000-2004, se contabilizan 410. Las demandas contra procuradores cabe suponer que, aunque en menor número, hayan crecido similarmente. Puede esperarse que la cuidada doctrina de esta s. contribuya a consolidar una jurisprudencia abundante, aunque todavía diversa y poco segura (G. G. C.)

22. Contratos. Buena fe: alcance.—La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales es un principio que integra los contratos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1258 CC, que ha sido excluido de la casación por su carácter genérico. Este criterio, sin embargo, no impone a la parte acreedora la obligación de pagar todo lo que ha fabricado la deudora en previsión de futuros pedidos que aún no se han realizado; en este sentido, las reglas generales permiten al acreedor rechazar un ofrecimiento de ejecución realizado antes del vencimiento del plazo pactado, como claramente se deduce del artículo 7103 (1) de los Principios del Derecho europeo de contratos.

Contratos. Buena fe: obligación del deudor.—La buena fe exige que el deudor preste todo aquello que el acreedor debe razonablemente esperar, de modo que representa un criterio de determinación del alcance de la prestación y de la forma y las modalidades del cumplimiento.

Contrato de suministro: concepto.—El suministro es «comprendido de un conjunto de determinadas mercancías o géneros a servir en períodos de tiempos determinados o a determinar, con posterioridad, y por un precio de la forma preestablecida por las partes».

Contrato de suministro: régimen jurídico.—Por tratarse de un contrato atípico, su régimen jurídico no puede identificarse con el de compraventa, aunque es afín a la misma. Se regula por lo previsto por las partes, en aras al principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), en su defecto, por la normativa de la compraventa (arts. 1445 ss CC y, en su caso, si es mercantil, 325 ss CCO) y en último lugar, por las normas generales de las obligaciones y contratos. En definitiva, la semejanza con la compraventa no implica que se identifique con ella y las normas que regulan el primer contrato sólo pueden aplicarse al suministro cuando se dé la razón de analogía que lo permita. Dada la naturaleza mercantil de este contrato, debe aplicarse lo dispuesto en el Código de comercio en cuanto lo permitan los pactos establecidos por las partes y la naturaleza del propio contrato.

Contratos. Indemnización daños y perjuicios.—Ha de tenerse en cuenta que, junto a la consideración de la condena al abono de intereses producidos por las cantidades debidas como una indemnización o sanción que se impone al deudor moroso, precisamente por su conducta renuente en el pago que da lugar a la mora, cabe también concebir que, si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregar aquello que, en su día, se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar tal suma, y ello, no por tratarse de una deuda de valor, sino también, y aunque no

lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos, frutos civiles o intereses, no parece justo que los produzcan en favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, el acreedor. Esta doctrina respeta el principio de que se requiere la liquidez para el pago de los intereses moratorios cuando la cantidad concedida en la sentencia es menor que la reclamada. **(STS de 27 de septiembre de 2006; no ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La mercantil *ERA Beschichtung GmbH & Co. KG* interpuso demanda contra la entidad mercantil *Manufacturas de Automoción Jover, S. A.*, en reclamación de cantidad en virtud de un contrato de suministro. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Prat de Llobregat estimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 12.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó parcialmente el recurso, El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

23. Mora del deudor: *in illiquidis non fit mora.*—El motivo undécimo denuncia infracción de los artículos 1101 y 1108 CC aplicable respecto a la matización de la aplicación del principio *in illiquidis non fit mora* por cuanto la sentencia recurrida no admite los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda.

Dice la S de 17 de noviembre de 2004 que «como recordó la S de 8 de marzo de 2002 a partir de la de 5 de marzo de 1992, esta Sala ha atenuado el automatismo del últimamente referido brocardo, que impedía la condena del deudor moroso al pago de intereses cuando la pretensión de condena a la entrega de una suma deducida en la demanda no fuera estimada más que en parte; y lo ha hecho dando protección al crédito al declarar que su titular tiene derecho a recibir, además de aquello que se le adeuda, lo que en el momento en que se le entregue represente tal suma, no por tratarse de una deuda de valor, sino porque las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos –civiles o intereses– ya que no hay razón para que no los produzca a favor de quien debió entregarlas con anterioridad al acreedor (doctrina seguida en las SS de 31 de enero, 10 de abril, 23 de mayo y 6 de octubre de 2001, 24 de septiembre de 2002, 12 de mayo de 2003)», y la S de 4 de febrero de 2004 afirma que «la jurisprudencia de esta Sala ya no sigue aquel brocardo jurídico (que no principio general del Derecho) por razones de equidad y de justicia, amparador de prolongados litigios para alejar el momento del pago de lo debido cuando es consciente la parte que lo invoca que es deudora de la que se reclama, siendo por lo demás poco racional que una disminución de la cantidad de lo originado origine daños al acreedor (SS de 5 de marzo de 1992 y 23 de octubre de 2002)». En aplicación de esta doctrina, procede la estimación del motivo. **(STS de 22 de septiembre de 2006; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—Reclama el actor en la instancia sus honorarios profesionales como Letrado siendo estimada íntegramente la demanda. El demandado apeló y la Audiencia, estimando el recurso, revocó la sentencia del Juzgado y, acogiendo parcialmente la reclamación, rebajó sustancialmente la cuantía de los honorarios

exigidos. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación matizando la aplicación del principio *in illiquidis non fit mora* por cuanto la sentencia recurrida no había admitido los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda. (R. G. S.)

24. Cláusula penal. Interpretación restrictiva.—Según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, la cláusula penal constituye una obligación accesorio, generalmente pecuniaria y a cargo del deudor, que sanciona el incumplimiento o el cumplimiento irregular de la obligación a la vez que valora anticipadamente los perjuicios, por lo que resulta obligado hacer una interpretación restrictiva de la misma (SSTS de 16 de abril de 1988, 14 de febrero de 1992, 23 de mayo de 1997 y 18 de julio de 2005).

La cláusula penal que declara que «para el supuesto de que la parte vendedora incumpla alguno de los pactos contemplados en el presente contrato, se establece la obligación, que asumen, de resarcir a la parte compradora con la cantidad de 7.700.000 pesetas en concepto de indemnización» está correctamente interpretada si se entiende que la indemnización que prevé queda limitada a los casos de incumplimiento total, capaz de producir la resolución del contrato, lo cual no tiene lugar cuando el incumplimiento consiste en un mero retraso en el cumplimiento sin que el plazo de cumplimiento tenga carácter esencial (SSTS de 22 de marzo de 1985, 6 y 7 de julio de 1989, 8 de noviembre de 1997 y 5 de diciembre de 2002). Según el Tribunal Supremo, se llega a esta misma conclusión en la interpretación de la cláusula si se tiene en cuenta la importante suma que prevé como indemnización, superior a la tercera parte del precio de la compraventa.

Esta interpretación restrictiva de la cláusula penal lleva igualmente a concebirla en este caso como una cláusula con función liquidadora de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento, sustituyendo a la indemnización de daños y perjuicios, y no con una función cumulativa que permita exigir la indemnización de daños y perjuicios, además de la pena pactada como cláusula penal (esta función de la cláusula penal es excepcional y debe pactarse expresamente).

Artículo 1154 CC. Facultad del juez de moderar equitativamente la pena.—El retraso en el cumplimiento es un caso de cumplimiento irregular o defectuoso de la obligación principal al que resulta aplicable la facultad moderadora del artículo 1154 CC. Dicha facultad reconocida al juez procede cuando, atendiendo a las circunstancias concurrentes (en este caso, el retraso en el cumplimiento es escaso y el deudor ha dado facilidades al acreedor para que se le ocasionaran menores gastos y molestias), es necesario fijar equitativamente la indemnización correspondiente según los daños concretados y, con ello, cumplir con la exigencia de que los derechos se ejerciten con arreglo a la buena fe e impedir el enriquecimiento injusto del acreedor.

Interpretación del plazo pactado para el cumplimiento. Inexistencia de término esencial.—El hecho de que, producido el retraso en la entrega de la vivienda, las partes pactaran una nueva fecha posterior para el otorgamiento de escritura pública, es considerado por el Tribunal Supremo como signo evidente de que el retraso no frustró el fin del contrato y de que el tiempo pactado para el cumplimiento no era esencial, sino que su inobservancia únicamente daba lugar a un mero retraso en el cumplimiento. (STS de 28 de

septiembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Con fecha 29 de agosto de 1996 se celebró un contrato de compraventa de una vivienda, en el que se pactó como fecha de entrega el 30 de septiembre de 1997. El comprador presentó una demanda solicitando que se declarara la existencia y validez del contrato y el incumplimiento de la vendedora de su obligación de entrega en la fecha pactada, por lo que exigía que se condenara a esta última a otorgar escritura pública de venta de la finca, libre de cargas. En ese momento, el comprador entregaría el resto del precio que faltaba por pagar, deduciendo del mismo la cantidad de 7.700.000 pesetas que la vendedora debía abonar en concepto de indemnización pactada para caso de incumplimiento. La vendedora se opuso a la demanda y solicitó en reconvencción la resolución del contrato por incumplimiento del comprador de su obligación de pagar el resto del precio. Subsidiariamente, solicitó que se condenara al comprador al pago del precio, más los intereses, desde la fecha de reclamación extrajudicial del pago, además de la indemnización de los daños ocasionados por el incumplimiento.

La sentencia de primera instancia desestimó la reconvencción y estimó en parte la demanda, condenando a la vendedora a otorgar escritura pública de venta y a abonar al comprador la cantidad de 3.350.000 pesetas en concepto de indemnización pactada (cantidad que se deduce del importe del precio de la venta pendiente de pago). La Audiencia desestimó el recurso del comprador dirigido a que se condenara a la vendedora a pagar la totalidad de la suma pactada en concepto de indemnización por incumplimiento y estimó en parte el recurso de la vendedora, en el sentido de reducir el importe de la indemnización convenida (se cifró en 500.000 ptas.). La Audiencia consideró que procedía moderar la pena y rebajar el importe de la indemnización en atención a las circunstancias concurrentes (el breve lapso de tiempo entre la fecha prevista en el contrato y la fecha en que finalizaron las obras; el hecho de que el comprador permaneciera en la vivienda que ocupaba a pesar del retraso y que la vendedora facilitara al comprador un lugar para depositar los muebles; así como que la negativa de la vendedora a consumir el contrato por no estar conforme con la aplicación de la cláusula penal pactada, estaba justificada, pues la pretensión de la compradora producía un resultado desproporcionado). Además, condenó al comprador a abonar en concepto de daños y perjuicios el interés legal del precio pendiente de pago, desde la fecha en la que fue requerido para otorgar escritura pública de venta. El comprador presentó un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia. (L. P. S. M. P.)

25. Permuta de solar por edificación. Incumplimiento del contrato.

La pasividad de la actuación de la constructora hace que sea preciso que la misma deba tipificarse como base del incumplimiento del contrato de permuta y que no puede servir de óbice a una aplicación de la cláusula penal establecida en el mismo.

Cláusula penal.—La cláusula penal se puede enclavar dentro de las cláusulas accesorias, o sea de aquellas que se incorporan al negocio constitutivo de la relación obligatoria y con la finalidad de dar una mayor garantía al cumplimiento de la misma. Así se expresa la STS de 12 de enero de 1999, cuando en ella se afirma que «la cláusula penal fue definida en la clásica S de 8 de enero de 1945: “como promesa accesoria y condicionada que se incorpora a una obligación principal, con doble función reparadora y punitiva, en cuanto no sólo procura la indemnización en realidad procedente, sino que la vuelve más gravosa para el deudor y establece además un régimen de privilegio a favor del acreedor” y más tarde, la de 16 de abril de 1988 la definió como “obligación accesoria, generalmente pecuniaria, a cargo del deudor y a favor del acreedor, que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación contractual”. Aplicando los artículos 1152 y 1153 CC es preciso destacar que la función esencial de la cláusula penal —aparte de su función general coercitiva— es la función liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación principal, sustituyendo a la indemnización sin necesidad de probar tales daños y perjuicios; sólo excepcionalmente opera la función cumulativa, cuando se ha pactado expresamente que el acreedor pueda exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados y probados, y, además, la pena pactada como cláusula penal». No obstante, la cláusula penal ha de interpretarse con carácter restrictivo (SSTS de 29 de noviembre de 1997, 10 de mayo de 2001 y 30 de abril de 2002). (**STS de 13 de julio de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Entre los hermanos don J. A. y doña A. y la constructora HU, S. A. se celebró un contrato de permuta de solar por edificación, que incluía la siguiente cláusula: «Es condición especial de este contrato, que si en el expresado plazo de cinco años y medio no se hubiese realizado la contraprestación y por tanto la entrega antes referida, se hará entrega a los hermanos A. y J. A., por parte de la Sociedad ahora adquirente, de la cantidad de cien millones de pesetas en efectivo metálico, en concepto de indemnización por daños y perjuicios».

Ante la pasividad de la constructora en la realización de la construcción planeada, don J. A. y doña A. presentaron demanda contra HU, S. A. pidiendo se declarara resuelto el contrato que concertaron con dicha entidad y se le condenara a reintegrarles las fincas objeto del referido contrato y a abonarles la cantidad de cien millones de pesetas en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por HU, S. A., la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia del Juzgado y estimando parcialmente la demanda, en el sentido de declarar resuelto el contrato y condenar a la demandada a reintegrar a los actores las fincas permutadas, indemnizándoles por el valor de las porciones transmitidas a terceros de buena fe que hayan inscrito su derecho. Contra esa sentencia, don J.A. y doña A. recurrieron en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

26. Acción pauliana. Requisitos.—La jurisprudencia ha determinado que los requisitos para la viabilidad de la acción revocatoria o pauliana son: «La existencia de un crédito anterior en favor del accionante y en contra del que enajena la cosa; realización de un acto en virtud del cual salga el bien del patrimonio del que lo enajena; el propósito defraudatorio en perjuicio del acreedor; ausencia de todo otro medio que no sea la rescisión de la enajenación para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor» (STS de 10 de abril de 1995; y además las de 16 de enero de 2001, 27 de junio de 2002, 13 de mayo de 2004, entre muchas otras).

Respecto de la preexistencia del crédito, esta Sala ha repetido en diversas resoluciones, entre ellas, la de 5 de mayo de 1997, y reiterada en las SSTS de 11 de octubre y 28 de diciembre de 2001 y 21 de enero de 2005, que este requisito «ha de entenderse en términos generales, y se hace preciso que se estudie cada caso en sus particularidades, especialmente cuando la intención defraudatoria resulta bien manifiesta, como en el supuesto de venir demandada por la próxima y segura existencia posterior del crédito a lo que cabe añadir cuando ocurre que se tiene pleno conocimiento de la existencia de débitos tributarios» o como afirma la S de 28 de diciembre de 2001, que cabe aplicar «la acción pauliana a créditos existentes, pero no exigibles al tiempo de la enajenación fraudulenta, o incluso a los de próxima y segura o muy probable existencia», en una línea muy semejante a la solución contenida en el artículo 610.b) del Código Civil portugués y al Codice Civile italiano, que en su artículo 2901, admite la acción revocatoria para la rescisión de actos posteriores al nacimiento del crédito, siempre que se conozca el perjuicio que dicho acto ocasionará al acreedor (asimismo, SSTS de 27 de noviembre de 2002, 26 de julio y 11 de diciembre de 2003, entre otras). Así, en el caso de créditos salariales, se trata de una deuda futura cuya previsión no puede dejar de conocer la sociedad deudora, y el requisito de la preexistencia del crédito debe entenderse cumplido (SSTS de 28 de diciembre de 2001 y 1 de febrero de 2006).

El segundo de los requisitos exigidos, cual es que el deudor haya actuado en fraude del derecho de sus acreedores, supone que el acto o contrato que permite el ejercicio de la acción pauliana o rescisoria debe perjudicar al acreedor, minorando la solvencia del deudor, de modo que aquél no pueda cobrar lo que éste le debe; en definitiva «consiste en la frustración del derecho de crédito». Además, cuando se trata de un acto oneroso, debe existir una «conciencia» del daño (*scientia fraudis*).

El Tribunal Supremo no ha seguido una postura clara en relación a si ello requiere que el recurrente acredite la intención del deudor de dañar al acreedor o se debe interpretar de una forma más objetiva. Así, la STS de 11 de octubre de 2001 considera que el fraude se aprecia y puede existir tanto cuando se da intención decidida de causar un perjuicio a los acreedores, como cuando existe una simple conciencia de causarlo (en este mismo sentido, las SSTS de 15 de marzo de 2002, 13 de junio de 2003 y 21 de junio de 2004). Esta tendencia a la objetividad se observa también en la STS de 6 de abril de 1992, que considera que en el *consilium fraudis* se incluye toda actividad intencionada o directamente dolosa, así como la simple conciencia de causar un daño, «llegándose a cotas de cuasi objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación» (también en este sentido las SSTS de 28 de octubre de 1993, 4 de diciembre de 1995, 31 de diciembre de 1997 y 31 de diciembre de 1998). El Tribunal Supremo ha ido atenuando el requisito de la *scientia fraudis*, «para hacer factible en la práctica la operatividad

de la acción revocatoria», como afirma la STS de 31 de octubre de 2002, que añade que «frente a la concepción rigurosa que configuraba la exigencia como la intención o propósito de perjudicar al acreedor, y por el contrario de quienes mantienen un criterio objetivista neto en el sentido de que habrá de estarse al resultado producido con total abstracción del ánimo o intención del deudor, la doctrina predominante y la jurisprudencia siguen una orientación intermedia consistente en que basta demostrar el resultado producido y que éste fue conocido o debido conocer por el deudor [*scientia fraudis*]. En esta línea se manifiestan entre otras las sentencias de [...] 15 de marzo de 2002, con arreglo a las que no es preciso la existencia de un *animus nocendi* y sí únicamente la *scientia fraudis*, esto es, una conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio, por lo que aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, sin embargo basta con una simple conciencia de causarlo, llegando a alcanzar cotas de cuasi-objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditadamente». Así, el fraude queda constituido «por el hecho de que el resultado sea perjudicial para los acreedores y tal resultado fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo». La prueba de la concurrencia de este requisito corresponde al acreedor que ejercita la acción, debiendo tener en cuenta que en este caso no favorecen al reclamante las presunciones establecidas en el artículo 1297 CC. (STS de 17 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La empresa P., S. L. tenía problemas de liquidez. En una Junta general celebrada el 20 de abril de 1989 se tomó el acuerdo de vender dos fincas propiedad de la sociedad a doña N. y doña J. (ésta para su sociedad ganancial con don C.), que eran parientes de alguno de los socios de P., S. L., otorgándose la correspondiente escritura el siguiente día 28 de abril. Las compradoras pagaron diversas deudas que P., S. L. tenía con proveedores, lo que se computó como parte del precio de los inmuebles. El 11 de mayo de 1989 los trabajadores (don R., don Ar., don P., don Ab., don M., don P. E. y don L.) encontraron la puerta de la empresa cerrada y empezaron una larga serie de procedimientos contra P., S. L.

En la vía laboral, se les reconocieron las indemnizaciones por despido, atrasos del convenio y los salarios de tramitación, que al ser insolvente P., S. L., fueron abonados hasta los máximos legales por el Fondo de garantía salarial. En la vía penal los trabajadores presentaron una querrela por delito de alzamiento de bienes laboral, del que fueron absueltos los demandados.

En el ámbito civil, en el presente procedimiento don R., don Ar., don P., don Ab., don M., don P. E. y don L. interpusieron demanda contra P., S. L., doña J., don C. y doña N., solicitando se declarara rescindida por fraude de acreedores la venta de las fincas acordada en la Junta general, para poder hacer efectiva la parte de sus salarios que no han podido cobrar por las limitaciones del Fondo de garantía salarial.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, absolviendo a los demandados. Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia anterior. Contra esa sentencia, los trabajadores deman-

dantes recurrieron en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—El Tribunal Supremo sintetiza cuáles son los requisitos que han de concurrir para la procedencia de la acción revocatoria o pauliana: preexistencia de un crédito en favor del accionante y en contra del que enajena la cosa, realización de un acto por el que el bien salga del patrimonio del que lo enajena, propósito defraudatorio en perjuicio del acreedor (*scientia fraudis*, respecto a la que se ha llegado por la jurisprudencia a una cuasiobjetividad, bastando con la conciencia de que se causa un perjuicio al acreedor), y ausencia de todo otro medio para la reparación del perjuicio sufrido por el acreedor. (F. J. J. M.)

27. Objetividad del *consilium fraudis* en el orden civil.—La existencia de la deuda y las transferencias que sirven de fundamento a la demanda ejercitada tuvieron lugar, y así se recoge en el orden penal, si bien en el mismo se entendió que al no estimar probada la concurrencia del elemento subjetivo del ánimo defraudatorio o haber al menos serias y racionales dudas sobre el mismo, procedía la absolución, operando el principio *in dubio pro reo*. Ahora bien, tal valoración sobre el ánimo del autor no puede trascender al orden civil con efectos de cosa juzgada material, como bien se ha fundamentado en ambas instancias civiles con base en la doctrina de esta Sala, puesto que en uno y otro orden se parte de distintos principios en cuanto a la estimación de concurrencia del requisito de ánimo defraudatorio. La parte recurrente propugna trasladar al orden civil la valoración penal de falta de propósito de fraude, pero tal noción no tiene igual alcance y significación en el orden civil, como también pueden diferir los presupuestos de la misma, ya que en el ámbito penal, y en el concreto delito de alzamiento de bienes, se exige una intención directa y específica defraudatoria o de ocultación que no es precisa en el civil. En tal sentido cabe, frente a la cumplida demostración, en el orden penal, de la concurrencia, como elemento subjetivo del tipo, de un ánimo específico defraudatorio, cabe destacar, en contraste, lo considerado en la S de esta Sala de 17 de julio de 2006, en la que se recoge que «ciertamente esta Sala no se ha inclinado por una postura clara en relación al discutido tema de si el requisito que ahora examinamos requiere que el recurrente acredite la intención del deudor de dañar al acreedor o se debe interpretar de forma más objetiva. Así la S de 11 de octubre 2001 considera que el fraude se aprecia y puede existir tanto cuando se da intención decidida de causar un perjuicio a los acreedores, como cuando existe una simple conciencia de causarlo (en este mismo sentido, las SS de 15 de marzo 2002, 13 y 21 junio 2003). Esta tendencia a la objetividad se observa también en la S de 6 de abril 1992 que considera que en el *consilium fraudis* se incluye toda actividad intencionada o directamente dolosa, así como la simple conciencia de causar un daño, «llegándose a cotas de cuasi objetividad si el perjuicio se ocasione por simple culpa civil o impremeditación» (*vid.* también en este sentido las SS de 28 de octubre 1993, 4 diciembre 1995, 31 diciembre 1997 y 31 diciembre 1998). Esta Sala ha ido atenuando el requisito de la *scientia fraudis* «para hacer factible en la práctica la operatividad de la acción revocatoria», como afirma la S de 31 de octubre 2002, que añade que «frente a la concepción rigurosa que configuraba la exigencia como la intención o propósito de perjudicar al acreedor, y por contra de quienes mantienen un criterio

objetivista neto en el sentido de que habrá de estarse al resultado producido con total abstracción del ánimo o intención del deudor, la doctrina predominante y la jurisprudencia siguen una orientación intermedia consistente en que basta demostrar el resultado producido y que éste fue conocido o debido conocer por el deudor (*scientia fraudis*). En esta línea se manifiestan, entre otras, las SS de [...] y 15 de marzo de 2002, con arreglo a las que no es preciso la existencia de un *animus nocendi* y sí únicamente la *scientia fraudis*, esto es, una conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio, por lo que aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, sin embargo basta con una simple conciencia de causarlo, llegando a alcanzar cotas de cuasi-objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditadamente». Así, el fraude queda constituido «por el hecho de que el resultado sea perjudicial para los acreedores y tal resultado fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo». Consecuentemente, la apreciación de la falta de concurrencia de ánimo fraudulento en el orden penal, no prejuzga la misma cuestión en el proceso civil. (STS de 30 de octubre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El Banco A ejercita una acción rescisoria de determinadas enajenaciones realizadas en fraude de acreedores frente a las sociedades limitadas B y C y seis personas físicas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y decretó la rescisión solicitada. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia inferior. Al mismo tiempo, las citadas enajenaciones habían dado lugar a que el Banco A interpusiera una querrela por el delito de alzamiento de bienes de la que resultó sentencia absolutoria. Los demandados en el proceso civil alegan esta circunstancia en el recurso de casación que interponen, considerando que existía cosa juzgada material y que en el orden penal ya se constató la inexistencia de intención de defraudar a los acreedores. El Tribunal Supremo, clarificando los requisitos del fraude en el orden civil, declara no haber lugar. (R. G. S.)

28. Tercería de mejor derecho. Criterio de distribución del sobrante del precio del remate en la ejecución hipotecaria de un bien inmueble. Existencia de posteriores hipotecas canceladas por la ejecución. Aplicación de las normas del Código civil sobre concurrencia y prelación de créditos. Doctrina jurisprudencial.—Se plantea la cuestión relativa a si los créditos garantizados por la segunda y tercera hipoteca en favor de la entidad actora le confieren el carácter de acreedor hipotecario, con la preferencia singular fijada en el artículo 1923.3.º CC, o si, por el contrario, cancelada su inscripción merced a la ejecución a que dio lugar la primera hipoteca, ostenta tan sólo la preferencia del artículo 1924.3.º CC en calidad de acreedor escriturario y, por ende, debe ceder ante los créditos a la Seguridad Social. La cuestión planteada, de carácter estrictamente jurídico, fue resuelta de modo diverso por las distintas Audiencias Provinciales. Algunas de ellas se inclinaron por entender que la distribución del sobrante debe hacerse partiendo de la existencia de una subrogación real, considerándolo, tal como propone la parte recurrente, como una parte del valor de la finca ejecutada, mientras que otros sostuvieron que, canceladas registralmente las garantías, desaparece el orden de preferencia que marcaban éstas. La STS de 7 de marzo de 2002 no aceptó

reconocer la condición privilegiada de un crédito como hipotecario, «toda vez que se ha producido la cancelación de las hipotecas que gravaban la finca, de conformidad a la regla 17 del artículo 131 LH.

El criterio de esta sentencia no es el seguido en general por la jurisprudencia. La STS de 1 de junio de 1992, aplicó el principio de subrogación real para mantener el carácter singularmente privilegiado del crédito correspondiente a la segunda hipoteca. Y lo mismo hicieron las SSTs de 23 de julio de 2004 y 15 de octubre de 2003. Es procedente acoger el criterio mantenido en estas últimas sentencias, pues la purga de las cargas posteriores atiende exclusivamente al interés del adjudicatario en subasta del bien hipotecado y tiene como finalidad que el derecho adquirido por el nuevo propietario se vea exento de todas las cargas establecidas con posterioridad a la fecha de constitución de la hipoteca que se ejecuta. Respecto al acreedor cuyo crédito está garantizado por una hipoteca posterior, no existe razón para que la purga expresada le prive (frente al resto de acreedores que no han constituido tal garantía) de la preferencia nacida de la especial protección derivada de la hipoteca constituida. Por tanto, si bien, en virtud de un principio de subrogación real, las sucesivas garantías hipotecarias deben entenderse referidas al sobrante de la suma obtenida en la subasta.

En análogos términos se ha expresado la DGRN, la cual, en Resolución de 27 de julio de 1988, afirma que la culminación de la ejecución hipotecaria no implica necesariamente la extinción de las cargas y gravámenes posteriores y no preferentes a la del actor, pues, si bien éstos dejan de afectar al bien realizado, pasan a recaer directamente sobre el exceso del precio de remate respecto al crédito hipotecario. (**STS 22 de septiembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—A instancia de R.F., S. A., se siguió un procedimiento de ejecución extrajudicial sobre determinada finca contra la entidad F.G., S. A., dimanante de un préstamo garantizado con hipoteca. Adjudicada la finca en subasta pública, quedó un remanente de 68.647.813 pesetas, que fue consignado por el notario en la Caja General de Depósitos. La misma entidad financiera tenía concedidos otros dos préstamos garantizados con hipoteca constituida sobre la misma finca ejecutada (inscripciones registrales 7.^a y 8.^a). Dichas inscripciones hipotecarias resultaron canceladas como consecuencia de la ejecución extrajudicial hipotecaria inicialmente reseñada. La TGSS siguió procedimiento de apremio contra la entidad F.G., S. A., por impago de cotizaciones de la Seguridad Social, en el que se trabó embargo sobre la finca registral objeto del anterior procedimiento ejecutorio, que fue anotado en el Registro. La mercantil R.F., S. A. interpuso tercería de mejor derecho contra la TGSS y F.G., S. A. sobre el sobrante que resultó de la ejecución extrajudicial. El Juzgado declaró el mejor derecho de la demandante a percibir dicha cantidad. La Audiencia Provincial de Valencia confirmó esta sentencia fundándose en que, adjudicada la finca en el procedimiento hipotecario, la garantía real se proyecta sobre el sobrante, a pesar de las cancelaciones operadas; de tal modo que las normas sobre preferencia sobre el inmueble pasan a regir la distribución del sobrante como resto y parte de su valor y, en consecuencia, el crédito de la TGSS, que goza de la preferencia a que se refiere el artículo 1924.3.º a) CC, establecida en relación a

«los demás bienes muebles e inmuebles del deudor», debe ceder frente a los créditos hipotecarios hechos valer en la tercería al amparo del artículo 1923.3.º CC. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la TGSS. (L. A. P. M.)

29. Venta de cosa ajena y doble venta: diferencias.—La doble venta, prevista en el artículo 1473 CC, constituye un supuesto de dos o más ventas de la misma cosa por un único vendedor a distintos compradores, caracterizado porque ninguno de éstos ha adquirido el dominio de lo comprado al perfeccionarse el contrato posterior. De no ser así, esto es, de ser ya dueño un comprador cuando el mismo vendedor concierta la venta con un tercero, el segundo contrato tendría por objeto una cosa ajena y su régimen jurídico no sería el mismo. En tal caso no se trataría de decidir cual de los compradores era el dueño, sino de determinar que consecuencias tendría sobre el derecho del propietario la venta de un bien que es de otro (SSTS de 25 de noviembre de 1996, 15 de julio de 2004 y 18 de mayo de 2005, entre otras muchas). Para entender vendida una cosa ajena es determinante que, al perfeccionarse el segundo o posterior contrato, el vendedor no sea dueño. Lo que puede resultar de que nunca lo hubiera sido o de que hubiera dejado de serlo por haberla enajenado antes, para lo que, en el caso de venta, sería necesario no sólo el contrato, sino también que el primer comprador hubiera recibido la posesión de la cosa (arts. 609 y 1095 CC), con independencia del cumplimiento o no de la contraprestación a su cargo.

Venta de cosa ajena: admisibilidad.—El Código Civil guarda silencio sobre ella, pero la jurisprudencia ha admitido reiteradamente el contrato por el que el vendedor se obliga a transmitir una cosa que no le pertenece en el momento de celebrarlo (SSTS de 5 de febrero de 1968, 3 de julio de 1981 y 11 de mayo de 2004, entre otras).

Posibilidad de anulación de la doble venta por vicio del consentimiento.—La admisibilidad de la doble venta no excluye que sea posible su anulación por vicio en el consentimiento (arts. 1265 y 1300 CC), dado que: 1.º el Código Civil no admite la transmisión consensual del dominio por contrato; 2.º la compraventa es en nuestro sistema un negocio jurídico de obligación; 3.º el acto por el que se realiza efectivamente la enajenación no es el contrato, sino el modo o *traditio*; 4.º la entrega tiene un doble significado, en el ámbito obligacional constituye un acto debido o de cumplimiento y, en el real, el modo complementario del título o contrato; 5.º el vendedor debe ser titular del derecho transmitido no en el momento de perfeccionar la venta, sino en el de cumplimiento de la obligación de entregar.

Los posibles herederos de una sucesión están legitimados para defenderla.—La vocación a la herencia alcanza a toda persona designada como heredero principal o subsidiariamente en el testamento o que puede ser heredero abintestato. De modo que los posibles herederos, con vocación, aunque no sean titulares de un derecho subjetivo, lo pueden llegar a ser; tienen una expectativa jurídica y, por ende, un interés legítimo en la defensa de aquélla (STS de 4 de mayo de 2005). (STS de 11 de octubre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—El origen del pleito fue el siguiente: las compradoras (antes arrendatarias) de varias viviendas y un local de negocio demandaron a la sociedad financiera que, con posterioridad a dichas

ventas, convino con el mismo vendedor una opción de compra sobre los citados inmuebles y ejercitó el derecho nacido de ese contrato, y a este último. Los contratos de compraventa primeramente celebrados se formalizaron en documentos privados, mientras que el de opción de compra y el ejercicio del derecho de la optante se documentaron públicamente, llevándose las escrituras al Registro de la Propiedad, que publica el dominio de la compradora demandada, como causahabiente de quien le había vendido y constaba entonces en el mundo tabular ser el dueño. Las actoras pedían en la demanda la nulidad de la opción y, subsiguientemente, la de la inscripción de tal opción en el Registro de la Propiedad.

El Juzgado desestimó la demanda. La audiencia admite íntegramente el recurso de apelación y declara nulos los contratos opción de compra y de compraventa, concertados entre los demandados, con la cancelación de las inscripciones registrales de ambos contratos. El Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación interpuesto por la financiera demandada y deja sin efecto la sentencia de la Audiencia en la parte que declara nulos los contratos de opción de compra y de compraventa, pero mantiene los pronunciamientos de cancelación de los asientos registrales que contiene, referidos sólo a las fincas adquiridas previamente por las demandantes. (*I. D. L.*)

30. Compraventa. Incumplimiento. Facultad del comprador de suspender el pago del precio del artículo 1502 CC y acciones derivadas del incumplimiento contractual.—El artículo 1502 CC faculta al comprador para suspender el pago del precio cuando se advierte la existencia de una perturbación posesoria o dominical, o se teme su existencia, por una acción reivindicatoria o hipotecaria, en tanto no sea solventada, dado que amenaza con hacer imposible el cumplimiento del contrato. Sin embargo, la facultad de suspender el pago del precio que este precepto atribuye al comprador no impide que pueda optar alternativamente por el ejercicio de las acciones derivadas del incumplimiento contractual cuando la perturbación posesoria o dominical tiene la trascendencia suficiente para privar al contrato de la finalidad que cabe esperar de él.

Existencia de incumplimiento resolutorio.—El Tribunal Supremo había venido manteniendo que sólo existía incumplimiento resolutorio cuando concurre una voluntad deliberadamente rebelde del deudor (SSTS de 28 de febrero de 1980, 11 de octubre de 1982, 7 de febrero de 1983, 23 de septiembre de 1986, 18 de noviembre de 1994 y 5 de diciembre de 2002, entre muchas otras). Sin embargo, algunas sentencias han introducido matizaciones en este criterio, presumiendo que la voluntad de incumplimiento se demuestra «por el hecho mismo de la inefectividad del precio contraviniendo la obligación asumida» (STS de 19 de junio de 1985) o por la frustración del fin del contrato «sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren [...] las legítimas aspiraciones de la contraparte» (SSTS de 18 de noviembre de 1983, 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985, 18 de marzo de 1991, 18 de octubre de 1993, 25 de enero de 1996, 7 de mayo y 11 de diciembre de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005 y 20 de septiembre de 2006, entre otras); exigiendo simplemente que la conducta del incumplidor sea grave (STS de 13 de mayo de 2004); o admitiendo el «incumplimiento relativo o parcial, siempre que

impida [...] la realización del fin del contrato, esto es, la completa y satisfactoria autorización [...] según los términos convenidos» (STS de 15 de octubre de 2002). Esta tendencia, como declara la STS de 5 de abril de 2006, se ajusta a los criterios sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (art. 25), y en un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103 de los Principios de Derecho europeo de contratos.

Relevancia de la existencia de cargas en la finca, a efectos del ejercicio de la facultad de resolución que contempla el artículo 1124 CC.—No entregada la finca libre de cargas en el plazo establecido por ambas partes, por la existencia de una anotación preventiva de una demanda en la que se reclamaba la elevación a escritura pública de un contrato de compraventa sobre el mismo inmueble incompatible con el que es objeto de este proceso, se produjo una situación que afectaba de modo notable a la pretensión de los compradores de disponer de la vivienda con carácter definitivo en un plazo inmediato, como tenían derecho razonablemente a esperar como consecuencia del cumplimiento del contrato y refleja el conjunto de sus cláusulas, por lo que no puede dudarse de la trascendencia de este hecho, en sí considerado, a los efectos del ejercicio de la facultad de resolución que contempla el artículo 1124 CC, en relación con el artículo 1152 CC. (STS de 31 de octubre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Suscrito contrato privado de compraventa sobre una vivienda entre doña A. y don T., como vendedores, y don C. y doña M. M., como compradores, y poco antes de la fecha prevista para el otorgamiento de escritura pública, los compradores comprobaron que sobre dicha vivienda pendía una anotación preventiva de demanda presentada por unos terceros para obtener la elevación a público de un supuesto contrato de compraventa verbal concertado con los vendedores, y una anotación preventiva de embargo en relación con una reclamación de la comunidad de propietarios.

Considerando que ello constituye incumplimiento imputable a los vendedores, don C. y doña M. M. interpusieron demanda contra aquéllos, reclamando la restitución doblada de su entrega inicial, acogiéndose a una cláusula del contrato.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, condenando a los demandados a abonar a los actores 6.000.000 de pesetas. Interpuestos sendos recursos de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial desestimó el de doña A. y don T. y estimó el interpuesto por vía de adhesión por don C. y doña M. M., elevando la cantidad objeto de condena a 8.000.000 de pesetas. Contra esa sentencia, don T. y doña A. recurrieron en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

31. Resolución de la compraventa de un inmueble.—El pacto comisorio contemplado en el artículo 1504 CC, precepto que complementa el artículo 1124 del mismo cuerpo legal cuando se trata de compraventa de inmuebles, constituye, como dice la S de 5 de diciembre de 2003, una garantía para el vendedor; en un supuesto de resolución del contrato por incumplimiento de la obligación esencial de pago puede estar añadida, como en el caso de autos, una condición resolutoria expresa. El incumplimiento de la obligación

de pago, siempre básico y esencial, produce el efecto de resolver el contrato de compraventa con efectos *ex tunc*, retornando a la situación jurídica preexistente, como si el negocio no se hubiere concluido, quedando resueltos los derechos que se hubieren constituido (SS de 11 de junio de 1991, 24 de julio de 1999 y 5 de diciembre de 2003).

Resolución por incumplimiento: objetividad en su apreciación.—Paralelamente a lo anterior debe considerarse que la jurisprudencia, a la hora de interpretar y aplicar el artículo 1124 CC, ha abandonado hace tiempo las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, o en otros casos, una voluntad obstativa al cumplimiento, para afirmar en la actualidad que basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento o producida por causa imputable al que pide la resolución, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato (SS de 7 de mayo de 2003, 18 de octubre de 2004 y 3 de marzo de 2005, entre otras).

Características del requerimiento del artículo 1504 CC.—La falta de cumplimiento del comprador de la obligación de pagar el precio aplazado en la forma convenida en el contrato, cuya realidad ha sido declarada en la sentencia recurrida, y que permanece incólume en casación al no haber sido combatida oportuna y eficazmente por la vía del error de derecho en la apreciación de la prueba, faculta al vendedor a resolver el contrato por efecto de la condición resolutoria expresa, primero, y en todo caso por virtud de la facultad resolutoria que se encuentra implícita en las obligaciones recíprocas, para cuyo ejercicio basta el incumplimiento decisivo para la frustración del fin del contrato, como aquí se aprecia, atendida la entidad y persistencia en el impago, cumplidas desde luego las exigencias impuestas por el artículo 1504 CC, al que han acudido las partes a la hora de configurar aquella condición resolutoria expresa; y si los efectos resolutorios del incumplimiento no se ven difuminados por las afirmaciones que, de cara a justificar su conducta, vierte la recurrente en el desarrollo argumental del motivo [...] tampoco debe darse la virtualidad que quiere atribuir a la circunstancia de que el requerimiento notarial haya contenido una intimación al pago de la parte del precio pendiente, concediendo un breve plazo para ello, transcurrido el cual habría de entenderse producida la resolución contractual, pues ya desde hace tiempo esta Sala ha declarado que la inserción en el requerimiento de resolución de otro de previo pago, esto es, una intimación previa de pago del precio, no le priva de su eficacia obstativa y resolutoria (SS de 18 de abril y 14 de noviembre de 1997, 28 de enero de 1999, 18 de octubre y 3 de diciembre de 2004 y 3 de marzo de 2005, entre otras).

El ejercicio de la facultad moderadora de la cláusula penal por los Tribunales no es revisable en casación.—Sostiene dicha parte que el Tribunal de instancia no ha aplicado la facultad moderadora prevista en dicho precepto, no dándose una razón de equidad entre la obligación de pago declarada en la sentencia y la obligación que hubiera podido surgir en el supuesto de incumplimiento por la parte vendedora del contrato de compraventa.

Este motivo debe sufrir la misma suerte desestimatoria que su antecesor.

En efecto, la cláusula penal que, como sucede en el presente caso, establece la pérdida de las cantidades pagadas por el comprador en el caso de resolución del contrato por incumplimiento de éste constituye una obligación accesoria (S de 5 de diciembre de 2003) que ha surgido en el presente caso al haberse dado el presupuesto al que estaba supeditada, y respecto de la cual el artícu-

lo 1154 CC atribuye al juzgador la facultad de moderar equitativamente la pena cuando la obligación se ha cumplido parcialmente o se ha cumplido irregularmente; en el bien entendido, en lo que interesa para resolver el motivo de impugnación, de que dicha facultad radica en la soberanía de los órganos jurisdiccionales de instancia, como recuerdan las SS de 14 de diciembre de 1998, 9 de octubre de 2000 y 5 de diciembre de 2003, por lo que su resultado queda al margen de la revisión casacional. (**STS de 20 de septiembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don C. vendió a doña E. una casa. En el contrato, la compradora se obligaba a pagar el precio en cuotas semanales, pudiendo amortizar anticipadamente la cantidad aplazada y estableciéndose como garantía del precio aplazado la siguiente cláusula: «La falta de pago de la cantidad aplazada dará lugar a la resolución de este contrato haciendo suyas la parte vendedora, sin necesidad para ello de declaración judicial expresa, todas las cantidades percibidas en concepto de indemnización y pena convencional; sin embargo, para que tenga lugar la resolución será preciso que la parte vendedora requiera fehacientemente de pago a la compradora por acta notarial, con concesión de nuevo plazo de quince días, transcurrido el cual, si no consta el pago de la misma, se entenderá resuelta la compraventa». Ante el incumplimiento de la obligación de pago, el vendedor requirió notarialmente a la compradora acogiéndose así a lo dispuesto en la cláusula transcrita. Al no atenderse el requerimiento, don C. demandó a doña E. instando la resolución del contrato, la efectividad de la cláusula pactada y el traspaso de la posesión del inmueble. El Juzgado estimó parcialmente la demanda concretando la devolución de una de las amortizaciones del precio a la compradora. Ésta apeló y la Audiencia desestimó su recurso. Interpuso seguidamente recurso de casación aduciendo la infracción de los artículos 1504 y 1154 CC. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar. (*R. G. S.*)

32. Contrato de compraventa y de constitución de derecho de superficie.—Se trata éste de un contrato complejo, ya que tiene un objeto integrado por una bilateral pluralidad de prestaciones diversas concatenadas y una única finalidad obligacional, que se ha de consumir mediante actuaciones recíprocas y compensatorias entre sí, desde el revestimiento unitario que les proporciona el contrato complejo.

La figura del llamado contrato complejo o unitario, ampliamente estudiada por la doctrina y la jurisprudencia, surge como consecuencia de la autonomía privada otorgada a los contratantes, pues, en virtud del artículo 1255 CC, las partes pueden crear tipos distintos de los previstos en la ley, para cubrir las cambiantes necesidades económicas. Según jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, STS de 19 de enero de 2001), la causa del contrato complejo no puede disociarse en los contratos cuya unión lo conforman, para hacer jugar, de forma independiente, la causa de cada uno de ellos. (**STS de 6 de octubre de 2006**; no ha lugar el recurso de casación de una de las demandadas; ha lugar en parte el recurso de la otra codemandada.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—En julio de 1992 don P. y doña E. —propietarios de unas fincas—, venden mediante escritura pública el cincuenta por ciento indiviso de las mismas a la entidad V, S. A., que inscribe su derecho en el Registro. En dicha escritura se pacta, además, la constitución de una servidumbre de paso sobre una tercera finca de los vendedores a favor de las dos partes del contrato de compraventa.

En la misma fecha don P., doña E., y las entidades V, S. A. y EE, S. A. acuerdan la constitución a favor de esta última de un derecho de superficie, obligándose el superficiario a construir y explotar una estación de servicio en el plazo de un año contado a partir de la fecha de la inscripción provisional en el Ministerio de Industria, y a abonar a los copropietarios una peseta por litro de carburante vendido. Meses después don P. obtiene la inscripción provisional de la instalación en el Ministerio y la transmite a EE, S. A., que la acepta a título gratuito.

En marzo de 1993, V, S. A. vende a CR, S. A. el cincuenta por ciento indiviso de las fincas que ostentaba en copropiedad con los demandantes y la compradora inscribe su adquisición en el Registro. Mediante escritura notarial de la misma fecha que la anterior, EE, S. A. transfiere a CR, S. A., el derecho de superficie y la inscripción provisional, previo consentimiento de los demandantes.

Don P. y doña E. interponen demanda sobre resolución de contrato de compraventa contra V, S. A. y contra CR, S. A., por la que solicitan se resuelva la escritura pública de compraventa del cincuenta por ciento de los terrenos y la constitución de servidumbre de paso, así como la de la escritura de cesión del derecho de superficie otorgado. Los actores solicitan igualmente que se condene a CR, S. A., al pago de una indemnización en concepto de daños y perjuicios por la no construcción de la estación de servicio en el plazo de un año del que disponía.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda interpuesta, ya que absuelve a V, S. A. de los pedimentos dirigidos contra la misma. Posteriormente, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declara que no ha lugar al recurso interpuesto por CR, S. A. y que ha lugar en parte el interpuesto por V, S. A. (*M. C. C. M.*)

33. Ejecución hipotecaria. Ventas judiciales: acciones de saneamiento del Código civil.—Considera la Sala Primera del Tribunal Supremo que en las ventas judiciales, el adjudicatario está legitimado para ejercitar las acciones edilicias reguladas en el Código civil.

Ejecución hipotecaria. Ventas judiciales. Incumplimiento de la obligación de entrega: responsabilidad por daños del acreedor ejecutante. Afirma el Tribunal Supremo que en las ventas derivadas de una subasta judicial, cuando se produzca un incumplimiento, es admisible que el adquirente, para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos, ejercite: *a*) una acción de responsabilidad contractual por incumplimiento frente al acreedor ejecutante (arts. 1101 ss CC), si se considera a éste parte interviniente en la relación contractual; o *b*) una acción de responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC), si se considera al acreedor ejecutante un tercero.

(STS de 6 de septiembre de 2006; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montes Penadés.]

HECHOS.—El acreedor hipotecario (la entidad financiera U.) instó en 1986 un proceso sumario de ejecución hipotecaria contra las fincas núms. 000 y 003 (que se corresponden con las fincas registrales núms. 004 y 007), que se describen, conforme a la escritura de constitución de hipoteca, con sus anejos correspondientes (que en realidad son las fincas registrales núms. 005 y 006, pero a las que no se hacen referencia en la demanda que da inicio a la ejecución hipotecaria).

En la certificación del Registrador (conforme al art. 131, regla 4.ª, LH) se hace alusión a las fincas registrales núms. 004 y 007, pero no se hace mención a la finca registral núm. 005, que en 1981 se dividió para formar las fincas núms. 008 y 009, y tampoco se hace mención a la finca registral núm. 006, que se agrupó con la finca núm. 008 y cinco fincas más para formar la finca núm. 3300, de la que se han practicado cinco segregaciones.

En los edictos publicados, tanto la finca núm. 000 como la finca núm. 003 se describen con el anejo correspondiente, de conformidad con la escritura de constitución de hipoteca, señalándose como fincas registrales núms. 004 y 007.

En el auto de aprobación del remate de las fincas registrales núms. 004 y 007 no se describen los anejos. El cesionario del remate (don C.) lo pone de manifiesto al Juzgado de Primera Instancia y éste rechaza dicha pretensión.

Ante la imposibilidad de obtener ni material ni jurídicamente lo que se le adjudicó en el remate, don C. interpone una demanda contra la entidad financiera U., reclamando una indemnización de catorce millones de pesetas o alternativamente la cantidad que se fijase en la sentencia, como consecuencia de que al adquirir, mediante una subasta promovida por la entidad financiera U., por cesión de remate, dos locales comerciales hipotecados para garantizar un crédito concedido por la citada entidad financiera a la entidad S. (deudor hipotecario), no ha podido inscribir en el Registro de la Propiedad dos anejos descritos en la escritura pública de constitución de hipoteca, que habían sido segregados de los locales comerciales, ni ha podido adquirir la total posesión de una de las fincas, debido a una rampa que se había construido.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por el demandante y estima la demanda, condenando a la entidad demandada a pagar una indemnización de 7.632.876 de pesetas. El Tribunal Supremo declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la entidad financiera U., casando y anulando únicamente el pronunciamiento sobre costas de la sentencia recurrida.

NOTA.—Téngase en cuenta que con la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria ya no se rige por lo dispuesto en el artículo 131 LH (cuya redacción ha sido modificada),

sino por lo establecido en los artículos 571 ss y 681 ss de la vigente LEC. (M. J. P. G.)

34. Opción de compra. Perfección y consumación.—El contrato se perfeccionó por el ejercicio de la opción, y desde entonces nacieron las obligaciones propias de su naturaleza (entrega de la cosa y pago del precio), en otras palabras, se abrió la fase de consumación. Pero la cosa vendida no se entregó al optante, no se transmitió la posesión a título dominical al mismo, pues no se otorgó escritura pública (art. 1462 CC), y el que la tuviera en su poder como arrendatario no lo transforma automáticamente en poseedor a título de dueño. El artículo 1463 CC exige acuerdo o conformidad de los contratantes, que debe entenderse referido a una entrega simbólica de la posesión por el dueño, distinta del título (contrato de compraventa). Aunque el precepto citado se refiere a los muebles, ninguna dificultad se presenta en su aplicación a la *traditio* de los inmuebles, fuera de los casos que expresa el artículo 1462 CC. Entender de otro modo la *traditio brevi manu* lleva a la consecuencia absurda de que el concedente de la opción pierde la propiedad por el solo ejercicio de aquélla por el optante, es decir, que se hace automático para él el cumplimiento de unas obligaciones que de la compraventa nacen (entrega de la cosa) si aquél tiene la posesión de la cosa, siendo así que no ha cumplido su obligación de pago del precio.

Ejercicio de opción no seguido del pago del precio y venta por el concedente a un tercero. Doble venta, no venta de cosa ajena.—La tipificación de la doble venta exige que, cuando se perfeccione la segunda, la primera no haya sido consumada todavía, pues, en caso contrario, se estaría ante una venta de cosa ajena, supuesto totalmente distinto del primero. Para que exista venta de cosa ajena se requiere, no sólo la entrega de la cosa, sino también del precio; de esta manera es como se entiende consumada la primera compraventa. El artículo 1473 CC gira en torno a la adquisición de la propiedad y presupone que la primera venta no se ha consumado por la *traditio* en cualquiera de sus formas, pero en este caso no ha existido ésta: nos encontramos ante una venta que se perfeccionó por el ejercicio de la opción pero que no se consumó, y una venta posterior del mismo objeto que fue seguido de la *traditio* por el otorgamiento de escritura pública (art. 1462 CC) y de la inscripción en el Registro de la Propiedad en favor del comprador.

Simulación. Imposibilidad de su declaración de oficio.—La celebración de todo contrato origina una, por lo menos, apariencia contractual que puede ser destruida por aquella parte a quien interese, mediante el ejercicio de la acción judicial pertinente en la que ha de demostrar la falta de cualquiera de los requisitos esenciales del contrato, contenidos en el artículo 1261 CC. Dicho de otra manera, el órgano judicial podrá declarar la simulación si ello ha sido pedido y demostrado por el legitimado para ejercitar la acción, no pudiendo por tanto proceder de oficio. Es una cuestión de puro interés privado, en la que la jurisdicción no puede entrometerse actuando de oficio. Sólo cuando las cláusulas pactadas vayan manifiesta y contrariamente contra la ley o moralidad podrán hacerlo, pero el decidir si hubo consentimiento contractual o no es materia que nada tiene que ver con la licitud y la moralidad. (STS de 18 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—Don J. tomó de don L. A. el arrendamiento de un local comercial por cinco años, concediéndosele una opción de compra sobre el mismo con 5.000.000 de pesetas como precio de compra. El arrendatario comunicó al arrendador que ejercitaba la referida opción, y siendo controvertido por este último si se había procedido o no con arreglo al contrato, se instó procedimiento judicial al efecto, siendo las sentencias de primera instancia, apelación y casación concordantes en que la opción fue ejercitada correctamente, condenando al demandado a otorgar escritura pública de compraventa en favor del arrendatario, previo pago éste de 5.000.000 de pesetas. Mientras se sustanciaba el procedimiento referido, y no habiendo pagado el optante nada del precio de compra, fue otorgada escritura pública de venta por el arrendador en favor del matrimonio formado por don J. I. y doña R.

Don J. entendía que al haber quedado consumada la venta proyectada por el ejercicio de la opción, el contrato en favor de don J. I. y doña R. era nulo, y que además había extinguido por confusión (*sic*) el arrendamiento, por lo que las entregas de dinero como renta al arrendador a partir de la fecha en que se ejercitó la opción eran pagos indebidos sujetos a restitución, y respecto a la obligación de pago de los 5.000.000 de pesetas como precio del objeto sobre el que recayó la compraventa, consideraba que se había extinguido por confusión con la obligación de restitución anterior, existiendo un saldo a su favor de 3.111.183 pesetas, y en tal sentido don J. interpuso demanda contra don J. I. y doña R. y contra doña I. (heredera de don J. A.), solicitando se declarara su titularidad sobre el dominio de la finca, la nulidad del contrato de compraventa entre aquéllos y el pago por doña I. de 3.111.183 pesetas. A ello contestaron los demandados oponiéndose, y don J. I. y doña R. formularon reconvencción reclamando 6.657.000 pesetas, importe de las rentas impagadas, más intereses desde la sentencia de desahucio.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, absolviendo a los demandados, y estimó la demanda reconvenccional condenando a don J. a pagar a don J. I. y doña R. la cantidad de 6.482.400 pesetas. Interpuesto recurso de apelación por don J., la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, don J. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—Para la consumación de la compraventa no basta con el ejercicio de la opción de compra por el optante, sino que es preciso que además se hayan producido la tradición y la entrega del precio. Por tanto, la venta por el concedente de la cosa objeto de la opción, producida tras el ejercicio de la opción (perfección, pero no consumación, de la compraventa) pero antes de la tradición de la cosa y del pago del precio, constituirá una doble venta, no una venta de cosa ajena. (*F. J. J. M.*)

35. Leasing. Diferencia entre compraventa de bienes muebles a plazo y el arrendamiento financiero con opción de compra.—La jurisprudencia ha mantenido que el arrendamiento financiero es un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de

dominio ya se entienda que el *leasing* constituye un negocio mismo en el que se funde la cesión del uso y la opción de compra con causa única, ora se trate de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reducidos a una unidad esencial, el parecer, mas autorizado, y desde luego mayoritario, lo conceptúa contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el *leasing* opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del artículo 2.º, párrafo 2.º de la Ley de 17 de julio de 1965, habrá de ser excluida como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero o *leasing* como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica perseguida por una y otra operación es distinta, y contrato, igualmente distinto, del préstamo de financiación a comprador regulado en el párrafo 2.º del artículo 3.º de la expresada Ley de 17 de julio de 1965, por tratarse en este caso de un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario, estar limitado, igualmente, el número máximo de plazos para satisfacerlo a lo que determine el Gobierno.

Leasing. Ejercicio de la opción: requisitos.—El ejercicio de la opción exige que, dentro del plazo pactado, el optante manifieste su decisión de llevar a cabo el contrato negociado notificando su voluntad positiva en este sentido al concedente, para que, sin ninguna otra actividad se tenga por consumada la opción. (STS de 11 de octubre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La mercantil *Lico Leasing S.A.* interpuso demanda contra la Tesorería General de la Seguridad Social y la mercantil *Dolomíticos y Derivados, S. L.*, solicitando, que se alzara el embargo trabado sobre un vehículo por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social. El Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Bilbao estimó íntegramente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

36. Leasing. Concepto: posición jurisprudencial.—La jurisprudencia configura el arrendamiento financiero como un contrato complejo, de cesión de uso con opción de compra, con causa única, y en principio atípico, que tiene como objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos con dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas, y que incluirá necesariamente una opción de compra a su término a favor del usuario (Disp. Adic. 7.ª Ley de 29 de julio de 1988).

Leasing. Diferencia con venta bienes muebles a plazo.—El contrato de arrendamiento financiero es de naturaleza distinta de la venta de bienes muebles a plazos, pues en el primero se arrienda y en el segundo se vende, lo que explica que no quepa hablar en el primero de reserva de dominio, y, por el contrario, quepa en el segundo tal posibilidad. De ahí que no sean aplicables los artículos relativos a la legislación de venta a plazos de bienes muebles.

Leasing. Titularidad dominical: criterio.—La entidad de *leasing* conserva la titularidad dominical del bien, la cual puede defenderse frente a un embargo mediante la tercería de dominio.

Leasing. Titularidad dominical: conflicto.—El conflicto entre la titularidad dominical de un bien o derecho de una persona y su embargo como perteneciente a otra se resuelve por la preferencia de fechas, y, por ello, al que ejercita una tercería de dominio, que es un incidente insertado en un proceso de ejecución con la finalidad de liberar la traba, y, por consiguiente, sustraer de la ejecución, un bien o derecho indebidamente embargado, se le exige, para que prospere su pretensión, además de la condición de tercerista, que justifique la titularidad dominical, o que ostenta un título eficaz para el alzamiento por pertenecerle a él y no al ejecutado, con anterioridad a efectuarse el embargo, pues éste ha de recaer exclusivamente sobre bienes que estén incorporados al patrimonio del deudor al tiempo de decretarse judicialmente (art. 1454 LEC).

Leasing. Adquisición del dominio.—El dominio no se adquiere por virtud de un contrato de *leasing*, por cuanto en el mismo la entrega de la cosa sólo se efectúa en concepto arrendamiento, aunque con una facultad de opción de compra que únicamente opera una vez notificado el ejercicio. (STS de 13 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja, interpuso demanda de juicio de tercería de dominio contra la Cooperativa de Transportes Virgen del Rosario y la entidad Transol., S. L., solicitando se declare que el bien embargado es de propiedad de la actora, y se ordene que se alce el embargo trabado sobre el mismo. El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Valencia desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Valencia estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

37. Contrato de leasing.—La fecha del contrato de *leasing*, intervenido por fedatario público mercantil, conforme dispone el artículo 1924, 3.º CC, equivale a la escritura pública que menciona el texto legal: éste es el negocio jurídico, base del crédito, cuya fecha no cede ante un aplazamiento del pago, ni ante la dilación de un proceso que termina por sentencia. En toda tercería de mejor derecho se fija la fecha para determinar la preferencia de los créditos por aquel negocio jurídico plasmado en escritura pública o equivalente que da lugar al crédito, sin que le afecten instrumentos de crédito, como letras de cambio o pagarés, ni tampoco un proceso que termina por sentencia, siendo éste el criterio jurisprudencial.

Contrato de leasing. Fianza en garantía del leasing: naturaleza mercantil.—La fianza que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, como el *leasing*, será reputada mercantil, lo que es cierto; y por tanto, el fiador no tiene obligación solidaria, goza del beneficio de excusión y debe ser requerido de pago por el acreedor, lo que no ha ocurrido en el caso presente. (STS de 11 de julio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La mercantil *Crealia, S. L.* y don Claudio interpusieron demanda de juicio ordinario de menor cuantía, contra don Juan Pedro, don José Francisco, don Fermín y contra la mercantil *Grupo Bancomark, S. L.* solicitando se declare que los demandados han realizado actos de competencia desleal y se les condene a rectificar las informaciones vertidas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Valencia desestimó la demanda. Recurrída en apelación, la Sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Valencia estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

38. Donación. Nulidad: uso abusivo de un poder no revocado para transmitir a título gratuito a uno de los hijos todo el patrimonio ganancial y el privativo del poderdante.—La sentencia objeto de este recurso declara la nulidad de las donaciones por fraude de Ley, al utilizar un poder no revocado, para una malévola finalidad práctica, violando el deber de fidelidad que tiene el representante frente al representado. Lo cual ha consistido en vaciar el patrimonio del esposo demandante y el ganancial, por medio de donaciones a favor del hijo codemandado, que no fueron conocidas por el marido ni por los demás hijos.

Nulidad de los contratos. No aplicación del plazo de cuatro años previsto en el artículo 1301 CC.—La norma del artículo 1301 CC, al establecer un plazo de caducidad de cuatro años, se refiere no a la nulidad absoluta, sino a la anulabilidad: contrato que adolece de un vicio que lo invalida con arreglo a la Ley, esencialmente por defecto de capacidad o vicio de consentimiento. Así lo ha reiterado la jurisprudencia al considerar que tanto en los casos de inexistencia como de nulidad absoluta, el artículo 301 CC no es aplicable ya que estos contratos carecen de toda validez (STS de 8 de marzo de 1994), pues los contratos afectos de nulidad absoluta, radicalmente nulos, inexistentes en derecho, no pueden convalidarse por el transcurso del tiempo. La acción de nulidad es imprescriptible (STS de 29 de abril de 1997), habiendo declarado la STS de 4 de noviembre de 1996, que la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción (STS de 18 de octubre de 2005). (**STS de 4 de octubre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Magistrado Excmo. Sr. D. Xavier O'callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Don D. y sus hijos don J. A. y don D., interpusieron acción contra don. J. L. (hijo también del primero y hermano de los segundos) y la herencia yacente de doña Á. (fallecida, esposa del primero y madre de los restantes), en la que se interesó la nulidad de una carta de pago por 37.388.260 pesetas y de una serie de donaciones de esta última a favor del codemandado, de bienes privativos de él y de bienes gananciales. Para la realización de estas operaciones la fallecida se había valido de un poder no revocado, otorgado por su marido, y con el cual había vaciado el patrimonio privativo de su esposo y el ganancial de ambos cónyuges, mediante la adjudicación por vía de donación a su hijo ahora demandado; operaciones que habían permanecido ocultas al resto de la familia. El Juzgado de Primera Instancia declaró la nulidad de la carta de pago y que las distintas donaciones se habían realizado en fraude de Ley. La

Audiencia Provincial de Valencia confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso del demandado. (*I. D. L.*)

39. Moderación judicial de la cláusula penal. Cumplimiento parcial o irregular.—Como dicen las SSTs de 28 de julio de 1995 y 30 de marzo de 1999, el artículo 1154 CC no autoriza a condicionar su aplicación a los supuestos en que la obligación principal hubiere quedado totalmente incumplida, ya que la modificación equitativa de la pena tendrá lugar cuando aquella obligación hubiera sido en parte e irregularmente cumplida. Incluso dicha discrecionalidad se puede apreciar de oficio (STS de 12 de diciembre de 1996).

Moderación judicial de la cláusula penal. Facultad del juzgador de instancia no sujeta a las reglas del recurso de casación.—Es doctrina jurisprudencial consolidada la que afirma que la facultad que permite al Juez, a tenor del artículo 1154 CC, moderar equitativamente la pena cuando la obligación principal arrendaticia hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, es una facultad que en los juzgadores de instancia es ilimitada y no sujeta a las reglas del recurso de casación (SSTs de 12 de febrero de 1998 y 9 de octubre de 2000, que recogen otras anteriores).

Indemnización del artículo 56 LAU 1964. Posibilidad de moderación.—Interpretando el inciso segundo del artículo 56 LAU 1964, la jurisprudencia en ocasiones observó un criterio de estricta literalidad (SSTs, entre otras, de 30 de noviembre de 1992, 28 de febrero de 1995, 13 de febrero de 1996, 26 de junio de 2002, 20 de junio de 2003 y 3 de junio de 2005), y en otras, para evitar la notoria desproporción que se podría derivar de la aplicación rigurosa del precepto, y consiguiente enriquecimiento injusto, se inclinó por considerar correcta una prudente moderación (SSTs, entre otras, de 2 de julio de 1984, 15 de junio de 1993, 25 de enero y 28 de febrero de 1996, 17 de octubre de 1998, 25 de marzo de 1999, 23 de mayo de 2001, 15 de julio y 11 de noviembre de 2002 y 15 de diciembre de 2004 —estas dos últimas como *obiter dictum*—). La STS de 3 de febrero de 2002 afirma que «es preciso tener en cuenta las circunstancias de cada caso en la doble perspectiva del arrendador, cuyas legítimas expectativas contractuales no cabe frustrar, y del arrendatario, al que no cabe gravar con una consecuencia económica exagerada o desproporcionada cuando su comportamiento no es arbitrario y por eventos de la vida le resulta imposible o muy dificultoso continuar en la relación contractual. Y en tal línea de pensamiento procede valorar, entre otras varias posibles situaciones, la de que por el arrendador se haya podido explotar el local o concertar un nuevo arrendamiento en condiciones económicas satisfactorias, lo que convertiría la pretensión indemnizatoria cuantificada en todas las rentas frustradas del primer contrato —es decir, las correspondientes al periodo entre el desalojo voluntario y la terminación del contrato— en notoriamente desproporcionada, y por consiguiente abusiva (arts. 9.º, párrafo segundo, LAU 1964, y 7.2 CC) y no conforme a las exigencias de la buena fe con que han de ejercitarse los derechos (arts. 9.º, párrafo primero, LAU 1964, 7.1 CC, 11 LOPJ y actualmente también 247 LEC 2000)». En este punto es de destacar la doctrina jurisprudencial que, atemperando el criterio rigorista literal, admite la posibilidad de moderar la indemnización en atención a las circunstancias del caso, y en concreto la de haberse ocupado el local por el arrendador con un nuevo contrato de arrendamiento, u otra explotación eco-

nómica; la solución jurisprudencial trata de mantener un criterio de igualdad y equilibrio entre las partes y responde a la exigencia de una justa composición de los intereses en conflicto. De entenderse que el precepto del artículo 56 establece una «pena ex lege», conforme a la opinión de un sector doctrinal, no cabría desconocer la operatividad del artículo 1154 CC con su efecto de «moderación equitativa» de la indemnización. (**STS de 5 de julio de 2006**; ha lugar a uno de los recursos y no al otro.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—TS, S. A. presentó demanda contra ILAE, S. A. pidiendo se declarara que ésta había incumplido de modo reiterado la obligación de pagar la renta de un local que le tenía arrendado y se le condenara al pago de la cantidad de 96.574.646 pesetas, en concepto de rentas impagadas, penalidad del 20% por incumplimiento contractual e intereses de demora, 108.952.480 pesetas en concepto de indemnización por desalojo anticipado, e intereses de demora hasta su total y efectivo pago.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando que ILAE, S. A. había incumplido la obligación de pagar la renta y condenándola al pago de la cantidad de 129.286.734 pesetas (143.286.734 pesetas con deducción de 14.000.000 en concepto de fianza), con los intereses de demora pactados desde la fecha de la sentencia hasta su completo pago. Interpuesto recurso de apelación tanto por ILAE, S. A. como por TS, S. A., la Audiencia Provincial desestimó el recurso de ILAE, S. A. y estimó parcialmente el de TS, S. A., revocando la sentencia del Juzgado y estimando parcialmente la demanda, en el sentido de que los intereses de demora se devengarían desde la interpelación judicial y de imponer las costas a la demandada. Contra esa sentencia, ILAE, S. A. y TS, S. A. recurrieron en casación, siendo estimado el recurso de ILAE, S. A. y desestimado el de TS, S. A. por el Tribunal Supremo.

NOTA.—El artículo 56 LAU 1964 establecía el deber del arrendatario o subarrendatario que desalojara la vivienda o local de negocio antes del plazo estipulado en el contrato de indemnizar al arrendador o subarrendador con una cantidad equivalente a la renta que correspondiera al plazo que quedara por cumplir, respecto de la cual la jurisprudencia ha mantenido la posibilidad de su moderación cuando el desalojo por el arrendatario antes del plazo contractual no resultara arbitrario y por eventos de la vida le resulta imposible o muy dificultoso continuar en la relación contractual, y atendiendo a la posibilidad de haberse ocupado el local por el arrendador con un nuevo contrato de arrendamiento u otra explotación económica. La vigente LAU de 1994 contempla una solución diferente en su artículo 11, estableciendo la posibilidad de desistimiento anticipado por el arrendatario, siempre que el contrato hubiera durado al menos cinco años y dé el correspondiente preaviso al arrendador con una antelación mínima de dos meses, aunque las partes podrán pactar que el arrendatario indemnice al arrendador con una mensualidad de renta por cada año del contrato que reste de cumplir, dando lugar los períodos de tiempo inferiores al año a la parte proporcional de la indemnización. (*F. J. J. M.*)

40. Arrendamientos rústicos (LAR 1980). Carácter de cultivador personal.—El artículo 16.1 LAR 1980, sobre todo en cuanto se trate de arrendamientos sobre parcelas de pequeño tamaño, o lo permita el tipo de actividad agraria que se desarrolla, es compatible con otras dedicaciones que pueda tener o desarrollar el arrendatario. En el caso, se trata de una pequeña empresa de ganadería, que se conduce entre el arrendatario y su familia, conforme a la previsión que se contiene en el artículo 16.1 LAR 1980, de modo semejante a las explotaciones a que se refieren las SSTS de 3 de julio y 29 de septiembre de 1992, 13 de diciembre de 1993, 23 de junio de 1988, 28 de abril de 1989 y 14 de julio de 2001, y más después de que la Ley 19/1995 de 4 de julio, hubiera modificado el artículo 15 sustituyendo la «dedicación preferente» por la de «ocupación de manera efectiva y directa» (STS de 17 de julio de 2000).

Efecto de cosa juzgada. Sentencia anterior sobre acceso del arrendador rústico a la propiedad en que no se debatía la condición de profesional de la agricultura.—A efectos de la cosa juzgada, no cabe confundir la premisa con la decisión, que es donde se genera. De acuerdo con la doctrina jurisprudencial consolidada (SSTS de 10 de junio y 31 de diciembre de 2002, 15 de julio de 2004 y 28 de octubre de 2005, entre otras), la identidad de la causa de pedir concurre en aquellos supuestos en que se produce una perfecta igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción (como había dicho la STS de 27 de octubre de 2000), pero en todo caso el juicio sobre la concurrencia o no de la cosa juzgada ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto en el primer pleito con lo pretendido en el segundo (SSTS de 3 de abril de 1990, 31 de marzo de 1992, 25 de mayo de 1995 y 30 de julio de 1996), pues el efecto positivo de la cosa juzgada actúa (SSTS de 16 de junio de 1994, 20 de septiembre de 1996, 20 de noviembre de 2000, 28 de octubre de 2005, etc.) en el sentido de no poder decidir en proceso posterior un concreto tema, cuestión o punto litigioso de manera contraria o distinta a como quedó resuelto o decidido en pleito contradictorio precedente. Por tanto, habiendo una previa sentencia que se ciñe a la pretensión sobre derecho de acceso a la propiedad, uno de cuyos presupuestos era el tipo de «cultivo personal», pero en que no se debatía la condición de profesional de la agricultura o la calidad del cultivo que es presupuesto de la condición de arrendatario, como ocurre en este pleito, nos encontramos con que esta cuestión pudo haberse suscitado en aquel litigio, y no resulta cubierta por el efecto positivo de la cosa juzgada respecto de la pretensión de acceso a la propiedad, por lo que habría que entender, en todo caso, que no cabe deducir en este litigio una pretensión que podría haberse presentado en el anterior. (STS de 13 de julio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—Don H. era arrendatario de una finca de escasas dimensiones, dedicada a la explotación ganadera, siendo los propietarios doña C. y don L. El hijo de don H., don M. A., entabló conjuntamente con él un procedimiento judicial sobre acceso a la propiedad, en el que el Tribunal Supremo ya declaró que no tenía la condición de cultivador personal. Don M. A. trabaja por cuenta ajena en GL, S. A. a jornada completa.

Don M. A., considerándose arrendatario al fallecimiento de su padre, demandó a doña C. y don L. en solicitud de que se realizaran

por la propiedad determinadas obras de reparación, de conformidad con los artículos 52 y 54 LAR 1980, y éstos se opusieron y formularon reconvencción, en la que solicitaron que se declare resuelto el contrato de arrendamiento, ordenando el desalojo y puesta a disposición de la propiedad.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando la obligación de ejecutar las obras de reparación solicitadas, y desestimó la reconvencción, declarando no haber lugar a la resolución. Interpuesto recurso de apelación por doña C. y don L., la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia de primera instancia, desestimó la demanda y estimó la reconvencción, declarando resuelto el contrato de arrendamiento. Contra esa sentencia, don M. A. recurrió en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—El caso se resuelve, por las fechas en que se desarrolla, conforme a la LAR 1980. En la vigente LAR de 2003, en cambio, no sería ya relevante para poder ser arrendatario rústico la condición de «profesional de la agricultura» o «cultivador personal», problema principal en torno al cual gira la resolución anotada, pues en esta norma destaca —y así se señala en su propia Exposición de Motivos— el cambio de orientación que representa la supresión del requisito de la profesionalidad, exigido por la Ley de 1980, y del tope cuantitativo que ésta dejó establecido para evitar la acumulación de tierras, cambio introducido como consecuencia de la reestructuración de la agricultura española, en que se ha producido un descenso de las explotaciones individuales y un incremento de la importancia de aquellas de titularidad de una persona jurídica privada (destacadamente sociedades mercantiles o cooperativas). La nueva Ley, por otra parte, cambia el enfoque para la calificación como «agricultor profesional» (relevante aún, por ejemplo, para que el arrendatario cuente con los derechos de tanteo y retracto en los casos de transmisión *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas), estableciendo el doble criterio de la obtención de unos ingresos procedentes de la actividad agraria superiores al doble del IPREM y la dedicación directa y personal a esas actividades de, al menos, el 25% de su tiempo de trabajo. (F. J. J. M.)

41. Arrendamientos rústicos. Ámbito de aplicación: Ley de 1980. Límites a las mejoras útiles que puede hacer el arrendatario.—Las mejoras útiles han de hacerse en el sentido de que éstas no menoscaben la finca y pueda el arrendador conocer, consentir y asumir su resultado, o hacerlas o imponer sus consecuencias (STS de 15 de octubre 2001).

Cabe la acumulación de la acción de resolución de contrato por finalización del plazo contractual y sus prórrogas, y la de reclamación de cantidad por rentas adeudadas.—Dado que el actor puede acumular las acciones que le asisten contra el mismo demandado, salvo los juicios de desahucio por falta de pago y los de retracto, de acuerdo con el artículo 126 LAR de 1980. (STS de 13 de septiembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Una Fundación demandó a doña Catalina y a su hijo para dar por extinguido el contrato de arrendamiento rústico, en el que la primera era arrendataria y el segundo subrogado en el mismo, y, como consecuencia, que los demandados dejen libre y a disposición de la actora la finca rústica arrendada. Además solicitaba la actora el pago de las rentas pendientes. La parte demandada formuló reconvencción en el sentido de que para el caso de que se declarase la extinción del contrato, la Fundación les compensase las mejoras realizadas en la finca, según informe pericial aportado.

El Juzgado estimó parcialmente la demanda al declarar resuelto el contrato de arrendamiento, al obligar a la demandada a dejar libre la finca y a abonar parte de las rentas reclamadas; además, el Juzgado desestimó la reconvencción, salvo en relación con un cercano que había instalado el subrogado, el cual podía ser retirado por los reconvincientes siempre que no causase deterioro a la finca. La Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la arrendataria y su hijo. (*I. D. L.*)

42. Arrendamientos rústicos. Desconocimiento de la figura del arrendamiento parciario en la legislación anterior a la Ley de 31 de diciembre de 1980 de Arrendamientos Rústicos. Contrato celebrado antes de su entrada en vigor: inaplicabilidad de la normativa que sobre el arrendamiento parciario contiene la citada Ley.—La figura del arrendamiento parciario, previsto en el artículo 101 de la Ley de 31 de diciembre de 1980 de Arrendamientos Rústicos, era desconocida por la anterior legislación, por lo cual el contrato existente entre las partes antes de la entrada en vigor de dicha Ley debe regirse por la legislación anterior (DT 1.^a, regla primera, párrafo primero, de dicho texto legal), puesto que no se puede admitir la aplicabilidad de una normativa inexistente al tiempo del contrato, en cuanto entraría en contradicción con el principio de irretroactividad de las Leyes (arts. 9.3 CE y 2.3 CC). (**STS de 11 de octubre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—El actor propietario de las fincas demandó al arrendatario cultivador de las mismas para la extinción del contrato que les vinculaba y en el que, uno y otro, habían venido a suceder a sus respectivos progenitores en las posiciones jurídicas que ocupaban merced al contrato celebrado entre estos ascendientes en 1956. El demandante consideraba que era un contrato de aparcería al que era de aplicación el artículo 102 LAR de 1980. Por ello, y teniendo intención de resolver el contrato, requirió de desalojo al arrendatario. Una vez transcurrido el plazo y continuando el aparcerero en el cultivo de las fincas, el propietario presentó demanda solicitando la finalización del contrato. El demandado se opuso al considerar que se trataba de un arrendamiento parciario, así como que sobre una de las fincas existía un contrato de arrendamiento del año 1990 «a primeras cepas» o «rabassa morta». Asimismo, reconvino la existencia de una novación extintiva del contrato de 1956 sobre, al menos, una de las parcelas, por la que se habría celebrado un nuevo contrato «a primeras cepas», y de la existencia de mejoras y maquinaria

afectas a la explotación que habrán de ser abonadas en el momento de abandonar las fincas. El Juzgado de Instancia estimó íntegramente la demanda y parcialmente la reconvencción. La Audiencia Provincial de Albacete desestimó el recurso de apelación interpuesto por el demandado. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (C. O. M.)

43. Contrato de obra. Obligación de resultado. Incumplimiento.

Es cierto que la sentencia recurrida acude a la llamada «presunción de culpa de los intervinientes en el proceso constructivo» que presenta como «doctrina consolidada», y que surgió al socaire de la responsabilidad por vicios ruinosos que establecía el artículo 1591 CC, en SS como las de 17 de febrero de 1982, 28 de octubre de 1989, 27 de junio de 1994, 19 de octubre de 1998, etc., pero se trata de una afirmación que en el contexto en el que se produce, viene a indicar que no habiéndose conseguido la insonorización que era el resultado propuesto como objetivo primario, ha de haberse producido un incumplimiento, suponiéndose en tal caso, con apoyo en preceptos como los contenidos en los artículos 1098, 1101, 1103, 1104 y 1182 a 1184 CC, que ha habido al menos una negligencia o una impericia en la actuación del contratista, que además ha de asumir el caso fortuito (arts. 1589 y 1590 CC), como ha establecido la jurisprudencia (SS de 3 de mayo de 1993, 15 de junio de 1994, 19 de octubre de 1995, etc.), con lo que se está señalando que estamos ante una típica obligación de resultado, que la doctrina y la jurisprudencia (SS de 12 de julio y 24 de octubre de 2002, 30 de enero de 1997, 14 de junio de 1989, 12 de julio de 1994, entre otras) han identificado como variante de las obligaciones de hacer en la que se define el contenido de la prestación del deudor a partir de la inclusión o no en la prestación comprometida del logro o la realización de aquel «interés primario» del acreedor que subyace en la constitución del vínculo obligatorio, de modo que el deudor no se obliga solamente a desplegar una actividad diligente con vistas a la obtención de un determinado resultado, sino que es el logro de ese resultado concreto el que se constituye en contenido de la prestación del deudor.

Y aunque hay que admitir que, desde este punto de vista, acudir a la culpa como criterio de imputación resulta artificioso cuando no ficticio, pues es claro que la insatisfacción del acreedor por razón de no haberse obtenido el resultado basta, en principio, para desencadenar la responsabilidad del deudor, no es menos cierto que la afirmación de una culpa presunta no es básica para la decisión que adopta la sentencia recurrida, ya que se subraya, fundamentalmente, la carencia de un verdadero cumplimiento de la prestación, y se utiliza la equívoca expresión culpa para señalar la exigencia de responsabilidad y la imputación de daño al deudor incumplidor, al que se supone, en un sentido general y carente de precisión, «en culpa»; y más cuando esta aseveración viene apoyada en un análisis cuidadoso de los diversos informes periciales obrantes en autos [...] pues de los artículos 1101 y 1214 CC (entonces vigente), en relación con los preceptos contenidos en los artículos 1105 y 1182 a 1184 CC, cabe deducir que al actor, en cuanto acreedor, le bastaba probar la obligación que le une al deudor, la infracción por no haberse producido el cumplimiento y los daños (en su derivación causal y en su importe), pero no necesariamente la culpa del deudor, por lo que no se ha podido infringir el artículo 1214 CC, ya que no se hace recaer sobre una parte las consecuencias de la falta de prueba de un hecho que

correspondía probar a la otra parte (SS de 24 de octubre de 1994, 1 de febrero y 22 de mayo de 1995, etc.) ni se establece como probado un hecho controvertido carente de prueba, ni se altera sin fundamento el principio de distribución de la carga de la prueba (SS de 3 y 14 de julio de 1992, 21 de octubre de 1994, etc.). El motivo, por ello, se desestima.

Lucro cesante.—[...] por más que, en efecto, sea indemnizable el lucro cesante, se requiere una evaluación basada en la realidad y dotada de cierta consistencia, como tantas veces ha dicho esta Sala (SS de 17 de julio de 2002, 27 de octubre de 1992, 8 de julio y 21 de octubre de 1996, entre tantas otras), pues es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas ni contingentes, como ha dicho la S de 29 de diciembre de 2000, precedida y seguida de muchas otras (30 de noviembre de 1993, 8 de junio de 1996, 15 de julio y 5 de noviembre de 1998, 14 de julio de 2003, etc.).

Responsabilidad de los intervinientes en el proceso constructivo.—No hay, en efecto, una previsión legal que imponga la responsabilidad solidaria de los intervinientes en el proceso constructivo cuando puede individualizarse la que corresponde a cada uno de ellos. Decía la S de 27 de noviembre de 1999 (con base, entre otras, en las de 31 de enero y 4 de abril de 1997 y 13 de marzo de 1998) que «es indudable que tanto la responsabilidad de los distintos oficios que confluyen en el proceso constructivo, como en cualquier otro supuesto de responsabilidad por culpa, ésta es individual y personalizada». Y, al quedar delimitada, no entra en juego la solidaridad, que precisa que el suceso dañoso haya sido provocado por una acción plural (SS de 3 de octubre de 2002, 31 de marzo, 16 de julio, 1 de octubre y 4 de noviembre de 1992, 7 de julio de 1990, etc.). Pues la solidaridad viene impuesta, como impropia, en beneficio de los perjudicados, ante la ausencia de conductas y actuaciones concretas atribuibles a identificadas personas (SS de 29 de marzo de 1994, 25 de octubre de 1996, 25 de junio de 1999, 14 de abril de 2003, 27 de junio de 2002, entre otras).

Doctrina de los actos propios.—Se trata aquí de un tema que no cabe reconducir a la prohibición del *venire contra factum*, que es una manifestación del principio general de buena fe, en sentido objetivo, que se recoge con carácter general en el artículo 7.1 CC, como referencia, en el ejercicio de los derechos subjetivos, al estándar de comportamiento honesto y leal, que impone un deber de coherencia en el tráfico, sin que sea dable defraudar la confianza que fundamentalmente se crea en los demás. No se cumplen aquí los requisitos reiteradamente señalados por la jurisprudencia en numerosísimas sentencias (entre las cuales las de 24 de mayo de 2001, 9 de mayo de 2000, 30 de enero de 1999, 28 de enero y 25 de octubre de 2000, 27 de febrero y 16 de abril de 2001, 25 de enero y 5 de julio de 2002, etc.), el primero de los cuales es que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídicamente afectante a su autor; y el segundo que exista una incompatibilidad o contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente. Pues es claro que, aun aceptando que la recepción de conformidad de las obras por parte de la parte actora y la declaración de su ajuste a la norma establecida pudieran crear o fijar una situación jurídica, no cabe establecer una contradicción con el ejercicio de las acciones dirigidas a pedir la reparación de daños en cuanto, a pesar de la inicial conformidad respecto de la realización de las obras encargadas, resultan insuficientes o inadecuadas para lograr la insonorización propuesta como objetivo.

Debe tenerse en cuenta que las obras se realizan conforme a un proyecto, y se confía en la suficiencia y en la calidad de ese proyecto, y que la parte que las recibe confía en la certificación extendida por el técnico que realizó el proyecto, careciendo de conocimientos técnicos para evaluar por sí misma la calidad de las obras realizadas. (STS de 14 de julio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—Doña A. interpuso demanda contra la mercantil B. y contra don C. reclamándoles indemnización por el incumplimiento de un contrato de ejecución de obra. Ésta consistía en la insonorización de un local que la actora utilizaba para su negocio de hostelería. Las obras realizadas no habían bastado para conseguir la insonorización lo que, a su vez, dio lugar consecutivamente a la denegación de apertura del local, clausura y precinto ordenados por el Ayuntamiento. La sentencia del Juzgado estimó que no había incumplimiento por parte de don C., ingeniero técnico industrial y autor del proyecto de tratamiento acústico, y que no se había acreditado la existencia de incumplimiento o de actuación negligente imputable a la contratista, por lo que desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó en parte y condenó solidariamente a los demandados a abonar a doña A. determinada cantidad. Contra la sentencia de apelación interpusieron recurso de casación la actora y la mercantil demandada. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso entablado por B. (R. G. S.)

44. Contrato de obra. Responsabilidad del contratista. Responsabilidad decenal. Contenido de la responsabilidad.—La denominada «responsabilidad decenal», aunque inspirada en un sistema de valoración del comportamiento y de la imputabilidad, se encuentra en muy buena medida objetivada, lo que se manifiesta en que el contratista es responsable si la ruina ha obedecido a un defecto de construcción, y el técnico lo es si ha tenido su origen en la especial naturaleza del suelo o de la dirección de la obra; y, también, es opinión general de la doctrina científica la de fundar la responsabilidad decenal en la culpa, así como que el párrafo primero del artículo 1591 establece una presunción *iuris tantum* de responsabilidad, que actuará en un doble espacio: *a)* en el de la causalidad, en el sentido de que la ruina ocurrida dentro de los diez años es atribuible, antes que al caso fortuito, a defectuosa construcción, entendida como causa originaria; y *b)* en el de la imputabilidad, que permite atribuir el vicio al constructor.

Presunción de imputabilidad de la responsabilidad decenal en caso de ruina.—La doctrina jurisprudencial ha declarado que la responsabilidad *ex lege* derivada del artículo 1591 CC lleva consigo la existencia de la presunción *iuris tantum* de que si la obra ejecutada padece ruina, ésta es debida a las personas que en ella intervinieron, de tal forma que la parte actora sólo ha de probar el hecho de la ruina (STS de 28 de octubre de 1988, que cita la de 8 de noviembre de 2002).

El importe de la indemnización por responsabilidad decenal ha de incluir el IVA.—La demandante ha reclamado el importe del coste de reparación de las deficiencias detectadas en el muro, lo que comprende el Impuesto sobre el Valor Añadido, sin que ninguna norma de Derecho fiscal imponga alguna restricción sobre este particular, máxime cuando los técnicos y con-

tratistas que realicen la reparación habrán de cargar en sus facturas los correspondientes importes en concepto de dicho impuesto.

Admisibilidad del recurso a los intereses legales como medio de actualización del importe de la reintegración económica.—Como ha razonado la STS de 16 de diciembre de 2004, la falta de pago de una cantidad de dinero —deuda de cantidad—, siempre produce un daño mínimo que no hace falta ni probar, dado el carácter naturalmente productivo del dinero, y, en las deudas de valor, entre las que se encuentran las resarcitorias, en que el dinero es la medida de valor de otras cosas o servicios respecto de las cuales funciona como equivalente o sustitutivo, la reintegración económica habrá de responder a la finalidad de restablecer la situación al tiempo del daño, por lo que la indemnización habrá de ajustarse en lo posible, como indica la doctrina científica, al poder adquisitivo del importe que va a recibir, por ello, para lograr tal equilibrio, en orden a salvar el principio de indemnidad, en la práctica y por la jurisprudencia, se siguen diversos criterios, pero nada obsta en que se pueda señalar el de los intereses legales (concepto no vinculable en exclusiva a moratorios), no porque sea de aplicación el artículo 1108 CC, sino porque el abono de dicho incremento permite aproximar el resarcimiento a la total reintegración económica —equivalente o sustitutivo del daño causado—, sin dar lugar con ello a ninguna situación de enriquecimiento injusto. (STS de 12 de julio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—PD, S. A. era propietaria de una nave industrial, construida con proyecto y dirección técnica de II, S. A. (hoy T9), y concretamente por el Ingeniero Técnico don J. A., donde CAI, S. A. (hoy AR, S. A.) figuraba como aseguradora de éste y CO, S. A. lo era de II, S. A. Se produjo el derrumbamiento de un muro de dicha nave, ocasionándose diversos daños cuya determinación resultaba discutida.

PD, S. A. presentó demanda contra II, S. A., don J. A., CO, S. A. y CAI, S. A., solicitando que se condenara solidariamente a las demandadas a indemnizarle en la suma de 40.560.800 pesetas (en que se estima el coste de las reparaciones a efectuar) o aquella otra cantidad que resulte de la apreciación de la prueba, más al pago de los intereses y la penalización correspondiente según el artículo 20 LCS en el caso de las aseguradoras.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a los demandados a abonar a la actora 40.391.005 pesetas, como valor de la reparación a efectuar, y debiendo las aseguradoras demandadas abonar el 20% de interés de dicha cantidad desde la producción del siniestro. Interpuesto recurso de apelación por AR, S. A. y CO, S. A., la Audiencia Provincial estimó plenamente el recurso de AR, S. A. y parcialmente el de CO, S. A., revocando parcialmente la sentencia de primera instancia en el sentido de absolver a AR, S. A. de la demanda y a CO, S. A. del pago de los intereses del 20% de la cantidad a satisfacer y del pago de 500.000 pesetas del total a satisfacer, correspondiente a la franquicia contractualmente establecida con II, S. A. Contra esa sentencia, CO, S. A. recurrió en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—El caso se resuelve conforme al artículo 1591 CC debido a la fecha en que se produjeron los hechos (1992). En la actualidad, hemos de tener en cuenta que, tras la entrada en vigor de la LOE de 1999, el plazo decenal de responsabilidad para las edificaciones que entran bajo su ámbito de vigencia ha quedado limitado a los daños en elementos estructurales que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio, estableciéndose un plazo de responsabilidad de tres años respecto de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad, y de un año respecto de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año. (*F. J. J. M.*)

45. Responsabilidad decenal. Responsabilidad de los agentes constructivos. Solidaridad.—Declara el Tribunal Supremo que en los procesos referentes a la aplicación del artículo 1591 CC, aunque una vez acreditada la ruina de un edificio se presume la culpa de los agentes constructivos, la consecuencia jurídica resarcitoria puede individualizarse en el responsable (SSTS de 31 de marzo de 2000, 8 de noviembre y 31 de diciembre de 2002). De hecho, es competencia del juzgador determinar las diversas responsabilidades plurales que pueden concurrir y, si es posible, individualizarlas, de acuerdo con el ámbito del que provenga el factor desencadenante de las deficiencias surgidas. Así, por ejemplo, el arquitecto sólo debe responder de los defectos constructivos cuando éstos sean imputables a la dirección superior de la obra (ámbito que, aunque se interpreta de forma amplia por la jurisprudencia, no es tampoco ilimitado, ni da lugar a una responsabilidad objetiva). En este contexto, la solidaridad es un último remedio, que sólo opera cuando hay pluralidad de responsables y no es posible concretar las respectivas responsabilidades (SSTS de 9 de marzo de 2000 y 27 de junio de 2002).

Propiedad horizontal de hecho.—El Tribunal Supremo admite en reiteradas sentencias la llamada propiedad horizontal de hecho, a la que aplica las normas de la Ley de Propiedad Horizontal y reconoce a la comunidad la capacidad para adoptar acuerdos válidos (sirvan de ejemplo las SSTS de 1 de febrero de 1995, 7 de abril de 2003 y 25 de marzo de 2004). Declara en este sentido que el título constitutivo no es un elemento sustancial para la existencia y funcionamiento de la comunidad, como tampoco lo es la inscripción en el Registro, que carece también de efectos constitutivos, y sólo se realiza, simplemente, a efectos de publicidad y en cuanto a terceros.

Presidente de la comunidad. Legitimación.—El Presidente de la comunidad está investido de un mandato suficiente para defender en juicio y fuera de él los intereses complejos de toda la comunidad, no sólo en cuanto a lo que afecta a los elementos o intereses comunes, sino también de los propietarios en particular, salvo oposición expresa o formal de éstos (SSTS de 7 y 12 de febrero de 1986 y 16 de octubre de 1995). (**STS de 17 de julio de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—En un conjunto residencial del municipio de Vina-roz, se detecta la existencia de vicios ruinógenos en diversos bloques. La urbanización está compuesta por zonas habitadas, viales

de acceso y zona deportiva y recreativa; pero no existe un título constitutivo de la propiedad horizontal para el conjunto de los bloques, sino distintas comunidades de propietarios. No obstante, el conjunto residencial tiene unos estatutos reguladores, constan documentadas reuniones conjuntas, se ha nombrado un Presidente y se han adoptado acuerdos sobre la vida y funcionamiento en la comunidad.

En este contexto, el Presidente de la urbanización interpone demanda sobre responsabilidad decenal por vicios constructivos contra las empresas constructoras de los bloques afectados y los arquitectos de los mismos, solicitando que se declare la ruina de los edificios y la obligación de los responsables de reparar los defectos de la construcción o, en su defecto, indemnizar los daños causados. Se estima la demanda parcialmente en primera instancia, condenándose a las empresas constructoras y absolviéndose a los arquitectos. Interpuesto recurso de apelación por las constructoras demandadas, la Audiencia Provincial estima en parte el recurso y establece la responsabilidad solidaria de las constructoras entre sí, en relación con los diferentes bloques afectados. Las empresas constructoras interponen entonces recurso de casación, en el que discuten la legitimación activa del Presidente de la urbanización y solicitan que se condene también solidariamente a los arquitectos de los edificios. (A. M. M.)

46. Contrato de vitalicio.—El contrato denominado de vitalicio, como señalan, entre otras, las SSTS de 30 de noviembre de 1987, 31 de julio de 1991 y, entre las más recientes, las de 18 de enero de 2001, 9 de julio de 2002 y 1 de julio de 2003, es un contrato autónomo, innominado o atípico, que participa en parte del carácter del de renta vitalicia aunque no es enteramente el mismo, por el que se hace cesión de bienes a cambio de la obligación de dar asistencia y cuidados durante toda la vida del o de los cedentes. En el caso, se impone al *donatario* la obligación de alimentar, tener en su compañía y atender a todas las necesidades de la donante y de sus hijos, de modo que si el *donatario* no cumpliera dicha *donación* (*sic*) la *donante* podrá instar la revocación de la *donación* efectuada.

Caracterizado así el contrato, no puede aceptarse la interpretación que pudiera llevar a determinar la existencia o sujeción, además, a un modo de cumplimiento imposible consistente en que el donatario estuviera obligado a adjudicarse por entero la finca, cuando tal adjudicación dependía también de la voluntad de sus hermanos, modo que ha de tenerse por no puesto. Configurar tal previsión con efectos resolutorios vendría a significar que su incumplimiento determinaría la pérdida de los derechos del donatario de adquirir definitivamente lo donado cuando por su parte había cumplido aquello a lo que personalmente se obligó, que era prestar alimentos a su madre y hermanos. Así, se impone como requerimiento o admonición al donatario para que actúe en determinada forma si ello fuera posible, pero sin que el hecho de no poder llegar a hacerlo en el momento de la división por depender tal cumplimiento de la voluntad de terceros pueda significar la pérdida de los derechos que se le atribuyen. (STS de 1 de septiembre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Doña C., fallecida en 1966, estuvo casada con don J. E., fallecido en 1925, de cuyo matrimonio nacieron ocho hijos: F., A., G., S., M., M. R., E. y R. doña C. donó en 1963 a su hijo L. la mitad indivisa de dos fincas rústicas, conocidas ambas por el nombre de LSP, habiendo adquirido la donante su participación en dichas fincas en virtud de la comunicación foral vizcaína al fallecimiento de su marido, don J. E. La donación se hizo en pleno dominio imponiendo al donatario la obligación de alimentar, tener en su compañía y atender a todas las necesidades de la donante, así como de sus hijos don F. y don A., e imponiéndose como condición personal al donatario la obligación de que, al disolver la comunidad que entre él y sus hermanos resultaba, se adjudicara en pago de todos sus derechos que en la comunidad le correspondieran en estas dos fincas la finca de menor extensión, quedando la otra finca para el resto de los hermanos en la forma que ellos dispongan.

Doña P. (esposa de don R.; posteriormente fallecida y sustituida por sus hijas doña M. I. y doña A.) presentó demanda contra la Comunidad Hereditaria de don J. E., don S., la Comunidad Hereditaria de don G., en las personas de sus hijos, don B. y don J. C., doña El. (viuda de don G.) y doña M.; doña M. R., doña E. y doña M. I. y doña A., solicitando que se declarara la propiedad de la finca LSP menor en favor de doña P. y de la Comunidad Hereditaria de don R. por mitades e iguales partes indivisas; se condenara a los demandados doña El., Comunidad Hereditaria de don G., don A. y don J. C., a rendir cuentas de la administración efectuada respecto de dicho inmueble, y a satisfacer a la demandante la cantidad que en ejecución de sentencia sea fijada en concepto de daños y perjuicios por la demora injustificada en la entrega del inmueble; y se declarara extinguido el régimen de comunicación foral entre doña C. y doña M., don R., don F., don A., don G., don L.A., doña M. R., y doña E.; o bien, subsidiariamente, que se declarara la propiedad de los expresados sobre la mitad indivisa de la finca LSP, se condenara a los demandados a satisfacer a los actores la mitad del valor real de la finca LSP mayor, se declarara haber lugar a la disolución de la comunidad sobre la finca LSP de menor extensión y a su división, y se condene a los demandados doña El., Comunidad Hereditaria de doña E. y a don A. y don J. C., a rendir cuentas de la administración de dicho inmueble, y a satisfacer a la actora la cantidad que en ejecución de sentencia sea fijada en concepto de daños y perjuicios por la demora injustificada en la entrega, y que se declarara extinguido el régimen de comunicación foral entre doña C. y doña M., don R., don F., don A., don G., don S., doña M. R., y doña E.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando la propiedad de la finca denominada LSP de menor extensión en favor de doña P. y de la Comunidad Hereditaria de don R., minorada en un octavo del valor equivalente correspondiente a la finca LSP grande, valor éste que se determinaría en ejecución de sentencia y condenando a doña El., Comunidad Hereditaria de don G. y don A. y don J. C. a que rindan cuentas de la administración de la finca. Interpuesto recurso de apelación por don S. y otros, la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia de primera instancia y desestimando la demanda. Contra esa senten-

cia, doña A. y doña M. I., por fallecimiento de la que fue actora doña P., recurrieron en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—El contrato de vitalicio, que en el Derecho común se conceptuaba tradicionalmente como un contrato atípico, finalmente ha recibido tratamiento normativo con la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que introdujo el denominado «contrato de alimentos» con similares características: «Por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos» (art. 1791 CC). En cambio, en el Derecho gallego (y en menor medida en algún otro de los Derechos forales o especiales, como el aragonés y el vasco, en donde se establecen modalidades de asociación familiar) el vitalicio sí podía considerarse como contrato típico (además, tiene en este Derecho una larga tradición consuetudinaria), y así últimamente aparece contemplado en los artículos 147 a 156 de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 2006 (antes, en los arts. 95 a 99 de la anterior Ley de 1995). En cualquier caso, se ha de tener en cuenta que —como destacan, entre otras, las SSTs de 28 de mayo de 1965 y 8 de mayo y 2 de junio de 1992, aunque no faltan voces contrarias en la doctrina, como QUIÑONERO— se trata de un contrato autónomo, no una modalidad de la renta vitalicia (en la que la prestación que ha de realizar el deudor no es alimenticia, sino de una cantidad dineraria). (F. J. J. M.)

47. Sociedad civil. Causas de disolución. Carácter enunciativo del artículo 1700 CC. Mutuo disenso como causa de disolución de la sociedad civil. Forma expresa o tácita.—La enumeración de causas de disolución que contiene el artículo 1700 CC no es cerrada, sino que debe ser integrada con otras de indudable efecto disolutorio por su aptitud para abrir la fase de liquidación, como es, dada la naturaleza contractual de la sociedad, el mutuo disenso o acuerdo de quienes celebraron el contrato de extinguir la relación jurídica nacida de él. O, en otros términos, la retractación bilateral del contrato (STS de 5 de abril de 1979). Causa, por lo demás, prevista expresamente en legislaciones que se apartaron del silencioso artículo 1844.7 del Código Civil francés, artículos 2272.3.º del Código Civil italiano y 1007.a del portugués. A ese negocio jurídico consensual y extintivo se puede llegar no sólo por medio de declaraciones expresas, sino también mediante declaraciones tácitas o actos concluyentes, esto es, con palabras, signos o actos que no sirven para exteriorizar directamente la voluntad extintiva de quienes los emplean o ejecutan, pero de los que la misma se infiere o deduce inequívocamente.

Sociedad. Personalidad jurídica. Doctrina del levantamiento del velo. Inaplicación.—Es cierto que, en ocasiones, la jurisprudencia ha evitado sancionar determinadas consecuencias que, no obstante resultar inadmisibles en nuestro sistema jurídico, quedarían amparadas por una concepción hermética de la personalidad de las sociedades (STS de 29 de julio de 2005), mediante el recurso a la técnica de penetrar en su substratum personal, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal, se puedan perjudicar

ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 CC), con posibilidad de que los Jueces puedan penetrar en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, en un ejercicio antisocial (STS de 28 de mayo de 1984). Esa técnica carece de utilidad en el caso, ante la declaración, como hecho probado, de que las dos sociedades, una ya disuelta, son totalmente distintas, pese a la parcial identidad de socios y la utilización de bienes que habían sido aportados a la primera para posibilitar la explotación de un negocio, lo que sólo pudo lograr, completado y organizado el conjunto, la segunda. (**STS 14 de septiembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Magistrado Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—El actor tenía una sociedad civil constituida con otros tres socios, la cual no llegó a realizar actividad alguna para la consecución de su fin social, a excepción de la constitución del fondo común. Estos tres socios constituyeron, por su parte, una sociedad anónima, dedicada a la explotación agropecuaria, sin intervención del actor, quien no ostentaba titularidad de ninguna acción en esta otra sociedad. Transcurridos los años el actor insta la disolución de la sociedad civil, solicitando se le adjudique la participación correspondiente en el patrimonio social, en el cual solicitaba que se comprendiera el conjunto patrimonial generado por la actividad de la anónima. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Soria estimó el recurso de apelación del actor y, con estimación parcial de la demanda, declaró su derecho a obtener la participación que le correspondía en el patrimonio de la sociedad civil, que estimaba se había disuelto ya al tiempo de la demanda; pero sin admitir que dentro de dicho patrimonio social debiera comprenderse el generado por la actividad de la anónima de la que no formaba parte el demandante. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación del actor. (*L. A. P. M.*)

48. Fianza en garantía de obligaciones futuras. Interpretación de la expresión en garantía de deudas futuras contenida en el artículo 1825 CC. Requisitos para su validez.—La expresión en garantía de deudas futuras contenida en el artículo 1825 del Código civil ha sido interpretada por la jurisprudencia más reciente en el sentido de comprender aquellas deudas realmente futuras, es decir, las que aún no vinculan al deudor principal. La vinculación del deudor principal actúa como condición suspensiva, de manera que cuando llegue a estarlo, adquirirá su vigencia la fianza. La jurisprudencia ha exigido además, como requisito para la validez de esta clase de fianza, que la obligación futura quede determinada en este acto o sea susceptible de serlo en el futuro sin necesidad de un nuevo consentimiento entre fiador y quien con él hubiere contratado.

Legitimación para solicitar la nulidad de los actos realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro cuando éste fuera necesario (art. 1322 CC).—Sólo puede pedir la nulidad de los actos de disposición realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro, cuando éste fuera

preceptivo, el cónyuge que no ha prestado la autorización al negocio y no el que lo realizó por sí mismo.

Existencia de un seguro de créditos comerciales: ni extingue la deuda ni obliga al acreedor a dirigirse a la aseguradora.—La existencia de un seguro de créditos comerciales no extingue la obligación del deudor quien sigue obligado al pago de la deuda. Tampoco obliga al acreedor a dirigirse a la aseguradora antes que al deudor. Ésta es una cuestión ajena a las relaciones entre acreedor y deudor, que para este último es *res inter alios acta*. (**STS de 30 de octubre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Magistrada Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Entre junio de 1994 y abril de 1995 la mercantil B.L., S. A., vendió a la entidad A.S., S. L. una serie de productos textiles por valor de 6.815.220 pesetas (40.960,30 euros). Para su pago se habían girado una serie de efectos sin aceptar que, a excepción de un pequeño abono, resultaron impagados. La entidad acreedora presentó demanda contra la compradora y su administrador único y avalista don Luis Pablo. Éste se había comprometido a garantizar, con renuncia expresa al beneficio de excusión y hasta un límite de cinco millones de pesetas (30.050,61 euros), las cantidades que llegara a adeudarles la entidad A.S., S. L., cualquiera que fuera el concepto de que procedieran, con motivo de sus relaciones comerciales. El Juzgado de Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la sociedad demandada al pago de 6.460.718 pesetas (38.829,70 euros) y don Luis Pablo solidariamente y hasta el límite de cinco millones de pesetas, con los intereses legales a partir del día de la presentación de la demanda. Interpuesto recurso de apelación la Audiencia Provincial de A Coruña revocó parcialmente la sentencia sólo en lo relativo a los intereses, imponiendo los previstos en el artículo 921 LEC. 1881. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por los demandados. (*C. O. M.*)

49. Prenda. Naturaleza.—La calificación del contrato como de naturaleza real encuentra su apoyo en el tenor literal del artículo 1863 CC que exige, para constituirlo, que se ponga en posesión del acreedor o de un tercero de común acuerdo la cosa que ha de quedar gravada.

Prenda. Requisito de entrega.—La entrega de la cosa es necesaria, no sólo para el nacimiento del derecho real de garantía, sino, a la vista del artículo 1863 CC, respetuoso con la tradición romana, para la perfección del propio contrato que lo origina y que dicho texto legal tipifica.

Prenda. Modalidades pignoraticias no posesorias: admisión.—La naturaleza real del contrato de prenda previsto en el Código civil no significa que no sean válidas modalidades contractuales pignoraticias no posesorias, ya porque el propósito que llevó al legislador al tipificarlas fue precisamente mantener la cosa gravada en poder del deudor (art. 1 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, que derogó los arts. 1863 bis a 1873 bis del Código civil), ya porque, como consecuencia de la desincorporación cartular del valor mobiliario y su representación meramente contable, la entrega se haya sustituido en algún caso por una inscripción (art. 10 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores), ya porque estén expresamente admitidas formas negociales precontractuales de prenda o promesa de constituir la en el

futuro, como fuentes sólo de acción personal entre los contratantes (art. 1862 CC), ya porque sean tolerables contratos que cumplan funciones iguales a la prenda y tengan por objeto bienes incorporales, no susceptibles de posesión, ya porque el reconocimiento de la potencialidad normativa creadora de los particulares (art. 1255 CC) y el respeto a lo pactado *pacta sunt servanda* excluyen considerar, al margen de cuales sean las calificaciones procedentes, que no quede obligado quien, de acuerdo con el acreedor en constituir la prenda, se compromete a cumplir las formalidades posteriores que, unidas al consentimiento, sean necesarias para el nacimiento del derecho real de garantía y realización de valor en que consiste: entre ellas, la entrega de la cosa que se quiere pignorar.

Prenda. Prenda de acciones.—El artículo 57.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA) reconoce efectos, aunque meramente obligatorios, al contrato de prenda de acciones cuyo objeto lo constituyan títulos representativos de las mismas todavía no entregados, al disponer que, cuando no consten impresos, el acreedor pignoraticio tendrá derecho, como consecuencia del contrato, a obtener de la sociedad una certificación de la inscripción de su derecho en el libro registro de acciones nominativas.

Prenda. Prenda de acciones: efectos del contrato consensual.—El artículo 57.2 TRLSA se limita a admitir como sustitutivo de los títulos inexistentes su inscripción en el libro de acciones nominativas, sin negar otros efectos al contrato consensual. En particular, no niega al acreedor el derecho a exigir al accionista pignorante la entrega de dichos títulos, una vez sean impresos; esto es, que, conforme a lo convenido, despliegue la actividad precisa para que la sociedad cree los títulos y, hecho ello, para que se entreguen al acreedor o a un tercero. (STS de 21 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—D. Carlos María, interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía, contra don Evaristo y doña Penélope, principalmente en reclamación de cantidad, en concepto de pago de las rentas vitalicias anuales atrasadas, a proceder a la emisión de las acciones donadas o cedidas con garantía de prenda y a entregar al cedente de las citadas acciones, o sea al actor, la posesión de las mismas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Figueras estimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Gerona estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

50. Indemnización de daños y perjuicios derivada de accidente laboral. Competencia de la jurisdicción: sólo respecto de las demandas fundadas en responsabilidad extracontractual.—El Alto Tribunal confirma la jurisprudencia tradicional en este tema, de la que se ha apartado sólo en tres ocasiones. Conforme a esta jurisprudencia, las normas de responsabilidad contractual nunca podrán entrar en juego ya que se refieren única y exclusivamente a las obligaciones derivadas de un contrato civil o mercantil. (STS de 28 de septiembre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—P. E. y F. fallecen en accidente laboral. A. J. L. L., en nombre y representación de la hija menor de P.E., por un lado, y

A. y M., hermanas de F., por otro, interponen demanda frente a la empresa X en reclamación de cantidad. La demanda se funda en la existencia de culpa contractual de la empresa al amparo de los artículos 1101 ss CC.

El Juzgado de Primera Instancia estima la excepción de falta de jurisdicción alegada por la demandada.

La Audiencia Provincial revoca la sentencia de primer grado y estima parcialmente la demanda otorgando una indemnización de veinticinco millones de pesetas a la hija menor de P. E. y un millón de pesetas a cada una de las hermanas de F.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la empresa demandada. (B. F. G.)

51. Culpa extracontractual: anuncio erótico publicado sin consentimiento: daños morales: prescripción: *dies a quo*: diligencias previas sobreeseadas.—Los anuncios a que hace referencia la cuestión litigiosa se publicaron en la revista de la que los demandados son, respectivamente, editor y director, durante tres semanas seguidas en abril de 1996, y en virtud de denuncia de la actora se instruyeron diligencias previas, dictándose en ellas sobreseimiento por falta de autor conocido el 20 de mayo de 1996 mediante auto que adquirió firmeza el 4 de junio de 1996, presentándose la demanda civil el 2 de junio de 1997, por lo que no puede estimarse prescrita la acción ejercitada conforme los artículos 111 y 114 LECr puestos en relación con los artículos 1902 y 1969 CC ya que la firmeza del auto mencionado se produce por ministerio de la ley, una vez agotados los recursos legales, o transcurrido el término sin interponerlos, con independencia, a estos efectos, de cuándo sea declarada la firmeza y cuándo sea notificada, según reiterada jurisprudencia (SSTS de 8 de noviembre de 1984, 24 de febrero y 31 de marzo de 2003).

Daño moral: doctrina general: indemnizabilidad.—Aunque el daño moral no se encuentra específicamente nominado en el Código civil, tiene adecuado encaje en la exégesis de ese amplísimo *reparar el daño causado* que emplea el artículo 1902, como tiene declarado este Tribunal Supremo a partir de la STS de 6 de diciembre de 1912 en jurisprudencia reiterada (SSTS de 19 de diciembre de 1949, 25 de julio de 1984, 3 de julio de 1991, 21 de octubre de 1996 y 24 de septiembre de 1999, entre otras); su construcción jurídica como sinónimo de ataque o lesión a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad, peca hoy de anticuada y ha sido superada tanto por la doctrina de los autores como de esta Sala. Así, actualmente, predomina la idea de daño moral representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados (así los sentimientos de impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, inquietud, pesadumbre, temor, etc.), tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensa a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc.). De ahí que la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro Derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no tiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, correspondiendo a los Tribunales fijarlos equitativamente, atendiendo a las circunstancias de cada caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamen-

te posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado (SSTS de 31 de mayo de 1983 y 25 de junio de 1984). En el presente la actora vivía con su marido enfermo y dos hijos en una vivienda de planta baja, en una pequeña localidad, habiéndose producido por consecuencia de los anuncios eróticos, llamadas de hombres a la puerta de su casa y recepción de cartas con propuestas eróticas.

Cuantía de los daños: fijación en ejecución de sentencia: artículo 360 LEC derogada.—La sentencia hace una correcta aplicación del derogado artículo 360 LEC, pues sólo cabe deferir para ejecución de sentencia la fijación cuantitativa del daño en caso de imposibilidad de hacerlo en la sentencia, sin que, en modo alguna, quepa dejar para la fase de ejecución la prueba de la existencia de los daños o la procedencia de la indemnización.

Culpabilidad de la empresa editora.—En la comunicación supuestamente efectuada por la demandante a la revista, y que la parte demandada ha aportado, no hay firma alguna, por lo que al difundir el anuncio en estas circunstancias no parece que armonice en demasía con una actitud diligente, máxime que el respaldo que proporciona una mera fotocopia del DNI no puede considerarse suficiente a la hora de evidenciar una inequívoca voluntad de anunciarse, y también parece razonable que la confirmación de la autoría como paso previo a la publicación, se revela como una medida que la prudencia y cautela elemental hubiera aconsejado adoptar. (STS de 14 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.] (G. G. C.)

52. Culpa extracontractual: accidente laboral con resultado de muerte en la construcción de naves: competencia civil.—Siendo patente la superación del principio de inmunidad del empresario y de los límites de la reparación, resulta aconsejable, dada la complejidad de las indemnizaciones fundadas en la responsabilidad civil del empresario y las prestaciones de la Seguridad Social originadas por el mismo supuesto de hecho, mantener, en garantía del principio de reparación íntegra del daño la competencia del órgano jurisdiccional civil para conocer de la posible culpa del empresario fundada en los artículos 1902 y 1903 CC (STS de 8 de octubre de 2001, reiterada por la STS de 31 de marzo de 2006), basada en la compatibilidad de las indemnizaciones que podían conceder uno u otro orden jurisdiccional, doctrina que, con las variaciones notoriamente conocidas, se mantiene últimamente siempre que la demanda no se funde en el incumplimiento de las obligaciones del empresario derivadas del contrato de trabajo, sino en la culpa extracontractual del artículo 1902 CC, doctrina últimamente sostenida por la Sala Primera del Tribunal Supremo (SSTS de 28 de noviembre de 2001, 29 de abril y 4 de noviembre de 2004 y 19 de julio de 2005). En el presente caso, la demanda iniciadora del proceso se funda en la culpa extracontractual o aquiliana de los codemandados, por lo que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada, ha de declararse la competencia del orden jurisdiccional civil.

Culpa: doctrina general: inexistencia en el caso.—La esencia de la culpa consiste en prever lo que pudo y debió ser previsto o en la falta de la adopción de las medidas necesarias para evitar el evento dañoso; como dice la STS de 10 de julio de 2003: «la previsibilidad del resultado es el presupuesto lógico y psicológico de la evitabilidad del mismo». La diligencia exigible ha de determinarse, en principio, según la actividad de que se trate y de la que puede y debe esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso, afirmando la STS de 9 de octubre de 1999 que «según reiterada doctrina jurisprudencial es esencial para gene-

rar culpa extracontractual, el requisito de la previsibilidad del hombre medio con relación a las circunstancias del momento, no en abstracto, en que no puede estimarse como previsible lo que no se manifiesta con constancia de no poderlo ser». En el presente caso no puede estimarse culposa o negligente la conducta del encargado de la empresa demandada, cuya misión consistía en la colocación de chapas metálicas que formaban la cubierta de las naves propiedad de la empresa Netpark, también demandada, la cual se desarrolló durante la mañana del viernes 7 de febrero de 1992, para continuar el lunes siguiente en que tuvo lugar el accidente; el 10 de febrero de 1992 el oficial de la empresa ascendió a lo alto de la estructura metálica para colocar los anclajes de seguridad que habían sido retirados durante el fin de semana; para ascender a lo alto de la estructura se colocó una escalera. Atendidas estas circunstancias concretas era imprevisible que el peón accidentado tratase de ascender a la parte de la estructura metálica ya que en ese momento no tenía que realizar actividad alguna en ese lugar, y menos aun resultaba previsible que, despreciando la existencia de la escalera colocada al efecto, lo hiciese a través del encofrado. Según el proyecto de construcción de las naves su altura era de nueve metros, por lo cual la afirmación de la sentencia recurrida de que el accidentado cayó desde una altura de cinco o siete metros, es pura especulación, pues difícilmente podía enganchar su cinturón a los anclajes que estaba colocando el oficial de la empresa.

Nexo causal.—Según dice la STC de 25 de septiembre de 2003, recogiendo la doctrina jurisprudencial sobre la necesidad de un nexo causal entre la acción u omisión imputada al agente y el daño producido, en dicho nexo ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo; esto es, que los daños y perjuicios se deriven o fueran ocasionados por un acto imputable a quienes se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños resulten consecuencia necesaria del acto u omisión del que se hace dimanar. A su vez la STS de 10 de octubre de 2002 dice que el artículo 1902 CC ha sufrido una evolución jurisprudencial acorde con la realidad social siempre cambiante que, manteniendo un fondo de reproche culpabilístico, desplaza cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexo causal ya que subsume en la causa del daño la existencia de culpa. Por su parte la STS de 27 de diciembre de 2002 habla de la necesidad de la cumplida demostración del nexo sufrido, que haga patente la culpabilidad del agente en la producción del daño, sin que ello pueda sustituirse por la aplicación de la teoría del riesgo o de la inversión de la carga de la prueba.

Culpa exclusiva de la víctima.—El accidente fue debido a culpa exclusiva de la víctima al intentar el acceso a la parte más alta de la estructura metálica de la obra por una vía inadecuada y eludiendo hacer uso de la escalera colocada al efecto. (STS de 20 de julio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.] (G. G. C.)

53. Culpa extracontractual: accidente en el Metro con amputación de ambas piernas: apelación.—El principio de la *reformatio in peius* impide al órgano *ad quem* modificar el fallo apelado en perjuicio del recurrente, aunque se estime justo, principio que se deriva de otro que se enuncia *tantum devolutum quantum appellatum*, que supone una proyección del principio dispositivo que inspira el proceso civil, y como han mantenido las SSTC 84/1985 y 15/1987, se inserta tal prohibición en la tutela judicial del artículo 24.1 CE, que tiene su actual plasmación expresa en el artículo 465.4 LEC. Rige, por tanto, para la segunda instancia lo que se conoce como efectos devolutivos del recurso, con arreglo al cual la apelación se concreta por la

materia que, efectivamente, ha sido objeto de apelación, y ello sin duda permite al Tribunal de instancia valorar cuantas probanzas se hubieran practicado ante el órgano de la primera instancia y con mayor razón las llevadas a cabo en la alzada, como consecuencia del derecho de la parte apelada a contradecir o impugnar los fundamentos en la apelación, y de proponer la prueba consiguiente. Según el artículo 465.3 LEC la sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación, y, en este caso, ello permitió al Tribunal de apelación llegar a las mismas conclusiones obtenidas en la sentencia del Juzgado, si bien de forma reforzada como consecuencia del complemento valorativo hecho en la alzada a partir de las facultades revisoras que las normas procesales señalan a este recurso.

Motivación suficiente de la sentencia recurrida.—Ésta se encuentra suficientemente motivada tanto en las cuestiones fácticas o de hecho, cuanto en las jurídicas o de derecho, reforzando y corrigiendo en lo menester la valoración de las pruebas para llegar a idéntica solución jurídica que la sentencia de primera instancia; y si bien es cierto que no relaciona la actividad probatoria en párrafos separados, también lo es que sí extrae de ella, con motivación suficiente, la aplicación normativa que realiza y consiguiente condena de los demandados, al advertir conducta merecedora de reproche a través de la aplicación de la doctrina del riesgo.

Prueba del nexo causal.—Ya se aplique un criterio de imputación subjetivo, objetivo o cuasi-objetivo, en todo caso es preciso que se pruebe la existencia del nexo causal, correspondiendo la carga de la prueba al perjudicado que ejercita la acción; no bastando alegar la existencia del factor riesgo, que existe como potencial en la explotación de cualquier ferrocarril suburbano; no se acredita el nexo causal entre las omisiones de seguridad atribuidas a la empresa demandada y el resultado dañoso; dadas las circunstancias del caso hay que concluir que la víctima tenía el control de la situación desde que se cierran las puertas del convoy hasta que éste entra en el túnel en cuyo momento aquélla resulta arrastrada y atropellada por el tren. (**STS de 26 de septiembre de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Ambas sentencias de instancia son concordes en condenar a la empresa explotadora del Metro de Madrid al pago de una indemnización de ciento tres millones de las antiguas pesetas por causa del atropello de una persona en 1997, al iniciarse la marcha del convoy y penetrar en el túnel, con el resultado de la amputación de ambas piernas de aquélla. La estimación del recurso interpuesto por la empresa explotadora del Metro pudiera significar, a primera vista, un *paso atrás* en la doctrina que ha venido aplicándose en casos similares con invocación de la doctrina del riesgo. En realidad, hay una falta de prueba de lo ocurrido durante el corto espacio de tiempo entre el cierre automático de las puertas y el inicio de la marcha del convoy y su penetración en el túnel, en cuyo momento se produce el accidente. Puede parecer fuerte la expresión de *controlar la situación* por parte de la víctima, pero es lo que resulta de la falta de prueba de los autos. (G. G. C.)

54. Responsabilidad extracontractual. Necesidad de acreditar el nexo causal entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima. Siempre será requisito ineludible la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva del demandado y el resultado dañoso producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse. La necesidad de cumplida demostración del nexo referido que haga patente la culpabilidad del agente en la producción del daño, no puede quedar desvirtuada por una aplicación de la teoría del riesgo o de la inversión de la carga de la prueba, soluciones que responden a la interpretación actual de los artículos 1902 y 1903 CC en determinados supuestos pues el cómo y el porqué se produjo el accidente siguen constituyendo elementos indispensables en la identificación de la causa eficiente del evento dañoso. **(STS de 11 de octubre de 2006; no ha lugar.)** [Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—Doña Concepción presentó demanda en reclamación de indemnización de daños y perjuicios derivados de las lesiones sufridas mientras patinaba en la pista de hielo propiedad de la codemandada «D.V., S. A.», reclamando así mismo contra la compañía aseguradora de esta última. La actora estimaba que las lesiones se habrían producido merced al deficiente mantenimiento de la pista, así como a la ausencia de medidas de seguridad adecuadas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó solidariamente a las demandadas al pago de la indemnización solicitada. La Audiencia Provincial de Alicante estimó el recurso de apelación planteado por estas últimas y desestimó la acción ejercitada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación planteado por la actora. *(L. A. G. D.)*

55. Responsabilidad civil del empresario por accidente laboral: responsabilidad subjetiva.—Existen dos líneas jurisprudenciales sobre el tema indicado: por un lado, aquella que aplica criterios objetivos; por otra, la que rechaza la aplicabilidad en este ámbito de la responsabilidad por riesgo y exige tanto la prueba del nexo causal como de la culpa del empresario. La presente sentencia se sitúa en esta última línea afirmando, además, que es la seguida decididamente en las más recientes sentencias de esta Sala. Esta línea parte del principio de responsabilidad subjetiva consagrada como fundamento de la responsabilidad civil extracontractual en los artículos 1902 ss CC, que no admite otras excepciones que aquellas que se hallan previstas en la ley. No forman parte de dichas excepciones los supuestos en que la jurisprudencia atribuye la carga probatoria al causante del evento dañoso por razones derivadas, más que de una verdadera inversión de la carga probatoria, del principio de facilidad o proximidad probatoria, relacionado con circunstancias tales como los especiales deberes de diligencia que impone la creación de riesgos extraordinarios o la producción de daños desproporcionados o inexplicables a la producción de un siniestro o accidente en el ámbito propio de la actuación controlada de manera especial o excluyente por el agente causante del mismo.

El Tribunal Supremo no considera aplicable la doctrina de la responsabilidad por riesgo al presente caso porque los defectos de la caldera de calefacción, que causaron el fallecimiento del marido y padre de los demandantes,

no son imputables a la comunidad de propietarios codemandada, que en ningún momento alteró la configuración del cuarto de calderas; en cuanto al sistema de alarmas para detectar la presencia de monóxido de carbono, el Alto Tribunal tiene en cuenta que la comunidad tenía concertado el servicio de mantenimiento de las calderas con una empresa. No puede, por tanto, imputarse a la comunidad demandada una conducta imprudente o negligente en el mantenimiento y conservación del edificio y sus instalaciones, que sea causante del evento dañoso producido.

Responsabilidad civil derivada de accidente laboral: competencia de la jurisdicción civil limitada a las acciones de responsabilidad extracontractual.—Se reafirma la jurisprudencia que atribuye la competencia para conocer la responsabilidad civil dimanante de culpa extracontractual del empresario por muerte o lesiones del trabajador sufridas mientras desempeñaba su trabajo, al orden jurisdiccional civil.

Carácter extracontractual de la responsabilidad del empresario como consecuencia de un accidente laboral.—Su 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 la Sala Primera del Tribunal Supremo 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 ello, cabe examinar supuestos en que el mismo hecho dañoso puede originar un supuesto normativo de culpa extracontractual y uno de culpa contractual, lo que determina un concurso de normas coincidentes en una misma pretensión. (**STS de 3 de julio de 2006**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—B., portero de la finca sita en la comunidad de propietarios codemandada en el presente litigio, fallece como consecuencia del uso de un elemento común, en concreto, las calderas de calefacción. La viuda del fallecido interpone demanda en su propio nombre y en el de los dos hijos comunes menores, contra la comunidad de propietarios y la compañía aseguradora. La pretensión indemnizatoria se encuentra fundada en la culpa extracontractual.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda.

Interpuesto recurso de apelación por todas las partes, la Audiencia Provincial desestima los de las codemandadas y estima el de la parte demandante revocando la sentencia de primer grado y estimando totalmente la demanda. La Audiencia Provincial funda la responsabilidad en la defectuosa ventilación del cuarto en que se ubicaban las calderas, así como en la inexistencia de un sistema de alarmas para detectar la presencia de monóxido de carbono producido por una defectuosa combustión del carbón utilizado.

Interpuesto recurso de casación por las codemandadas, el Alto Tribunal estima en parte el recurso de casación y, asumida la instancia, procede a la desestimación de la demanda. (*B. F. G.*)

56. Daños por incendio en nave industrial al descargar materias inflamables: acción subrogatoria de la compañía aseguradora: concurrencia de culpa contractual y extracontractual.—La sentencia recurrida, al estimar la subrogatoria ejercida por la aseguradora del arrendador del local, descarta la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor y declara que el siniestro se produjo durante la descarga de mercancía inflamable desde el camión que los transportaba al interior de la nave industrial arrendada, en la que la demandada se dedicaba al empaquetado y almacenaje de tales productos, cayendo al suelo un palet de esos mismos; la prueba pericial destaca la imposibilidad de determinar concretamente cuál fue el motivo concreto del incendio, aunque en ningún caso pudo ser espontánea la ignición por la simple caída de los frascos al suelo, sino que era necesario que el líquido vertido o los vapores del mismo entrasen en contacto con un punto de ignición; afirma, además, que se pone en evidencia que las disposiciones y medidas adoptadas para prever y evitar el daño resultaron insuficientes, y que no se hallaba completa la diligencia exigible atendidas las circunstancias concurrentes con el carácter inflamable de los productos que se introducían en el interior del establecimiento en el que se desarrollaba su actividad industrial; la estimación de la demanda se basaba en la aplicación rigurosa de un régimen objetivista o cuasi-objetivista en la responsabilidad extracontractual, al concurrir criterios basados en una actividad de riesgo y en el beneficio económico que reporta a quien desarrolla una actividad comercial o industrial que se lleva a cabo en el entorno físico del establecimiento en que se produjo el accidente. La sentencia recurrida añade que la estimación de la demanda se fundamenta también en el artículo 1563, en relación con el artículo 1561 CC, sobre la obligación del arrendatario de mantener y devolver la finca, al concluir el arriendo, tal como la recibió, con inversión de la carga de la prueba sobre la producción del daño.

Presunción de culpabilidad del arrendatario del artículo 1563 CC: doctrina general.— Tiene su base en una relación contractual arrendaticia, en la obligación del arrendatario de guarda y custodia de la cosa, quedando libre acreditando que la cosa se perdió o deterioró sin su culpa (STS de 25 de septiembre de 2000). Es doctrina pacífica la exigencia de probar la falta de culpa para quedar exonerado, y ello se aplica a los incendios (SSTS de 9 de noviembre de 1993, 29 de enero de 1996, 13 de junio de 1998, y 12 de febrero de 2001, entre otras), por más que unas veces se hable de inversión de la carga de la prueba, y otras de presunción *iuris tantum* de culpabilidad contra el arrendatario, o de presunción *iuris tantum* más bien de responsabilidad. La reciente STS de 24 de enero de 2006, ilustra sobre el fundamento de tal responsabilidad. En definitiva, es aplicación de los principios generales en materia de contratación, como se deduce de relacionar el artículo 1183 con el artículo 1096.

Culpa extracontractual en caso de daños por incendio.—En materia de daños por incendio cabe añadir otras razones a la desestimación del recurso; así la STS de 24 de enero de 2004 afirma que la jurisprudencia exige la prueba del incendio causante del daño, pero no la prueba —normalmente imposible— de la causa concreta que lo causó; en consecuencia, el nexo causal es entre el incendio y el daño, no respecto a la causa eficiente —ni mucho menos, la culpa— del incendio causante del daño. Así la STS de 31 de enero de 2000 dice que ha ocurrido el incendio dentro del círculo de la actividad empresarial del demandado, sometido a su control y vigilancia, y es ajeno por supuesto al dañado; y en la de 20 de mayo de 2005, esta Sala analizó la doctrina de la responsabilidad por riesgo en relación a un caso de incendio, requiriéndose

que se haya creado un riesgo de cierta entidad, por lo que quedan excluidas las actividades de la vida inocuas o desprovistas de peligrosidad; o bien que se genere un incremento de riesgo, de modo que la actividad ejercida sea potencialmente peligrosa de producir un resultado dañoso. Cuando se produce un incendio en un inmueble, añade la sentencia últimamente citada, al perjudicado le corresponde probar su existencia y que se produjo en el ámbito de operatividad del demandado, y a la persona que tiene la disponibilidad –contacto, control o vigilancia– de la cosa en que se produjo el incendio le corresponde acreditar la existencia de la actuación intencionada de terceros (SSTS de 2 de junio de 2004 y 22 de marzo de 2005), o de serios y fundados indicios de que la causa ha podido provenir de agentes exteriores (SSTS de 9 de diciembre de 1986, 4 de junio de 1987, 18 de diciembre de 1989, 2 de junio de 2004 y 3 de febrero de 2005), admitiendo incluso la STS de 24 de octubre de 1987 la posibilidad de exoneración cuando se pruebe que en el lugar no había nada que representase un especial riesgo de incendio. Esta Sala tiene declarado repetidamente que no todo incendio es debido a un caso fortuito, sin que baste para atribuir tal carácter el siniestro producido por causas desconocidas (SSTS de 29 de enero de 1996, 13 de junio de 1998, 11 de febrero de 2000, 12 diciembre de 2001, 23 noviembre de 2004 y 3 febrero de 2005, entre otras), y que no resulta suficiente que no esté probada la causa concreta del incendio (SSTS de 29 enero de 2002, 26 junio de 2003, 23 noviembre de 2004 y 3 febrero de 2005). Con arreglo a esta doctrina en materia de incendio, no es necesario acudir a la doctrina de la responsabilidad por riesgo ni se requiere discurrir acerca de la inversión de la carga de la prueba. (STS de 18 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.] (G. G. C.)

57. Responsabilidad civil extracontractual. Teoría de la responsabilidad por riesgo. Requisitos para su aplicación.—La aplicación de la doctrina del riesgo exige que el daño derive de una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios, circunstancia que exige un juicio previo de valoración sobre la actividad o situación que lo crea, al objeto de que pueda ser tomado en consideración como punto de referencia para imputar o no a quien lo crea los efectos de un determinado resultado dañoso, siempre sobre la base de que la creación de un riesgo no es elemento suficiente para decretar la responsabilidad (STS de 10 de mayo de 2006). Siendo exigible además la concurrencia del elemento subjetivo de culpa, es decir, un reproche culpabilístico, que sigue siendo básico en nuestro sistema y que no admite otras excepciones que las previstas en la Ley. En tal sentido, la jurisprudencia no ha aceptado la inversión de la carga de la prueba más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño especialmente obligado a ello por sus circunstancias profesionales o de otra índole.

Actividad de bar o restaurante abierto al público. No es en sí misma actividad creadora de riesgo.—El hecho de tener un restaurante abierto al público no puede considerarse en sí mismo una actividad industrial creadora de riesgo de tal modo que todo lo que dentro de él ocurra a un cliente es responsabilidad de su dueño. La caída de una persona al levantarse de la mesa entra en ese círculo de acontecimientos normales y frecuentes de la vida, y no originada necesariamente por la actividad que en el local se desarrolla. Si el daño tuviese esa relación con tal actividad (por ejemplo, explosión de gas de las cocinas, alimentos en mal estado), podría aceptarse la teoría del riesgo empresarial, pero no en todo caso y circunstancia.

Responsabilidad civil. Necesidad de probar el nexo causal entre la acción u omisión y el resultado lesivo, cualquiera que sea el sistema de imputación de responsabilidad.—La necesidad de quedar acreditado el nexo causal entre la acción u omisión y el resultado lesivo es exigida reiteradamente por la doctrina de la Sala. En el caso falta incluso el presupuesto básico de conocerse la causa de la caída, que deviene imprescindible para poder atribuir la misma a la conducta activa u omisiva del demandado, pues no toda caída que acontezca en el interior del local ha de ser inexorablemente imputada a la responsabilidad de su propietario, como si fuera plenamente objetiva. La prueba de la relación de causalidad incumbe siempre a quien demanda, sea cual sea el criterio que se utilice para la imputación de la responsabilidad, el cual ha de basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por un posible recurso a la teoría del riesgo, objetivación de la responsabilidad o inversión de la carga de la prueba (STS de 21 de marzo de 2006). De tal modo que si no hay causalidad no cabe hablar, no ya de responsabilidad subjetiva, sino tampoco de responsabilidad por riesgo u objetivada. (STS de 11 de septiembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—La actora sufrió una caída al levantarse de la mesa en la que se encontraba participando en una celebración familiar, que tenía lugar en una cafetería-restaurant de Ibi. A consecuencia de esto se produjo la fractura de varios huesos de la muñeca derecha. La víctima demandó al propietario del restaurante así como a su aseguradora, al entender que el accidente se originó a causa de haber restos de comida y bebida en el suelo, que no habían sido limpiados por el personal, lo que propició que la actora resbalara y sufriera las lesiones referidas. Tanto el Juzgado de Primera de Instancia como la Audiencia Provincial rechazaron la demanda de la actora. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L. A. P. M.)

58. Responsabilidad civil extracontractual. Lesiones sufridas por menor de edad con ocasión de la práctica de la actividad recreativa de mini-golf.—La cuestión se centra en la conducta, activa o pasiva, de los propietarios y encargados del restaurante, en el sentido de qué es lo que se hizo, o no se hizo, o se debió haber hecho, con trascendencia para el resultado, de forma que se habría evitado el accidente; todo ello en una valoración social de la exigencia causal y de la diligencia que forma parte del juicio de reprochabilidad. A tal efecto ha de destacarse que las instalaciones y el material estaban en perfecto estado; el peligro que pueda suponer un palo de mini-golf es irrelevante cuando se entrega a unas personas para la práctica del entretenimiento; la edad de catorce años es apta para que se les efectúe la entrega, y puedan utilizarlos en la actividad recreativa sin la presencia o asistencia de personas mayores de edad; no tiene sentido considerar previsible que se pueda utilizar el palo, con ocasión de la realización de dicha actividad, para realizar un golpe de «swing»; es un hecho notorio que la práctica del mini-golf no requiere especial información, y, en cualquier caso, es ajena a la causalidad jurídica del evento; y, finalmente, la posibilidad de un mal uso o uso indebido o inapropiado de un palo de mini-golf, como de tantos otros objetos de la vida cotidiana, no justifica, en las circunstancias del caso, de personas,

tiempo y lugar, la exigencia de vigilancia por parte de los responsables del restaurante, cuya omisión pueda generar una causalidad jurídica, o incluso una negligencia determinante de responsabilidad extracontractual. (STS de 11 de octubre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Los componentes de un club de fútbol, menores de edad, comieron en el restaurante de la demandada, después de lo cual salieron a unas instalaciones de minigolf aledañas al comedor y también propiedad de aquélla. Dichas instalaciones están dispuestas para el mero recreo de los comensales o visitantes, sin finalidad de instrucción y a los solos efectos de servir de distracción. En tal situación, mientras los padres y mayores quedaron en los salones, los menores de catorce años se dispusieron a la práctica de este entretenimiento en cuyo devenir, y mientras uno de ellos golpeaba la pelota, el otro, presumiblemente agachado, hizo un movimiento y recibió un contundente golpe de su compañero, ocasionándole severas lesiones. La madre de la víctima demandó a los padres del menor causante de la lesión así como a la mercantil propietaria del restaurante e instalación. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la propietaria del restaurante, absolviendo a los padres del menor. La Audiencia Provincial de Vitoria estimó el recurso de apelación planteado por la compañía condenada y le absolvió de la demanda. La actora interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso. (L. A. G. D.)

59. Responsabilidad civil extracontractual. Accidente producido con ocasión de la realización de tareas laborales por empleado de facto. Falta de adopción de las medidas de vigilancia y seguridad exigibles.—Se ha de producir la imputación de los daños a la empresa demandada, ya que se da un factor de imputación no sólo ni predominantemente en base a la creación de un riesgo por razón de una actividad cuyo resultado se prevé en beneficio del responsable, sino fundamentalmente en la asunción del riesgo por la actividad con imputación por culpa, en razón de la presumible omisión de los deberes de vigilancia y de seguridad. En principio, hay que atribuir los deberes de vigilancia, protección y seguridad de las actividades que se desarrollan para la empresa —y más si se producen en el ámbito espacial de sus instalaciones—, se lleven a cabo por sus empleados o por terceros contratados o prestadores *de facto* de tales trabajos. Esto es, que la entidad demandada aprovechará la actividad de la víctima que presta un servicio en sus dependencias, de las que tiene dicha entidad el control y los deberes de vigilancia y de protección, y por tanto se le han de imputar las consecuencias de los riesgos derivados de dicha actividad. (STS de 23 de octubre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—El actor reclama una indemnización por las lesiones sufridas al caerle encima unas planchas metálicas cuando estaba prestando servicios en los locales de la demandada. Es de resaltar que el demandante se encontraba en situación de jubilación anticipada como trabajador de dicha empresa, no obstante lo cual

prestaba, con carácter remunerado, servicios ocasionales para la misma en la carga y descarga de camiones dentro de las instalaciones de aquella, para lo que era llamado por dos empleados; pero sin que mediase contratación formal por el representante legal, ni tampoco se hubiese levantado acta de inspección de trabajo. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la empresa al pago de una indemnización inferior a la solicitada. Ambas partes litigantes interpusieron recurso de apelación. La Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el del actor y estimó el de la demandada, absolviéndola de las pretensiones deducidas en su contra. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación planteado por el actor. (*L. A. G. D.*)

60. Responsabilidad civil extracontractual. Circulación ferroviaria. Actividad creadora de riesgos que no genera responsabilidad objetiva.—Si bien la circulación ferroviaria es creadora de riesgos muy cualificados, en modo alguno lo es de una responsabilidad objetiva, y la doctrina de la inversión de la carga de la prueba hacia el autor de la acción dañosa no puede llevarse en su aplicación hacia extremos que prácticamente aboque a esa responsabilidad (STS de 17 de mayo de 2001). Por otra parte, la cuestión nuclear de este litigio la constituye determinar si el resultado dañoso producido fue debido exclusivamente, no ya a culpa de la víctima sino a una conducta voluntaria de la misma. Y está acreditado que esta voluntaria intervención de la víctima en el desarrollo del nexo causal elimina toda posibilidad de imputación del resultado dañoso a las personas físicas codemandadas, al no existir una acción u omisión imputable a ellos, atendidos el cómo y el porqué se produjo la muerte del hijo de la demandante. (**STS de 28 de septiembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—Doña Estefanía demandó la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la muerte de su hijo, fallecido a consecuencia de un acto de suicidio consistente en poner la cabeza sobre la vía del tren esperando su paso, todo ello en un lugar oscuro y muy aislado en que fácilmente podía consumir su designio. La actora consideró que el evento pudo evitarse de haber observado el conductor la diligencia necesaria, por lo que demandó al mismo así como a las compañías responsables del servicio y a sus aseguradoras. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca desestimó el recurso de apelación interpuesto por la actora. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*L. A. P. M.*)

61. Responsabilidad civil extracontractual. Responsabilidad por riesgo. Riesgos excluidos.—Conviene destacar que nunca se ha llegado al extremo de erigir el riesgo en fuente única de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC Lejos de ello, debe excluirse como fuente autónoma de tal responsabilidad el riesgo general de la vida (STS de 5 de enero de 2006), los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar (STS de 2 de marzo de 2006), o los riesgos no cualificados, pues riesgos hay en todas las actividades de la vida (STS de 17 de julio de 2003).

Responsabilidad civil por caídas en edificios o establecimientos. Criterio jurisprudencial.—En relación con las caídas en edificios en régimen de propiedad horizontal o acaecidas en establecimientos comerciales, de hostelería o de ocio, muchas sentencias de esta Sala ya exoneraron a la comunidad de propietarios o a los titulares del negocio demandados cuando la caída se había debido a la distracción del perjudicado por no advertir un obstáculo que se encontrara dentro de la normalidad (SSTS de 28 de abril de 1997 y 14 de noviembre de 1997), declarándose en cambio la responsabilidad del demandado cuando su negligencia era identificable (SSTS de 21 de noviembre de 1997 y 2 de octubre de 1997). La jurisprudencia viene, pues, manteniendo hasta ahora la exigencia de una culpa o negligencia del demandado suficientemente identificada para poder declarar su responsabilidad.

Responsabilidad civil extracontractual. Actividad creadora del riesgo: no la constituye la exposición y venta de mobiliario.—Ni la actividad comercial de exposición y venta de muebles puede calificarse de arriesgada por sí misma, ni la distribución del local en dos niveles, separando la tienda de la exposición de muebles, creó tampoco un riesgo específico o fuera de lo normal en establecimientos de este género. Y si a todo ello se une que, según la prueba practicada, el escalón que daba acceso a la exposición de muebles era perfectamente visible, la carencia de base del motivo, y con ella del recurso, no viene sino a corroborarse. (STS de 31 de octubre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La actora, persona de avanzada edad, sufrió una caída mientras visitaba un establecimiento comercial dedicado a la exposición y venta de muebles. A consecuencia de dicho accidente sufrió lesiones de consideración que determinaron considerables secuelas y un largo periodo de inactividad. La lesionada demandó a la sociedad propietaria del establecimiento y a su compañía de seguros. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó al pago de una cifra inferior a la pedida, al entender que había concurrencia de culpas. La Audiencia Provincial de Cantabria desestimó el recurso de apelación de la actora y, con estimación del de la demandada, revocó la sentencia de instancia y absolvió a la misma de la pretensión formulada en su contra. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación de la demandante. (L. A. G. D.)

62. Responsabilidad civil por accidente laboral. Determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de un año de la acción. Secuelas cuyo verdadero alcance no es conocido en el momento del alta médica.—El objeto de la reclamación son los daños y perjuicio sufridos a consecuencia del accidente laboral, entre los que se incluyen los que resultaron de las secuelas, siendo doctrina jurisprudencial reiterada que, tratándose de daños corporales, el plazo de prescripción no puede contarse desde la fecha de producción de la lesión, sino desde aquel en que el perjudicado tuvo un conocimiento cierto, seguro y exacto de la entidad del mismo. Es lo que se conoce como determinación invalidante de las secuelas y que sitúa el *dies a quo* no a partir de la fecha en la que el perjudicado tiene constancia del alta médica definitiva, sino del momento en que se queda determinada la incapacidad o defectos permanentes originados cuando tras el alta

médica se mantienen secuelas residuales que precisan un tratamiento posterior, o, como sucede en el caso de autos, cuando se ha seguido expediente para dirimir definitivamente cuáles han sido las consecuencias de repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador; pues sólo entonces se dispone de un dato –incapacidad– que afecta esencialmente a la determinación del daño padecido (SSTS de 21 de diciembre de 1999, 22 de enero de 2003 y 1 de febrero de 2006). Así pues, debiendo determinarse cuál de las dos fechas debe considerarse como inicial del cómputo del plazo de un año, debe optarse por la segunda o posterior en tanto que es en ésta en la que queda definitivamente fijado el daño que trae causa del accidente sufrido, permitiéndosele al interesado cuantificarlo de una forma cierta y segura. (STS de 20 de septiembre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.–El actor sufrió un accidente laboral en febrero de 1991, del que resultó con lesiones en la mano derecha. Fue dado de alta en enero de 1992, y en mayo de ese mismo año se declaró por el INSS que como secuelas sufría lesiones permanentes no invalidantes, percibiendo una indemnización por ello. A partir de dicha fecha se reincorporó a su trabajo y continuó desarrollando su vida laboral. En febrero de 1994 el actor formula solicitud de pensión de invalidez y, examinado por la misma doctora, se deniega su solicitud al formularse el mismo juicio clínico-laboral, si bien con el añadido de disminución de la densiometría ósea a consecuencia de la inmovilidad. El solicitante formula recurso administrativo contra esta resolución y se dicta otra nueva en la que se le reconoce la invalidez permanente parcial para su profesión habitual, con una nueva indemnización. Notificada esta última decisión en agosto de 1994, el demandante remitió telegrama a efectos de interrumpir la prescripción en el mes siguiente. Celebrada conciliación sin avenencia en abril del siguiente año, el actor formuló la demanda en febrero de 1996, solicitando que se condenase a su antigua empresa, solidariamente con su compañía aseguradora, a indemnizar los daños y perjuicios derivados de las lesiones sufridas con ocasión del accidente laboral que a la postre había determinado su invalidez permanente parcial para su trabajo. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a las demandadas a abonar la indemnización solicitada. La Audiencia Provincial de Castellón de la Plana estimó el recurso de apelación de las compañías condenadas al considerar que la acción había prescrito, pues el año para ejercerla se computaba a partir de la resolución del INSS de mayo de 1992. Por tanto, revocó la sentencia de instancia y absolvió a las demandadas. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor. (L. A. G. D.)

63. Responsabilidad extracontractual. Plazo de prescripción: el comienzo del cómputo del plazo en caso de daños corporales.–En caso de reclamaciones por lesiones, se computa el plazo prescriptivo a partir del conocimiento por el interesado, de modo definitivo, del quebranto padecido. Por ello, no puede comenzar a contarse el *dies a quo* desde la fecha del informe de sanidad o alta, en el que se consignent o expresen las secuelas, sino que

ha de esperarse hasta que el interesado conozca el alcance o efecto definitivo de las mismas (SSTS de 26 de mayo de 1994, 22 de abril de 1997 y 24 de junio de 2000, entre otras muchas).

Prescripción de la acción de daños por hechos por los que se han seguido actuaciones penales: cómputo desde la firmeza de la sentencia absolutoria o del auto de sobreseimiento y archivo que puso fin al procedimiento.—Cuando los hechos dan lugar a actuaciones penales, éstas paralizan la posibilidad de actuar en vía civil o el proceso que haya comenzado, pues así lo impone el artículo 114 LECr, hasta que recaiga sentencia firme, precepto éste que obliga a la jurisprudencia a extender la apertura de la vía civil a los supuestos de sobreseimiento provisional o al archivo de diligencias (SSTS de 16 de noviembre de 1985, 20 de octubre de 1987, 30 de noviembre de 1989 y 20 de enero de 1992). Esto sentado, surge de nuevo la necesidad de tener en cuenta que las decisiones de sobreseimiento y archivo, con las sentencias absolutorias, ganan firmeza cuando las partes dejan transcurrir el plazo de impugnación en los supuestos en que quepa recurso (STS de 20 de octubre de 1993).

La cuantía de la indemnización en los supuestos de responsabilidad extracontractual ha de ser calculada por el Tribunal *a quo*, al ser una deuda de valor y tener carácter resarcitorio.—El Tribunal *a quo* 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. En este caso, el principio de congruencia «salvo que conste que la cantidad solicitada debe ser objeto de actualización por venir referida su cuantificación al momento del accidente o de presentación de la demanda», exige únicamente que no se rebase la cantidad total solicitada en ésta (STS de 3 de abril de 2006).

La indemnización de daños y perjuicios habrá de responder a la finalidad de restablecer la situación al tiempo del daño. Criterios para conseguir este objetivo: IPC e intereses legales, entre otros.—En las deudas de valor, entre las que se encuentran las resarcitorias, en las que el dinero es la medida de valor de otras cosas o servicios respecto de las cuales funciona como equivalente o sustitutivo, la reintegración económica habrá de responder a la finalidad de restablecer la situación al tiempo del daño, por lo que la indemnización habrá de ajustarse en lo posible al poder adquisitivo del importe que se va a recibir. Para lograr tal equilibrio, en orden a salvar el principio de indemnidad, en la práctica, y por la jurisprudencia, se siguen diversos criterios, y uno de ellos es el de establecer el incremento del IPC, pero nada obsta a que se pueda señalar el de los intereses legales (concepto no vinculable en exclusiva a moratorios), no porque sea de aplicación el artículo 1108 CC, sino porque el abono de dicho incremento permite aproximar el resarcimiento a la total reintegración económica «equivalente o sustitutivo del daño causado», sin dar lugar con ello a ninguna situación de enriquecimiento injusto (STS de 16 de diciembre de 2004). (STS de 3 de octubre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—A consecuencia de un accidente laboral, la víctima demandó el 27 de febrero de 1996 a un particular y a dos entidades mercantiles, para que le indemnizasen, con carácter solidario, las secuelas derivadas del accidente sufrido, los días de incapacidad y la *pecunia doloris*, más los intereses legales.

El accidente origen de las lesiones se produjo el 26 de julio de 1991 y el alta médica de la víctima el 20 de octubre de 1992. Posteriormente al lesionado se le declaró una incapacidad el 24 de marzo de 1993, determinándose su minusvalía el 25 de octubre del mismo año, todo ello motivado por el accidente. El 14 de enero de 1994 el demandante se personó en las actuaciones penales y ejercitó las acciones civiles oportunas, recayendo sentencia absoluta de juicio de faltas que fue notificada al actor el 28 de febrero de 1995.

El Juzgado desestimó la demanda al apreciar prescripción de la acción. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia y estimó parcialmente las pretensiones del actor en cuanto a indemnización por lesiones, secuelas e incapacidad, con los intereses legales desde la interposición de la demanda, por haberse presentado la demanda dentro del plazo legal. El Tribunal Supremo no dio lugar a la casación interpuesta por dos de los demandados. (*I. D. L.*)

64. Culpa extracontractual: accidente de tiro: daños por explosión del arma debida al empleo de munición defectuosa de uso prohibido: responsabilidad por hecho ajeno.—El accidente se produjo como consecuencia de una negligencia en la que tuvo directa participación el jefe de seguridad de la empresa, bajo cuya dependencia actuaba de hecho la víctima al concertar el desarrollo de prácticas de tiro con personas que aspiraban a prestar servicios en la empresa de vigilancia, y participar en esas prácticas interviniendo y aportando un arma propiedad de la empresa cuya vigilancia le correspondía como trabajador a su servicio. Existe una responsabilidad directa respecto del accidente ocurrido por falta de la debida vigilancia acerca de las actividades de su jefe de seguridad, dada la negligencia de éste, la relación de dependencia en que se encontraba con la empresa, la conexión de la actividad en que se produjo el accidente con actividades preparatorias de la incorporación de trabajadores a la empresa en el ramo de la seguridad, y la falta de prueba de que la empresa empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño (circunstancia que debe ser apreciada rigurosamente según STS de 31 diciembre de 2002). Para apreciar la responsabilidad de la empresa de seguridad resulta indiferente que la explosión fuera originada por una munición defectuosa, dada la indiscutible relevancia de la participación del jefe de seguridad, aportando el arma en condiciones inaceptables. (**STS de 7 de septiembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (*G. G. C.*)

65. Culpa médica: responsabilidad del facultativo y del centro sanitario por secuelas: necesidad de nexo causal: falta de prueba.—Sea cual fuere el criterio seguido para atribuir la responsabilidad, ya el de naturaleza subjetiva, que es el principio general de la responsabilidad extracontractual del personal sanitario, ya el basado en la doctrina del daño desproporcionado —el cual, según STS de 15 febrero de 2006, no conduce *per se* a la objetivación de la responsabilidad, sino a la demostración de la culpabilidad del autor del daño—, ya, en fin, el de carácter objetivo derivado de la aplicación de leyes especiales —Ley de protección de consumidores—, en todo caso es preciso que se dé un enlace causal entre el daño y la actuación del demandado que opera como ineludible presupuesto para que pueda declararse la responsabilidad de éste, por más que su rigor se atenúe por la aplicación de aquellos

critérios que se han utilizado como alternativos para atribuir la responsabilidad en este campo. Cuando falta este nexo causal no puede declararse la responsabilidad (SSTS de 19 de julio y 23 septiembre de 2004, entre otras): esta causalidad es física o material, antes que jurídica, cuya determinación constituye una *quaestio facti* que, como tal, es propia de la instancia, y resulta ajena al control casacional, salvo que se combata la apreciación del tribunal de instancia mediante la formulación de un motivo de casación por error de derecho en la valoración de la prueba. Las conclusiones de la sentencia recurrida, producto de la valoración de la prueba practicada en el proceso, sitúa el origen de los daños al margen de la actuación e intervención de los demandados. Así la falta de acreditación de la causa material de los daños impide el examen de la corrección del juicio de imputabilidad en el plano jurídico a través de cualquiera de los criterios atributivos de la responsabilidad, ya referidos al carácter del título de imputación, ya a la prueba de la culpabilidad y de la causalidad, en la medida en que el resultado del juicio fáctico es previo y excluyente del análisis de la existencia de la relación de causalidad como *quaestio iuris*. (STS de 26 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.] (G. G. C.)

66. Responsabilidad civil. Contrato de servicio médico-estético. Medicina satisfactiva. La obligación de información es más rigurosa que en la medicina asistencial.—Estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en el que se acentúa la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención que permita al interesado conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y, con base en tal información, prestar su consentimiento o desistir de la operación, habida cuenta la innecesidad de la misma, y ello, sin duda, obliga a mantener un criterio más riguroso a la hora de valorar la información, más que la que se ofrece en la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención.

Contrato de servicio médico-estético. Publicidad. Integración del contrato por la oferta publicitaria. Especial relevancia en los contratos de arrendamientos de obra.—El centro médico desplegó una campaña publicitaria «capaz de inducir a error al consumidor o usuario» (art. 8 LGDCU), en la que el escaso rigor lleva fácilmente a la conclusión de que el tratamiento es sencillo y sin resultado negativo posible, aludiendo a la existencia de especialistas en cabello ciertamente los médicos que asistían en el centro no tenían la consideración de tales. Y ello supone no sólo un evidente desajuste entre la intervención llevada a cabo y lo que le fue ofertado al cliente mediante la publicidad del centro, sino que viene a garantizar el resultado comprometido, con lo que se evita cualquier valoración sobre los elementos que conforman la responsabilidad que pudiera derivarse de la intervención médica sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, para aproximarla al régimen jurídico del arrendamiento de obra y no de servicios, en el que el resultado ofertado o prometido, y no obtenido —y no los medios que se ponen a disposición del paciente—, sería suficiente para responsabilizar al facultativo, al margen de los elementos de la causalidad y culpabilidad. (STS de 4 de octubre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana].

HECHOS.—Don Carlos interpuso demanda contra la entidad «C.E.D.C., S. A.», doña M. y don R., solicitando se declarase la responsabilidad contractual y extracontractual de los mismos y se les condenase solidariamente al pago de 13.134.000 pesetas. El origen de la demandaba estaba en los daños sufridos por el actor a consecuencia de un tratamiento de implantación capilar artificial, que le dejaron como secuelas una serie de lesiones dermatológicas crónicas, que abarcaban grandes áreas, con alteraciones anatómicas que precisaban de atención continuada; así como, desde el punto de vista psicológico, una serie de daños de consideración. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por entender que el actor no cumplió estrictamente con las prescripciones de los facultativos del centro, apreciándose automedicación y visitas a otros especialistas, así como que no se constataba imprudencia o negligencia en el tratamiento dispuesto por los demandados, habiendo sido informado el paciente de los riesgos de la intervención. La Audiencia Provincial de Valencia revocó la sentencia de instancia y acogió parcialmente la demanda del actor, condenando a aquéllos a abonar la suma de 655.000 pesetas, al considerar que no fue informado con la exhaustiva y exacta información que exigía el caso, dada la naturaleza de la cirugía aplicada, y que la técnica utilizada, aunque no prohibida, era para entonces ya muy desaconsejada, siendo ésta la causa de las graves secuelas; y sin que la conducta del actor hubiera determinado un aumento o agravación de las mismas. Ambas partes litigantes acudieron en casación. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso planteado por el actor ni al recurso interpuesto por los demandados.

NOTA.—En la actualidad, se trata del artículo 61 del vigente Texto Refundido de la LGDCU, aprobado por RD-Ley 1/2007, de 16 de noviembre. (L. A. G. D.)

67. Responsabilidad del suministrador de prótesis mamaria: aplicación de la LGDCU: inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario: responsabilidad solidaria.—La Ley de 1984 establece la responsabilidad del fabricante, importador, vendedor o suministrador de los productos los consumidores o usuarios, y una interpretación lógica de tal plurirresponsabilidad supone que el dañado o perjudicado puede elegir entre ejercitar la acción de reclamación contra alguno, contra varios o contra todos los mencionados, sin perjuicio de que el responsable legal que paga tenga el derecho a repetir contra los demás responsables según su participación en la causación del daño, tal y como preceptúa el artículo 27.2 de dicha Ley. Todo ello según ha sido declarado expresamente por la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 24 de julio de 2001 y 14 de julio de 2003, entre otras), y determina la imposibilidad de apreciar la excepción de litis consorcio pasivo necesario, conforme pacífica e inveterada jurisprudencia.

Interpretación de los artículos 25 y concordantes de la LGDCU: doctrina general.—La sentencia recurrida, después de excluir la responsabilidad del facultativo que realizó la implantación mamaria, por considerarla ajustada a la *lex artis*, condenó a la demandada y recurrente en su condición de suministradora de la prótesis causante de los perjuicios y secuelas reclamados. La Ley de 1984, completada por otras normas especiales dictadas en aplicación de Directivas comunitarias que han sido incorporadas a nuestro

derecho interno, confiere en su artículo 25, a los consumidores y usuarios el derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos y servicios les irroguen, salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que deba responder civilmente. La Ley, con acusada función social, establece, ante todo, un sistema de responsabilidad que se ha calificado por la jurisprudencia de cuasi-objetivo, con inversión de la carga de la prueba. Ciertamente, como ha declarado la STS de 25 de junio de 1996, una interpretación racional y lógica del artículo 25, en concordancia con los artículos siguientes, no autoriza a entender de modo incondicional que la ley establezca un inflexible sistema de responsabilidad objetiva, pues introduce como factor correctivo el de la culpa exclusiva del consumidor o usuario, el artículo 27, en relación con la responsabilidad de los productores y suministradores introduce como dato a tener en cuenta «los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad», que necesariamente comporta el análisis de un reproche culpabilístico, y también alude a una «participación en la causación de los daños», en punto al derecho de repetición frente a los otros responsables. El sistema legal expuesto no requiere, por tanto, la plasmación de una diligencia exorbitante, fuera de lo común y próxima a la imposibilidad de ponerse en práctica, sino la de procurar, e incluso extremar, las correspondientes a la propia esencia y a las características del producto. Este sistema culmina en el artículo 28 descartando la responsabilidad (calificada de objetiva pura por SSTs de 14 de julio de 2003 y 17 de noviembre de 2004), en el fabricante, el importador, el suministrador y el vendedor cuando el daño se origine, pese al correcto uso y consumo de los bienes y servicios que, por su propia naturaleza o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario. Se encuentran sometidos a este régimen los productos farmacéuticos y los servicios sanitarios.

Responsabilidad del suministrador de la prótesis: falta de prueba del hecho exoneratorio.—En este caso, la responsabilidad del suministrador del producto ha sido declarada una vez constatada que el daño sufrido por la demandada tuvo su causa en el deterioro de las prótesis por ella suministradas, por no haber logrado ésta acreditar la adopción de todos los cuidados, medidas y controles exigidos por la naturaleza del producto y que garanticen la seguridad e indemnidad del consumidor. Por tanto, su responsabilidad basada en cualquiera de los artículos 26, 27 y 28 LGDCU deriva de la falta de prueba de los hechos que habrían de permitirle exonerarse de ella. Tal prueba de hechos excluyentes ha de basarse en motivo diferente del que denuncia infracción de las normas sustantivas. (STS de 20 de septiembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.] (G. G. C.)

68. Responsabilidad civil extracontractual. Protección del consumidor por los daños causados por productos o servicios defectuosos.—La LGDCU tiene como objeto la protección del consumidor en todos sus aspectos, de forma que la introducción de un nuevo régimen por daños del producto es sólo uno de los instrumentos que la Ley establece dentro de aquél objeto más amplio. En este sentido, el artículo 25 establece un principio que a primera vista parece consagrar la responsabilidad objetiva plena por lo que la doctrina llama «puesta en un mercado de un producto defectuoso». Pero esta

norma exige los matices que se derivan de los artículos 26 y 28 de la misma Ley. El primero de ellos acoge el sistema tradicional de responsabilidad, en el sentido de que se responde cuando hay alguna culpa del daño producido. Regla que no introduce ninguna novedad especial respecto a la práctica judicial, pues determina que se responde sólo si hay culpa por acción u omisión. Debiendo añadirse que es necesario que se dé un nexo de causalidad entre la acción u omisión y el resultado dañoso, lo que se exige en toda clase de responsabilidad, aun en la objetiva plena. La ausencia de ese nexo causal, como ocurre en el caso enjuiciado, determina el fallo absolutorio de la sentencia combatida. (**STS de 16 de octubre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—El actor demandó a la entidad mercantil explotadora del centro hípico en el que había alquilado un caballo para monta, durante cuya práctica sufrió una caída que le produjo diversas lesiones. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la empresa al pago de una indemnización menor a la solicitada por el actor. La Audiencia Provincial de Murcia estimó el recurso de apelación de la litigante condenada y le absolvió de la demanda formulada contra ella. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por el actor.

NOTA.—La referencia a los artículos 26 y 28 debe entenderse hecha en la actualidad a los artículos 147 y 148 del Texto Refundido de la LGDCU, aprobado por RD-Ley 1/2007, de 16 de noviembre. (*L. A. G. D.*)

69. Culpa extracontractual: lesiones por explosión de petardo: requisitos de la Ley de 1994: requisitos de la ley 1994: falta de prueba.—El sistema de responsabilidad objetiva establecido en la Ley de 6 de julio de 1994, no libera al perjudicado de la carga de acreditar el defecto del producto, como tampoco la objetivización de la responsabilidad consecuente a un sistema de responsabilidad basado en el riesgo o la inversión de la carga de la prueba inherente al carácter social que late en la actual consideración de la responsabilidad extracontractual, permite una interpretación correctora del rigor de aquél hasta el punto de dejarlo en letra muerta, ni exime, en fin, de acreditar el origen del daño, el cómo y el porqué de la explosión causante del mismo, lo que aquí pasa, ante todo, por la prueba cerca del tipo y clase de petardo que explotó, si fue uno de los fabricados y vendidos de forma individual o si, por el contrario, fue separado indebidamente de los que formaban una traca, y en este caso, si habían sido vendidos separadamente por el demandado; aspectos carentes de la debida acreditación en el juicio, por más que algunos de ellos los tenga el recurrente por probados, como la identificación del tipo y clase del petardo explotado, que le lleva a afirmar que había sido desgajado de la traca en donde se hallaba hilvanado y que había sido vendido separadamente, de forma indebida, por el demandado, incurriendo en el defecto de hacer supuesto de la cuestión. No puede ampararse el recurrente en la dificultad probatoria para liberarse de dicha carga, pues dificultad no es imposibilidad, y menos aún para desplazarla a los demandados, pues las mismas dificultades tendrían éstos para acreditar los hechos huérfanos de prueba y que son la base de la pretensión deducida en la demanda. (**STS de 28 de septiembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Sierra.] (*G. G. C.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

70. Innecesariedad del modo en caso de adquisición de partes indivisas de un inmueble.—No es preciso el requisito del modo para adquirir la propiedad cuando se trata de la creación de una copropiedad indivisa dividida por cuotas; de hecho no existe propiamente entrega a ninguno de los partícipes, ya que ello determinaría la existencia del derecho exclusivo de propiedad sobre su parte (art. 348 CC). La necesidad de tradición para la transmisión de la propiedad se impone como requisito para adquirir el derecho real en virtud de ciertos contratos (art. 609 CC), pero carece de aplicación cuando se trata de la creación de una copropiedad sobre el bien, sobre el que se constituyen cuotas ideales, que únicamente se materializan con posterioridad, en su caso, mediante la división.

La reclamación de la cotitularidad de un bien es una acción real, no personal.—La reclamación de la cotitularidad sobre un bien, en concreto un inmueble, implica la solicitud de declaración de un derecho de carácter real y no de un derecho de carácter personal, que significaría la reclamación de una prestación del deudor propia de los derechos de tal clase. Además la certeza de que se trata de un derecho real viene dada por la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad (art. 2.1.º LH), pues la inscripción del dominio puede hacerse a favor de varias personas en los supuestos de copropiedad; posibilidad que quedaría excluida si lo creado fuera un derecho personal, al no incluirse en los que, aun siendo de esta clase, tienen acceso al Registro. Por ello, el plazo de prescripción aplicable es el de treinta años establecido en el artículo 1963 CC. (**STS de 30 de octubre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Dos hermanos, D. B. y doña S., interponen demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra su otro hermano, D. M., posteriormente ampliada a la esposa de éste último, en la que solicitan que se declare que los tres hermanos son dueños por terceras partes iguales e indivisas de un local y que procede, en ejecución de sentencia, dividir materialmente en tres locales, lo más iguales posible, el referido inmueble, con el fin de adjudicar uno a cada comunero actual. También solicitan los actores que se declare la cancelación de la inscripción registral de dominio exclusivo del demandado sobre la referida finca y que se condene a este último a pasar por tales declaraciones y al pago de las costas. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia por la que se estima parcialmente la demanda y declara que el citado local pertenece en propiedad por terceras partes iguales a los actores y al demandado, dirigiéndose de oficio al Registro para que se proceda a cancelar la inscripción registral de dominio exclusivo del demandado sobre el local, desestimando la solicitud de que se proceda en ejecución de sentencia a la división material de dicho local. Frente a esta sentencia recurren en apelación tanto el hermano demandado como su esposa, dictando sentencia la Audiencia Provincial por la que desestima el recurso y confirma la sentencia apelada sin especial declaración de costas. Los demandados interponen recurso de casación ante el Tribunal Supremo. (*Alma R. G.*)

71. Momento en que se adquiere el dominio derivado de la adjudicación en subasta judicial.—El sistema español de transmisión de la propiedad está basado en la teoría del título y el modo. En la subasta judicial, la aprobación del remate equivale al perfeccionamiento de la operación, que se consuma con el testimonio del auto de aprobación del remate (tras la modificación introducida por la Ley 10/1992). La expedición del testimonio que documenta la venta judicial produce la tradición simbólica (art. 1462.II CC), que antes se realizaba con la escritura pública otorgada según lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. La adjudicación de un inmueble en el segundo embargo del bien, no constituye venta de cosa ajena cuando se realizó antes de que estuviera consumada la primera venta judicial conforme a la legislación que le fuera de aplicación (en el caso, la antigua LEC), pues quien transmitió el dominio de la finca ostentaba su titularidad dominical.

Caducidad de la anotación preventiva de embargo.—Con la caducidad de la anotación preventiva de embargo, el interés hasta entonces protegido pierde su prioridad registral. (**STS de 4 de octubre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La adjudicataria de un inmueble en subasta judicial ejercitó una acción reivindicatoria del inmueble adquirido, y una acción solicitando se declarase la nulidad de un procedimiento ejecutivo posterior con la cancelación de la correspondiente inscripción registral y la inscripción a su favor del inmueble en el Registro de la Propiedad. Había ocurrido que, entre la caducidad de la anotación preventiva del primer procedimiento de embargo y el momento en que el Juzgado dictó providencia ordenando otorgar escritura pública a favor de la adjudicataria del mismo, se realizó un segundo embargo de la finca, adjudicándose el bien a una empresa. La empresa inscribió al día siguiente su título en el Registro de la Propiedad, y luego vendió el inmueble a un tercero que también inscribió su título en el Registro. La demandante alega que la segunda venta judicial fue nula por tratarse de la venta de una cosa ajena. En ambas instancias se desestimó la demanda. (*C. J. D.*)

72. Accesión invertida. Necesidad de identificar la finca ocupada. Como señaló la STS de 23 de julio de 1991, se rechaza «la rígida aplicación de la materia relativa a las construcciones en suelo ajeno con materiales propios y de buena fe, acogiendo la denominada accesión invertida y constituyendo un cuerpo de doctrina que arranca de la S de 31 de mayo de 1949 y continúa con las de 16 de marzo de 1959, 2 de julio de 1960, 17 de junio de 1961, 26 de febrero y 17 de junio de 1971, 23 de octubre de 1973, 10 de diciembre de 1980, 15 de junio y 30 de noviembre de 1981 y 1 y 29 de junio de 1984, siendo el invariable supuesto de aplicación de esta doctrina el identificable a través de los tres siguientes rasgos: que la construcción o edificación invada terreno aledaño, que esa inmisión se efectúa de buena fe, siendo indispensable que el propietario que sufra la invasión no se haya opuesto a su ejecución oportunamente, y que con la edificación resulten un todo indivisible el terreno ocupado y lo edificado sobre él, por el valor desproporcionadamente superior de lo construido en contraste con el terreno ocupado o invadido». Pero el supuesto previo para la aplicación de tal doctrina implica la declaración de dominio de quien reclama sobre el terreno de su propiedad

que afirma haber sido invadido y, por tanto, la exigencia de los requisitos propios de la acción declarativa de que se trata entre los que se cuenta, como requisito común a la acción reivindicatoria, la adecuada identificación de la finca.

Cuando no puede identificarse la superficie objeto de la invasión y se ignora cuál es realmente la superficie indebidamente ocupada, no puede prosperar ninguna acción protectora del dominio, al faltar el requisito de la adecuada identificación de la cosa.

Según STS de 5 de febrero de 1999, «la identificación de la finca ha de hacerse de forma que no ofrezca duda cuál sea la que se reclama, fijando con la debida precisión su cabida, situación y linderos, y demostrando con cumplida probanza, que el predio reclamado es aquel al que se refieren los títulos y demás medios probatorios en los que el actor funde su derecho, identificación que exige un juicio comparativo entre la finca real contemplada y la que consta en los títulos, lo que como cuestión de hecho, es de la soberana apreciación del Tribunal de Instancia». (STS de 16 de octubre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Interpuesta demanda por los actores, D. G. y doña C, contra doña F. y Promociones y Construcciones A. se solicita se reconozca que la demandada tramitó expediente de dominio para ampliar el exceso de cabida de la finca colindante de su propiedad incluyendo la finca de los demandantes, para, posteriormente, vender la totalidad del terreno a la entidad codemandada, quien construyó un edificio en terreno propio ocupando, también, por completo el de la parte demandante, por lo que deben abonar a los actores el valor del terreno ocupado, al tratarse de un supuesto de accesión invertida, que permite el uso de la opción que concede el artículo 361 CC.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación y condena a la parte demandada a abonar el valor del terreno ocupado, admitiendo y reconociendo las otras alegaciones de la parte actora.

Interpuesto recurso de casación por ambas partes, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al interpuesto por los actores, y haber lugar al de los demandados, casando y anulando la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, confirmando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (R. D. R.)

73. La acreditación del dominio y la identificación de las fincas en los montes vecinales en mano común.—En virtud de los respectivos artículos 13 de la Ley 55/1980, de 11 de noviembre de Montes Vecinales en Mano Común y de la Ley de 10 de octubre de 1989 de Montes Vecinales en Mano Común del Parlamento gallego, así como de reiterada jurisprudencia (*vid.* STS de 18 de noviembre de 1996 y las que en ella se citan), un acuerdo de clasificación de un terreno como monte en mano común de una Junta Provincial es una resolución firme que constituye una presunción de dominio a favor de la comunidad de vecinos correspondiente y que sirve de título para la inscripción registral. Este acuerdo tiene toda su eficacia de cara al requisito de la existencia y acreditación del título de dominio, mientras no se desvirtúe

por una sentencia firme que pruebe una titularidad sobre el terreno distinta de la de la comunidad vecinal.

Por su parte, la identificación de la finca no se acredita por la resolución de deslinde administrativa o por el citado acuerdo del Jurado Provincial, sino que ésta se derivará de la prueba pericial que se practique en el proceso judicial oportuno que permita situar la finca respecto del monte vecinal. (**STS de 17 de octubre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Los vecinos de la Comunidad Vecinal de Montes en Mano Común de S. M. de C. y S. de V. ejercitan acción reivindicatoria contra doña A., don, R., don F, don P., doña S., don A. y don J. L. sobre un espacio de monte. A su vez, reclaman a los demandados los frutos percibidos o que hayan podido percibir, en concreto, el precio de la madera que habían talado en el espacio reivindicado, así como los gastos de reposición del cierre de la finca que habían derribado.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda y la Audiencia Provincial confirma dicha sentencia, salvo en lo relativo a la cuantía del valor de la madera cortada por los demandados, reduciendo el importe de la condena en este sentido. Los demandados interponen recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. (*S. E. M.*)

74. Requisitos para el ejercicio de la acción reivindicatoria: Apreciación en la instancia.—Para ejercitar la acción reivindicatoria se exige la exacta identificación del objeto de la misma, sin que puedan albergarse dudas acerca de sus cualidades. Corresponde a la instancia la apreciación de la prueba. (**STS de 12 de julio de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Se ejercitaron por la parte actora las acciones reivindicatoria y declarativa de dominio de una finca, y declarativa de la nulidad de la escritura pública de venta de dicha finca, así como del asiento registral correspondiente. Subsidiariamente, se solicitaba una condena indemnizatoria a los demandados. En primera instancia se desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, sin embargo, estimó en parte el recurso interpuesto contra la anterior, y condenó al pago de la indemnización solicitada, correspondiente al precio recibido por la venta del inmueble. (*C. J. D.*)

75. Regulación especial de la propiedad horizontal: ámbito objetivo.—La normativa especial que rige el régimen de la propiedad horizontal no se limita a establecer reglas orientadas a regular la utilización de los elementos comunes y el conjunto de derechos y deberes de los propietarios con relación a los mismos, sino que trasciende ese limitado ámbito para alcanzar al complejo conjunto de relaciones que surgen de la coexistencia de elementos privativos y comunes, estableciendo un régimen de derechos y obligaciones, y también, por tanto, de responsabilidad, que recae no sólo sobre los

elementos comunes, sino también sobre los privativos, en lo que constituyen verdaderas limitaciones del derecho de propiedad, justificadas por la necesidad de ordenar no sólo la mera coexistencia de intereses económicos, sino una auténtica comunidad de vida. (STS de 27 de septiembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Doña M., vecina de un inmueble, sufre daños al caer en la escalera del mismo por estar el piso mojado como consecuencia de las filtraciones de agua en una de las tuberías comunes. Por ello formula demanda contra la comunidad en la que solicita que esta última sea condenada a satisfacerle siete millones de pesetas en concepto de indemnización por culpa extracontractual. La comunidad de propietarios contesta a la demanda y opone una excepción de arbitraje, al estar recogido en los Estatutos de la Comunidad el sometimiento de las cuestiones que les afectasen a arbitraje.

El Juzgado de Primera Instancia estima la excepción dilatoria de la cuestión litigiosa a arbitraje y absuelve a la comunidad demandada. La Audiencia Provincial confirma la de primer grado, sin entrar a examinar la pretensión indemnizatoria ejercitada por doña M. Posteriormente, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (M. C. C. M.)

76. Propiedad horizontal. Nombramiento de Presidente de la comunidad.—La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha estimado, reiteradamente, la necesidad de respetar el requisito de tener la condición de propietario de un piso o local, en los acuerdos para nombrar al Presidente de la comunidad, según el actual artículo 13 de la Ley de Propiedad Horizontal.

Acuerdos de la Junta de Propietarios contrarios a la Ley. Nulidad de pleno derecho.—El Tribunal Supremo ha declarado la nulidad de pleno derecho del nombramiento, como Presidente de la comunidad de propietarios, de quien no es propietario, en S de 30 de junio de 2005 (que «evidentemente la normativa del artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal es imperativa y cuando se conculca estamos ante un acto nulo de pleno derecho, conforme al artículo 6.3 del CC. Así lo declara la S de 30 de abril de 1994, que estudia un caso análogo, referente a no reunir el presidente designado la cualidad de copropietario, diciendo que se trata de nombramiento indebidamente acordado, contrario a la legalidad del *ius cogens* con la consecuencia de nulidad radical del acuerdo, pues conforme a la jurisprudencia, cuando se ha infringido el artículo 12, como aquí ha ocurrido, se infringe normativa de obligado y necesario cumplimiento (SS de 10 de marzo de 1965, 7 de febrero y 27 de abril de 1976, 11 de diciembre de 1982 y 10 de octubre de 1985, 2 de marzo de 1992 y 29 de octubre de 1993, según la cual «no se trata evidentemente de nombramiento susceptible de subsanación y convalidación desde el momento en que la norma es exigente en cuanto a reunir la condición de copropietario en el momento de elección para presidente y al tratarse de acto radicalmente nulo, no sometido a plazo de caducidad alguno, es decir, al previsto en el artículo 16.4.º, de treinta días, que juega para los acuerdos anulables»).

Legitimación procesal de la comunidad.—En un supuesto en que se ejercitaba la acción del artículo 1591 del CC para exigir la responsabilidad decenal, la S de 18 de marzo de 2003 recoge la reiterada doctrina de esta Sala

acerca de la nulidad de pleno derecho del nombramiento como Presidente de quien no es copropietario en la comunidad, con cita de la S de 30 de abril de 1994, señalando que «de nada vale frente a ello, afirmar como dice la Sala *a quo*, que aquel acuerdo no se impugnó –pues era nulo en su modalidad plena–», y declara la falta de legitimación activa de quien aparecía en la demanda como Presidente de la comunidad de propietarios demandante al no tener esa condición de copropietario. (STS de 13 de julio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.–Interpuesta demanda por el Presidente de la comunidad de propietarios, sobre responsabilidad decenal por defectos constructivos contra las empresas promotora y constructora y contra los profesionales que intervinieron en el proceso constructivo, el Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a realizar las reparaciones necesarias para resolver los vicios e imperfecciones plasmados en el informe pericial. La Audiencia Provincial confirma la decisión de primera instancia, pero absuelve al único profesional condenado.

Interpuesto recurso de casación por ambas partes, el Tribunal Supremo declaró haber lugar, casando y anulando las sentencias anteriores, por estimar que el Presidente de la comunidad carecía de legitimación activa para ejercitar la acción decenal en nombre de la comunidad, porque era nulo de pleno de derecho el acuerdo por el que resultó nombrado para ejercer dicho cargo, ya que en su persona no concurría la condición de propietario de piso o local que exige la Ley de Propiedad Horizontal, en su artículo 13. (R. D. R.)

77. Propiedad horizontal. Impugnación de acuerdos relativos a propietarios con minusvalías.–La doctrina jurisprudencial ha asimilado los ancianos o personas con enfermedades que dificulten de manera importante la subida de las escaleras del inmueble a las personas con minusvalías, a los efectos de la aplicación de la excepción del segundo inciso del artículo 16-1.^a LPH, y así la S de 5 de julio de 1995, y la de 22 de noviembre de 1999, en la que se contempla un supuesto donde seis de los propietarios eran sexagenarios, entre otras, asimilación jurisprudencial que resulta acorde con las previsiones normativas contenidas en la regulación de otros sectores del ordenamiento, como sucede con las limitaciones del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad –Ley 15/1995, de 30 de mayo, y las diversas disposiciones normativas emanadas de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas sobre la atención y la promoción de la accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas–, en donde se equipara a los mayores de setenta años a las personas con minusvalías, todo ello en el marco de la función social que ha de cumplir la propiedad y para hacer efectivo a las personas minusválidas el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, de conformidad con los artículos 47 y 49 CE.

Cuando al aprobar el acuerdo por mayoría cualificada se indica que se hace en aplicación de lo dispuesto en el artículo 16 LPH, y así se notifica a los propietarios ausentes a la Junta, se aleja cualquier atisbo de fraude en la adopción de los acuerdos consistente en la elusión de la unanimidad establecida como regla general.

Mejoras y gastos necesarios. Diferencia y relación con obras favorables a las personas con minusvalía.—Cuando la obra tenga por objeto la ampliación del recorrido del ascensor de la finca con la finalidad de eliminar barreras arquitectónicas que dificulten el acceso y la movilidad de personas con minusvalías, debe conceptuarse como una innovación exigible, en línea con el criterio jurisprudencial reflejado en la S de 22 de septiembre de 1997 y, dada la redacción actual de la excepción que contiene el artículo 16-1.º LPH en relación al reconocimiento y eficacia que ha de darse a los derechos de los minusválidos, se presenta con notas de imperatividad en razón a la filosofía y principios que la inspiran, y que también la motivan y justifican, pues en otro caso quedaría vacío el precepto y sometido a los intereses privados, muchas veces egoístas, desprovistos de buena fe y notoriamente carente de solidaridad, para anteponerse al mandato constitucional, ya que la satisfacción de los derechos de los minusválidos es una exigencia social que debe impregnar la conciencia nacional y hacer útiles las Leyes promulgadas a tales fines.

Se concluye, por tanto, también con la S de 22 de septiembre de 1997, que el artículo 10.2 LPH, en su anterior redacción, debe ceder ante el artículo 9, tanto en su numeral 3.º como en el 5.º, sobre la contribución a los gastos comunes, pues la instalación del ascensor, y aquí la ampliación de su trayectoria, ha de reputarse no sólo exigible, sino también necesaria y requerida para la habitabilidad y uso total del inmueble, impuesta por la normalización de su disfrute por todos los vecinos, y no como una simple obra innovadora de mejora.

Gastos de comunidad. Determinación.—No se produce infracción del artículo 1255 CC, en relación con los artículos de los estatutos de la Comunidad relativos a la participación en los gastos de ascensor y quórum necesario para la modificación de la regulación estatutaria, pues el señalado carácter necesario de la innovación y la misma imperatividad del reconocimiento y efectividad de los derechos de las personas con minusvalías, que aconseja la adopción de un régimen de mayoría cualificada en la adopción de los acuerdos que tengan la finalidad de suprimir barreras arquitectónicas para facilitar el acceso y la movilidad de tales personas, se imponen asimismo sobre las previsiones estatutarias que tienen por objeto establecer la exoneración de la participación en los gastos referidos a los elementos sobre los que recaen las obras tendentes a hacer efectiva dicha finalidad y las que establecen la unanimidad para modificar la propia regulación estatutaria. Lo contrario sería tanto como dejar en letra muerta el contenido de la excepción prevista en el inciso segundo del apartado primero del artículo 16-1.º LPH, que afecta a la regla general de la unanimidad para la adopción de acuerdos que impliquen la modificación de las reglas no sólo del título constitutivo, sino también de los estatutos, y sería tanto como impedir su propia finalidad, pues bastaría con que éstos contemplaran un régimen especial de contribución a los gastos comunes que exonerara de algunos de ellos a determinados propietarios en atención a la realidad material y configuración de tales elementos en el inmueble para, so pretexto de que la alteración de las reglas de los estatutos exige la unanimidad conforme al primer inciso del artículo 16-1.º LPH, deviniera ineficaz la previsión contenida en su segundo inciso, y, por ende, la finalidad perseguida por este precepto. Y no puede olvidarse que la razón de aquella exoneración en la participación de los gastos del ascensor se encontraba en la configuración de la instalación en el inmueble y en que, por razón de ésta, no era utilizado por los propietarios exonerados, y que esta configu-

ración ha variado para cumplir con una finalidad legal, con lo que, por ende, desaparece la razón material que justificaba aquel especial régimen. (STS de 28 de septiembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Se interpone demanda, por tres propietarios, para impugnar los acuerdos de la comunidad de propietarios, en los que se decide la realización de las obras necesarias para ampliar las paradas del ascensor a ocho (actualmente siete), dando servicio desde la planta baja de la finca, y la modificación de las cuotas de participación de los propietarios por tales obras, la elección del presupuesto para su ejecución, el nombramiento de una comisión para el seguimiento de las mismas, la recaudación de los fondos y la determinación de la forma de pago de la obra, por ser contrarios a la ley y a los estatutos.

La necesidad de las obras se fundamenta en la existencia de enfermos y ancianos entre los propietarios que habitan la finca, circunstancia que modifica el quórum necesario para la adopción válida del acuerdo.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando nulos los acuerdos tomado por la comunidad de propietarios, por faltar el requisito de la unanimidad entre los propietarios. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, al tratarse de propietarios con circunstancias análogas a la minusvalía que disminuye a tres quintas partes el voto favorable para la adopción de acuerdos cuya finalidad sea la supresión de barreras arquitectónicas para favorecer la movilidad de estas personas, y desestima la demanda.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar, casando y anulando la sentencia de primera instancia y confirmando la decisión de la Audiencia. (R. D. R.)

78. Propiedad horizontal tumbada.—La doctrina y la jurisprudencia denominan como propiedad horizontal tumbada, acostada o plana a los complejos inmobiliarios de las urbanizaciones privadas. Aunque estos complejos residenciales cuentan con una regulación legal específica (art. 24 LPH) desde la reforma operada en la Ley de Propiedad Horizontal por la Ley 1/1999, de 6 de abril, anteriormente la jurisprudencia ya había proclamado la aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal a estos conjuntos inmobiliarios (sirvan de ejemplo las SSTs de 7 de abril de 2003 y 15 de abril de 2004), bien mediante analogía (STS de 20 de febrero de 1990), o bien de forma directa (STS de 30 de septiembre de 1997). El razonamiento para ello se apoyaba en la consideración de que puede existir un régimen de propiedad horizontal de hecho, dado que el título constitutivo no es un elemento sustancial para la existencia y funcionamiento de la comunidad, como tampoco lo es su inscripción registral, carente de efectos constitutivos (STS de 16 de junio de 1995).

Fundamento de la prohibición de actividades incómodas o insalubres en el contexto de la propiedad horizontal.—La ilicitud de estas actividades deriva no sólo específicamente de la aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal, sino también, en primer lugar, de los límites que pesan sobre el ejercicio de las facultades dominicales impuestos tanto por la función social

de la propiedad, como por la coexistencia del derecho propio con otros de análoga naturaleza y contenido; en segundo lugar, existe un límite derivado del ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe, con la correlativa proscripción del abuso de derecho y del ejercicio antisocial del mismo; y finalmente, este límite se establece en virtud del principio *alterum non laedere*, fundamento de la responsabilidad extracontractual, que, en el seno de las relaciones de vecindad tiene su concreto reflejo en el artículo 1908 CC.

Determinación de la cuantía de la indemnización.—De acuerdo con reiterada jurisprudencia, la determinación de las bases de la indemnización y de su cuantía corresponde a los órganos de instancia, tras la correspondiente valoración del acervo probatorio de autos (SSTS de 15 de noviembre de 2000, 3 de noviembre de 2001 y 6 de julio de 2005). El resultado de esta valoración sólo puede revisarse en casación de forma excepcional bien cuando, por ser erróneas, se combatan de forma adecuada y oportuna las bases en que se apoya la cuantificación —generalmente a través de la denuncia de un error de derecho en la valoración de la prueba—, bien ante la falta de concreción de dichas bases, que impide conocer el alcance del daño, o bien en caso de una indebida aplicación de los baremos o de criterios de determinación de la cuantía de las indemnizaciones. (**STS de 19 de julio de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Los propietarios de dos parcelas de una urbanización de Paracuellos del Jarama, sobre las que habían edificado sendas viviendas, interpusieron demanda contra los propietarios de la parcela colindante a la de aquéllos, en la que existía una vivienda en cuyo sótano se situaba una cuadra con caballos. Los demandantes se habían visto obligados a cerrar el porche de sus viviendas por razón de las inmisiones nocivas derivadas de la tenencia de los equinos. Igualmente, el hijo de uno de los demandantes había sufrido diversos daños derivados de una alergia al epitelio de caballo. Por todo ello, los demandantes solicitaban en la demanda que se ordenase la cesación de la actividad (con la consiguiente retirada de los animales y del estiércol y la clausura de los establos) y se condenase a los demandados a la indemnización de los gastos de instalación y obras del montaje del cerramiento del porche y de los daños derivados de la enfermedad padecida por el hijo de uno de los demandantes.

La demanda fue estimada parcialmente en primera instancia, condenándose a los demandados únicamente al pago de una cantidad en concepto de indemnización por los gastos de cerramiento y de enfermedad. Interpuesto recurso de apelación por los demandantes y por los demandados, la Audiencia Provincial estimó en parte los recursos, revisó parcialmente la cuantía de la indemnización y condenó al cese de la actividad nociva. Frente a esa sentencia interpusieron los demandados recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo. (*A. M. M.*)

79. Usufructo. Fianza (art. 491 CC): fijación de su cuantía en función del valor de los bienes en el momento de la constitución del usufructo.—El citado precepto dispone que el usufructuario, antes de entrar

en el goce de los bienes, ha de dar cumplimiento a una obligación doble: por un lado, formar inventario, con citación del propietario o de su legítimo representante, haciendo tasar los bienes muebles y describiendo el estado de los inmuebles; y, por otro lado, prestar fianza. El hecho de que en el momento de constitución del usufructo no se exija por el nudo propietario el cumplimiento de tales obligaciones no implica la dispensa de las mismas en los términos del artículo 493 CC; pero una vez que las circunstancias han cambiado y la nuda propiedad ha pasado a tercera persona, la exigencia por ésta de que se dé cumplimiento a tales obligaciones no ha de implicar una mayor carga para la usufructuaria que la que habría representado la prestación de la fianza antes de entrar en posesión de los bienes, momento que es el determinante según el propio Código civil para la fijación de su cuantía, que lógicamente ha de referirse al valor de los bienes en dicho momento.

Adquisición de la propiedad por sucesión: no se exige el modo.—La doctrina del modo, dimanante de lo dispuesto en el artículo 609 CC, se refiere a la tradición en relación a la adquisición de la propiedad en virtud de contrato y no a la adquisición por sucesión. En este último supuesto la partición es la que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1068 CC, confiere al heredero la propiedad exclusiva de los bienes que hayan sido adjudicados. Esta disposición es aplicable igualmente a la liquidación de la sociedad de gananciales por remisión del artículo 1410 CC a las normas sobre partición.

Acción reivindicatoria: identificación de la cosa.—El carácter identificable de los bienes en atención al valor que se atribuyó a los mismos en un contrato de seguro no incumple ni infringe norma legal alguna. (**STS de 4 de julio de 2006**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—C., casado en régimen de gananciales con G., convivía con M. T. El 15 de mayo de 1990 C. vendió a M. T. el usufructo vitalicio del mobiliario y enseres existentes en la vivienda, valorando dichos bienes en diez millones de pesetas y el usufructo en cuatro millones seiscientas mil pesetas. En ese momento, C. no solicita inventario, ni prestación de fianza.

El 7 de noviembre de 1991 C. suscribe un contrato de seguro. A efectos del presente litigio debe destacarse que en el inventario se incluyen cuatro pinturas al óleo y una colección de relojes.

El 29 de enero de 1992 C. fallece. La liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de la herencia conduce a la siguiente situación: M. T. es, dependiendo de los bienes concretos, usufructuaria, en virtud del contrato de 15 de mayo de 1990 citado, o poseedora, dada la situación de convivencia que el fallecido mantuvo con ella hasta su muerte, de determinados bienes de carácter ganancial que han sido adjudicados a G.

La viuda de C., interpone demanda contra M. T. Las pretensiones principales son: 1) condena a la demandada a hacer inventario de los bienes en usufructo, con tasación de los muebles y descripción del estado de los inmuebles; 2) prestación de fianza bastante en cuantía, como mínimo, del valor de tasación de los muebles y del diez por ciento del valor de los inmuebles; 3) restitución a la actora de determinados bienes muebles en su condición de adjudicataria de los mismos o, en su caso, restituirlos a la comunidad hereditaria de C.

La demandada formula reconvencción. El Tribunal Supremo no indica las pretensiones de la misma.

El Juzgado de Primera Instancia, que desestima la reconvencción y estima parcialmente la demanda, declara que la demandada es usufructuaria de un piso y una parte del garaje sito en el mismo, así como de los enseres que se encontraban en la vivienda el 15 de mayo de 1990, fecha en que C. vendió a M. T. el usufructo vitalicio de los mismos. Condena a la demandada a la formación de inventario con tasación de los muebles y estado de los inmuebles, así como a prestar fianza por el valor de los bienes según el contrato de 15 de mayo de 1990.

La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y revoca parcialmente la sentencia de primera instancia determinando que la fianza que deberá prestar la demandada será la que se corresponda con el valor de tasación al practicarse el inventario de los bienes incluidos en el usufructo y condena a que devuelva a la actora la colección de relojes que tenía y las cuatro pinturas al óleo.

La demandada interpone recurso de casación. (B. F. G.)

80. Carácter y restricciones de las servidumbres.—La servidumbre constituye una derogación del Derecho común de la propiedad. Siendo así, la consecuencia que se deriva es que las servidumbres no se presumen, sino que hay que probar su constitución. Es decir, en los contratos en los que se constituya una servidumbre o se establezca algún tipo de gravamen que afecte a la libertad de las fincas, la voluntad de las partes sobre estos extremos ha de quedar expresada.

Las restricciones a la usucapión de la servidumbre tienen dos manifestaciones: *a)* la imposibilidad de adquirir las servidumbres no aparentes y las discontinuas mediante prescripción; *b)* el mandato de que sólo pueden adquirirse en virtud de título. Esto implica la prohibición de estimar adquirida la titularidad de la servidumbre mediante usucapión fundada sólo en actos poseorios.

La servidumbre de paso.—La servidumbre de paso, al gozar del carácter de discontinua, sólo puede adquirirse en virtud de título. A falta de éste, caben dos formas de adquisición: por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente o por una sentencia firme (arts. 539 y 540 CC), salvo que se trate de prescripción inmemorial consumada antes de la vigencia del Código civil (SSTS de 14 de noviembre de 1961, 4 de junio de 1977 y 16 de diciembre de 2004, entre otras), exceptuando el caso de constitución por signo aparente por disposición del padre de familia (SSTS de 18 de enero de 2002 y 20 de diciembre de 2005).

La doctrina científica viene definiendo el título constitutivo de la servidumbre a que se refiere el artículo 539 CC como cualquier negocio jurídico-real determinante del nacimiento de la servidumbre, independientemente de su constancia documental, dado que la posibilidad de obtener mediante sentencia firme el reconocimiento de la existencia de la servidumbre comporta la posibilidad de acudir a cualquier medio de prueba para la demostración de la existencia del título constitutivo (art. 540 CC).

Así, la exigencia de título contenida en los artículos 537 y 539 CC no condiciona el nacimiento de la servidumbre de una manera absoluta, pues se considera título constitutivo cualquier negocio o acto jurídico creador de la

misma, oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, en virtud del cual se establezca la limitación del derecho de propiedad, sin necesidad de que aquel negocio o acto quede plasmado documentalmente (SSTS de 26 de junio de 1981, 20 de octubre de 1993 y 18 de noviembre de 2003, entre otras). Cuando se trata de la creación *inter vivos* del derecho real, es indispensable el concierto claro de voluntades dirigido a ese fin, si bien no es necesaria la escritura pública como elemento *ad solemnitatem* que afecte a la eficacia obligatoria y validez de lo pactado. Cuando falte la prueba de una voluntad constitutiva de carácter expreso o en caso de duda, ha de operar la presunción de libertad del fundo (SSTS de 30 de octubre de 1959, 8 de abril de 1965, 9 de mayo de 1989 y 19 de julio de 2002, entre otras). La STS de 20 de octubre de 1993, ratificando que por título no debe entenderse necesariamente un documento, rechaza la posibilidad de adquisición de la servidumbre sin que se acredite una contraprestación si el acuerdo de voluntades no consta en escritura pública. (STS de 24 de octubre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—C. A., S. A. demandó a doña L. solicitando que se declarase que el predio de su propiedad es predio dominante y tiene constituida a su favor, sobre el predio sirviente propiedad de la demandada, una servidumbre de paso para dar acceso peatonal y mecánico a la carretera.

El Juzgado desestimó la demanda, considerando que, dado que la propiedad se presume libre de servidumbres y cargas, que corresponde a quien la invoca probar la existencia de una servidumbre, y siendo la servidumbre de paso aparente y discontinua, sólo puede adquirirse en virtud del título. Esto requiere una voluntad negocial suficientemente probada (aunque no tenga carácter documental). De ahí que, ante la duda de si la entrega de la llave en 1975 o si los actos de mera tolerancia del paso durante más de setenta años por razón de la amistad entre familias, constituyen actos de reconocimiento de la servidumbre o de constitución de la misma, deba optarse por aplicar el principio de libertad de los fundos y entender que no existe servidumbre.

La Audiencia Provincial considera que sí son actos reveladores de la existencia de título de constitución de la servidumbre de paso.

En cambio, el Tribunal Supremo entiende dichos actos como actos de tolerancia o buena vecindad, no expresivos de una voluntad constitutiva expresa con el rigor que impone la jurisprudencia fundada en la interpretación restrictiva de las cargas reales, puesto que falta la constancia de los elementos necesarios para la afirmación inequívoca de la existencia de una voluntad expresa. Dada esta equívocidad, subsiste una duda notable acerca de la existencia o no de la referida voluntad, y esta duda debe resolverse en favor de la presunción de libertad del fundo. (S. L. M.)

81. Acción confesoria de servidumbre.—Indica el Tribunal Supremo que esta acción tiene por objeto la declaración de la existencia de una servidumbre y la condena al demandado a que la reconozca y la respete, elimina-

do todo obstáculo que haya puesto a la misma. Es carga del demandante probar dicha servidumbre.

Acción negatoria de servidumbre.—Esta acción tiene por objeto que se declare que la cosa no está sometida a un derecho real de servidumbre del demandado y que se haga cesar el mismo. En este caso, de acuerdo con la STS de 24 de marzo de 2003, se parte de la presunción de que la propiedad es libre, por lo que será el demandado quien deberá probar la existencia de la servidumbre. Por su parte, el demandante, propietario, deberá acreditar la concreta perturbación que hace el demandado sobre el bien de su propiedad, como ejercicio de un derecho real. En este sentido, aclara el Tribunal Supremo no es objeto de esta acción la simple perturbación material o de hecho, sin que se dé ejercicio alguno del derecho de servidumbre. Ahora bien, sí puede ser objeto de esta acción, ejercitándose como meramente declarativa, la declaración de que no hay servidumbre, aunque no se padezca perturbación alguna.

Adquisición de servidumbre de paso voluntaria.—La servidumbre de paso voluntaria, discontinua y aparente sólo puede adquirirse por negocio jurídico, por una escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, o por sentencia. En el caso de adquisición por negocio jurídico o por reconocimiento del dueño, la jurisprudencia exige reiteradamente que conste explícitamente el negocio jurídico constitutivo (sirvan de ejemplo las SSTs de 27 de febrero de 1993, 1 de marzo de 1994 y 19 de julio de 2002) y que el reconocimiento sea expreso e inequívoco, sin que baste con actos de simple dejación o complacencia (STS de 30 de abril de 1993); es decir, se exige título de adquisición. En todo caso, no es necesario que el negocio jurídico quede plasmado documentalmente (STS de 24 de febrero de 1997). **(STS de 13 de octubre de 2006;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Con el fin de abrir una calle de uso público, el Ayuntamiento de Chelva permutó unos terrenos, por los que discurría un antiguo camino, por otros terrenos propiedad de unos vecinos del pueblo, disponiéndose en el acuerdo municipal sobre la permuta que ésta se hacía: «con la salvedad de que se mantengan las servidumbres de paso» respecto del antiguo camino. En los nuevos terrenos se construyó la nueva vía, de uso público, quedando a cambio bajo propiedad de los mencionados vecinos el terreno por el que discurría el antiguo camino. Los nuevos propietarios procedieron a cerrar el antiguo camino, mediante una puerta.

El propietario de una de las fincas vecinas al terreno por el que discurría el viejo camino interpuso una acción confesoria de servidumbre de paso respecto del camino que atravesaba la finca permutada y una acción negatoria de servidumbre de medianería respecto a las pilastras que sostenían la puerta que cierra el antiguo camino, adosadas a la casa de propiedad del demandante. La demanda fue desestimada en primera instancia y el demandante interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial estimó la acción confesoria de servidumbre, al entender que los demandados habían reconocido la servidumbre de paso, al manifestar que si el demandante necesitaba pasar sólo tenía que pedir la llave de la puerta, y se le daría. Frente a esta sentencia interpusieron recurso de casación los demandados en primera instancia. El Tribunal Supremo desestimó

el recurso, por considerar que no se había acreditado el título de adquisición de la servidumbre de paso y que no aparecía tampoco perturbación alguna sobre el predio del demandante. (A. M. M.)

82. Limitaciones legales del dominio y servidumbres legales: diferenciación.—Existe una limitación legal del dominio cuando ésta afecta a todos los predios que se hallan en determinadas condiciones o en una determinada situación. Por el contrario, la servidumbre constituye un gravamen que impone una sujeción parcial de un predio a la utilización en uso o en beneficio de otro predio (denominado dominante), si bien es cierto que en las servidumbres administrativas o legales no es esencial la idea de predio dominante, pues normalmente ni siquiera existe y la restricción se establece en beneficio de la comunidad.

Servidumbres legales: su extinción no depende de la voluntad del dueño del predio sirviente.—El Tribunal Supremo señala que el dueño de un predio gravado con una servidumbre legal de carácter forzoso no tiene la facultad de extinguir dicho gravamen.

Servidumbre de paso de energía eléctrica: naturaleza.—La Sala Primera del Tribunal Supremo pone de manifiesto que la doctrina discute si se trata de una limitación legal del dominio o de una servidumbre legal. A juicio de nuestro Alto Tribunal se trata, conforme a lo dispuesto en la Ley 10/1966, de 18 de marzo, de expropiación forzosa y sanciones en materia de instalaciones eléctricas, de una servidumbre administrativa de carácter forzoso, pues no se trata de una limitación que afecte a todos los predios que se encuentran en una determinada situación, sino que su imposición exige la existencia de un acto especial de carácter administrativo. (STS de 12 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—En marzo de 1993, los demandantes en este proceso judicial concedieron a la entidad CP., un derecho de opción de compra sobre la finca registral 2730 del Registro de la Propiedad núm. 4 de Elche. El plazo de ejercicio del derecho de opción vencía el 25 de septiembre de 1993 y se pactó que ejercitada en tiempo y forma la opción de compra, la escritura pública de compraventa se otorgaría en el plazo máximo de veinte días.

La escritura pública de compraventa no se otorgó porque la compradora (la entidad CP.) alegó que no se había acreditado que se hubieran levantado las cargas existentes sobre la finca (en concreto, dos líneas eléctricas y una línea telefónica, con sus respectivos tendidos y postes).

Las entidades ICP. y B., así como don A., doña G., don C., doña R. y doña A., interponen demanda contra la entidad mercantil CP., solicitando se dicte sentencia por la que se declare resuelta y extinguida la compraventa que deriva de la escritura pública de opción de compra de marzo de 1993 y que se cancele la inscripción registral de la opción de compra que afecta a la finca registral núm. 2730 del Registro de la Propiedad núm. 4 de Elche.

La parte demandada formuló reconvencción, solicitando se declare vigente el contrato de marzo de 1993, con los efectos pactados en el mismo.

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

NOTA.—Téngase en cuenta que la Ley 10/1966, de 18 de marzo, de expropiación forzosa y sanciones en materia de instalaciones eléctricas, ha sido derogada por la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del sistema eléctrico nacional. (M. J. P. G.)

83. El amparo registral del tercero hipotecario.—El artículo 34 LH garantiza la adquisición en firme de un derecho al tercero hipotecario que cumpla con las condiciones que la norma establece. Esta adquisición se realiza al amparo de los datos registrales, pero sólo respecto de aquellos de los que el Registro de la Propiedad da fe pública. Esto significa que, en virtud del artículo 38 LH, se presume *iuris tantum*, que los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo.

No obstante, según reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTs de 11 de junio de 1991, 24 de febrero y 21 de abril de 1993, 22 de febrero de 1996, 5 de junio de 2000 y 17 de marzo y 19 de julio de 2005), esta fe pública del Registro no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la descripción de la finca, como puedan ser su superficie o extensión. Las inscripciones registrales no dan fe pública de las características físicas de los inmuebles que comprenden. Por lo tanto, respecto de los datos relativos a la identificación de las fincas prevalece la realidad extrarregistral, por lo que para lograr la protección respecto de la misma, su delimitación ha de ser probada debidamente ante los tribunales de instancia. (STS de 2 de octubre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La mercantil D., S. A. interpone demanda donde solicita la declaración de dominio y ciertas nulidades registrales contra don B y su esposa, ya que la actora considera que es dueña por usucapión con justo título y posesión pacífica de una finca y, por ello, pide que los demandados reintegren la posesión de la parte de la citada finca que indebidamente poseen, desalojando y rehaciendo la valla que han derribado. Los demandados se oponen a tales pretensiones.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia en la que declara que no existe solapamiento entre las fincas registrales, por lo que no es preciso declarar la nulidad, ni la cancelación, de inscripción alguna. Sin embargo, condena a los demandados a reintegrar a la mercantil demandante la porción que han ocupado de la finca de su propiedad. En la apelación, la Audiencia Provincial estima el recurso y desestima la demanda, pues considera que existe una falta de identificación de la finca de titularidad de la actora. Esta última interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima y confirma íntegramente la resolución de la Audiencia. (S. E. M.)

84. Condición de tercero hipotecario del adquirente en subasta pública.—Según el Tribunal Supremo, el principio de seguridad jurídica que

inspira toda la institución del Registro de la Propiedad favorece *erga omnes* al adquirente al que se le cede el remate en subasta practicada en juicio ejecutivo. Éste tiene la consideración de tercero hipotecario conforme al artículo 34 LH –cuya buena fe se presume–, ya que adquiere por cesión de remate, tras una subasta judicial, de persona (el embargado) que aparecía como titular registral cuando se produjo el embargo y se celebró la subasta; y, tras la escritura pública judicial de compraventa, inscribe su derecho en el Registro de la propiedad.

Usucapión contra tabulas frente a tercero hipotecario.—Declara el Tribunal Supremo que no prevalece la usucapión *contra tabulas* contra el tercero hipotecario del artículo 34 LH, en la medida en que éste no conoció ni tuvo medios racionales de conocer el derecho del actor, por lo que no le afecta la usucapión [art. 36.a) y b) LH]. Concretamente, niega el Tribunal Supremo que, sobre el que participa en la subasta judicial de un piso, recaiga la carga de comprobar si lo publicado en el Registro coincide exactamente con la realidad, cuando el inmueble figura inscrito a nombre de una sociedad, la cual, por definición, por su carácter de persona jurídica, no ejerce la posesión de hecho. No se le puede exigir al que participa en la subasta que averigüe la relación que tiene la persona física que ejerce la posesión con la sociedad propietaria registral, ni que examine todo el historial para conocer si la posesión es a título de dueño o en otro concepto (STS de 10 de julio de 2006). (STS de 21 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Don F. era titular registral de un inmueble que vendió en documento privado a don P. F. el 7 de enero de 1976. Éste, a su vez, vendió dicho inmueble a don S., igualmente en documento privado, el 18 de octubre de 1977. Don S. tomó posesión del inmueble y habitó el mismo durante más de diez años. Paralelamente, en juicio ejecutivo contra el todavía titular registral don F., se trabó embargo sobre la finca el 15 de junio de 1983, que se anotó en el Registro de la Propiedad el 8 de octubre de 1987. En ejecución del mencionado embargo, se celebró subasta el 9 de abril de 1991 y se cedió el remate el 28 de junio del mismo año a favor de don P. M. Mientras tanto, el 3 de diciembre de 1992 se dictó auto en expediente de dominio para la reanudación de tracto sucesivo promovido por don S. en el que se declaró a éste propietario del inmueble y se ordenó la consiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad. No obstante, el auto no se llegó a inscribir. Poco después, el 10 de diciembre de 1992, se otorgó escritura de venta judicial del piso a favor de don P. M., que se inscribió el 5 de marzo de 1993. A instancias de don P. M., se produjo el lanzamiento de don S. del inmueble el 29 de julio de 1994.

Don S. interpuso entonces demanda contra don P. M. (y los demás actores en el juicio ejecutivo del que derivaba la venta en subasta pública del inmueble), ejercitando acción reivindicatoria de dominio sobre el inmueble mencionado. La demanda fue estimada en primera instancia, frente a lo que interpuso recurso de apelación don P. M. La sentencia de primera instancia fue revocada por la Audiencia Provincial, que entendió que no se había acreditado el título de propiedad del demandante. Interpuesto recurso de casa-

ción por don S., el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

85. Acción reivindicatoria y principio de exactitud registral.—Cuando el sujeto pasivo de la acción reivindicatoria opone un título de dominio respecto de la misma finca que el sujeto activo, corresponde al tribunal de instancia la determinación de si la finca a que se refiere la causa de oposición esgrimida está identificada y coincide con la que es objeto de reivindicación.

En nada afecta a esto el hecho de que el reivindicante ostente la titularidad registral de la finca reivindicada, pues ha declarado el Tribunal Supremo, en varias sentencias, que el principio de exactitud registral del artículo 38 LH determina una presunción *ius tantom*, por lo que puede ser destruida por prueba en contrario sobre la base, entre otros extremos, de la insuficiencia o defecto del título de transmisión del dominio derivada de la falta de titularidad dominical por parte del otorgante (SSTS de 5 de febrero de 1999 y 2 de noviembre de 2005).

Existencia de buena fe del adquirente.—Según la jurisprudencia del Alto Tribunal, la existencia o no de buena fe en favor del adquirente que inscribe su derecho en el Registro de la Propiedad constituye una cuestión de hecho que debe ser apreciada por el tribunal de instancia y que no puede ser examinada de nuevo en casación, salvo que se aprecie falta de lógica o arbitrariedad en la conclusión probatoria obtenida.

Requisitos de la prescripción.—La existencia o inexistencia de la posesión base de la prescripción, su duración y si es o no en concepto de dueño, son cuestiones de mero hecho, y las declaraciones sobre las mismas que se hagan por el tribunal de instancia son vinculantes en casación en tanto no sean desvirtuadas por el cauce procesal correcto. (STS de 10 de octubre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Por contrato privado de 20 de octubre de 1982, don D. vendió a don H. un terreno de 790 m². Don H. tomó posesión de la finca del contrato y destinó el terreno a la venta de áridos. El terreno forma parte de una finca registral de 3.000 m², la cual fue vendida por el anterior vendedor don D. y su esposa a don R. en escritura pública de 27 de julio de 1994, e inscrita en el Registro el 27 de septiembre de 1994. Don R. ejercitó una acción reivindicatoria sobre el citado terreno contra don H. y don D.

La Audiencia Provincial, revocando la sentencia del Juzgado, desestimó la demanda, por entender que don H. había adquirido el dominio del terreno mediante la compraventa y sucesiva entrega, mientras que al actor no llegó a serle entregada la posesión del terreno que reivindica, y además concurren en aquél los requisitos para la usucapión *contra tabulas*, pues el actor conocía que el terreno estaba poseído por el demandado. Además, falta en el reivindicante el requisito de la buena fe para poder considerarse protegido por el artículo 34 LH.

El Tribunal Supremo considera, en primer lugar, que la finca objeto de la segunda compraventa está perfectamente identificada no sólo por el plano elaborado, sino también por la entrega material del mismo y consiguiente ocupación por el comprador. Esto da lugar a que deba considerarse probada la insuficiencia del título que

dió lugar a la inscripción para justificar la transmisión del dominio en favor de su titular. Además, se dan los requisitos de la usucapión *contra tabulas* y el actor no ha llegado a probar el carácter no pacífico de la posesión. (S. L. M.)

86. Escritura de división horizontal inscrita. Justo título de usucapión.—Según el Tribunal Supremo, la existencia de justo título deriva del principio de legitimación y de la fe pública registral inherentes a la inscripción del título en el Registro de la Propiedad. Por ello, se beneficia de la presunción *iuris tantum* que establece el artículo 38.1 LH. Esta presunción no queda desvirtuada por el hecho de que las cuotas de participación en los locales asignados a los demandantes supere el porcentaje en la titularidad del inmueble, ya que las bases comparadas no deben ser necesariamente equivalentes. De hecho, a efectos del régimen de propiedad horizontal, son cosas distintas el tanto por ciento de participación en el volumen edificado y la asignación de cuotas de participación. (STS de 20 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don B. y doña E. ejercitaron acciones declarativa de dominio y reivindicatoria sobre un local comercial de un inmueble situado en Nájera, siendo parte demandada la entidad CMYS, S. A. La demandada contestó a la demanda y solicitó que se desestimase ésta y se dictase sentencia obligando a los demandantes a subsanar el error cometido en la escritura de división horizontal, a fin de asignarle a ella el mencionado local comercial. La demanda fue estimada en primera instancia, ya que no se tomó en consideración la existencia de un error invalidante de la citada escritura, por no haberse alegado oportuna y adecuadamente por vía de reconvencción. Frente a esta sentencia interpuso recurso de apelación CMYS, S. A., que fue desestimado. A continuación, la entidad mercantil interpuso recurso de casación, alegando la inexistencia de justo título sobre el que poder ejercitar con éxito la acción reivindicatoria. El Tribunal Supremo desestimó el recurso, desestimando la alegación referente al error en la escritura de división horizontal por ser cuestión nueva y, por ello, inadmisibles en casación. (A. M. M.)

87. Ejecución hipotecaria: notificación al deudor de la celebración de la subasta.—Afirma el Tribunal Supremo que el contenido del artículo 131 LH tiene carácter imperativo y que el Juez no puede omitir o suplir por otros medios admitidos en Derecho las notificaciones y trámites previstos en dicho precepto, que se consideran requisitos esenciales de la tramitación del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria. Razón por la cual la Sala Primera del Tribunal Supremo considera que la ausencia de notificación a los deudores, en la finca subastada, del lugar, día y hora de la subasta, es una grave anomalía procesal que genera indefensión a aquéllos y, por tanto, la nulidad de todas las actuaciones procesales desde ese momento.

Existencia de indefensión.—Conforme a lo dispuesto en el artículo 131, apartado 7.º, LH y en el artículo 238 LOPJ, así como a lo señalado por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (SSTS de 1 de junio de 1995, 17 de febrero de 1997 y 8 de febrero de 2005), puede afirmarse que

existe indefensión cuando, cualquiera que sea la forma en que se produzca, se priva al interesado de la eficaz defensa de sus derechos legítimos (por ejemplo, el derecho del deudor hipotecario de participar en la subasta se ve vulnerado si no tiene previo conocimiento de las circunstancias de su celebración). (STS de 14 de septiembre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La Sindicatura de la Quiebra del Grupo C. interpone una demanda contra la entidad bancaria BBV y las entidades V., H. y F., solicitando se dicte sentencia por la que se estimen las excepciones de litispendencia y falta de legitimación activa de la entidad bancaria BBV para interponer la demanda de ejecución hipotecaria, después de declararse la quiebra del Grupo C., contra las fincas de las que era titular la entidad quebrada y que constaban inscritas en el Registro de la Propiedad a su nombre, y que se declare la nulidad de todas las actuaciones posteriores. Subsidiariamente, se solicita en la demanda que se decrete la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria a partir de determinadas actuaciones procesales y de todas las actuaciones posteriores a las mismas.

La notificación del lugar, día y hora de la subasta de las fincas ejecutadas se realizó únicamente en el domicilio señalado en la escritura de constitución de la hipoteca (la diligencia de notificación se practicó con un vecino del inmueble que no se identificó ni firmó), pero no se realizó en las fincas que se iban a subastar ni tampoco se notificó la fecha de la subasta a la representación legal de la quiebra del Grupo C.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara la nulidad de la diligencia de notificación de 12 de mayo de 1993 (relativa a la fecha de celebración de la subasta) y de todas las actuaciones posteriores a dicha diligencia realizadas en el proceso judicial sumario de ejecución hipotecaria. La Audiencia Provincial estima los recursos de apelación de los demandados y desestima la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Sindicatura de la Quiebra del Grupo C., casando la sentencia recurrida y confirmando la de primera instancia.

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

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, en la actualidad, las situaciones de insolvencia se rigen por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, norma que ha derogado los artículos 870 a 941 CCO, preceptos que regulaban las figuras de la suspensión de pagos y de la quiebra. (M. J. P. G.)

88. Función de la tercería de dominio.—No cabe que en la tercería de dominio se acumulen o se ejerciten pretensiones ajenas a su propia finalidad, que es única y exclusiva, resultando inidonea la tercería para impugnar la

existencia de una hipoteca. Tampoco puede constituir el objeto determinante de la tercería de dominio la disputa sobre a quién corresponde la verdad dominical del bien embargado, o la atribución del derecho de propiedad. Su objeto exclusivo es la discusión sobre si dicho embargo ha de continuar o no, pues no se trata en ningún caso de recuperar lo trabado.

Carácter taxativo de las causas de suspensión del procedimiento sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH.—El artículo 132-2.º LH es de carácter restrictivo y exigente en cuanto impone que, para que el procedimiento sumario pueda suspenderse, es necesario que con la interposición de la tercería de dominio se acompañe inexcusablemente el título de propiedad de la finca, inscrito a favor del tercerista o su causante con fecha anterior a la inscripción de la hipoteca. Al ampararse la tercería de dominio promovida en un título de dominio inscrito con posterioridad al crédito hipotecario, no hay suspensión del procedimiento. (**STS de 28 de septiembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—Por escritura pública de 15 de julio de 1988 la entidad mercantil luego demandada lleva a cabo la segregación, de la finca matriz objeto de su propiedad, de una parcela de dos mil metros cuadrados que cede gratuitamente al Ayuntamiento de M.S. Por medio de escritura de fecha de 10 de septiembre de 1988 la citada entidad mercantil hipoteca la finca matriz a favor de Unicaja, que procede a su inscripción registral el 3 de octubre de 1988. La entidad bancaria promueve proceso judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH —en su redacción anterior a la modificación llevada a cabo por la LEC 1/2000 de 7 de enero—, en el que se embarga la finca sujeta a hipoteca. El Ayuntamiento de M.S. lleva a cabo la inscripción de su titularidad respecto de la finca nueva, surgida de la segregación operada, el 16 de diciembre de 1991. En la tercería de dominio interpuesta por dicho Ayuntamiento ante el Juzgado de Primera Instancia, como incidente del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH, se solicita que se declare que la finca objeto de segregación es de la propiedad del Ayuntamiento desde fecha anterior a la constitución de la hipoteca y que, en consecuencia, se sobresea el procedimiento. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta y declara que la finca registral es de la propiedad del Ayuntamiento desde fecha anterior a la constitución de la hipoteca que sobre ella pesa. La sentencia es recurrida por la entidad bancaria demandada y la Audiencia estima el recurso de apelación, desestimando la demanda de tercería interpuesta. El Ayuntamiento interpone recurso de casación contra la sentencia de apelación.

NOTA.—El litigio que se examina en el recurso de casación es una tercería de dominio que se promueve por el Ayuntamiento como incidente de un procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH (en adelante LH), en su redacción anterior a la modificación que lleva a cabo la disposición final 9.ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. Con este procedimiento judicial sumario, detallado en los artículos 131 a 133 LH, se dota al derecho real de hipoteca de un extraordinario vigor, ya que prácticamente se pasa a la subasta del bien hipotecado. Una de las características fundamentales de este procedimiento es la limitación

de las causas de suspensión del mismo, en aras a conseguir la agilidad y eficacia del derecho de los acreedores hipotecarios y con fundamento en la fuerte presunción de legalidad del derecho de hipoteca que emana de la calificación del Registrador. Por eso sólo puede suspenderse el procedimiento judicial sumario por las causas tasadas previstas en el artículo 132 LH, si bien se permite el ejercicio del procedimiento declarativo de modo ilimitado. Una de las cuatro causas tasadas de suspensión es precisamente la interposición de una tercería de dominio, como ocurre en este caso. Ahora bien, el artículo 132.2.º LH establece unos requisitos de inexcusable cumplimiento sin los cuales no prospera la tercería de dominio interpuesta, ya que constituyen requisitos de admisión a trámite de la demanda. Así, se prevé la suspensión «*si se interpusiere una tercería de dominio, acompañando inexcusablemente con ella, título de propiedad de la finca de que se trate, inscrito a favor del tercerista o de su causante, con fecha anterior a la inscripción del crédito del actor, y certificación de no aparecer extinguido ni cancelado en el Registro el asiento de dominio a favor del tercerista*». La doctrina siempre ha entendido, de modo prácticamente unánime, que el artículo 132.2.º LH exige, para la suspensión del procedimiento sumario de ejecución hipotecaria, que el título de dominio del tercerista esté inscrito con anterioridad a la inscripción de la hipoteca y no simplemente que el título del tercerista sea anterior a la hipoteca, aunque inscrito después que ésta (entre las voces doctrinales cabe citar a DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, p. 761 y GARCÍA GARCÍA, J. M., *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 340-341). De la misma opinión parecen en general los tribunales: entre otras, *vid.* las SSTs de 26 de septiembre de 1991 (RJ 1991, 6069) y 28 de febrero de 2006 (RJ 2006, 696), SSAP de Cuenca de 23 de marzo de 1999 (AC 1999, 4518) y de Cantabria de 23 de enero de 2001 (AC 2001, 94). En sentido contrario, no obstante, la reciente STS de 9 de junio de 2006 (RJ 2006, 2381). Es cierto que tal interpretación mayoritaria lleva a esa misma doctrina a sostener que tan duros requisitos hacen que tal hipótesis de suspensión del procedimiento sumario rara vez pueda darse en la vida práctica, ya que es difícil de imaginar que pueda presentarse un título de propiedad, inscrito con anterioridad a la hipoteca, por un tercero que no sea la persona constituyente de la hipoteca, porque en virtud del principio de tracto sucesivo sólo puede constituir la hipoteca el titular dominical inscrito. Por ello únicamente en algunos casos, muy extraños, podría prosperar la tercería.

En la actualidad, como es sabido, la acción hipotecaria ha dejado de estar incluida en la Ley Hipotecaria para pasar a la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. La hipoteca se habrá de ejecutar por los trámites del ejecutivo ordinario (Libro III), pero se han introducido una serie de especialidades para el caso de ejecución sobre bienes hipotecados (Capítulo V del Título IV) que, mantienen, en buena parte de lo sustancial, el procedimiento del artículo 131 LH. La Ley de Enjuiciamiento Civil conserva las cuatro denominadas causas de suspensión del anterior artículo 132 LH. A dos de ellas las sigue llamando causas de suspensión (a la tercería de dominio y

a la prejudicialidad penal), pues suspenden la ejecución a la espera de lo que resulte de la tercería de dominio y del procedimiento penal. Y denomina, a las otras dos, causas de oposición (extinción de la garantía o de la obligación garantizada y error en la determinación de la cantidad exigible cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje una cuenta entre acreedor y deudor), porque, además de suspender los trámites ordinarios de la ejecución, abren un incidente contradictorio entre las partes del que conoce el tribunal de la ejecución (*vid* más ampliamente MONTSERRAT VALERO, A., *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000*, Civitas, 2002, pp. 153 ss). El artículo 696 LEC, que establece la nueva regulación de la tercería de dominio, ya no deja lugar a dudas respecto a la cuestión antes planteada de si el título de dominio del tercerista ha de estar inscrito antes de la inscripción de la hipoteca, ya que su tenor literal es muy claro al respecto: Párrafo 1. «*Para que pueda admitirse la tercería de dominio en los procedimientos a que se refiere este capítulo, deberá acompañarse a la demanda título de propiedad de fecha fehaciente anterior a la de la constitución de la garantía. Si se tratare de bienes cuyo dominio fuere susceptible de inscripción en algún Registro, dicho título habrá de estar inscrito a favor del tercerista o de su causante con fecha anterior a la de la inscripción de la garantía, lo que se acreditará mediante certificación registral expresiva de la inscripción del título del tercerista o de su causante y certificación de no aparecer extinguido ni cancelado en el Registro el asiento de dominio correspondiente*». Como requisito de admisibilidad de la demanda se exige, pues, el título de propiedad de fecha fehaciente anterior a la constitución de la garantía, que además deberá estar inscrito (acreditándose con certificación registral) con anterioridad a la inscripción de la garantía. La doctrina entiende que el tenor literal del artículo 696 LEC es claro y que en este punto además no ha introducido el precepto grandes novedades, reiterando que la exigencia de requisitos tan estrictos no permitirá la aplicación práctica del mismo [CRESPO ALLUÉ, F., «Comentario al artículo 696 de la LECiv», *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Guilarte (Coordinador), Valladolid, 2000, pp. 3568-3569 y DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial...*, cit. pp. 786-787]. (*Alma R. G.*)

DERECHO DE FAMILIA

89. Convivencia *more uxorio*: consecuencias económicas de su disolución: inaplicabilidad por analogía *legis* del régimen matrimonial: posible aplicación de la analogía *iuris*.—Frente a la pretensión de la recurrente de que se aplique analógicamente el régimen de comunidad de bienes o el de sociedad de gananciales atendiendo a la voluntad de los miembros de la unión, la Sala se pronuncia en el sentido de que, aunque la unión de hecho produzca consecuencias jurídicas, es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio, y hoy, que caben el matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, indudablemente es una elección de quienes no aceptan el matri-

monio ni sus consecuencias. Por ello no cabe aplicar a la *convivencia more uxorio*, ni tan siquiera por vía de *analogía iuris* las normas previstas para el matrimonio, entre las que se encuentran las relativas al régimen económico matrimonial; lo que no empece a que puedan éstas, y, en general, las reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o de patrimonios comunes, ser aplicadas, bien por pacto expreso, que no es el caso, bien por la vía de la *analogía iuris* cuando mediante hechos concluyentes se evidencia la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común, lo que tampoco quedó acreditado.

Inaplicación de Legislación autonómica sobre parejas de hecho.—La Ley 4/2002, de 23 de mayo, de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, de parejas estables, deja a la autonomía de la voluntad de los convivientes la regulación de las relaciones patrimoniales derivadas de la convivencia (art. 5), pero, en todo caso, no alcanza a la unión de hecho formada en su día por los litigantes, disuelta antes de su entrada en vigor. (**STS de 19 de octubre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

NOTA.—Sigue siendo válida la constatación del Decano Carbonnier de que una de las diferencias más llamativas entre el matrimonio y el concubinato —en designación menos elegante del famoso civilista, aunque clásica en Francia— radica en que los cónyuges al casarse miran al futuro, mientras que los convivientes suelen recurrir al Derecho a la hora de la ruptura, es decir mirando al pasado que ya está escrito y no pueden modelar a su gusto, sino liquidarlo o extinguirlo. Nada menos que diecisiete años había durado la *convivencia more uxorio* de los litigantes, comprendiendo dicho periodo la promulgación de la Ley de 1981, sin que en ningún momento intentaran regular negocialmente su situación convivencial, situación que el 2.º FD describe como «ausencia de la intención de los convivientes de crear un acervo común». Llama la atención que esta sentencia aluda expresamente a las reformas de las Leyes del 2005 para indicar que «la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio, aunque una y otra se sitúen dentro del Derecho de Familia». Sigue siendo cierto que toda reforma del divorcio implica una nueva concepción legal del matrimonio, y con mayor razón cabe referirlo a la admisión del llamado matrimonio homosexual que, como reconoce la doctrina, ha desfigurado la institución hasta hacerlo irreconocible. *Efectos colaterales* de las leyes del 2005 que conviene no olvidar. Al rechazar el recurso de la mujer, el Tribunal Supremo confirma las resoluciones denegatorias de ambas instancias respecto de la pretensión de aquélla. Marginal es la alusión a la legislación autonómica asturiana sobre uniones de hecho para limitarse a decir que *ratione temporis* es inaplicable al caso, sin entrar a fondo en su posible inconstitucionalidad, tampoco alegada. (G. G. C.)

90. Convivencia more uxorio: cosa juzgada.—No puede estimarse que se haya producido la excepción de cosa juzgada dado que en el procedimiento anterior entre los mismos convivientes se solicitaba que se declarara disuelta la sociedad constituida entre los mismos, con liquidación del patri-

monio descrito, a lo que no se dio lugar, mientras que en el actual se discute el derecho a ser resarcida la actora del empobrecimiento injusto sufrido durante la convivencia. Pese a su aparente claridad, tanto el artículo 1252 CC como la cosa juzgada presentan, en la teoría como en la práctica, dificultades insolubles que se traducen en la misma denominación inexacta de presunción atribuida a la cosa juzgada; pura y simplemente por cosa juzgada hay que entender el objeto del proceso una vez ha sido sometido a juicio jurisdiccional; aun cuando sea la sentencia la que produce la cosa juzgada, ésta está estrechamente ligada al objeto del proceso, por cuyo motivo ha de entenderse la cosa juzgada como el principal efecto del proceso.

Enriquecimiento injusto: doctrina general.—Se produce, no sólo cuando hay un aumento del patrimonio o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una no disminución del patrimonio; el empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro; la correlación entre ambos es la medida en que uno determina el otro, y la falta de causa no es otra cosa que la carencia de razón jurídica que fundamenta la situación; la *causa* en el sentido de *razón* o *base* suficiente no es otra cosa que un *concepto-válvula* para poder introducir elementos de carácter valorativo y decidir acerca de la justificación o falta de la misma, en un supuesto determinado (STS de 17 de junio de 2003). A falta de una definición general, la jurisprudencia sustenta la figura del enriquecimiento sin causa en el principio general de que nadie puede enriquecerse injustificadamente a costa de otra; la correlación entre el empobrecimiento y el enriquecimiento pueden tener cabida tanto en el supuesto de una relación directa entre ambos interesados o a través de una atribución patrimonial indirecta siempre que los demás requisitos, incluido el de la subsidiariedad de la medida reparadora, concurran en el supuesto. (**STS de 6 de octubre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

NOTA.—Según la doctrina jurisprudencial sobre la *convivencia more uxorio*, al extinguirse ésta no hay una única acción para solicitar la liquidación del inexistente *régimen económico legal* de la convivencia, sino la posibilidad de una pluralidad de acciones aisladas que pueden tener su base en el pacto o en otros principios tales como el del enriquecimiento sin causa. Llamada de atención, por tanto, a los convivientes varones: una vez extinguida la convivencia, declarada la desestimación de la acción sobre la base de una sociedad civil, podrán, no obstante, ejercitarse en su contra distintas acciones basadas, por ejemplo en otra sociedad mercantil, o, acaso, en una sociedad irregular, o en una relación laboral o de servicios entre los convivientes. En el presente caso el esfuerzo probatorio de la actora, al cabo de una convivencia fáctica de casi diez años, se concentra en demostrar que ha asumido durante la convivencia las labores del hogar y ha colaborado en el trabajo profesional del varón (médico que recibe consultas en el domicilio), lo que triunfa en apelación y confirma el Tribunal Supremo al rechazar el recurso del conviviente varón, y declarar que se ha producido un enriquecimiento injusto que se liquidará en ejecución de sentencia. (G. G. C.)

91. Gananciales: consentimiento uxorio para enajenar inmuebles comunes: doctrina general: asentimiento tácito.—Es doctrina reiterada de la Sala que la falta de consentimiento uxorio ha de encuadrarse dentro de la anulabilidad o nulidad relativa y no dentro de la absoluta nulidad de pleno derecho y que mientras ésta puede hacerse valer por vía de acción o de excepción, aquélla sólo se puede hacer valer accionando; el consentimiento de la mujer puede ser expreso, tácito o presunto, y su determinación es cuestión de hecho que incumbe investigar a la Sala de instancia; puede manifestarse en forma anterior o posterior al negocio, y también puede inferirse de las circunstancias concurrentes, valiendo incluso la pasividad o no oposición de la mujer a la venta, conociendo la misma, la ausencia de perjuicio o fraude e incluso el silencio puede ser revelador del consentimiento. Por todo lo cual cabe afirmar que el necesario consentimiento de la esposa se deduce de su pasividad, de la no oposición a los actos dispositivos constándole los mismos, de la ausencia de perjuicio y fraude en el actuar de su cónyuge e inexistencia de su actuación previa al recurso de indicio alguno que permita afirmar su disentimiento (SSTS de 7 de julio y 11 de diciembre de 1990, 20 de junio de 1991, 24 de mayo, 30 de junio y 13 de julio de 1995, 29 de enero y 15 de julio de 2003). En el presente caso ha de declararse que la demandante había prestado tácitamente su asentimiento a la enajenación realizada por su esposo en 1984, sabiendo que los demandados habitaban el piso objeto de autos, y que no se les exigiera el pago de rentas hasta el año 1995, teniendo en cuenta, a mayor abundamiento, el tiempo transcurrido hasta el acto de conciliación intentado en aquella fecha para el lanzamiento. **(STS de 29 de septiembre de 2006;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.] (*G. G. C.*)

DERECHO DE SUCESIONES

92. Derechos de sucesión hereditaria: principios generales.—Dado que el fallecimiento de una persona determina la apertura de su sucesión, de la DT 12.^a CC se infiere el principio de que los derechos a la herencia se rigen por la legislación vigente en el momento del fallecimiento. La DT 8.^a de la Ley de 13 mayo 1981 se acoge a dicho principio al establecer que las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor dicha ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después, por la nueva ley.

Equiparación de la filiación adoptiva con la matrimonial y no matrimonial: extinción de derechos sucesorios de los hijos adoptivos con su familia biológica.—La Sala declara que la equiparación de la filiación entre los nacidos dentro y fuera del matrimonio, que estableció por razones constitucionales la Ley de 1981, se extendió por esta ley a los hijos adoptivos estableciendo un principio de identidad o igualdad, lo que lleva por consecuencia la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptante y la familia biológica y, consiguientemente, la de los derechos hereditarios que aquél pudiera ostentar respecto de ésta. **(STS de 18 de septiembre de 2006;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (*G. G. C.*)

93. Sucesión testamentaria: interpretación de cláusula de legado: doctrina general.—La hija adoptada plenamente se incluye entre los «hijos o descendientes legítimos» del legatario: interpretación que tiene en cuenta la evolución de las concepciones sociales sobre la filiación adoptiva: la STS

de 15 de febrero de 2005 recuerda la abundante jurisprudencia mediante la que se ha declarado que: *a)* en la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador; *b)* la interpretación de los testamentos es competencia de los tribunales de instancia, siempre que se mantenga dentro de los límites racionales y no sea arbitraria, y sólo puede ser revisada en casación cuando las conclusiones a que se haya llegado en la interpretación sean ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la ley; y *c)* en la interpretación del testamento debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador y sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto. A su vez la STS de 28 de septiembre de 2005 declara que aunque la investigación de la voluntad del testador constituye función exclusiva de los Tribunales de instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas deben ser respetadas, cabe un control casacional de la misma, en beneficio de la lógica y del respeto a la propia ley. Adviértase que no nos hallamos ante una cláusula testamentaria que puede ser considerada contraria a una norma imperativa o prohibitiva, pues la asimilación de los hijos adoptivos a los hijos habidos dentro o fuera de matrimonio no implica que el testador no pueda excluirlos de la sucesión haciendo uso del principio de libre disposición de su patrimonio, siempre que respete los derechos legítimos; ni siquiera estamos, ante un supuesto de *Dritt-wirkung*, o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones entre particulares, dada la prevalencia en esta materia del principio de autonomía de la voluntad. La determinación de la verdadera intención del testador exige atenderse, en principio a las circunstancias jurídicas y sociales del momento en que el testamento se dictó; sin embargo, cuando se utilizan conceptos definitorios de carácter genérico y de contenido predominantemente jurídico, la interpretación del concepto no puede hacerse atribuyéndosele consecuencias discriminatorias incompatibles con el alcance del concepto en el momento en que es aplicado si no consta de manera suficiente que ésta fue la verdadera voluntad del testador, pues es legítimo presumir que el testador no tiene la intención de introducir distinciones que puedan ser consideradas como contrarias a los principios o valores que rigen básicamente en la sociedad, y que al otorgar su última voluntad acepta la evolución natural de las concepciones sociales en sus aspectos fundamentales y las consecuencias inherentes a esta evolución.

Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.— A partir de la interpretación conforme a la Constitución de la disposición transitoria de la Ley de 13 de mayo de 1981, la STC 155/1987 concluye que se ha consagrado en el ámbito de la filiación el principio de igualdad o no discriminación por razón de la clase de nacimiento proclamado en los artículos 14 y 39 CE; y aunque la STC 33/1983 declaró que la extensión del principio de identidad de filiación a los hijos adoptivos no es consustancial al principio de no discriminación por razón de filiación, pero implica la introducción por el legislador ordinario de un criterio de igualación que coloca la situación de éstos bajo la cobertura del principio de igualdad en la aplicación de la ley. Principio que se plasma en el artículo 108.3 CC rectificado por la Ley de 11 de noviembre de 1987, y reflejado a efectos sucesorios por el artículo 807 CC. A partir de la reforma de la filiación la jurisprudencia ha sido constante en la equiparación de las referencias genéricas a los hijos o descendientes legítimos efectuadas en actos o contratos de disposición gratuita *inter vivos* o *mortis causa*, o con

efectos sucesorios como comprensivos de los hijos adoptivos, con la importante distinción de fundarse en la necesidad de evitar la vulneración del principio de igualdad en la aplicación a la ley, cuando la referencia se contiene en un texto legal, o en el hallazgo de la intención presunta del testador o donante, cuando se trata de una disposición testamentaria o de liberalidad. En este sentido, las SSTs de 6 de febrero de 1997, 22 de junio de 2002, 15 de febrero de 2005, así como la importante STDH de 14 de julio de 2004 en un supuesto similar al aquí contemplado. En resumen, pocas dudas pueden abrigarse sobre la interpretación que puede darse al concepto de «hijos o descendientes legítimos» que se emplea en la disposición testamentaria controvertida para evitar las consecuencias de una interpretación discriminatoria por razón de filiación que, a falta de una determinación expresa, no puede considerarse que constituya la verdadera intención del testador y, por ello, adquiere relevancia en relación con el derecho constitucional de igualdad. **(STS de 29 septiembre de 2006; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Sentencia con brillante argumentación en relación con la interpretación de una cláusula testamentaria otorgada en 1962 por virtud de la cual una persona soltera instituye una figura especial de usufructo sin designación simultánea de nudo propietarios, a favor de uno solo de sus trece hermanos, al tiempo casado sin hijos, ordenando que si al fallecimiento del último de los usufructuarios quedasen «hijos o descendientes legítimos» los bienes pasasen a ser de pleno dominio de éstos, y de lo contrario pasarían a ser propiedad del Ayuntamiento. La historia resulta algo compleja pues inicialmente, en 1966, la hija adoptada por el marido lo fue sólo en adopción menos plena, con pacto sucesorio expreso; en 1970 adopta igualmente la esposa con idénticas características. La hija adoptada había convivido algunos periodos de tiempo con el testador antes de su matrimonio. El testador fallece en 1991 y al año siguiente los adoptantes transforman la adopción en la figura normal de adopción de la Ley de 1987. En apelación, a la hija adoptada se le denegó el derecho a suceder en la plena propiedad de los bienes legados por el causante, derecho que reconoce la sentencia extractada con abundante argumentación.

El esfuerzo interpretativo de la sentencia estimatoria se sitúa en el FD-4.º apartado B, no exento de alguna interna contradicción. Se reconoce la validez de la exclusión expresa de los hijos adoptados, cláusula que hubiera tenido efecto en cuanto a la parte de libre disposición, a pesar de contradecir el principio de igualdad de efecto de las filiaciones. Pero en defecto de tal cláusula expresa no parece fácil presumir la intención del testador que, a lo largo de su vida, vive plenamente la transición política con el cambio de valores sociales. Desconocemos la profesión del causante (incluso para los juristas no resulta claro el régimen sucesorio transitorio de los hijos adoptados, que aquí no se discute). Un testador escrupuloso acaso hubiera comparecido nuevamente ante el Notario para clarificar su intención sobre los derechos de la hija adoptada por su hermano; al no hacerlo, todas las suposiciones quedan abiertas. ¿Por qué ha de presumirse judicialmente una de ellas? La interpretación aceptada es, sin duda, la más «progresista» y cuenta con valedores de autoridad. (G. G. C.)

94. Reserva lineal: doctrina general.—La reserva lineal ha sido objeto de profusa doctrina, alguna muy reciente y reiterada jurisprudencia, incluso sentencias bien modernas. Ésta la considera un beneficio otorgado por consideraciones familiares, exclusivamente en favor de determinadas personas, cuyo contenido moral y de respeto a la familia de la línea de procedencia de los bienes responde a una fuerte convicción persistente en el ánimo del legislador, en evitación quizá de eventuales fraudes o contubernios; no deja margen a la autonomía de la voluntad del reservista y se actúa automáticamente una vez fallecido el reservista, en favor de los reservatarios que son determinados en ese preciso momento.

Nacimiento.—Fallecido el testador en cuyo testamento instituye herederos a sus dos hijos de dos madres diferentes, a la hija le adjudica la legítima que le corresponda, toda la mejora y el tercio de libre disposición, y al hijo, sólo la parte de legítima estricta. El hijo fallece al poco tiempo y antes que su madre, quien le sucede como heredera legitimaria abintestato en todos sus bienes, incluyendo los que constituyeron la legítima estricta del primer finado.

Doble transmisión.—El artículo 811 CC exige que la primera transmisión sea a título lucrativo, y la segunda, sucesoria y por ministerio de la ley; una y otra comprenden la sucesión en su totalidad; testada, intestada y forzosa, pues el texto legal no excluye a la sucesión legitimaria del objeto de la reserva.

Reservista y reservataria.—La madre del legitimario del primer finado, y cónyuge separada de éste, es reservista respecto de los bienes heredados de su hijo, y la hermana de vínculo sencillo de éste es reservataria respecto de los mismos, entendiéndose la reserva lineal como un derecho o expectativa a poseer siempre que se dé la condición legal de sobrevivir a la reservista.

Derechos de la reservataria.—La reservataria no tiene el derecho actual a percibir los bienes reservables, razón por la cual le fue denegado en proceso anterior, sino una esperanza o expectación de derecho, llamado también derecho expectante de reserva definitiva, jurídicamente protegida y que dará derecho a la reservataria a adquirir los bienes, a la muerte de la reservista y si le sobrevive; es decir, resulta ser titular de los bienes reservables, sujeta a la condición suspensiva de sobrevivir a la reservista, pudiendo exigir, mientras la condición no se cumpla, las garantías del artículo 184 LH.

Cosa juzgada.—No la hay porque en juicio anterior la misma actora había solicitado la adjudicación inmediata de los bienes como reservables, petición desestimada, ni tampoco porque en juicio de testamentaria sendas providencias rechazaron sin más la petición de que se declararan bienes reservables, ya que en tal procedimiento no se produce litispendencia ni cosa juzgada. (STS de 25 de septiembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

NOTA.—Pese a la breve descripción de la *ratio legis* que incluye la S extractada no parece que esta hipótesis de reserva lineal de la s. extractada encaje en la problemática tradicional (que, por ej. describen LACRUZ *et al.*, *Elementos*, V, 5.ª d., Barcelona 1993 p. 470). Parece deducirse que la reservista es la esposa separada que por fallecimiento del hijo común habido con el primer finado, que litiga —en apariencia, encarnizadamente— con la hija (¿no matrimonial de éste? ¿hija de matrimonio anterior?) que, además de recibir la mayor parte de los bienes de su progenitor, se ha convertido en

reservataria de la legítima estricta que recibió su hermano de vínculo sencillo del progenitor común. (G. G. C.)

95. Aceptación tácita de la herencia: doctrina general.—Según STS de 27 de junio de 2000, la aceptación tácita regulada por el artículo 999 p.º 3.º CC procede del Derecho romano y fue recibida por las Partidas (*tomar la heredad ... se puede fazer por fecho: Maguer non lo diga paladinamente*) y ha sido objeto de una profusa jurisprudencia, que es unánime en exigir actos claros y precisos que revelen la voluntad inequívoca de aceptar la herencia; ha de tratarse de hechos que no tengan otra explicación, pues lo que importa es la significación del acto, en cuanto indica la intención de hacer propia la herencia y no de cuidar el interés de otro o eventualmente el propio para después aceptar. En el presente caso José Augusto ha aceptado tácitamente la herencia de Olga con base en la doctrina de los actos propios tales como la postura procesal adoptada en el presente procedimiento que ha comparecido como heredero; la falta de toda prueba en relación con la repudiación de la herencia, manifestando en la prueba de confesión que no ha renunciado a la herencia; en la aportación a los autos de un Cuaderno Particional del que resulta que la herencia de Olga no es deficitaria.

Costas.—Al no darse una situación de vencimiento total no procede hacer una expresa imposición de las mismas ni en la primera ni en la segunda instancia, ni tampoco en casación, por lo que procede una estimación parcial del recurso. (STS de 12 de julio de 2006; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Sierra.] (G. G. C.)

DERECHO MERCANTIL

96. Competencia desleal. Actos denigratorios: requisitos.—Los actos denigratorios suponen un ataque a la reputación del tercero y están realizados con finalidad concurrencial; en ellos deben presentarse estos elementos: *a)* el menoscabo de la reputación y el crédito del tercero en el mercado; *b)* la falsedad; *c)* que sean pertinentes, y *d)* que tengan finalidad concurrencial.

Defensa de la competencia. Buena fe.—El artículo 5 LDC contiene una disposición general, de acuerdo con la cual se reputa desleal todo comportamiento que resulte obviamente contrario a las exigencias de la buena fe. La jurisprudencia ha considerado que esta disposición contiene una norma que viene a subrayar el contenido ético-social de las conductas y valores generales de honradez, propia responsabilidad y avenimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena. Este artículo es una norma, por tanto, que sanciona la contravención de los deberes generales de conducta de quien concurre en el mercado, del mismo modo que realizan los artículos 6 y 7 CC, el artículo 57 CCO y el artículo 1:2.1 de los Principios del Derecho europeo de contratos y así se ha considerado que este artículo significa un límite a la libertad de empresa establecido en el artículo 38 CE, de manera que los operadores económicos que actúan en el mercado deben abstenerse de poner en peligro la libertad de empresa. Esta disposición debe ser entendida como una cláusula general que cubre aquellas conductas que suponen competencia desleal y que no están tipificadas en alguna de las disposiciones que le siguen.

Defensa de la competencia. Incompatibilidad de la fórmula general del artículo 5 con supuestos tipificados.—No resulta correcto alegar conjuntamente la violación del artículo 9 LCD con el artículo 5 de la misma Ley, puesto que es improcedente acudir a la fórmula general del artículo 5 LCD para combatir conductas que están tipificadas en particular en otras disposiciones.

Obligaciones mercantiles. Solidaridad: regla general en el ámbito mercantil.—La solidaridad es la regla en el ámbito del Derecho mercantil, ya que la rígida norma del artículo 1137 CC ha sido objeto de una interpretación correctora por parte del Tribunal Supremo y muy especialmente en relación con las obligaciones mercantiles en las que, debido a la necesidad de ofrecer garantías a los acreedores, se ha llegado a proclamar el carácter solidario de las mismas, sobre todo cuando se busca y se produce un resultado conjunto. Ello está de acuerdo con el acervo comercial de la Unión Europea, en la que el artículo 10:102 de los Principios del Derecho europeo de contratos recoge el principio de la solidaridad cuando hay varios deudores obligados, principio tradicionalmente aplicado por la jurisprudencia cuando se trata de obligaciones mercantiles

Competencia desleal. Libertad de empresa.—La libertad de empresa consiste en la posibilidad de acceder y permanecer en el mercado y de desarrollar actividades productivas, siempre que se respeten las condiciones establecidas por las Leyes; en consecuencia, la Ley puede restringir la libertad de empresa cuando colisiona con derechos fundamentales. De acuerdo con estos postulados, el preámbulo de la Ley 3/1991 señala que la Ley de Competencia Desleal obedece, precisamente, al sistema de valores presente en la Constitución, de modo que la Constitución española de 1978 hace gravitar nuestro sistema económico sobre el principio de libertad de empresa y, consiguientemente, en el plano institucional, sobre el principio de libertad de competencia. De ello se deriva, para el legislador ordinario, la obligación de establecer los mecanismos precisos para impedir que tal principio pueda verse falseado por prácticas desleales, susceptibles, eventualmente, de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado.

Indemnización de daños y perjuicios. Daño puramente económico. La doctrina anglosajona denomina un daño puramente económico aquel que no es consecuencia de una lesión directa en la persona o bienes del demandante, sino que se produce de manera indirecta, en este caso, como consecuencia del cierre de la empresa. Los Tribunales españoles han resuelto siempre este tipo de casos teniendo en cuenta los criterios de causalidad y de imputación objetiva del daño. Los casos decididos por nuestro Tribunal Supremo se han referido siempre a salarios pagados por el empresario del trabajador que ha sufrido un daño y ha negado la responsabilidad del causante del daño.

Derecho al honor. Prestigio profesional.—La reputación de una persona está protegida constitucionalmente a través del derecho al honor en el artículo 18 CE, y así se ha admitido en la sentencia del Tribunal Constitucional 75/1995, de 17 de mayo, que incluye en el derecho al honor el prestigio profesional cuando la difusión de los hechos excede de la libre crítica a la labor profesional. (**STS de 11 de julio de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La mercantil *Crealia, S. L.* y don Claudio interpusieron demanda de juicio ordinario de menor cuantía, contra

don Juan Pedro, don José Francisco, don Fermín y contra la mercantil *Grupo Bancomark, S. L.*, por competencia desleal y en reclamación de daños y perjuicios causados. El Juzgado de Primera Instancia número 14 de Valencia dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrída en apelación por los actores, la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Valencia estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

97. Contrato de agencia. Indemnización por clientela: situación anterior a la Ley 12/1992.—Aunque es cierto que no se puede aplicar a las relaciones surgidas de los contratos en litigio la Ley 12/1992, dadas sus fechas y su extinción antes de la entrada en vigor de la mencionada Ley, hay que recordar que los usos mercantiles europeos, incluidos en la Directiva 86/653/CEE, constituyen fuentes del Derecho mercantil y, por ello, la norma que obliga a la compensación por clientela tiene por base el principio del enriquecimiento sin causa debidamente consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, lo que implica el reconocimiento del derecho del agente a obtener una indemnización por la clientela aun antes de la entrada en vigor de la Ley 12/1992, siempre que hubiese aportado nuevos clientes al empresario.

Contrato de agencia. Prescripción: irretroactividad.—La prescripción, por ser una disposición restrictiva, no puede ser aplicada retroactivamente en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.2 CE. (STS de 22 de septiembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don Inocencio, don Lucas, don David y don Ángel Jesús interpusieron demanda contra *Betauto, S. A.* y contra *Fasa Renault* solicitando se declare la nulidad de la resolución contractual, la vigencia del contrato y se indemnice a los actores por daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Badalona desestimó la demanda. Recurrída en apelación, la Sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso, El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

98. Contrato de agencia. Disposición Transitoria de la Ley 12/1992. Esta disposición significa que la relación contractual, que lleva un año sometida a la Ley del Contrato de Agencia en el momento de la resolución, ha de tratarse como si tuviera un año de vigencia, y por ello le correspondería el preaviso de un mes. Pero la Ley no cambia los años de vigencia, que son los constatados en la instancia, que ya son aquí inalterables, y la regla del artículo 25.2 inciso primero, dispone que «corresponde un mes por cada año de vigencia hasta un máximo de seis meses», añadiendo que sea cual fuere el grado de retroactividad que se estime producido, no se trata de un problema de retroactividad, sino de aplicación integral de la norma, lo que por otra parte es coherente con la imperatividad que señala el artículo 3.1 LCA. En definitiva, ello significa que una vez determinada la aplicación de la Ley 12/1992, no se puede fragmentar su contenido y debe aplicarse en bloque.

Contrato de agencia. Criterio del beneficio neto.—No se infringe el artículo 25 LCA cuando obliga a restar de la cantidad por comisiones determinada en el peritaje, el importe de los costos correspondientes e inherentes

a la generación de las comisiones; utiliza el criterio de los beneficios netos, que no es contrario ni al artículo 25 ni al artículo 29 LCA.

Contrato de agencia. Extinción: supuestos.—El de agencia es un contrato de larga duración y en la mayoría de los casos, de duración indefinida, puede ser extinguido por ambas partes en el momento que crean conveniente, sin que sea necesario alegar incumplimiento para ello, aunque ciertamente las consecuencias previstas en la Ley del Contrato de Agencia son distintas, según que la extinción se produzca por el incumplimiento de una de las partes, en cuyo caso varían o desaparecen las indemnizaciones a que da lugar la extinción, o por la voluntad de cualquiera de ellas.

Contrato de agencia. Extinción: operaciones.—Para extinguir la relación contractual creada por el contrato de agencia, debe procederse a dos operaciones: *a)* La liquidación de las relaciones que aun quedan pendientes, y *b)* las indemnizaciones que correspondan de acuerdo con la Ley de Contrato de Agencia, según cómo se haya producido la extinción.

Contrato de agencia. Extinción: procedencia de la indemnización. Si el empresario no se ajustó al preaviso exigido (art. 29 LCA), o bien se generó una clientela (art. 28 LCA), deberá indemnizar al agente. Pero ello no significa que cualquier caso de extinción deba ser considerado como incumplimiento y dé lugar a indemnizar, porque la regla general establecida en el artículo 25 LCA es la de que el contrato se extingue por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso.

Contrato de agencia. Pacto de exclusividad: alcance.—Aunque no existía un contrato escrito, ha resultado probado que el agente tenía atribuida en exclusiva una zona geográfica, lugar donde se encontraba el domicilio del cliente cuyas comisiones se reclaman. Esta operación se efectuó vigente el contrato de agencia, por lo que debería haberse aplicado el artículo 12.2 LCA, y no el artículo 13 LCA, y que se refiere a actos u operaciones que se hayan concluido después de la terminación del contrato de agencia. Se trata, por tanto, de una remuneración debida por el empresario al concurrir estas circunstancias: *a)* existencia probada de una zona de exclusiva, y *b)* celebración de un acto por el empresario durante la vigencia del contrato con un cliente en la zona de exclusiva del agente.

Contrato de agencia. Ausencia de forma escrita: régimen transitorio.—El contrato no se celebró por escrito, nos encontramos en este caso ante una exigencia de forma que antes de la vigencia de la Ley 12/1992 no existía y por ello, y en virtud de lo dispuesto en la DT 2.^a CC, debe declararse la validez de este pacto en el período cuestionado, al establecer esta disposición transitoria la validez de los actos y contratos celebrados según la Ley vigente anterior al Código civil, siempre que fueran válidos con arreglo a la Ley vigente en el momento de la celebración, que es lo que ocurre con el pacto de asumir los efectos impagados, según la legislación anterior a la Ley 12/1992. (STS de 21 de julio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Doña Rocío interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía, contra *United Parcel Service España LTD y CIA. S.R.C.*, solicitando se declare que la resolución contractual no fue ajustada a Derecho, que fue la demandada la que incumplió voluntaria e injustificadamente el contrato mercantil que ligaba a las partes y se le condene a satisfacer la indemnización reclamada. La demandada formuló reconvencción. El Juzgado de Primera Instancia

núm. 5 de Oviedo estimó parcialmente la demanda y desestimó la reconvencción. Recurrída en apelación, la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo estimó parcialmente los recursos. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación de la actora y no ha lugar el de la demandada. (*N. D. L.*)

99. Contrato de descuento. Obligación del banco descontante.—La jurisprudencia se ha manifestado claramente en el sentido de que la obligación del Banco descontante es la de entregar las letras con la misma eficacia que tenían en el momento en que se le cedieron, con la finalidad del descuento acordado entre las partes y que el Banco es responsable cuando su retardo en la entrega al descontatario que ha pagado ha determinado el perjuicio de las letras,

Contrato de descuento. Impago de letras de cambio: efectos.—La jurisprudencia ha señalado que una vez que se produce el impago de las letras de cambio objeto del descuento, surge el deber del descontatario de devolver las sumas anticipadas, y a la vez, de forma simultánea, nace para el Banco descontante el deber de devolver las cambiales, ante la inutilidad para el mismo de conservar su tenencia. (**STS de 3 de julio de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Doña Marí Luz, don Isidro y doña Ángeles interpusieron demanda de juicio ordinario contra el Banco de Crédito y Ahorro solicitando se condene a la demandada a pagar cierta cantidad de dinero como importe de las letras cargadas y no entregadas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Alicante estimó parcialmente la demanda. Recurrída en apelación, la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Alicante estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

100. Contrato de seguro. Cláusulas limitativas: requisitos.—Las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado están sujetas al requisito de la específica aceptación por escrito por parte del asegurado que impone el artículo 3 LCS, de aquellas otras que tienen por objeto delimitar el riesgo, susceptibles de ser incluidas en las condiciones generales y respecto de las cuales basta con que conste su aceptación por parte de dicho asegurado.

Contrato de seguro. Cláusulas limitativas: diferencia con cláusulas de exclusión.—La cláusula limitativa opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido, y la cláusula de exclusión de riesgo es la que especifica qué clase de ellos se ha constituido en objeto del contrato.

Contrato de seguro. Cláusulas limitativas: determinación.—En el seguro de accidentes, el sentido limitativo o no de las cláusulas introducidas en el contrato es susceptible de ser examinado, entre otros criterios, en contraste con el concepto que contiene el artículo 100 LCS sobre el accidente como riesgo asegurado, definido como la lesión corporal que deriva de una causa súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte). Debiendo considerarse esa delimitación legal como suficiente para una general delimitación del riesgo asegurado como objeto del seguro de accidentes, cualquier restricción que se

introduzca en la póliza en cuanto a las causas o circunstancias del accidente o a las modalidades de invalidez resultantes debe ser considerada como limitativa de los derechos del asegurado en tanto no responda a una concreción o desarrollo coherente con las causas de exclusión que la Ley contempla indirectamente al exigir que la causa del accidente sea súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado.

Contrato de seguro. Cláusulas limitativas: ineficacia.—La cláusula que no fue destacada en la póliza ni aceptada específicamente por el asegurado, por lo que, tratándose de una cláusula limitativa de sus derechos, no podía tener eficacia alguna según lo dispuesto en el artículo 3.I LCS .

Contrato de seguro. Cláusulas limitativas: firma del asegurado.—El incumplimiento de la obligación de recabar la firma del asegurado del ejemplar de las condiciones generales hace recaer sobre la aseguradora la carga de la prueba de su conocimiento, que no se suple por una supuesta obligación del asegurado de acudir a la consulta del registro oficial.

Contrato de seguro. Cláusulas de delimitación.—Las cláusulas delimitadoras del riesgo son aquellas mediante las cuales se individualiza el riesgo y se establece su base objetiva; tienen esta naturaleza las que establecen exclusiones objetivas de la póliza en relación con determinados eventos o circunstancias, siempre que respondan a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o con arreglo al uso establecido y no se trate de cláusulas que delimiten el riesgo en forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato, o de manera no frecuente o inusual.

Contrato de seguro. Condiciones generales: ineficacia de la remisión genérica.—Para la eficacia de las condiciones generales resulta insuficiente la remisión que se hacía en la póliza a ellas, dado que además de incumplirse el precepto legal que obliga a que el documento complementario que incluye las condiciones generales sea firmado por el asegurado dicha remisión tenía un carácter genérico e indeterminado susceptible de inducir a confusión, pues se hacía referencia a la declaración de conocimiento por el asegurado, conjuntamente, de todas las condiciones generales, particulares de la póliza y demás anexos de esta póliza y, como es bien sabido, esta confusión no puede perjudicar a la parte que no ha dado lugar a ella, teniendo además en cuenta que se trata de un contrato de adhesión.

Contrato de seguro. Cobertura del seguro cuando se supera la tasa de alcoholemia establecida como límite para la conducción.—La exclusión de la cobertura del seguro de los siniestros ocasionados o padecidos por el asegurado conduciendo un vehículo de motor en situación de exceso de alcoholemia no puede aceptarse, aun reconociendo la gran relevancia de la función social del seguro, y aunque se considere necesaria su introducción en virtud de políticas de prevención o de otra índole, si no es objeto de una previsión específica en la norma. Así ocurre actualmente, a raíz de la transposición de normas de orden comunitario, en la regulación del seguro de responsabilidad civil en la circulación de vehículos de motor, aunque únicamente respecto del asegurado y no respecto del tercero que ejercita la acción directa como víctima o perjudicado [art. 10.a) de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de la Ley de Vehículos de Motor y 9.4 de su Reglamento y S del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de marzo de 1996]. En otro caso, sólo cabe su introducción en las cláusulas de la póliza, pues, aun cuando es indudable que la ingestión excesiva de bebidas alcohólicas y la consiguiente conducción aumenta el riesgo de siniestro, no toda

situación que incremente el riesgo debe equipararse a la existencia de dolo, intencionalidad o mala fe y son las aseguradoras quienes, en la economía del contrato de seguro, deben ponderar, mientras lo permita la Ley, con sujeción a los requisitos en ella establecidos, la oportunidad de excluir determinados riesgos en uso de la libertad de pactos.

Contrato de seguro. Intencionalidad.—Sólo son susceptibles de ser consideradas como intencionales las situaciones en las que el asegurado provoca consciente y voluntariamente el siniestro o, cuando menos, se lo representa como altamente probable y lo acepta para el caso de que se produzca, es razonable pensar en la imposibilidad de que tal colisión no se produjera; esto es, los supuestos de dolo directo o eventual sobre el resultado, sin extenderlo a supuestos en que se comete intencionadamente una infracción, pero no se persigue la consecuencia dañosa producida o no se asume o representa como altamente probable. No todo supuesto de dolo penal, en su modalidad de dolo eventual, comporta dolo del asegurado equivalente a la producción intencional del siniestro, por cuanto en el ámbito civil del seguro una relación de causalidad entre la intencionalidad y el resultado producido, mientras que en el ámbito penal el dolo puede referirse a conductas de riesgo. La exclusión de las conductas dolosas del ámbito del seguro no responde ni tiene sentido como un reproche de la conducta en sí misma, sino en cuanto integra una intencionalidad del asegurado en la provocación del siniestro.

Contrato de seguro. Asimilación intencionalidad a dolo.—En la tramitación del proyecto de Ley que dio paso a la Ley del Contrato de Seguro se sustituyó la referencia a la conducta dolosa del asegurado, que figuraba en alguna de las versiones, por la referencia a la actividad intencional de éste. Sin embargo, esta modificación no parece tener otra trascendencia que la de evitar que la referencia al dolo pudiera entenderse restrictivamente (ciñéndola, por ejemplo, al dolo penal o al fraude en la celebración o ejecución del contrato). La asimilación de la expresión «intencionalidad» a dolo, aparte de ser aceptable con arreglo a la teoría general del Derecho, aparece como evidente en el ámbito del seguro de accidentes cuando el artículo 102.II LCS, inmediatamente después de referirse a la intencionalidad del asegurado, prevé la exclusión del beneficiario cuando «cause dolosamente el siniestro».

Contrato de seguro. No asimilación intencionalidad con temeridad o negligencia.—No puede aceptarse, en suma, la opinión doctrinal que asimila los supuestos de temeridad manifiesta a los supuestos de intencionalidad en la causación del accidente, habida cuenta de que el término intencionalidad, dolo o mala fe, empleado en diversas ocasiones por la Ley del Contrato de Seguro, no deja lugar a dudas acerca de que no comprende la negligencia, aunque sea manifiesta, especialmente si se tiene en cuenta que cuando la Ley del Contrato de Seguro quiere incluir junto a los de dolo los casos de culpa grave por parte de alguno de los intervinientes en el contrato de seguro lo hace constar expresamente así (v. gr., arts. 10.II y III, 16.III, 48.II LCS).

Contrato de seguro. Accidentes de circulación: supuestos excluidos.—En el ámbito del seguro de accidentes, la aplicación de las disposiciones vigentes lleva a la conclusión de que únicamente pueden ser excluidos los accidentes causados o provocados intencionadamente por el asegurado, en aplicación del único criterio legalmente recogido, tradicional en el ámbito del seguro, en virtud del cual, por razones que tienen su raíz en la ética contractual y en la naturaleza del seguro como contrato esencialmente aleatorio, se excluye la responsabilidad de la aseguradora en caso de dolo por parte de aquél en la causación del siniestro.

Contrato de seguro. La conducción con exceso de alcohol no implica per se intencionalidad.—En la medida en que la conducción con exceso de alcoholemia no demuestra por sí misma una intencionalidad en la producción del accidente, ni siquiera la asunción de un resultado altamente probable y representado por el sujeto como tal, sino sólo un acto ilícito administrativo o delictivo según las circunstancias, resulta evidente que la mera demostración de la concurrencia de dicho exceso no es suficiente para fundamentar la falta de cobertura de la póliza de accidentes respecto del sufrido por el conductor. (STS de 7 de julio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Se concertó con *Catalana Occidente, S. A.*, un seguro individual de accidentes. Entre las garantías contratadas figuraba la de muerte por accidente, vigente la póliza, el asegurado, mientras conducía sin el correspondiente permiso un vehículo propiedad de su esposa invadió el carril adyacente y colisionó con otro vehículo que circulaba correctamente en sentido contrario, con resultado de daños, lesiones en los ocupantes del último de los vehículos y muerte del citado asegurado. Interpuesta demanda en reclamación de la indemnización correspondiente al contrato de seguro suscrito, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vilafranca del Penedés estimó la demanda por entender, sustancialmente, que la cláusula que excluía la indemnización en el caso de embriaguez constituye una cláusula limitativa que no había sido específicamente aceptada por el asegurado. Recurrida en apelación, la Sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar el recurso de casación. (N. D. L.)

101. Responsabilidad extracontractual. Cobertura del daño por el seguro. Exclusión de los empleados del tomador de la condición de terceros a efectos indemnizatorios.—Según las condiciones generales del contrato, el seguro cubría los daños producidos a tercero como consecuencia de la circulación del vehículo; quedando excluidos de dicho concepto, según la propia póliza, los empleados del tomador en los siniestros que se reconozcan como accidentes de trabajo, ni sus cónyuges, ascendientes o descendientes. Esta circunstancia lleva a determinar que el operario fallecido no pueda ser considerado tercero, pues la garantía del seguro no alcanza a quien ha contribuido con su conducta a la efectividad del daño, sin que la aseguradora deba responder de la reclamación efectuada por la parte actora, que ha sido excluida por las condiciones generales del contrato. Además, la víctima estaba encargada del manejo y gobierno del tractor-grúa asegurado, por lo que tenía una relación de dependencia o derecho o, al menos, de hecho con el tomador del seguro, lo que igualmente elimina la condición de tercero de aquél. (STS de 5 de octubre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Mientras don L. E. realizaba el trabajo que le había sido encargado con un tractor-grúa, estando parado dicho vehículo en la ladera de un monte, tras deslizarse de su ubicación y en su marcha, pendiente abajo, el operario fue arrollado sufriendo lesio-

nes que determinaron su muerte. Su viuda, actuando en su propio nombre y en el de los hijos menores, demanda a la empresa de explotación forestal para la que trabajaba su marido, así como a los copropietarios de la misma y a la compañía aseguradora de la empresa. Doña M.^a Rosa solicita una indemnización total de 60.000.000 de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia absolvió a los demandados al estimar la excepción de incompetencia territorial. La Audiencia Provincial de La Coruña estimó en parte el recurso de apelación y, con estimación parcial de la demanda, condenó a los demandados al pago de 5.000.000 de pesetas. La compañía aseguradora interpuso recurso de casación; e igualmente, acudió en casación doña M.^a Rosa. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de la actora; por el contrario, estimó el recurso de casación de la compañía de seguros y absolvió a ésta de la condena. (L. A. G. D.)

102. Sociedades anónimas. Pacto de fiducia: no atribuye la condición de socio.—El pacto de fiducia no atribuye al actor la condición de socio formal ni la posibilidad de oponerlo frente a terceros, por lo que no existe motivo alguno para considerar infringidos los preceptos que regulan la condición de socio en la Ley de Sociedades Anónimas. Éstos nada arguyen en contra de los pactos fiduciarios que pueda establecer un socio con un tercero sin afectar a la sociedad, salvo la imposibilidad de que dichos pactos puedan oponerse a ésta, y nada establecen acerca de los derechos que el llamado socio oculto puede haber adquirido frente a quien le ha transmitido a título personal parte de la titularidad de sus acciones (aunque sí a su responsabilidad durante la etapa fundacional de la sociedad: art. 18.2 LSA).

Contratos. Acción resolutoria.—La jurisprudencia más reciente ha entendido que procede la resolución del contrato no solamente en los casos recogidos por la jurisprudencia tradicional, en los cuales dicho incumplimiento no se refiere al aspecto accesorio, sino nuclear de las obligaciones contraídas, e implica una voluntad continuada y resistente a dicho cumplimiento; sino también cuando, aun tratándose de obligaciones no principales, la conducta del demandado hace en definitiva imposible o muy difícil el cumplimiento del fin económico del contrato o priva a la contraparte de manera sustancial del beneficio que tenía derecho a esperar de él.

Contratos. Incumplimiento: criterio moderno.—La jurisprudencia había sostenido que para que existiera este incumplimiento debía concurrir una voluntad deliberadamente rebelde del deudor. Sin embargo, algunas sentencias ya habían abierto la vía a una matización del principio, bien presumiendo que esta voluntad se demostraba por el hecho mismo de la ineffectividad del precio contraviniendo la obligación asumida, bien por una frustración del fin del contrato sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte, bien, finalmente, exigiendo que la conducta del incumplidor sea grave. Esta tendencia se ajusta a los modernos planteamientos sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercancías, de 11 de abril de 1980, ratificada por España en 1991, cuyo artículo 25 considera esencial el incumplimiento de un contrato cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud de contrato, norma que debe servirnos para integrar el artículo 1124

del Código Civil en el momento actual. En un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103, *c*) de los Principios de Derecho europeo de contratos.

Enriquecimiento injusto: carácter restrictivo.—La doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa no puede invocarse para revisar cualquier desplazamiento o atribución de bienes desde la perspectiva de la equivalencia de prestaciones, cosa que sería incompatible con el principio de seguridad jurídica y de libertad de pactos en que se apoya el tráfico patrimonial. A ello no es óbice que el principio del enriquecimiento sin causa pueda ser traído a colación como razón auxiliar o de respaldo para justificar la solución aplicada con arreglo a la regulación legal aplicable a cada supuesto, pero el enriquecimiento sin causa no puede ser aplicado con sustantividad propia a supuestos previstos y regulados por las Leyes ni invocado en tales condiciones para fundamentar un motivo de casación. (**STS de 20 de julio de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don Ignacio interpuso demanda contra don Juan solicitando la devolución de las cantidades entregadas en concepto de pago del precio, más los daños y perjuicios sufridos, dado que el demandado no había elevado a escritura pública la participación en el inmueble y en la sociedad. El Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Valencia dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Valencia desestimó el recurso, El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación. (*N. D. L.*)