

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Margarita CASTILLA BAREA, M.ª Carmen CRESPO MORA, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Rosario DÍAZ ROMERO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACIA MORILLO, Sara MARTÍN SALAMANCA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, 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*. III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Prescripción extintiva.–Centrando el examen del *dubium* sobre lo verdaderamente discutido por las partes –los efectos del recurso de nulidad planteado en cuanto a prorrogar la interrupción de la prescripción derivada del acto de conciliación celebrado sin avenencia– ya que las mismas partes coinciden en el hecho de que se trata del ejercicio de una acción por culpa extracontractual o «aquiliana» cuyo plazo de ejercicio es el de un año (art. 1968.2 CC) y que la última interrupción del plazo de prescripción tuvo lugar por el acto de conciliación, el motivo ha de ser estimado.

El acto de conciliación instado por los actores-recurridos contra los demandados se celebró «sin avenencia» el día 14 de enero de 1994 y a partir de ese momento pudo ejercitarse nuevamente la acción de reclamación nacida desde el momento de la producción del hecho causante del daño, ya que para los actores resultaba evidente que la conciliación no había producido convenio o acuerdo alguno y que, por tanto, les quedaba como única salida la formulación de la demanda para la obtención de sus pretensiones resarcitorias. Para ello resultaba absolutamente intrascendente el resultado de la solicitud de nulidad que frente al acto de conciliación presentó ante el Juzgado el Servicio de Salud, ya que, cualquiera que fuera el mismo, en nada habría de afectar a la situación de los demandantes respecto de la reclamación que se proponían efectuar. Esta Sala ya declaró en S de 16 de noviembre de 1985 que «... tampoco ha de producir esa secuencia interruptiva el ejercicio de un recurso improcedente que por serlo no impidió la firmeza del auto que concluyó la actividad penal, que en consecuencia es determinante, precisamente desde esa firmeza, del cómputo inicial a que se contrae el artículo 1969 del CC, pues el entender lo contrario tanto significaría dejar al arbitrio de la parte beneficiada por el instituto jurídico de la prescripción de las acciones el comienzo del plazo impeditivo de la prescripción con solamente plantear actividades procesales improcedentes. Tal razonamiento, aplicado a una pretensión formulada por la propia parte que negaba la existencia de prescripción, ha de serlo con mayor razón cuando ni siquiera –como ocurre en el caso presente– dicha pretensión presuntamente dilatoria había sido hecha por dicha parte, sino precisamente por la contraria, que es la que invoca la existencia de prescripción».

De conformidad con lo establecido en el artículo 479 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, la presentación con ulterior admisión de la petición de conciliación interrumpirá la prescripción, pero el plazo legal de la misma comienza a correr de nuevo inexorablemente desde que el acto se da por terminado sin efecto al no haberse logrado avenencia; de modo que, computado en el presente caso con aplicación de dicho criterio, la misma se había producido en el momento de presentación de la demanda, por lo que el motivo ha de ser estimado con el efecto de excluir la necesidad de examen de los restantes y de haber de ser estimado este recurso de casación anulando la sentencia dictada y confirmando la dictada por el Juzgado. (**STS de 12 de junio de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—En el origen del recurso de casación se encuentra una reclamación de indemnización efectuada por los parientes de una persona fallecida contra los médicos que la atendieron y el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma. En primera instancia se estima la excepción de prescripción opuesta por la parte demandada mientras que en apelación se revoca la sentencia y, por considerarse interrumpido el plazo de prescripción de la acción ejercitada, se estima la demanda. Hay que destacar que antes de la presentación de la demanda hubo una denuncia penal que terminó en archivo de la causa por sobreseimiento. Posteriormente al auto de archivo y antes de un año se presentó papeleta de conciliación que terminó sin avenencia. Después, la parte demandada solicitó declaración de nulidad de actuaciones al admitir la conciliación. La demanda se interpuso pasado un año de la terminación del acto de conciliación sin avenencia. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma. (*R. G. S.*)

2. Prescripción. Interrupción por proceso penal: causa no prevista artículo 1973 CC.—El artículo 114 LEC dispone en su primer párrafo que promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole, si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal. Es una causa de interrupción de la prescripción que, no prevista en el artículo 1973 CC, se basa en el citado artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se mantiene la interrupción mientras se mantiene el proceso penal. La interrupción se produce mientras está abierto el proceso penal, y al no poderse ejercitar la acción civil hasta que sea firme la resolución que ponga término al proceso penal subsiste la interrupción, que se mantiene hasta la notificación a las partes de la resolución o sentencia firme. **(STS de 30 de marzo de 2007; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Don Carlos María interpuso demanda contra *Royal Insurance Public Limited Company* en reclamación de la indemnización por causa de producción del siniestro, en seguro de responsabilidad civil celebrado con la entidad demandada. El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Sevilla desestimó la demanda. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. *(N. D. L.)*

DERECHO DE LA PERSONA

3. Alcance del derecho a la imagen.—El derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18.1 CE 1978 atribuye a su titular la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de toda persona, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual. Tal derecho impide no sólo la obtención, sino también la publicación o reproducción por un tercero de una imagen que contenga los rasgos físicos que permitan reconocer la identidad de una persona. La protección del derecho a la imagen ex artículo 7.5 LO 1/1982, de 5 de mayo, se extiende a los supuestos en que se capte la fotografía en una playa o en otro lugar público, sin consentimiento de la persona fotografiada.

Doctrina del reportaje neutral o información neutral.—Si un medio de comunicación pretende invocar la doctrina del reportaje neutral ha de ser mero transmisor de las declaraciones insertas en otro medio, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia, de manera que si reelabora la noticia no hay tal reportaje neutral. Por otra parte, es cierto que en la denominada información neutral sólo se exige constatar la verdad del hecho de la declaración sin extenderse a la veracidad de ésta, cuya constatación sólo es exigible al autor de la declaración. Sin embargo esta doctrina no es aplicable cuando se conoce que la información no es veraz; así, el reportaje neutral exige la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de lo transcrito, a fin de evitar que el reportaje neutro sirva indebidamente a la divulgación de simples rumores o insidias. Resultaría absurdo que con el pretexto de tratarse de un reportaje neutral se pudiera difundir, repro-

duciéndola, una información sobre la que hay constancia de que supone una intromisión ilegítima en el ámbito de protección de un derecho fundamental. (STS de 18 de mayo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—En la portada de «Interviú» aparece una fotografía con la reproducción de la imagen de la demandante en *top less* en una playa, que no es ni un personaje público ni tiene una profesión de tal condición. La imagen es obtenida sin su consentimiento, y en el reportaje difundido en la revista se la confunde con la novia de un conocido tenista. A su vez «La Voz de Baleares» reproduce la información dada por «Interviú», dando cuenta de la reacción indignada del tenista. La demandante interpone una demanda de protección del derecho a la imagen, que es estimada en lo esencial por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, la cual condena a «Editorial Zeta» (como editora de la revista «Interviú») y a la «Voz de Baleares, S. A.», a indemnizar a la actora en la cantidad de cinco millones y trescientas cincuenta mil pesetas. La resolución del Juzgado es confirmada en apelación por la sentencia de la Audiencia Provincial Contra esta última sentencia la «Voz de Baleares, S. A.», interpone recurso de casación, alegando las doctrinas del reportaje neutral e información accesorio respecto de la reproducción de la fotografía de la chica. El Tribunal Supremo no ha lugar al recurso de casación. (*Alma R. G.*)

4. Adquisición de la vecindad civil por residencia continuada.—En el cómputo del plazo de diez años de residencia para la adquisición de la vecindad civil por residencia no se tiene en cuenta el tiempo en el que el sujeto no puede legalmente regir su persona; es decir, no computa el tiempo en el que el sujeto no tiene plena capacidad de obrar, sino que dicho plazo comienza a contar cuando se alcanza la mayoría de edad (que, según el art. 320 CC de entonces, estaba en los veintiún años cumplidos). Esta interpretación de cuándo se inicia el cómputo del plazo es acorde con la doctrina jurisprudencial, así lo corroboran, entre otras, las SS de 23 de marzo de 1992 y 20 de febrero de 1995 y las sentencias que citan. Para el cómputo del plazo mencionado tampoco sirve la llamada emancipación tácita prevista en el artículo 15.3 CC en su redacción originaria (STS de 20 de febrero de 1993).

Emancipación tácita. Significado y alcance según el artículo 160 CC en su redacción originaria.—La emancipación tácita contemplada en el artículo 160 CC en su redacción originaria, no reconoce plena capacidad de obrar al menor, sino, únicamente, la facultad para adquirir y administrar los bienes adquiridos en la vida independiente. Esto significa que la llamada emancipación tácita sólo alcanza a determinados aspectos concretos de la esfera patrimonial del sujeto pero no a su esfera personal. (STS de 7 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Don E. nació en Granada (territorio de derecho común) en 1941. En 1959, con dieciocho años, emigró a Barcelona, donde vivió de forma independiente, con el consentimiento de sus padres (la mayoría de edad se alcanzaba a los veintiún años de edad). El 5 de junio de 1970, contrajo matrimonio con doña V.

En 1989 se dictó sentencia de separación y en 1993 sentencia de divorcio. Doña V. sostiene que en el momento del matrimonio, ambos tenían vecindad civil común, lo que determinó que el régimen económico matrimonial fuera y haya sido siempre el de gananciales. Por ese motivo, solicita en su demanda que así se declare y que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales. Don E. se opone a la demanda y sostiene que, en el momento del matrimonio, tenía vecindad civil catalana por residencia de diez años y, por tanto, el régimen económico-matrimonial era, y fue siempre, el de separación de bienes.

La Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia que desestimaba la demanda, y dictó sentencia en la que declaró que, en el momento de celebración del matrimonio, la vecindad civil del esposo era la vecindad civil común –y, como consecuencia del matrimonio, también la de la esposa, según la ley aplicable en dicho momento–, de tal forma que el régimen económico matrimonial era el de comunidad de gananciales. Contra esta sentencia, don E. interpuso recurso de casación.

NOTA.–La cuestión fundamental del recurso de casación consiste en determinar la vecindad civil que ostentaba el demandado, recurrente en casación, en el momento de contraer matrimonio, pues ésta determinaba automáticamente la de la esposa y, por tanto, el régimen económico matrimonial. En su sentencia, el Tribunal Supremo hace aplicación del principio de irretroactividad de las leyes que proclama el artículo 2.3 CC y declara aplicables los preceptos vigentes al tiempo del matrimonio (5 de junio de 1970), que son los siguientes:

Artículo 320 (1) CC: «La mayoría de edad empieza a los veintinueve años cumplidos.»

Artículo 160 CC: «Los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido o adquiriera con su trabajo o industria, o por cualquier título lucrativo, pertenecen al hijo en propiedad, y en usufructo al padre o la madre que le tenga en su potestad y compañía; pero si el hijo, con consentimiento de sus padres, viviere independientemente de éstos, se le reputará para todos los efectos relativos a dichos bienes como emancipado, y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y la administración.»

Artículo 14 «párrafos 3 y 4, CC: «Para los efectos de este artículo se ganará la vecindad civil por residencia continuada de diez años, a no ser que, antes de terminar este plazo, el interesado manifieste su voluntad en contrario; o por la residencia de dos años, siempre que el interesado manifieste ser ésta su voluntad. Una y otra manifestación deberán constar en el Registro Civil. En todo caso, la mujer casada seguirá la condición del marido, y los hijos no emancipados la de su padre y, a falta de éste la de su madre». (L. P. S. M. P.)

5. Doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas.–La S de 29 de junio de 2006 recoge la doctrina jurisprudencial en esta materia que resume en los siguientes apartados: 1.º La doctrina del levantamiento del velo trata de evitar que el abuso de personalidad jurídica pueda perjudicar

intereses públicos o privados, causar daño ajeno a los derechos de los demás (SS, 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); 2.º Se trata de evitar, en todo caso, que se utilice la personalidad jurídica societaria como un medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento (SS de 17 de octubre de 2000, 3 de junio y 19 de septiembre de 2004, 16 de marzo y 30 de mayo de 2005); 3.º Se produce dicho fin fraudulento, entre otros supuestos, cuando se trata de eludir responsabilidades personales (SS de 28 de marzo de 2000, 14 de abril de 2004, 20 de junio de 2005, 24 de mayo de 2006) y entre ellas el pago de deudas (SS de 19 de mayo de 2003, 27 de octubre de 2004)...y 4.º Sin embargo siempre habrá de tenerse en cuenta que la doctrina del levantamiento del velo es de aplicación excepcional (SS de 4 de octubre de 2002 y 11 de septiembre de 2003), por lo que debe ser objeto de un uso ponderado y restringido.

Atendidos los datos recogidos en el Fundamento de Derecho primero de la sentencia recurrida, antes transcritos ha de estimarse que en ella se ha hecho una correcta y acertada aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas mercantiles, pues de ellos resulta evidente el ánimo defraudatorio que persiguió la constitución de *Nukra, S. L.*, con la única finalidad de eludir las responsabilidades que de la ejecución de obra pudieran derivarse para la persona física que en todo momento se manifestó como contratista de la concertada, sin que conste, por otra parte, que la sociedad tenía suficiente patrimonio para hacer frente a esas posibles responsabilidades. (**STS de 1 de marzo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—El demandante solicitaba que los demandados le indemnizasen por los defectos constructivos de la obra realizada en un camping, pidiendo que la responsabilidad de la sociedad constructora fuera asumida directamente por sus socios F y J, levantando el velo de la citada sociedad, puesto que fueron esos socios los que en todo momento se relacionaron con el comitente y aparecieron frente a él como las personas capaces de asumir la obra, mientras que la sociedad se constituyó con un exiguo capital y no tuvo nunca una realidad, pues ni siquiera tuvo obreros ni empleados con que ejecutar la obra. Los demandados contestaron a la demanda y formularon reconvencción en la que solicitaban que el demandante fuera condenado a satisfacer una cantidad una vez que se subsanen las importantes deficiencias de que adolece la obra imputables al contratista.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y la reconvencción y la Audiencia Provincial estimó parcialmente los recursos de apelación presentados por las partes, en el sentido de absolver a los demandados y al demandante de algunas pretensiones. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*L. F. R. S.*)

6. Doctrina del levantamiento del velo.—Jurisprudencia reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 31 de enero de 2000, 21 de mayo de 2001 y 1 de diciembre de 2006) declara que cuando una sociedad carece de funcionamiento real e independiente respecto de otras personas que la controlan realmente, debe procederse al levantamiento del velo de la personalidad jurídica, «para buscar a los sujetos y a los patrimo-

nios realmente actuantes y responsables» y evitar de esta manera el perjuicio de los derechos de los acreedores.

Mandato tácito: existencia.—El Tribunal Supremo mantiene que la existencia de un mandato tácito debe acreditarse por la existencia de actos concluyentes, inequívocos y unívocos. (STS de 30 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Entre los años 1991 y 1995, la empresa A suscribió contratos con los propietarios de diversos terrenos de Tarifa (Cádiz), por los que se autorizaba la instalación y explotación de turbinas eólicas, a cambio de remuneración consistente en el pago de un porcentaje de los beneficios obtenidos por la venta de dicha energía.

En enero de 1994 se constituye ante Notario la entidad mercantil KW, por las sociedades K, A y don J, quienes suscribieron respectivamente 798, 201 y 1 acción, inscribiéndose en el Registro Mercantil de Sevilla en agosto de 1994.

En marzo de 1994, mediante escritura pública otorgada ante Notario, se transmitió por la empresa A a la sociedad KW, los derechos de instalación y explotación de las Plantas Eólicas ostendados por la primera sobre las fincas sitas en el término de Tarifa (Cádiz).

En julio de 1994 se celebró un contrato de ejecución de obra de una planta eólica en Tarifa (Cádiz) entre la empresa F y la entidad K (posteriormente denominada K *international*), por orden y cuenta de la empresa C, por un presupuesto inicial de 169.032.207 pesetas, encomendándose a la entidad S la redacción del proyecto y la coordinación de los diferentes contratistas de obras.

En noviembre de 1994, la empresa S comunicó a la empresa F que las facturas de las obras deberían remitirse a la empresa C, extendidas a nombre de la empresa A, justificándose el cambio mediante comunicación de fecha 4 de abril de 1995 por criterios internos de eficacia del Grupo K, del que las entidades C y A forman parte, habiéndose contratado con la primera inicialmente como compañía base de las operaciones, y al dejar de ser operativa posteriormente, pasaron los trabajos a la segunda.

En septiembre de 1995, la empresa S comunica a la empresa F que «a partir del próximo mes de octubre de 1995 las gestiones relacionadas con la orden de compra referenciada serán efectuadas por la empresa C, interesando que las comunicaciones y envío de documentos se realizase a dicha empresa, pero manteniendo la titularidad de las compras de la empresa A, a cuyo nombre deberían seguir emitiéndose las facturas pendientes.

En junio de 1995 se produjo la aceptación provisional de las obras, adeudándose a la empresa F la cantidad total de 59.038.707 pesetas, conforme a las certificaciones de obras acreditadas.

En julio de 1996, don M, actuando en nombre y representación de la empresa A, reconocía la deuda anterior, más intereses.

La empresa F interpone una demanda contra la empresa KW, solicitando se dicte una sentencia por la que se condene a la

demandada a pagar determinada cantidad de dinero (en concreto, 59.038.707 ptas.).

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial lo estima, revoca la sentencia de primera instancia y estima íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

7. Negocio de aportación del socio de todos sus inmuebles a sociedad: doctrina general sobre los requisitos esenciales de los contratos.—La existencia o inexistencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo, es cuestión de hecho y como tal su constatación es de la facultad privativa de los tribunales de instancia, cuya apreciación, obtenida a través de la valoración de la prueba practicada, ha de ser mantenida y respetada en casación en tanto la misma no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado, hoy en día por error de derecho con invocación de la norma valorativa que se considere infringida (SSTS de 27 de enero, 10 de marzo, 18 y 24 de julio y 22 de diciembre 2000, 17 de enero y 14 de abril de 2001, 24 de marzo y 22 de julio 2003 y de 28 de marzo de 2005, entre otras); en otro caso se convertiría la casación en una tercera instancia, desnaturalizando su verdadero carácter extraordinario, su objeto y finalidad.

Causa del contrato.—La doctrina jurisprudencial ha destacado la importancia que en la configuración de la causa del contrato ostenta la real intención o explicación del componente de voluntad que cada parte proyecta al consentir el negocio, pues, como dice la STS de 25 de mayo de 1995, de esa forma se consigue localizar un presupuesto de razonabilidad que funda el intercambio de prestaciones efectuado; dicha sentencia distingue entre causa de la atribución, causa de la obligación y causa del contrato, es decir, el porqué el atributario está jurídicamente facultado para recibir el desplazamiento patrimonial, la fuente constitutiva de la obligación o el fin común perseguido en el negocio por las partes, respectivamente.

Causa ilícita: prueba.—Si bien es cierto que la ilicitud del móvil que orienta al contratante es trascendente de cara a descubrir la ilicitud de la causa del negocio, no menos cierto es que la constatación de la intención aviesa, elusiva de la responsabilidad, defraudatoria, antijurídica en fin, constituye el resultado de un proceso de valoración que, antes que jurídico, tiene un componente fáctico que entronca con los hechos que se han tenido como probados en el proceso, tras la oportuna y adecuada valoración de los elementos de prueba que han sido aportados a él. En el presente caso el recurrente trata de imponer su particular valoración para inferir la intención ilícita del deudor de sustraer a la acción del acreedor los bienes con los que hacer frente a su responsabilidad, confundiendo el patrimonio particular y el social, y utilizando el ente social como instrumento para eludir dicha responsabilidad en perjuicio del acreedor. Tal razonamiento choca con el dato del mayor valor de las participaciones sociales respecto de la deuda cuya satisfacción persigue la actora, y el hecho de que ésta ha logrado la traba de las participaciones sociales de la titularidad del deudor en anterior procedimiento de ejecución promovida por la misma entidad aquí acreedora, las cuales sustituyen a los inmuebles aportados a la sociedad en ejecución del acuerdo de amplia-

ción de capital social; sin que obste que el valor asignado a los bienes aportados sea inferior a su valor real o de mercado, pues el Código civil no exige que el precio del contrato sea justo, sino cierto. En resumen: la ilicitud de la intención que opera como motivo de la atribución patrimonial ha de valorarse ineludiblemente en función del perjuicio sufrido por el acreedor como consecuencia del negocio jurídico cuestionado, que aquí no resulta acreditado.

Rescisión por fraude: subsidiariedad de la acción.—Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala ha considerado ampliamente el carácter subsidiario de la acción rescisoria por fraude de acreedores, que se traduce en una también amplia concepción de la insolvencia del deudor, la cual, en efecto, y en tanto que requisito de la acción rescisoria por fraude, no ha de ser total y absoluta, sino que basta con que comprometa seriamente las posibilidades de satisfacción del derecho del acreedor. Pero esta amplitud conceptual no debe confundirse con la eliminación del presupuesto mismo en que la insolvencia del deudor consiste, que en todo caso ha de concurrir, siquiera sea bajo esa generosa consideración, y que en el presente caso falta, pues ante la constancia del mayor valor de las participaciones sociales respecto del importe del crédito de la actora y el hecho del embargo de las que son titularidad del deudor, no pueden aceptarse las afirmaciones de la recurrente tendentes a poner de manifiesto una extrema dificultad para agotar la vía de apremio con la realización forzosa de los títulos, que, además de estar huérfanas de todo sustento probatorio, resultan infundadas, siendo evidente la posibilidad material de su enajenación forzosa y de su adjudicación incluso al acreedor, como también se ha de convenir que el ordenamiento procesal dispone de medios suficientes para que el derecho del acreedor ejecutante se haga efectivo en el marco del proceso de ejecución, y, en particular, a través del procedimiento de apremio. **(STS de 25 de mayo de 2007;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

NOTA.—Aunque los datos fácticos son, más bien, parcos, parece que por parte del acreedor se da un cierto acoso al deudor ante el que han reaccionado los distintos tribunales intervinientes (demanda rechazada en ambas instancias, así como el presente recurso de casación) actuando a modo de un *favor debitoris* que obliga, en cierto modo, hasta a rectificar una laxa dirección jurisprudencial a propósito del carácter subsidiario de la acción rescisoria. El actor solicitaba alternativamente: *a)* Nulidad del negocio de aportación de bienes inmuebles a una sociedad limitada realizada por el deudor, por concurrir causa ilícita. *b)* Rescisión por fraude de acreedores. Ninguna de estas peticiones es acogida, fundamentalmente por falta de la prueba que incumbía al actor. Ésta favorece, más bien, al deudor: la entidad bancaria había embargado anteriormente las participaciones que recibió el deudor por su aportación sin llegar a ejecutar la traba pese a superar ampliamente el valor de la deuda. La actual doctrina sobre flexibilización del requisito de la subsidiariedad de la rescisoria puede verse en LACRUZ *et alii*, *Elementos*, II-1, 4.ª ed. (Madrid 2007) p. 240; CASTÁN, III, 17.ª ed. a cargo de García Cantero (Madrid 2008) p. 336 y ss. cuyo alcance parece limitarse, de alguna manera, por esta sentencia. (G. G. C.)

8. Contrato de compraventa simulado: disimulando una donación en perjuicio de los derechos legitimarios: nulidad por causa ilícita.—La Sala Primera del Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTs de 28 de febrero de 1953, 20 de octubre de 1961, 20 de diciembre de 1985, 30 de junio de 1995, 2 de abril de 2001 y 29 de julio de 2005) afirma que cuando el causante quiere favorecer a alguien con una donación en perjuicio de los derechos de los legitimarios, y disimula dicha donación bajo la apariencia de un contrato oneroso, ésta no puede tener eficacia por fundarse en una causa ilícita conforme a lo establecido en el artículo 1275 CC.

Donaciones que lesionan el derecho a la legítima y donaciones con causa ilícita: distinción.—El Tribunal Supremo distingue entre las donaciones que lesionan el derecho a la legítima que pueden ser declaradas inoficiosas (que se rigen por los arts. 636 y 654 CC), y las donaciones encubiertas o disimuladas con la intención de defraudar a los legitimarios que pueden ser declaradas nulas por tener causa ilícita, conforme al artículo 1275 CC. (STS de 20 de junio de 2007; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La demandante A interpone una demanda contra J, S y L, solicitando se declaren nulos de pleno derecho determinados contratos de compraventa por ser absolutamente simulados y defraudar los derechos hereditarios a la legítima de la demandante, así como que se cancelen las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad en virtud de dichos contratos de compraventa.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia Provincial lo estima, revoca la sentencia de primera instancia y desestima la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación, casa y anula la sentencia recurrida y confirma la sentencia dictada en primera instancia.

NOTA.—En relación con la validez de las donaciones disimuladas en escrituras públicas de compraventa, deben tomarse en consideración las SSTs, 1.ª, de 11 de enero y 26 de febrero de 2007, que establecen la siguiente doctrina: «la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría». Aunque es cierto, como acertadamente señala el Fundamento de Derecho 3.º de la sentencia extractada, que dicha doctrina no resulta de aplicación al caso porque dicho argumento no se ha planteado en los motivos de casación ni ha sido objeto de discusión en el pleito. (M. J. P. G.)

9. Negación de la causa donandi: carga de la prueba.—La carga de la prueba de la nulidad de la donación por falta de *animus donandi* (y por tanto, por falta de causa), corresponde a quien la alega. No habiendo sido probada, la donación del inmueble debidamente documentada en escritura pública se tiene por válida.

Nulidad de la venta por inexistencia del precio: carga de la prueba.—Corresponde a los demandados probar la existencia del precio de la venta cuando éste no se realizó al otorgarse la escritura pública de compraventa.

No habiendo sido probada la existencia de precio, se estima nula la venta por simulación.

Protección del tercero hipotecario: requiere validez del título.—Es requisito para la aplicación del artículo 34 LH que el título inscrito sea válido. De lo contrario, se aplica el artículo 33 LH, afectando la declaración de nulidad al adquirente, que no puede quedar protegido. (STS de 14 de mayo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—En virtud de escritura pública de donación fechada en 1965, los propietarios de la finca litigiosa la transmitieron a su hija como parte de la dote y a cuenta de su legítima y, en lo que excediera, de la parte de libre disposición. En 1991, los donantes otorgaron escritura pública de venta de la misma finca a favor de otro hijo, que inscribió su título en el Registro. Durante los años que mediaron entre la donación y la venta, los poseedores de la finca fueron los padres y el hermano de la donataria. La donataria demandó en primera instancia la declaración de nulidad por simulación de la venta, así como la cancelación de la inscripción registral a favor de su hermano y el reconocimiento de su título de propietaria así como la entrega del inmueble. La demanda fue estimada. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial desestimó el recurso. (C. J. D.)

10. Fiducia *cum amico*. Compra de la vivienda por la arrendataria con posterior venta de la misma a uno de sus hijos. Simulación.—En la adquisición, mediante compraventa, de vivienda por la arrendataria con dinero de uno de sus hijos, a quien después se le transmite por compraventa la nuda propiedad, sin que el comprador hiciera efectivo el precio, no hay simulación sino un acto instrumental de transferencia consecuente al acuerdo alcanzado para que la madre, con dinero del hijo, adquiriera para éste la vivienda, con el usufructo vitalicio de la propia madre.

No existía aquí activo patrimonial que se integrase en el caudal relicto, pues la posición de arrendatario no es transmisible *mortis causa*, sin que deba confundirse con ello el derecho a subrogarse, que surge para determinados parientes o convivientes en función de la misma convivencia con el inquilino. No había por tanto la posibilidad de «cercear legítimos derechos de los restantes coherederos», pues los derechos arrendaticios de la causante no podían integrarse en el caudal relicto. No se produce un fraude de los derechos de los legitimarios, salvo que se considerara la existencia de un préstamo o de una donación del importe de precio, gastos e impuestos del hijo a la madre y una adquisición por ésta de la vivienda para sí, desligando y aislando los concretos actos de puesta a disposición del precio más gastos, adquisición por la madre (primera escritura) y posterior transferencia al hijo (segunda escritura), pero no se presentan en el caso ni los elementos de la donación del precio ni hay documento u otra prueba que acredite el préstamo.

En este caso existiría una fiducia *cum amico*, acuerdo entre madre e hijo por el que aquélla adquiere la vivienda, usando su condición de arrendataria y para el mismo hijo, reservándose el usufructo. La posibilidad y licitud de la fiducia *cum amico* ha sido establecida con claridad por la jurisprudencia (SSTS de 16 de julio de 2001, 17 de septiembre de 2002 y 13 de febrero de 2003, entre las más recientes). En esta modalidad de negocio «el fiducia-

rio 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 (aparente), caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza» (STS de 16 de julio de 2001). Es una institución próxima al mandato, siendo válida aun habiéndose expresado una causa falsa, cuando se demuestra que está basada en una verdadera y válida (SSTS de 19 de diciembre de 1999, 1 de abril de 2000, 2 de abril de 2001 y 23 de octubre de 2002, entre otras). Se trata en definitiva de una adquisición por encargo, un mandato de adquirir.

La simulación de la segunda escritura es irrelevante, pues el mandante ya habría adquirido: el mandante adquiere una propiedad sustancial, mientras que el mandatario, frente a terceros ajenos al mandante, desconocedores del mandato, una propiedad formal; sustancialmente se trata de completar el iter transmisivo, intitulado a favor del mandante o fiduciante el bien que se ha adquirido para él. (STS de 7 de mayo de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—Doña A., como arrendataria de una vivienda del Instituto Madrileño de la Vivienda (IVIMA) y tras aceptar la oferta de venta realizada por éste, adquirió dicha vivienda el 25 de enero de 1995, siendo satisfechas las cantidades a abonar por su hijo don J. y su nuera doña M. A. El 8 de febrero, doña A. formalizó con su hijo J. y la esposa de éste, M. A., escritura de compraventa de la nuda propiedad de la vivienda, sin que el precio en ningún momento fuera hecho efectivo por los compradores.

Doña A. falleció el día 28 de diciembre, en estado de viuda de su primer y único matrimonio, dejando siete hijos (D., N., C., Na., J., Ca. y R.), declarados herederos por Acta de Notoriedad.

Doña N., doña C., doña Na., doña Ca. y doña R. dedujeron demanda contra los cónyuges don J. y doña M. A., por el que solicitaba la resolución del contrato de compraventa relativo a la vivienda, que entendían venía a constituir una donación encubierta en fraude de sus derechos legitimarios.

Dicha demanda es desestimada en primera instancia y estimada parcialmente en segunda por la Audiencia Provincial, declarando la nulidad de la compraventa y la cancelación de la correspondiente inscripción registral y su sustitución por otra a favor del conjunto de los herederos. Don J. y doña M.A. interpusieron recurso de casación, siendo estimado por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

11. Titularidades de fondos de inversión: a favor de esposa y cuñado: carácter real y no ficticio: carga de la prueba.—El actor afirmaba en su demanda que el hecho de que el demandado figurara como cotitular mancomunado del fondo de inversión constituía una mera ficción y respondía a la finalidad de salvaguardar los intereses de su hija menor para el caso de fallecimiento de los padres. La pretensión de la parte actora de excluir cualquier participación efectiva del demandado en la propiedad del fondo exigía, conforme al art. 1214 CC vigente a la sazón, la prueba por su parte de la existencia de tal finalidad. Pero dicha prueba no existe en autos y, por el contrario, aparece acreditado que en las múltiples cuentas, planes y fondos abiertos a nombre del actor, de su esposa o de su hija, individual o con-

juntamente, tras haber obtenido un importante premio económico, no se incluyó a terceras personas como titulares salvo en el caso del fondo litigioso; de aquí que, correctamente, se entendiera por la Audiencia que, al no resultar probada dicha finalidad, los efectos perjudiciales de dicho vacío probatorio habría de perjudicar a la parte actora que en tal caso no había justificado la razón de excluir de todo derecho al demandado sobre el fondo en el que aparecía como cotitular.

Reconvención indebidamente formulada: falta de litisconsorcio pasivo necesario.—El actor formuló demanda dirigida a obtener declaración judicial de que determinado fondo de inversión pertenecía a la sociedad de gananciales formada por él mismo y su esposa, la que dirigió contra el cotitular del fondo, hermano de su esposa, interesando igualmente declaración acerca de la inexistencia de derecho alguno por parte del demandado sobre dicho fondo. Frente a ello el demandado no sólo postula la desestimación de la demanda sino que reconviene solicitando que se declare su propiedad exclusiva sobre el fondo de inversión y sus frutos; dicha acción reconvenicional se dirige únicamente frente a quien figura como demandante en el proceso cuando es lo cierto que la eventual estimación de su pretensión afectaría directamente a quien, como su hermana que es la esposa del actor, no es parte en el mismo. Como dice el art. 1385, p^{ar}. 2.º, Cc, y la STS de 11 de abril de 2003, cualquiera de los cónyuges está autorizado para ejercitar la defensa de los bienes e intereses comunes por vía de acción, facultad para demandar que la ley se atribuye con plenitud de consecuencias, sin que, en cambio, suceda lo mismo en el ámbito de la legitimación pasiva, donde las acciones contradictorias del dominio de bienes gananciales tienen que dirigirse necesariamente contra ambos cónyuges (SSTS de 26 de julio de 1993, 13 de julio de 1995, 14 de febrero y 5 de mayo de 2000). De aquí que la reconvención aparece indebidamente formulada. La STS de 6 de mayo de 2003 establece que si bien inicialmente la doctrina jurisprudencial sobre el litisconsorcio pasivo necesario se fundó en la defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal, ya a partir de las SSTS de 20 de julio de 1991, 14 de mayo de 1992 y 9 de junio de 1994 ha evolucionado hacia la inutilidad de la misma para conseguir la resolución de la cuestión de fondo, o lo que es igual, la inidoneidad jurídica del demandado para ser sujeto pasivo exclusivamente de la relación jurídica material deducida, y, añade, así ocurre cuando los terceros no demandados en la reconvención presentan un interés tan legítimo y directo que puede ser afectado por la sentencia que recaiga (así SSTS de 10 de mayo de 1985, 10 de marzo de 1986, 20 de junio de 1991, 3 de marzo de 1992, 1 de julio y 21 de octubre de 1993, 30 de septiembre de 1994, 6 de abril de 1996, etc.). De ahí que no pueda entrarse en el examen de la acción reconvenicional al ser apreciada de oficio la falta de dicho presupuesto procesal que es de orden público en cuanto afecta a la válida constitución del proceso y de la cosa juzgada (SSTS de 9 de julio de 2004, 22 de noviembre de 2005 y 2 de octubre de 2006, entre otras). (**STS de 21 de mayo de 2007**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

NOTA.—En el trasfondo de este litigio hay un importante premio ganado (lotería o quinielas) por el actor, y el problema subsiguiente de la ulterior inversión de su importe. Concretamente se discute sobre la titularidad de un fondo de inversión de veinte millones de pesetas. que figura a favor del actor, de su esposa y de un hermano de ésta. El marido pretende que se declare judicialmente

que la titulación del cuñado es ficticia o simulada, lo que no logra demostrar en la instancia. Por su parte el hermano de la esposa se defiende y contraataca, oponiéndose a la demanda y pide por vía reconvenzional se declare que el fondo le pertenece a él en exclusiva, lo que se desestima igualmente por no haber demandado a su hermana, que también figura como titular del fondo. Al desestimarse incuestionablemente ambas peticiones, lo que parece insinuar el fallo es que «los trapos sucios, en casa...» (es decir: arreglaos en familia...). Ulteriormente, parece evidente la suma conveniencia de pedir asesoramiento antes de otorgar cuantiosas liberalidades en tales singulares circunstancias —como en el caso ocurrieron al parecer— proclives a la euforia del momento. (G. G. C.)

12. Suspensión de pagos. Convenio.—Se trata de un documento público desde el mismo momento en que fue aprobado judicialmente.

Datio pro soluto y datio pro solvendo. Diferencias.—La distinción jurisprudencia considera que *la datio pro soluto*, se trata de un acto en virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa, dado que, bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue, como viene dicho, la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deudas, en tanto que la segunda, es decir, *la datio pro solvendo*, reveladora de adjudicación para el pago de las deudas, que tiene específica regulación en el artículo 1175 CC (LEG 1889, 27), se configura como un negocio jurídico por virtud del cual el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación de aquéllos al pago de las deudas contraídas por el cedente, sin extinción del crédito en su totalidad, pues que, salvo pacto en contrario, el deudor sigue siéndolo del adjudicatario en la parte del crédito a que no hubiese alcanzado el importe líquido del bien o bienes cedidos en adjudicación toda vez que ésta sólo libra de responsabilidad a tal deudor por el importe líquido de los bienes cedidos en adjudicación, como expresamente previene el meritado artículo 1175 del CC, no generando en consecuencia el alcance de efectiva compraventa, que es atribuible por el contrario a la adjudicación en pago de deudas o *datio pro soluto*.

Tercera de dominio. Presupuesto.—La jurisprudencia exige el presupuesto de que el actor pruebe cumplidamente la propiedad de los bienes objeto de la misma antes de la fecha en que se llevó a cabo el embargo de aquéllos. (STS de 28 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La mercantil *Mar-Ric Inmobiliaria, S. A.*, interpuso demanda contra la Administración General del Estado (Hacienda Pública), don L. y doña V. y distintas mercantiles integrantes de la Junta de acreedores de la suspensión de pagos de don L. solicitando

la nulidad del embargo trabado por la Hacienda Pública, Delegación de Barcelona, en procedimiento de apremio seguido contra el antes citado don L. a resultas de una deuda tributaria. El Juzgado de Primera núm. 26 de Barcelona desestimó la demanda. La Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona confirmó la sentencia apelada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

13. Compensación legal de deudas. Efectos.—Del artículo 1202 CC se desprende que, concurriendo los requisitos propios de la compensación —créditos y deudas concurrentes vencidos, líquidos y exigibles— la misma se produce *ipso iure* hasta la cantidad concurrente, extinguiendo el crédito de menor cuantía y subsistiendo el mayor en cuanto a la cantidad restante, lo que tiene lugar automáticamente desde el momento en que se dan todos los requisitos de la compensación, aun cuando los efectos de la misma se declaren en el proceso una vez que las partes han hecho uso de su derecho. El automatismo de la compensación constituye expresión de la idea de que la neutralización de deudas se produce desde el mismo momento en que concurren los requisitos precisos, mas no significa que no sea necesario para compensar que lo quiera, al menos, uno de los deudores (*vid.* SSTS de 15 de febrero de 2005 y 3 de abril de 2006). Sólo si no hubieran concurrido anteriormente los requisitos propios de la compensación (art. 1195 CC), y ésta se produjera por razón de lo declarado en la sentencia —compensación judicial—, sería necesario antecedente para la misma la estimación en lo procedente tanto de la demanda como de la reconvencción para, a partir de ese momento, extinguirse el crédito menor y quedar como ejecutable el crédito mayor en la cantidad que excediere de la concurrencia de ambos.

Intereses legales moratorios. Mora automática.—Si en el documento de reconocimiento de deuda se establece el devengo de intereses de la cantidad que se reconoce como adeudada, no es necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista, por declararlo así expresamente la obligación, pues se está en el caso comprendido en el núm 1.º del artículo 1100 CC, distinto del contemplado en el artículo 1108 del mismo Código, en que se conviene el tipo de interés aplicable a la mora para el caso de que ésta se produzca. (STS de 30 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don L.A., doña M. y T. S. M., S. A., interpusieron demanda contra doña S., en la que solicitaron se condenara a la demandada a abonar a los actores diversas cantidades. La demandada se opuso alegando compensación de créditos y formuló reconvencción en solicitud de que se dictara sentencia por la que se condenara a los actores iniciales a satisfacerle otras cantidades.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda y estimando íntegramente la reconvencción. Interpuesto recurso de apelación por los actores, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando en su totalidad la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, los referidos actores recurrieron en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

14. Características del incumplimiento resolutorio.—El incumplimiento de las demandadas respecto de la obligación de elevar a escritura pública el contrato celebrado queda patente si se tiene en cuenta que en el propio contrato se previó como fecha para tal elevación el día 2 de enero de 1994, sin que, pese a los requerimientos del actor —incluso por conducto notarial— para el cumplimiento de tal formalidad, exigida por los artículos 1279 y 1280.1.º CC, las demandadas hayan procedido a su otorgamiento en el momento de interposición de la demanda que tuvo lugar el 24 de noviembre de 1997. Aducen que tal circunstancia se deriva de causas ajenas a su voluntad y responde a los avatares surgidos en la ejecución del convenio urbanístico aprobado por el Ayuntamiento al que estaban sujetas las parcelas de su propiedad según se reflejó en el contrato de fecha 11 de julio de 1993. No obstante, en el mismo contrato las recurrentes aceptaron fijar como fecha para elevación del mismo a escritura pública la del día 2 de enero de 1994 y, transcurridos casi cuatro años desde tal fecha, aún no habían podido otorgar la escritura pública por causas que, sin duda, pudieron prever en el momento de la celebración del contrato y que en absoluto resultan imputables a la otra parte. Como señala la sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 2007, no se exige «para la apreciación de una situación de incumplimiento resolutorio una patente voluntad rebelde, y tampoco una voluntad de incumplir, sino sólo el hecho objetivo del incumplimiento, injustificado o producido por causa no imputable al que pide la resolución (SS, entre otras, de 7 de mayo y 15 de julio de 2003). En suma, como se ha declarado en la reciente S de 20 de septiembre de 2006, «la jurisprudencia 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, 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)».

La falta de otorgamiento de escritura pública constituye incumplimiento esencial.—[...] se sostiene que la falta de otorgamiento de la escritura pública no constituye un verdadero y propio incumplimiento referido a la esencia de lo pactado, tratándose de una cuestión accesoria y complementaria que no impide, por su escasa entidad, que el actor obtenga el fin económico del contrato. Citan a continuación las recurrentes la S de esta Sala de 4 de octubre de 1983 y las que en la misma se citan, de cuya doctrina se infiere que la facultad resolutoria prevista en el artículo 1124 CC requiere un incumplimiento grave o esencial sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias. Se emplea así por las recurrentes un argumento circular que conduciría a la aceptación de su tesis si no fuera porque la Audiencia ha estimado que el incumplimiento ha sido esencial al atribuir tal carácter a la obligación de elevar a escritura pública la transmisión de los inmuebles. Por ello no ha podido infringir la citada doctrina jurisprudencial que, en absoluto, pone de manifiesto que tal omisión sea puramente accesoria respecto de la esencia del contrato celebrado. Por el contrario, la falta de otorgamiento de la escritura responde, en primer lugar, a la falta de título de propiedad suficiente por parte de las demandadas, y en segundo lugar comporta la imposibilidad de acceso de la transmisión al Registro de la Propiedad con las consecuencias negativas que ello comporta para el adquirente.

Indemnización de los daños y perjuicios derivados del lucro cesante: la duda respecto a su cuantía no impide su reconocimiento.—En la demanda interpuesta por el ahora recurrente se interesaba que se condenara a las demandadas a satisfacer el importe de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento en concreta referencia al «lucro cesante» derivado del hecho de no haber podido ser explotada la finca por el actor mientras ha permanecido en posesión de aquéllas. La sentencia de primera instancia acogió tal pretensión y dejó para la ejecución de sentencia la determinación de la cantidad correspondiente a lucro cesante y pérdida o deterioro sufrido. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial revoca dicho pronunciamiento tras razonar que los daños no han quedado acreditados, pues no consta el estado en que se encontraba la finca en el momento de su entrega, sin referirse concretamente al concepto derivado del «lucro cesante». En este sentido ha de aceptarse la imputación e incongruencia que se condene en el motivo, ya que el artículo 359 LEC exige que las sentencias decidan «todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate», lo que determina que esta Sala haya de resolver sobre dicha cuestión [...]

El artículo 1106 CC dispone que la indemnización de daños y perjuicios comprende la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor. Es cierto que, como señalan las S de esta Sala de 6 de septiembre de 1991 y 5 de octubre de 1992, el lucro cesante no puede ser dudoso o incierto pero «tales dudas sólo son enervatorias de su reconocimiento cuando afectan al hecho mismo de su existencia o producción, no cuando afectan al *quantum*, sin que se olvide, como razona la doctrina científica, que entre la demostración absoluta y segura de que el lucro se iba a obtener y el reconocimiento de la indemnización en todo caso en que fuera meramente posible la ganancia, media la ponderación de las circunstancias de cada asunto y la razonable verosimilitud...»; la que ha de apreciarse en el caso presente al haber quedado privado el actor de la explotación de la finca de su propiedad desde que hizo entrega de la misma a las demandadas, por lo que procede que en ejecución de sentencia se proceda a su determinación desde la fecha interesada en el «suplico» de la demanda, posterior a dicha entrega. (STS de 31 de mayo de 2007; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El actor demanda a tres hermanas con las que había celebrado un contrato de permuta —al que denominaron compraventa— y que tenía por objeto una finca rústica y cuatro parcelas. Al tiempo de suscribir el contrato tuvo lugar la entrega de los correspondientes inmuebles pactándose que la firma de las escrituras se aplazaba a una fecha posterior (que se fijaba) y que si por cualquier circunstancia alguna de las partes decidiese anular la compraventa debería entregar a la otra la cantidad de dos millones de pesetas en concepto de daños y perjuicios y en cualquier otro concepto no previsto. El Juzgado atendiendo la demanda, declaró resuelta la permuta y condenó a las demandadas al pago de la cantidad estipulada en la cláusula referida más la correspondiente a los daños procedentes del lucro cesante y deterioro de la finca junto con las costas del juicio. La Audiencia estimó parcialmente la apelación declarando la improcedencia de la aplicación de la cláusula penal y de la indemnización por los daños. Recurrieron en casación actor y demandadas estimándose en parte el recurso del actor lo que supuso para éste la indemnización del lucro cesante desde que dejó de poseer su finca. (R. G. S.)

15. Resolución contractual por incumplimiento de la obligación de cancelar determinada hipoteca. Retraso en el cumplimiento. Inexistencia de incumplimiento resolutorio.—El mero retraso no es suficiente para la resolución, salvo en supuestos de especial relevancia del tiempo o del cumplimiento tempestivo de la prestación. De ahí que la jurisprudencia haya venido exigiendo, además de que haya cumplido quien promueve la resolución, las obligaciones que le correspondieran de una parte, que se aprecie en el acreedor que insta la resolución un «interés jurídicamente atendible», tópico mediante el cual se expresa la posibilidad de apreciar el carácter abusivo o contrario de buena fe, o incluso doloso, que puede tener la resolución cuando se basa en un incumplimiento más aparente que real, pues no afecta al interés del acreedor en términos sustanciales, o encubre la posibilidad de conseguir un nuevo negocio que determinaría un nuevo beneficio. Y, por otra parte, que se trate de un incumplimiento de cierta entidad, que se ha caracterizado como «verdadero y propio» (SS 15 de noviembre de 1994, 7 de marzo y 19 de junio de 1995, entre muchas otras), «grave» (SS de 23 de enero y 10 de diciembre de 1996, 30 de abril y 18 de noviembre de 1994, etc.), «esencial» (SS de 26 de septiembre de 1994, 26 de enero de 1996, 6 de octubre de 1997, 11 de abril de 2003, etc.), a cuyo efecto se utilizan tópicos como los que caracterizan el incumplimiento resolutorio acudiendo a que tenga importancia y trascendencia para la economía de los interesados (SS de 25 de noviembre de 1983, 19 de abril de 1989, etc.) o entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes (SS 22 de marzo de 1985, 24 de septiembre de 1986, etc.), o bien genere la frustración del fin del contrato (SS de 23 de febrero de 1995, 10 de mayo de 2000, 25 de febrero, 11 de marzo y 15 de octubre de 2002, entre las más recientes). Tales criterios para la determinación de la entidad o esencialidad del incumplimiento han sido resumidos por autorizada doctrina señalando varios parámetros, como la importancia para la economía de los interesados, la entidad del incumplimiento como obstáculo para impedir la satisfacción o para provocar la frustración, que ha de predicarse del fin o fin práctico del contrato, a lo que equivale la llamada «quiebra de la finalidad económica». Y es claro que en el caso que nos ocupa no puede atribuirse a la falta del asiento de cancelación, cuando se ha amortizado la deuda, importancia suficiente para justificar la resolución. Otras habrán de ser las consecuencias, desde exigir el cumplimiento a reclamar los daños que eventualmente se hayan producido.

Pago del crédito garantizado y aceptación de pagos más allá del plazo convenido.—Queda probado que el préstamo para cuya cobertura o garantía se constituyó la hipoteca había sido totalmente amortizado a la fecha de 21 de abril de 1993 aún cuando, atendido el préstamo y extinguido la deuda, no se haya procedido a la cancelación en el Registro. La Sala de instancia no ha estimado en el caso la existencia de un incumplimiento resolutorio, y para argumentar esta conclusión pone de relieve que el deudor «aunque con retraso, ha cumplido y el cumplimiento ha sido aceptado». El plazo concedido, de tres meses, para la cancelación de la hipoteca o para obtener el aval bancario, a contar desde el 25 de julio de 1985, se había sobrepasado con creces cuando el 11 de noviembre de 1988 se presenta la demanda, sin que en el ínterin haya mediado una intimación por mora, pues, bien al contrario, se habían aceptado los pagos parciales que se iban llevando a efecto en el crédito garantizado con la hipoteca que se había de cancelar. (STS de 4 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montes Penadés.]

HECHOS.—Don P. F. y D.^a M. concluyen con don B. y doña M. R. y la entidad F. P., S. A., un contrato el 25 de julio de 1985, por el que estos últimos asumen la obligación de cancelar la hipoteca que grava la vivienda y parte proporcional de los bajos de la casa núm. XX de la calle XXXX como precio o contraprestación de la cesión del 67% de unas acciones. Tal obligación había de cumplirse en el plazo de tres meses y, para el supuesto de que por cualquier circunstancia no se pudiera llevar a la práctica lo pactado, se preveía que el demandado, don B., ofreciera aval bancario a favor de la contraparte, «afianzando la libertad de la expresada vivienda, que quedará desafectada de la hipoteca en cuestión», según los términos literales de la cláusula. D. El 11 de noviembre de 1988 se presenta demanda por doña P. F. y doña M, solicitando la resolución del contrato por incumplimiento contractual. El Juzgado de 1.^a Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación y revoca la sentencia únicamente en el extremo relativo a las costas en instancia. Actores y apelantes interponen recurso de casación. (S. M. S.)

16. Contrato. Facultad resolutoria: ejercicio.—La jurisprudencia considera que la facultad resolutoria de los contratos puede ejercitarse en nuestro ordenamiento, no sólo en la vía judicial sino mediante declaración no sujeta a forma y dirigida a la otra parte, a reserva de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada, bien negando el incumplimiento, bien rechazando la oportunidad de extinguir el contrato.

Contrato. Facultad resolutoria: ausencia de requisitos pactados.—Cuando la literalidad de la cláusula resolutoria pactada, en que la expresión de la voluntad resolutoria del contrato por la parte perjudicada por el incumplimiento de la otra no quedaba sujeta a ningún requisito en cuanto a su forma y contenido es suficiente para la producción del efecto resolutorio la declaración, pura y simple, de tener por resuelto el contrato dirigida a la otra parte, sin necesidad de hacer mención expresa de la causa del incumplimiento.

Doctrina de los actos propios: concepto y requisitos.—La doctrina de los actos propios ha sido desarrollada por la jurisprudencia en el sentido de que el principio en cuestión, basado en la necesidad de proteger la buena fe y la confianza, amén de la apariencia y estabilidad de las situaciones jurídicas, exige, para que su autor quede ligado frente al sujeto pasivo de los mismos, una palmaria contradicción entre lo realizado por el primero y la acción que luego el propio interesado ejercita, o lo que es igual, que exista un nexo de causalidad entre dichos actos y su incompatibilidad con lo ulteriormente pretendido, habiéndose matizado dicha doctrina por la jurisprudencia en el sentido de que no merecen la calificación de actos propios los que no dan lugar a derechos y obligaciones o no se ejecuten con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, siendo los actos contra los que no es lícito actuar aquéllos que, por su carácter trascendente o por constituir convención, causan estado definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, situación jurídica o de hecho que no podrá ser alterada por quien se hallaba obligado a respetarla.

Doctrina de los actos propios: carácter inequívoco.—Para poder estimar que se ha infringido la doctrina de los actos propios, que encuentra su

apoyo legal en el artículo 7.1 CC ha de haberse probado quebranto del deber de coherencia en los comportamientos, debiendo concurrir en los actos propios condición de ser inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar o extinguir, sin ninguna duda, una precisada situación jurídica afectante a su autor, ocasionando incompatibilidad o contradicción entre la conducta precedente y la actual. (STS de 27 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—La entidad mercantil *José Vidal de la Peña, S. A* interpuso demanda contra la entidad *Iveco-Pegaso, S. A*, sobre indemnización por daños y perjuicios derivados de resolución de contrato de concesión. El Juzgado de Primera núm. 1 de Madrid desestimó la demanda. La Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona confirmó la sentencia apelada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

17. Es posible acumular la acción de nulidad por simulación y la acción pauliana.—[...] Esta Sala acepta la declaración de la sentencia de apelación de que se trata aquí de negocios simulados, por falsedad de la causa, sometidos a la correspondiente acción de nulidad de conformidad con los artículos 1300 y siguientes, en relación con el artículo 1276, todos del Código civil, pudiendo afirmarse que la nulidad de tales actos no es otra que la de frustrar la efectividad práctica de las acciones de la demandante en fraude de su derecho, lo que da base además para el ejercicio de la acción revocatoria de los artículos 1111 y 1291 del mismo ordenamiento, habida cuenta de que, en atención a los hechos determinados como probados en la resolución recurrida, los actos y negocios jurídicos realizados por la parte demandada entrañan en su conjunto una muy hábil maniobra de fraude procesal.

[...] Por último, con indicación a la acumulación de la acción de nulidad por simulación relativa y la rescisoria por fraude de acreedores, esta Sala considera acertado el criterio seguido en la instancia acerca de su posibilidad, pues tanto la nulidad como la rescisión son supuestos de ineficacia (en puridad teórica, la primera se encaja por la mejor doctrina de ineficacia originaria y la segunda como sobrevenida), esto es, ambas tienen un objetivo común, en la idea de que lo que se pretende es que no surtan efectos los contratos atacados por los correspondientes defectos (STS de 30 de octubre de 1997).

Requisitos para el ejercicio de la acción pauliana: insolvencia del deudor.—Igualmente, hay que tener en cuenta la posición de esta sede respecto a que para el éxito de la acción pauliana no es necesario realizar una previa persecución de los bienes del deudor para acreditar su insolvencia (STS de 30 de julio de 1999), ni se precisa que ésta sea absoluta (STS de 15 de febrero de 2000), y tampoco que se haya promovido un pleito previo para acreditarla (STS de 7 de marzo de 2001); y con mención a la proximidad de la fuente de prueba, como declara la STS de 16 de junio de 1999, «en poder del que impugna el incumplimiento del requisito de la insolvencia está la prueba del hecho positivo, mediante el señalamiento de bienes suficientes que no han sido agredidos.» (STS de 18 de mayo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—A demanda a una sociedad anónima junto a B, C —esposa del anterior— y D, liquidador de la sociedad. El liquidador

de la sociedad - D - había reconocido la existencia de un crédito a favor de B, asegurando su pago con hipoteca sobre dos fincas. Seguidamente D había cedido a C, esposa del acreedor, la totalidad del activo y el pasivo de la sociedad: el activo, consistente en las dos fincas hipotecadas; el pasivo, la deuda correspondiente al crédito reconocido a favor de B. La parte actora –que previamente había interpuesto una acción rescisoria por lesión en el precio de las fincas y otra resolutoria por incumplimiento de los compradores– entiende que la operación realizada tiene como finalidad la ejecución de la hipoteca para que, de este modo, las fincas regresaran al patrimonio de B a través de la interposición de su esposa, C. El Juzgado rechazó la demanda, pero su sentencia fue revocada en apelación, pues la Audiencia declaró nulos e ineficaces por simulados y fraudulentos el reconocimiento de deuda, la cesión global del activo y pasivo de la sociedad y la constitución de hipoteca sobre las fincas. Interponen recurso de casación el matrimonio B y C, declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (R. G. S.)

18. Acción pauliana: requisito *consilium fraudis*.—La STS de 17 de julio de 2006 establece que 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». Así pues es concebible la rescisión del negocio jurídico fraudulento cuando éste se hace en previsión de lo que va a suceder en el futuro, aun cuando en el momento de su celebración no exista una efectiva situación de insolvencia del deudor. En el caso concreto, por tanto, concurre el requisito cuestionado, puesto que la transmisión se realizó entre quienes, por su condición de accionistas mayoritarios de la compañía P., S. A., podían conocer la verdadera situación de la empresa, declarada en suspensión de pagos cinco meses después de la transmisión patrimonial impugnada. Por otra parte, cuando se dice que, al enajenarse el 35% del local, el patrimonio del deudor superaba los 326.970.000 pesetas, lo que superaba la referida cantidad no era el patrimonio sino el activo patrimonial. Por tanto, las deudas que tenía contraídas el deudor minoraban en gran medida el activo patrimonial del deudor. Por tanto, no es erróneo concluir que la enajenación del único activo patrimonial que éste poseía, sin carga alguna hipotecaria, con carácter previo a la declaración de insolvencia fuese con ánimo de preservar parte del patrimonio en perjuicio del banco acreedor. (STS de 19 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—La mercantil *BCH, S. A.*, planteó la impugnación del negocio jurídico de compraventa del 35% de una finca, concertado entre los codemandados, don R y don E., hijo y padre respectivamente, en fraude de acreedores, ejercitando la acción pauliana, dado que la entidad bancaria demandante era acreedora del demandado, Sr. R., como consecuencia de varias pólizas de crédito otorgadas a favor de *P., S. A.*, de las cuales aquél era fiador solidario;

que no existían bienes del demandado con los que satisfacer la deuda; que la compraventa antes referida encubría una causa gratuita y que se realizó en fraude de acreedores.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda íntegramente al entender que no concurría el requisito del *consilium fraudis*, por cuanto, al momento de producirse la transmisión patrimonial cuya rescisión se pide, el demandado, Sr. R. tenía otros bienes con los que hacer frente a la deuda. La Audiencia Provincial, por el contrario, revocó la sentencia de primera instancia y estima íntegramente la demanda por considerar que concurren todos los requisitos para el ejercicio de la acción rescisoria. La parte demanda interpone recurso de casación. (S. M. S.)

19. Créditos privilegiados. Crédito salarial: ámbito. Protección extensible a la indemnización por despido nulo.—Conforme a la STS de 27 de julio de 2000, deben entenderse incluidas en el ámbito de protección salarial del artículo 32 ET no sólo las retribuciones percibidas de una manera directa e inmediata por la prestación del trabajo, sino también las indemnizaciones derivadas de un contrato laboral, atendándose a la dicción del artículo 33 ET, particularmente de su apartado 5.º, del que se infiere un concepto amplio de salario a la hora de establecer su ámbito de protección (*vid.* asimismo los AA de la Sala de Conflictos de Competencias de 27 de junio de 1992 y 4 de abril de 1994). Igualmente la Sala 4.ª del Tribunal Supremo (SS de 23 de octubre de 1986, 30 y 19 de diciembre de 1987, 27 de julio y 15 de diciembre de 1988, 3 de octubre y, 26 de febrero de 1990 y 25 de mayo de 1995) aboga por un concepto amplio de salario, a los efectos de determinar el ámbito de protección dispensada por el artículo 32 ET, del cual se deduce que pese al calificativo «salarial» empleado se está refiriendo no sólo a los débitos salariales en sentido estricto, sino también a las indemnizaciones. El argumento se integra con la previsión legal contenida en el artículo 90.2 LGSS, que expresamente dispone que las prestaciones que deben satisfacer los empresarios a su cargo tendrán el carácter de créditos privilegiados, gozando al efecto del régimen establecido por el art. 59 de la extinta Ley de Contrato de Trabajo, hoy del artículo 32 ET.

Por último, en el caso examinado el despido de los trabajadores fue declarado nulo, siendo la consecuencia legalmente prevista de dicha declaración de nulidad la inmediata readmisión de los trabajadores con el abono de los salarios dejados de percibir; y que esta consecuencia legal sólo se sustituye por la indemnización, conforme a lo dispuesto en el artículo 284 de la entonces vigente LPL, a resultas de la imposibilidad material de hacer efectiva la sentencia que declaró nulo los despidos, habida cuenta del cese de la actividad y del referido cierre de la empresa, lo que redonda en el carácter sustitutivo del salario que cabe atribuir a las indemnizaciones que conforman el crédito objeto de la presente tercería de mejor derecho. (STS de 29 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Entre el Banco SCH, S. A., y don J. L. se concertaron dos pólizas de crédito, con garantía personal. El incumplimiento por el deudor de las obligaciones contractuales determinó que se procediese al cierre y liquidación de las cuentas. El banco promovió juicio ejecutivo contra el deudor, procediéndose al embargo de

determinadas fincas propiedad del deudor, y el 4 de mayo de 1993 se dictó sentencia de remate por la que se dispuso seguir adelante la ejecución despachada hasta hacer trance y remate de los bienes embargados, y con su producto hacer entero y cumplido pago al ejecutante.

Con posterioridad, la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Palma de Mallorca de 29 de julio de 1993 declaró nulo el despido de doña L., don I., don A., don J. M., don H. y don Ab., trabajadores de la empresa de don J. L., condenando a ésta a que los readmitiera en los mismos puestos de trabajo e iguales condiciones, con abono de los salarios dejados de percibir. Promovida la ejecución de la anterior sentencia, el Juzgado dictó Auto por el que, ante la imposibilidad de readmitir a los trabajadores por el cierre de la empresa, se declaró extinguida la relación laboral que les unía con la empresa y se condenó al empresario a abonarles una indemnización. Posteriormente dictó Auto por el cual se instaba la ejecución de la sentencia dictada en su día, y tras ello se acordó por el Juzgado el embargo de determinadas fincas del deudor. Librado el correspondiente mandamiento al Registro de la Propiedad para la anotación del embargo, por éste se comunicó que se había expedido certificación en el procedimiento de ejecución entablado por el banco acreedor.

Los trabajadores interpusieron demanda de tercería de mejor derecho, a la que se opuso el banco ejecutante.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de tercería y declaró el mejor derecho de los trabajadores frente al banco ejecutante en orden al cobro de sus créditos preferentes, por los conceptos de salarios e indemnizaciones por despido con sus correspondientes intereses. Interpuesto recurso de apelación por el banco ejecutante, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, el banco recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

20. Preferencia de los créditos profesionales de abogado.—El recurrente reproduce en este motivo la cuestión jurídica que subyace desde el inicio del procedimiento, en torno a la aplicación a los honorarios reclamados de la preferencia crediticia contemplada en el art. 1924.2.ºA) CC, que, con relación al resto de bienes muebles e inmuebles del deudor incluye con tal privilegio a los créditos devengados «A) por gastos de justicia y de administración del concurso en interés común de los acreedores, hechos con la debida autorización o aprobación», justificando su pretensión el recurrente porque los que se reclaman no son honorarios en general, que, según reconoce, carecen de tal preferencia, sino honorarios, derechos y suplidos del propio juicio en el que se ha obtenido el dinero, los cuales a diferencia de los honorarios en general sí deberían gozar de esa preferencia.

Además de la S de 31 de mayo de 1991, en que apoyó su decisión la Audiencia Provincial, esta Sala, en S 492/2004, de 3 de junio, en supuesto similar estableció cual debía ser la correcta interpretación del artículo 1924.2.ºA), CC, señalando a tal fin los presupuestos que debían concurrir para enmarcar los créditos por honorarios profesionales en tal posición privi-

legiada, concluyendo que, «conforme referido artículo 1924.2.ºA), para ser reputados los honorarios profesionales reclamados como gastos de justicia ha de tratarse de devengos en interés común de los acreedores, y además la norma exige que hayan sido hechos con la debida autorización o aprobación, es decir, se precisa la intervención en este sentido del órgano judicial correspondiente o, en su caso de los órganos del concurso cuando se trata de este procedimiento»; fijados ambos requisitos, se precisa que los honorarios no puedan incluirse en el supuesto de hecho regulado por dicho precepto cuando la parte actora, a quien corresponde la carga de probar que los gastos se hicieron en interés común de los acreedores y con la debida aprobación de los órganos del concurso, no ha logrado acreditar tales extremos, concretamente señala la S de 3 de junio de 2004, en coincidencia con la sentencia de 31 de mayo de 1991, en los que se apoya, que se debe descartar la aplicación del art. 1924.2.ºA, CC cuando «ninguno de los referidos requisitos ha sido acreditado por el demandante, como era carga probatoria que le incumbía y los honorarios que reclama» añadiendo que «consecuentemente, no gozan de ninguna preferencia por razón de trabajo personal, al tratarse de servicios que no derivan de una relación laboral de dependencia, sino de servicios propiamente liberales». (STS de 12 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Abogado y procuradora presentan demanda de tercera contra la entidad ejecutada y el ejecutante interesando se declare su mejor derecho a reintegrarse en su crédito —honorarios, derechos y gastos de abogado y procurador— con el producto de los bienes embargados a la sociedad ejecutada con preferencia al ejecutante. La sociedad había sufrido un incendio, riesgo cubierto por un seguro. La aseguradora denegó el pago de la indemnización por entender que el siniestro se debía a la propia asegurada a raíz de lo cual se originaron sendos pleitos en la vía civil y penal. Los terceristas asumieron la representación y asistencia de la sociedad, servicios que no les fueron abonados. Lograron finalmente el embargo de las cantidades debidas por la aseguradora pero al tiempo de su ejecución tuvieron noticia de otro embargo sobre la misma cantidad. La sentencia de instancia desestimó la demanda de tercera. Apelan los terceristas y la Audiencia no acoge el recurso. No hubo lugar al recurso de casación interpuesto por el abogado. (R. G. S.)

21. Venta de cosa ajena.—Tanto la jurisprudencia como la doctrina han admitido la validez de la venta de cosa ajena. El vendedor puede, de hecho, adquirir la finca posteriormente y dejar como definitiva la transmisión o puede darse la obligación de saneamiento por evicción, o puede dar lugar a la adquisición *a non domino* por el juego de los artículos 464 CC o 34 LH, según el caso. No tiene sentido la afirmación de que el contrato es nulo por falta de objeto.

Objeto del contrato de compraventa.—El objeto del contrato de compraventa es la cosa y el precio (*rectius*, las obligaciones recíprocas de entregar la cosa y el precio).

Fe pública registral. Artículo 34 LH.—En virtud del artículo 34 LH se mantiene en su adquisición a quien adquiere a título oneroso y de buena fe del titular registral, aunque éste ya no sea propietario. Se produce, entonces,

la adquisición *a non domino* del tercero. (STS de 20 de marzo de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O' Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Aunque los antecedentes de hecho de la sentencia analizada no resultan muy claros, parece que en el presente litigio hay que partir de la existencia de tres fincas: la núm. 001, la núm. 009 y la núm. 004, todas ellas inscritas en el Registro de la Propiedad de Toledo e íntimamente relacionadas entre sí.

La finca núm. 001 es el resultado de la agrupación de varias fincas, entre ellas la núm. 009; dentro de la finca núm. 001 se encuentra, además, parte de la finca núm. 004, que, sin embargo, se había segregado previamente de la finca núm. 009.

Y así, por un lado, el titular registral de la finca núm. 009 vendió la finca núm. 004 a la Administración del Estado. La finca núm. 004, mediante agrupación, dio lugar a otra que se inscribió a favor del Estado en virtud del artículo 206 LH.

Posteriormente, los causahabientes del titular registral de la finca núm. 009 vendieron a *U, S. A.*, la finca núm. 001, en la que, como se ha dicho, se hallaba una parte de la finca núm. 004. La compradora inscribe su derecho y una entidad de crédito le otorga préstamo hipotecario sobre la finca objeto de venta.

En síntesis, *U, S. A.*, adquiere a título oneroso y de buena fe de quienes aparecen indebidamente como titulares registrales de la finca.

El Abogado del Estado interpone demanda solicitando la nulidad del contrato de compraventa celebrado sobre la finca núm. 001, así como todas las consecuencias registrales derivadas de dicha declaración.

Tanto en primera instancia como en apelación estiman la demanda. El recurso de casación, fundado en la protección otorgada por el artículo 34 LH, es estimado por el Tribunal Supremo.

NOTA.—La presente sentencia se basa fundamentalmente en la doctrina sentada por la propia Sala 1.^a del Tribunal Supremo en la S de 5 de marzo de 2007, dictada por el pleno y que ha sido comentada recientemente por M. CUENA CASAS en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, V. 1.^o (2005-2007), dir. M. Yzquierdo Tolsada, Madrid 2008. (B. F. G.)

22. Venta de plazas de garaje con reserva de dominio a favor del vendedor, que carece de poder de disposición sobre los bienes vendidos bajo condición mientras el comprador cumpla normalmente su obligación de pago.—Estas situaciones producen, asimismo, para el vendedor, estando pendiente el pacto de reserva de dominio (SS de 19 de mayo de 1989 y 12 de marzo de 1993) y mientras el comprador cumpla normalmente su obligación de pago, conforme sucedió en la controversia, que carezca de poder de disposición respecto al bien que vendió, así como, y por ello, de facultades de transmisión del mismo a terceros, tanto en forma voluntaria como forzosa —y los embargos son un anticipo de esta última modalidad—; por lo que a la compradora le asiste, *pendente conditione*, el indudable derecho del ejercicio de la tercera de dominio sobre la vivienda adquirida y trabada en embargo por deudas propias de quien se la vendió, a las que es totalmente ajena. Así lo exige la conservación necesaria de sus legítimos derechos,

la equidad (art. 3-2.º CC), los principios generales de la contratación (*pacta sunt servanda*), la norma imperativa de que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de los contratantes (art. 1256 CC) y menos procede dejar sin defensa, como plenamente vencidas, en situaciones como la del pleito, a aquellas personas que no las provocaron y son totalmente extrañas a las deudas determinantes de los embargos practicados.

El adquirente de los derechos del comprador tiene un derecho de propiedad sometido a condición suspensiva.—Por tanto, el matrimonio mencionado, demandado y ejecutado en vía de apremio en otro proceso, transmitió forzosamente por el embargo y su ejecución sus derechos sobre las plazas de garaje y estos derechos eran los de propiedad sometidos a condición suspensiva y esta transmisión debe mantenerse, por ser válida y al ser la sociedad demandante causahabiente y subrogada en la posición de aquel matrimonio, tiene derecho de propiedad sobre las tres plazas de garaje siempre que pague el resto del precio que queda por pagar y tiene derecho asimismo a que el titular registral le otorgue escritura pública de transmisión de la propiedad de las tres plazas de garaje. Lo cual coincide exactamente con lo resuelto en primera instancia. Por ello, al estimar el segundo de los motivos del recurso de casación, fundado en el número 4.º del artículo 1692 LEC, esta Sala asume la instancia y resuelve lo que corresponde dentro de los términos en que aparece planteado el debate, como contempla el artículo 1715.1.3.º de la misma Ley. (STS de 16 de marzo de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La sociedad demandante se había adjudicado en subasta judicial los derechos que pudieran corresponder al comprador ejecutado sobre tres plazas de garaje sobre la que la vendedora ejecutante se había reservado el dominio hasta que se verificara en pago de todas las cantidades adeudadas en virtud de las compraventas. La adjudicataria demandó a la vendedora solicitando que se le condenase a otorgar escritura pública que le permitiera la inscripción registral y le aceptara los pagos pendientes.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial admitió el recurso de apelación y desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación y confirmó la sentencia del Juez de Primera Instancia. (L. F. R. S.)

23. Incompatibilidad de las acciones *quantum minoris* e indemnizatoria.—Examinando la correspondencia entre el suplico de los escritos rectores y el fallo de la sentencia impugnada, se aprecia que en la demanda se ejercita acción interesando el cumplimiento del contrato y el pago del precio adeudado más los gastos derivados de la devolución de las cambiales libradas con aquella finalidad, y en la contestación, además de oponerse a la pretensión principal, se formula reconvencción, que, tal y como reconoce la parte recurrente, contiene dos pretensiones acumuladas, expresamente calificadas por la parte como «acciones de minoración del precio por vicios ocultos y de resarcimiento de daños y perjuicios», de manera que, formado así el objeto de debate, éste encuentra oportuna respuesta en el fallo de la sentencia de instancia, confirmada en apelación, que, en consonancia con la doctrina de esta sala, se pronuncian a favor del derecho de la actora a percibir el precio, pero rechazando, simultáneamente, que la actitud renuente al

pago de la compradora se compadezca con el hecho de que la vendedora entregara cosa de calidad inferior a la pactada, a que tal conducta, aunque pudiera integrar un cumplimiento defectuoso, no se combatió con el ejercicio de una acción resolutoria o redhibitoria, única acción compatible con una indemnización, sino que se pretendió compensar con la obtención de una rebaja en el precio, al amparo del artículo 1486 CC, acción ésta que estaba caducada al amparo del artículo 1490, y que no permitía una indemnización adicional, pues según se ha dicho reiteradamente, la *quantum minoris* «no tiene una finalidad indemnizatoria, sino de restablecimiento de la equidad contractual» (STS de 23 de septiembre de 2003), siendo por ello incompatible con una indemnización complementaria («si se ejercita la acción *quantum minoris* no se puede obtener más que una reducción o rebaja en el precio, no una indemnización de daños y perjuicios complementaria; esta acción indemnizatoria la reserva única y exclusivamente el art. 1486 CC para cuando se ejercite la acción redhibitoria», STS 14 de junio de 1996).

[...] el artículo 1101 CC contempla el derecho que faculta a la parte que corresponda a ser indemnizada cuando la contraparte incumpla sus obligaciones contractuales, siendo el precepto al que debe acudir, en el lugar de las acciones redhibitoria y *quantum minoris*, a que se alude, el artículo 1486 del mismo cuerpo legal cuando el incumplimiento implica la entrega de cosa distinta y provoca la inhabilidad del objeto y la completa frustración del comprador (STS 10-10-2000), pero no pudiendo buscarse amparo en el aquí denunciado cuando se trata de compensar los vicios o defectos de la cosa, pues tal supuesto determina que entren en juego las opciones recogidas en el artículo 1486, pudiendo el comprador elegir entre la resolución o el cumplimiento con rebaja del precio. Y es en el supuesto en el que se ejercita una acción por vicios ocultos cuando esta Sala ha reiterado que la indemnización a que alude el párrafo segundo de dicho artículo, sólo resulta compatible si se opta por el ejercicio de la acción resolutoria (redhibitoria) pero no cuando la opción elegida es la estimatoria o *quantum minoris*, dirigida únicamente a restablecer el equilibrio contractual mediante una rebaja en el precio, pretensión que fue la solicitada por la recurrente en vía reconvenzional partiendo para ello de la existencia de vicios ocultos de una entidad tal, que no llegaron a provocar la inhabilidad del objeto, por cuanto consta probado que el hormigón fue recepcionado empleado en la construcción, no pudiendo por ello alegarse como infringida la doctrina fijada por esta Sala en la S de 21 de marzo de 1994, en cuanto recayó en un caso en que no se ejerció acción para el saneamiento de los vicios ocultos. (STS de 21 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—El recurso de casación arranca de un proceso en el que la controversia gira en torno a los efectos de un contrato de suministro que las partes reputan incumplido. La empresa suministradora de hormigón, por la falta de pago de la compradora; esta última, por la entrega de un cemento de calidad inferior a la pactada. Además la compradora reconviene exigiendo una rebaja sobre el precio pactado y el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados que concreta en la comprobación de la estructura, paralización de las obras, demora en la entrega de la obra, etc. El Juzgado de primera instancia estimó íntegramente la demanda de la empresa suministradora y la Audiencia confirmó su sentencia. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la compradora. (R. G. S.)

24. Compraventa de oficina de farmacia. Resolución por haber ejercitado otros farmacéuticos el derecho de adquisición preferente. Incumplimiento negligente imputable al vendedor.—Es cierto que las normas reglamentarias anteriormente referidas, de las que se desprende un derecho de adquisición preferente por parte de los farmacéuticos colindantes, eran conocidas por ambas partes en el momento de suscribir el contrato pero también lo es que el vendedor manifestó en el mismo gozar de la plena disponibilidad de la farmacia, lo que sin duda pudo llevar a la compradora a entender que la obligación administrativa de comunicación acerca de su futura enajenación había sido cumplida previamente por el demandado Sr. Ramón, para lo cual también resultaba determinante la intervención en el contrato de una entidad especializada como era la codemandada *Farmaconsulting Transacciones, S. L.* El artículo 5.º del Real Decreto 909/1978 dispone que «cuando la oficina de farmacia se encuentre a menos de 250 metros de otra u otras, los farmacéuticos colindantes podrán optar previamente a su adquisición, con objeto de proceder a su clausura y amortización y sin que pueda dar lugar ni posibilidad a otra solicitud de autorización y apertura en la misma zona» y el artículo 12 de la Orden Ministerial de 21 de noviembre de 1979 obliga al farmacéutico propietario de una oficina de farmacia que se proponga cederla, traspasarla o venderla, a comunicarlo con antelación suficiente al Colegio Provincial de Farmacéuticos correspondiente a los efectos de la posible adquisición con preferencia por otros profesionales próximos. En el caso presente tal comunicación consta efectuada por el Sr. Ramón varios días después de haber efectuado la venta a la actora, la cual no fue oportunamente advertida de la posibilidad de que la venta pudiera quedar sin efecto a consecuencia de tal comunicación.

Ello constituye sin duda una contravención de las obligaciones del vendedor en orden a poner en conocimiento del comprador todas las circunstancias que puedan influir en la eficacia del contrato y supone una actuación, al menos negligente, por parte de aquél que, en consecuencia, habrá de responder de tal incumplimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1101 del CC, sin que por el contrario quepa atribuir a la compradora contribución alguna de carácter culposo en tal incumplimiento, según lo ya razonado.

Indemnización de los daños y perjuicios en virtud de arras penales como cláusula penal.—Dicho incumplimiento del vendedor hace surgir para la compradora la facultad resolutoria prevista en el artículo 1124 CC, con los efectos de poder instar junto con la resolución contractual el rescarcimiento de daños y abono de intereses que dicha norma contempla con el contenido previsto en el artículo 1106 del mismo código; preceptos ambos que han de considerarse infringidos por la sentencia hoy recurrida. No obstante, se ha de tener en cuenta que en el caso presente los propios contratantes previeron los efectos de un futuro incumplimiento en la estipulación cuarta del contrato, para el caso de incumplimiento de la parte vendedora, supuesto en que ésta vendría obligada no sólo a devolver la cantidad de ocho millones de pesetas entregada inicialmente en concepto de arras penales sino también una cantidad igual en concepto de penalización. La conceptualización de las arras penales como cláusula penal comprendida en el artículo 1152 del CC, que la propia recurrente sostiene al formular el recurso, conduce a estimar que la satisfacción de la pena sustituye a la indemnización de daños y abono de intereses en caso de falta de cumplimiento desempeñando así una función propiamente liquidatoria, lo que incluso llevó a la parte demandante a postular en el suplico de la demanda que el pago de la cantidad de ocho millones de pesetas, que

habría de añadirse a la devolución de lo en su día entregado, sería en concepto de arras penales e indemnización de daños y perjuicios. Ello justifica el tratamiento conjunto de los motivos tercero y cuarto, pues de lo que ya se ha razonado se infiere claramente que la indemnización de daños y perjuicios correspondiente a la compradora ha de quedar reducida al cumplimiento de dicha cláusula penal con entrega a la misma de la cantidad de ocho millones de pesetas por todos los conceptos.

La reclamación de daños morales exige que el reclamante los cuantifique.—Como señala la S de esta Sala de 26 de octubre de 2006 «... el daño o sufrimiento moral, que no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigido, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, lo que conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes (entre otras, SSTs de 31 de mayo de 1983, 25 de junio de 1984, 28 de marzo de 2005 y 28 de abril de 2005)». Pero tal cuantificación ha de realizarla la propia parte titular de la pretensión, habiendo declarado esta Sala que la formulación de peticiones de cantidad de carácter genérico no conculca lo dispuesto en el artículo 524 LCE, que se refiere a los requisitos de la demanda, únicamente en el supuesto de ignorancia de la cifra exacta de la cuantía de la pretensión (S de 6 de abril de 2006), supuesto que no se da en el presente caso en que, como ya se adelantó, la parte actora contaba con los elementos suficientes para poder cuantificar su pretensión en el momento de interponer la demanda. Esta Sala ya afirmó en S de 3 de diciembre de 1994, entre otras que pudieran citarse, que la imprecisión en el *petitum* que defiere la cuestión litigiosa a la fase de ejecución cuando ello no resulta necesario ni procedente, genera falta de claridad y precisión en la demanda que impide al tribunal el dictado de una sentencia igualmente clara y precisa, como exige el artículo 359 LEC, lo que ha de llevar a la desestimación de la pretensión incorrectamente formulada. (STS de 27 de junio de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La actora había comprado una oficina de farmacia y el inmueble en el que se encontraba, entregando una cantidad a la mediadora de la compraventa en concepto de arras o señal y en depósito. Después de haber perfeccionado la venta, el vendedor comunicó ese contrato al Colegio de Farmacéuticos y, a consecuencia de esa comunicación, otros farmacéuticos que tenían abierta oficina en un radio inferior a doscientos cincuenta metros ejercieron el derecho de adquisición preferente que les confiere la legislación vigente, adquiriendo la farmacia para su amortización.

La compradora demandó al vendedor y a la mediadora solicitando que se declarase la resolución de la compraventa y la inexistencia de la obligación de satisfacer honorarios a la mediadora, y se condenase a la devolución de la cantidad entregada como arras o señal, al pago de una indemnización por el mismo importe en concepto de arras penales y al pago de una indemnización en concepto de daños morales.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando la nulidad del contrato de compraventa de farmacia e inexistencia de la compraventa del inmueble, la inexistencia de la obligación de satisfacer honorarios a la mediadora y condenando a

reintegrar la cantidad entregada en concepto de depósito y a indemnizar por los daños y perjuicios derivados de la actuación negligente de las demandadas. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación y declaró la resolución de la compraventa, pero declaró no haber lugar a la indemnización de los daños y perjuicios, manteniendo el resto de los pronunciamientos del Juez de Primera Instancia.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la compradora, condenando al vendedor a indemnizar por el mismo importe que la cantidad entregada en depósito, manteniendo el resto de los pronunciamientos. (*M. C. B.*)

25. Resolución del contrato de compraventa de inmuebles por falta de pago del precio. Requisitos exigidos para que proceda la resolución.—En primer lugar, el Tribunal Supremo recuerda que es doctrina reiterada que la determinación de si ha habido incumplimiento y, en caso de que sea mutuo, quién es el primer incumplidor —así como si ello justifica el de la otra parte— es una cuestión de hecho cuya apreciación y valoración corresponde a los órganos de instancia, sólo combatible en casación a través de la alegación de error de derecho en la apreciación de la prueba. A ello añade que, para apreciar la existencia de incumplimiento, la moderna doctrina jurisprudencial no exige una patente voluntad rebelde, ni siquiera considera exigible una voluntad de incumplir, sino que basta con el hecho objetivo del incumplimiento no justificado o producido por causa imputable al que pide la resolución. La aplicación de la anterior doctrina al caso concreto lleva a considerar que los hechos probados consistentes en la existencia de numerosos requerimientos de las vendedoras a los compradores para que se avinieran a pagar el precio y el hecho de que estos últimos nunca requirieran a las vendedoras para que otorgaran escritura pública, no permiten apreciar incumplimiento por parte de las vendedoras, puesto que, además, las compradoras estaban disfrutando de las fincas sin haber pagado más precio que la cantidad entregada a cuenta.

Interpretación del contrato. La entrega de un apartamento por los compradores no se trata de una dación en pago, sino de una cesión de bienes.—El Tribunal Supremo reitera la doctrina jurisprudencial según la cual la interpretación del contrato es una facultad privativa de los tribunales de instancia, cuyo resultado ha de ser mantenido en casación salvo que sea ilógico, arbitrario o conculcador de alguna norma de la hermenéutica contractual. En el caso resuelto por la sentencia, el Tribunal Supremo estima que es acertada la calificación jurídica de la entrega de un apartamento propiedad de los compradores como una cesión de bienes y no como una dación en pago. Mientras que la cesión de bienes para el pago de deudas supone, conforme al artículo 1175 CC, que el deudor cede sus bienes a sus acreedores, con la particularidad de que esta cesión solo libera al deudor de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos —lo que exige que el acreedor proceda a su venta y con su importe se liquide la deuda—, en la dación en pago, el deudor entrega al acreedor un bien de su propiedad, transmitiéndole el dominio del mismo, para que se haga pago con él de la deuda pendiente, sin que proceda rendir cuentas (SSTS de 18 de noviembre de 1996 y 14 de julio de 1997). (**STS de 10 de mayo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Las vendedoras presentan una demanda en la que solicitan la resolución del contrato de compraventa de 9 de abril de 1990 y de los sucesivos contratos que tenían por objeto cuatro fincas, por incumplimiento de los compradores de la obligación de pago del precio. Además solicitan que, como consecuencia de la resolución, se condene a los demandados a devolver las fincas a las actoras, quienes por su parte reintegrarán la parte del precio recibido, previa liquidación de las cláusulas penales para la indemnización de los daños y perjuicios sufridos. Dichas cláusulas penales previstas en el contrato establecen que los compradores pueden perder el dinero entregado hasta el límite del 50% de las cantidades abonadas. Se considera acreditado que los compradores incumplieron su obligación del pago del precio aplazado y que las vendedoras practicaron el requerimiento de pago exigido por el artículo 1504 CC.

Las vendedoras presentan un recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial revoca la sentencia recurrida y acuerda la estimación de la demanda, declara resuelto el contrato de compraventa de las cuatro fincas, condena a los demandados a la devolución de las fincas a las vendedoras y reconoce a las actoras el derecho a retener la cantidad que se estime en ejecución de sentencia, hasta un máximo del 50% de las cantidades ya entregadas. Contra la sentencia dictada en apelación, los compradores presentan un recurso de casación basado en la incorrecta interpretación del contrato de cesión del apartamento y en la aplicación indebida del artículo 1124 CC, en lo que respecta a los requisitos exigidos para que proceda la resolución, pues consideran que existe incumplimiento de las vendedoras que no otorgaron escritura pública de venta. (*L. P. S. M. P.*)

26. Resolución de la compraventa. Pacto comisorio del artículo 1504 CC.—El pacto comisorio contemplado en el artículo 1504 CC, que complementa al art. 1124 cuando se trata de compraventa de inmuebles, constituye una garantía para el vendedor (STS de 5 de diciembre de 2003). 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 (SSTS de 11 de junio de 1991, 24 de julio de 1999, 5 de diciembre de 2003 y 20 de septiembre de 2006).

Carácter recepticio del requerimiento resolutorio del artículo 1504 CC.—Conforme a las SSTS de 27 de abril de 1988 y 28 de septiembre de 2001, el requerimiento a que hace referencia el artículo 1504 CC ha sido entendido como un acto jurídico complejo integrado por una declaración unilateral y recepticia de voluntad a la que la Ley añade determinadas consecuencias en orden a posibilitar judicialmente la resolución de la compraventa por impago del precio de unos plazos. La naturaleza recepticia del mismo se funda en la necesidad de ser conocida por el comprador para saber a qué atenerse (STS de 23 de mayo de 1981), e impone que el citado requerimiento llegue a poder y conocimiento del requerido, si bien es cierto también que se entiende cumplido este requisito cuando es el propio comprador requerido quien, recibido el requerimiento, voluntariamente

no toma conocimiento de su contenido. También resulta igualmente significativa la doctrina que ha venido reconociendo validez y suficiencia al requerimiento que «no hubiera sido personal y se hubiera efectuado con una vecina que se comprometió a hacerlo llegar a su destinatario, pues no se demostró como procedía, que la receptora no hubiera cumplido en encargo» (*vid.* SSTs de 27 de mayo y 25 de septiembre de 1985, 18 de noviembre de 1993 y 22 de febrero de 1999).

Validez del requerimiento efectuado a través de la entidad mediadora.—Estando acreditado que los vendedores efectivamente cursaron requerimiento por conducto notarial, el mero hecho de dirigir el mismo a la mercantil que intervino como mediadora en el negocio traslativo, cuando ningún contacto personal consta hubiesen tenido directamente con los compradores, ha de reputarse igualmente válido, máxime cuando no se ha discutido por éstos su conocimiento a través de telegrama, a ellos remitido por la citada mercantil mediadora.

Existencia de incumplimiento.—La jurisprudencia 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 (SSTs de 7 de mayo de 2003, 18 de octubre de 2004 y 3 de marzo de 2005, entre otras). La STS de 15 de julio de 2003 recordaba que «la moderna doctrina jurisprudencial no exige para la estimación de una situación de incumplimiento una patente voluntad rebelde (entre otras, SS de 10 de octubre de 1994, 3 de abril y 26 de septiembre de 2000, 26 de julio de 2001, 13 de noviembre y 23 de diciembre de 2002 y 13 de febrero de 2003); ni siquiera es exigible una voluntad de incumplir, sino sólo el hecho objetivo del incumplimiento, no justificado o producido por causa imputable al que pide la resolución, como resalta la reciente S de 7 de mayo de 2003». La voluntad incumplidora viene en principio demostrada por el hecho mismo de la ineffectividad del precio, contraviniendo la obligación asumida, siempre que no medien circunstancias denotadoras de que al adquirente no le es reprochable la falta de la prestación, particularidades que habrán de ser oportunamente alegadas y probadas (*vid.* SSTs de 25 de mayo, 19 de julio, 11 y 31 de octubre y 6 de noviembre de 1984, 29 de abril, 25 de julio y 28 de octubre de 1985 y 28 de enero de 1999). (**STS de 3 de abril de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don F. y doña M. A. suscribieron un documento con don V. y doña M., con la mediación de la mercantil G., S. A., dirigido a la compraventa de una vivienda, entregándose una cantidad a su firma.

Don F. y doña M. A. formularon demanda contra don V., doña M. y G., S. A., reclamando el cumplimiento del contrato de compraventa de la vivienda, entendiéndose que el documento suscrito recogía ya un verdadero contrato de compraventa, que quedó perfeccionado al concurrir, ya entonces, el oportuno acuerdo sobre el precio y objeto del mismo, debiéndose calificar la cantidad entregada como arras penales, en ningún caso penitenciales. Entienden en suma los actores que, habiendo hecho formal ofrecimiento de pago a los vendedores antes del transcurso del plazo estipulado para el

otorgamiento de la escritura pública y antes también de que los vendedores les cursasen requerimiento judicial o notarial, procedía el otorgamiento de la escritura y la consumación de la venta.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando la existencia de un contrato válido y perfecto de promesa de venta y condenando a don V. y doña M. a cumplir lo estipulado en el mismo y, en consecuencia, otorgar la correspondiente escritura pública de compraventa a favor de los actores, en cuyo momento se procedería por parte de éstos al pago de la cantidad pendiente del precio convenido en el contrato, o a indemnizarles los daños y perjuicios que se les hayan irrogado a los mismos por causa del incumplimiento contractual en caso de imposibilidad del otorgamiento de la escritura pública por haber salido el inmueble del patrimonio de los vendedores; y absolviendo a G., S. A., Interpuesto recurso de apelación por don V. y doña M., la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia del Juzgado y absolviendo a los demandados. Contra esa sentencia, don F. y doña M. A. recurrieron en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

27. Donación de inmueble. Forma. Nulidad.—Ha de decirse que la sentencia que se recurre no decretó de oficio la nulidad de las escrituras de compraventa a que se refieren los documentos privados cuya elevación a públicos se pretende, pues el Tribunal de apelación, aunque con cierta imprecisión advierte y sienta que dichas escrituras «no pueden valer como forma de la donación», y además no se pretendía tal declaración «ni ninguna otra que parta de ella», y lo que se decidió es que los documentos privados habían instaurado un efectivo negocio de donación, que modificó el que se refiere en las escrituras públicas (compraventa).

De este modo el debate casacional queda concretado a si el Tribunal de apelación obró correctamente al declarar de oficio nulos los documentos privados por no cumplir la exigencia imperativa que establece el artículo 633 CC para la validez de los actos jurídicos de donación de bienes inmuebles, al ser necesario que se hagan en escritura pública y a que nos encontramos con unos documentos privados que amparan efectivas donaciones inmobiliarias, mutando o acordado en las escrituras, por lo que resultan contradictorios con las mismas.

La concurrencia de otorgamiento de escritura pública supedita la eficacia de los actos de donación, ya que dicho requisito formal actúa *ad solemnitatem* y es esencial, presentándose como especial para las donaciones al apartarse de la norma general de nuestro sistema contractual que es el principio espiritualista dominante y la forma juega como requisito *ad probationem*.

Cuando se da, como aquí ocurre, que se ha omitido la necesaria escritura pública, la donación es nula de pleno derecho o más bien inexistente en el plano jurídico. Y esta nulidad o inexistencia precisamente por sus características puede ser apreciada de oficio por la Sala de apelación (SS de 24 de septiembre de 1991, 23 de octubre de 1995, 3 de marzo de 1995 y 16 de junio de 1999), habiendo declarado la reciente S de 20 de febrero de 2006 que el artículo 359 LEC no impide a los Tribunales decidir de oficio, como base a un fallo desestimatorio, la ineficacia o inexistencia de los contratos radicalmente nulos, por presentarse contrarios a la normativa legal de carácter imperativo.

(STS de 21 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—Los recurrentes en casación habían otorgado escritura pública según la cual vendían determinados inmuebles a sus hijos. Por documentos privados establecieron que lo llevado a cabo en las escrituras eran realmente donaciones, reservándose el usufructo vitalicio junto con la facultad de reclamar la reversión de los inmuebles e imponiendo a los «compradores-donatarios» determinadas prohibiciones de las que quedarían liberados a la muerte de los «vendedores-donantes». Demandan estos últimos a la viuda de un hijo fallecido y a los hijos de éste reclamando el otorgamiento de escritura pública de los documentos privados que recogían las «donaciones». El Juzgado estimó parcialmente la demanda absolviendo a los nietos y condenando a la nuera a lo pedido. La Audiencia estimó la apelación de la demandada. Recurren al Tribunal Supremo los actores y el alto Tribunal desestimó su recurso. (R. G. S.)

28. Retracto arrendaticio urbano.—El artículo 25.3 LAU regula, bajo la denominación «derecho de adquisición preferente», el derecho de retracto que confiere al arrendatario, en el caso de venta de la vivienda arrendada. La jurisprudencia ya había modulado el rigor del mandato contenido en el apartado segundo del artículo 48 LAU 1964, que constituye el precedente legislativo del actual artículo 25.3, afirmando que, no obstante los tajantes términos del precepto, devenía innecesaria la práctica de la notificación en forma cuando aparecía probado que el arrendatario ya había tenido pleno y exacto conocimiento de la venta o transmisión y de sus condiciones, a partir de cuyo momento debía contarse el plazo de caducidad establecido en la norma (SSTS de 6 de marzo de 2000, 14 de noviembre de 2002, 13 de marzo de 2004, y 14 de diciembre de 2006), lo que mantiene plenamente su vigencia tras la publicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994.

Necesidad de notificación efectiva y en forma para asegurar el completo conocimiento por el arrendatario de las condiciones esenciales de la venta. No la sustituye la publicidad registral.—La publicidad registral del acto traslativo de dominio no desplaza el deber legal impuesto por la norma, ni tiene virtualidad de cara a considerar acreditado el conocimiento completo y exacto de las condiciones de la venta, advirtiendo la jurisprudencia de esta Sala acerca de la claridad y rotundidad del mandato legal, eliminando la ficción del Registro y su consiguiente presunción de conocimiento de los hechos inscritos (STS de 14 de diciembre de 2006, que cita las de 22 de junio de 1962, 6 de febrero de 1965 y 19 de diciembre de 1968).

De la diligencia infructuosa de notificación del auto de adjudicación de la vivienda objeto del retracto, dictado en el curso del procedimiento de ejecución hipotecaria sobre dicha finca que dio lugar a la transmisión del dominio que justifica el derecho del retrayente, realizada con el actor en su condición de inquilino, no es posible deducir el completo y pleno conocimiento por el arrendatario de las condiciones esenciales de la transmisión, ni puede, por tanto, eliminar la obligación de notificar de forma fehaciente tales condiciones que impone el inciso final del artículo 25.3 LAU, pues si bien la notificación se intentó en la finca arrendada y en la persona del actor, éste, sin

embargo, no fue el destinatario de la misma, ni siquiera su receptor obligado a entregar al destinatario la cédula.

La necesidad de asegurar el completo conocimiento por el arrendatario de las condiciones esenciales de la venta, como presupuesto previo y necesario para tomar, de forma adecuada, la decisión de ejercitar el derecho de adquisición preferente que concede la legislación especial arrendaticia, de forma que sirva para situar en el momento de dicho conocimiento el término inicial del plazo de caducidad de la acción de retracto, opera, precisamente, como elemento de seguridad en las relaciones jurídicas y en el ejercicio de los derechos, frente a la que no cabe hacer valer meras deducciones, suposiciones o presunciones basadas en las circunstancias, ya objetivas ya subjetivas, de cada caso. La rigurosa observancia de esa regla se impone, por ende, por razones de coherencia normativa, pues la relevancia de la notificación prevenida en el apartado tercero del artículo 25 LAU llega hasta tal punto que se erige en requisito ineludible para poder inscribir el Registro de la Propiedad los títulos de venta de las viviendas arrendadas, tal y como dispone el apartado quinto del mismo artículo, lo que revela la importancia que el legislador atribuye al conocimiento real, y no meramente formal o ficticio, de las condiciones esenciales de la transmisión para poder ejercitar el retracto, y se ajusta, en fin, a la función social que aun cabe ver en este derecho, que facilita el acceso a la propiedad de los inmuebles arrendados y, con ello, el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 47 CE, debiendo abogarse por una interpretación y una aplicación de la legalidad que le dote de la mayor dimensión y virtualidad posible. (STS de 24 de abril de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Don B. formuló demanda contra la mercantil C. I., S. L., solicitando se declarara haber lugar al retracto de un apartamento, condenando a la demandada en caso de que hubiese obtenido la posesión inmediata de la finca a dejar la misma libre y expedita, apercibiéndola de que si no se procedería a su lanzamiento judicial, y en cualquier caso a otorgar la escritura de venta del referido piso a su favor, con el apercibimiento de que si no lo verifica será otorgada de oficio.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando haber lugar al retracto solicitado y condenando a la demandada a otorgar escritura pública de venta de la referida finca a favor del actor. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia de primera instancia. Contra esa sentencia, C. I., S. L., recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

29. Arrendamientos rústicos históricos. Cualidad de cultivador personal. No es aplicable la legislación de arrendamientos rústicos a las explotaciones industriales.—No basta invocar el carácter protector y tuitivo de la legislación especial en materia de arrendamientos rústicos para establecer la presunción de cultivador personal, que debe ser acreditada por el arrendatario (STS de 11 de octubre de 1991). No es aplicable la legislación de arrendamientos rústicos cuando las fincas arrendadas estén dedicadas a explotación ganadera de tipo industrial, sin que por tanto se llevara a cabo cultivo directo de las fincas y en exclusividad. Lo determinante y necesario

para que se produzca la exclusión legal es que el aprovechamiento tenga características y consistencias que permitan ser calificado como industrial, con medios personales, materiales, técnicos y organizativos que superan las actividades propias del Labrador-ganadero para convertirlo en ganadero-empresario-industrial.

Posibilidad de resolución del contrato cuando se realicen en las fincas aprovechamientos distintos de los previsto en el artículo 1 LAR.—Partiendo de que el recurrente no está desarrollando un aprovechamiento temporal de las fincas cedidas en acomodo a la Ley de Arrendamientos Rústicos [de 1980], se impone la aplicación de su artículo 75.3.^a, que autoriza a resolver el contrato cuando las fincas se destinan en todo o en parte a fines o aprovechamientos distintos a los previstos en el artículo 1 de la Ley, resultando que el aprovechamiento practicado no está incluido ni protegido por la Ley especial. **(STS de 22 de marzo de 2007; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—Don I. presentó demanda contra doña V., solicitando que se declarara el derecho del actor a adquirir ciertas fincas rústicas y se condenara a la demandada a vendérselas por el precio que se fije por la Junta Arbitral de Arrendamientos Rústicos. Doña V. contestó a la demanda solicitando su desistimiento íntegro y formulando reconvencción, en la que solicitaba se declarara resuelto el contrato arrendaticio de dichas fincas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de don I. contra doña V., declarando el derecho del actor a acceder a la propiedad adquiriendo las citadas fincas, por el precio que se fije por la Junta Arbitral Provincial de Arrendamientos Rústicos o, en caso de impugnación se determine en ejecución de sentencia; condenando a la demandada a que, una vez fijado el precio, otorgue en plazo legal la correspondiente escritura de venta a favor del actor; y declarando no haber lugar a la demanda reconvenccional. Interpuesto recurso de apelación por doña V., la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia de primera instancia y dictando otra por la que desestimaba la demanda de don I. contra doña V. y estimaba la demanda reconvenccional, declarando la resolución del contrato de arrendamiento que vinculaba a las partes. Contra esa sentencia, don I. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—El caso se resuelve conforme a la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 debido a la fecha en que se produjeron los hechos (el pleito se inicia en 1997). No obstante, en la actualidad, bajo la vigencia de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 2003, la solución sería idéntica: siguen quedando excluidos de la legislación arrendaticia rústica los arrendamientos que tengan como objeto principal «explotaciones ganaderas de tipo industrial, o locales o terrenos dedicados exclusivamente a la estabulación del ganado» [art. 6.d).4.º Ley de Arrendamientos Rústicos 2003], y por tanto excluidos sus arrendatarios de los derechos de tanteo y retracto que contempla tal legislación; y, asimismo, la causa de resolución contemplada en el artículo 75.3.^a Ley de Arrendamientos Rústicos 1980 («No explotar la finca, aun parcialmente, o destinarla en todo o en parte a fines o aprovechamientos distintos a los previstos en el artículo 1 de esta

Ley») puede considerarse asimilable a estos efectos a la establecida en el artículo 25.c) LAR 2003 («No explotar la finca, aun parcialmente, o destinarla, en todo o en parte, a fines o aprovechamientos distintos a los previstos contractualmente, salvo en los casos impuestos por programas y planes, cuyo cumplimiento sea necesario para la percepción de ayudas o compensaciones en aplicación de la normativa estatal, autonómica o comunitaria aplicable»), si bien el vigente precepto permitiría que –además de las limitaciones legales, integradas en el contrato ex art. 1.258 CC– contractualmente se pudieran restringir aún más los aprovechamientos posibles. (F. J. J. M.)

30. Arrendamientos rústicos históricos: subrogaciones permitidas.–

En la resolución recurrida se sostiene, con cita de sentencia de esta Sala de 24 de marzo de 1997, que en caso de muerte del arrendatario primitivo, sólo cabe legalmente la posibilidad de una sucesión en la relación arrendaticia, al considerar que el artículo 79 LAR que regula la subrogación por causa de muerte del arrendatario, no permite la admisión de subrogaciones posteriores que, por no aparecer contempladas por el artículo citado, el contrato primitivo queda extinguido, y si otra persona sigue en la posesión de la finca es en virtud de un nuevo contrato, pero no continuación de la relación arrendaticia primitiva.

Tal razonamiento es combatido en este primer motivo por la parte recurrente, argumentando que, tras la entrada en vigor de la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos (en lo sucesivo LARH), la jurisprudencia admite más de una sucesión, citando como exponente de esta doctrina la S de esta Sala de 13 de octubre de 1998, recurso núm. 1523/1994.

Tal cuestión ha sido abordada en la reciente S de 18 de mayo de 2007 (recurso núm. 1601/2000), en los siguientes términos:

«La jurisprudencia más reciente de esta Sala de Casación Civil, creando doctrina, ha considerado la cuestión de las sucesivas sucesiones en los arrendamientos históricos y antiguos, como el del pleito, en el que por razón de fallecimiento de los titulares originarios se ha mantenido el tracto autorizado por los diversos arrendatarios sucesivos, que accedieron al contrato, pues de no admitirlo así se produciría una situación no ajustada al espíritu ni a la propia Ley, al privarse del derecho que para esta clase de arrendamientos rústicos se otorga en cuanto a la posibilidad de acceder a la propiedad de las fincas objeto del contrato, que se mantiene desde su vigencia inicial, y por lo tanto subsistente a la entrada en vigor de la Ley de 10 de febrero de 1992.

Declara la S de 14 de diciembre de 2005 que la Ley 1/1992 de Arrendamientos Rústicos Históricos especifica en la Exposición de Motivos, en orden a la explicación del derecho de acceso y sus finalidades, a propósito del valor de las fincas arrendadas que a esto han contribuido de forma notable, el arrendatario y sus ascendientes, mediante su cultivo a lo largo de varias generaciones, conceptos que, obviamente, presuponen varias sucesiones en el arriendo. Tal elemento interpretativo de la norma, de indudable importancia, conforme al art. 3-1 del CC, no puede ignorarse sin torcer el espíritu y finalidad de la misma. En segundo lugar, el precepto cuestionado (art. 79), no señala que la sucesión tenga carácter único, por lo que la subrogación contractual durante todo el tiempo que queda de vigencia de arriendo, sea por pacto contractual, sea a virtud de las prórrogas sucesivas, no se halla condicionada por restric-

ción alguna, siendo así que cuando el legislador ha querido establecer limitaciones, en casos análogos, lo hizo (la legislación arrendaticia urbana, respecto de la subrogación *mortis causa* en viviendas y la sucesión en locales de negocio). Finalmente la razón de la vinculación indefinida, como contraria al concepto de arriendo, que recogen las sentencias en que se apoya el criterio del recurrente (*vide* por todas, STS de 8 de junio de 1998), no tiene sustento legal, ya que los contratos de arrendamientos rústicos, tienen duración definida, y dicho aspecto no se desvirtúa (antes bien se ratifica), por el hecho de que el legislador, de acuerdo con las conveniencias y necesidades sociales, reflejadas en el sector concreto de la agricultura y los problemas derivados de la propiedad y posesión de la tierra y de su explotación, ordene prórrogas legales de los referidos contratos que, no por ello, experimentan modificación en su naturaleza.

Esta doctrina es también recogido en las SS de 13 de octubre de 1998, 27 de febrero de 2001 y 10 de junio de 2005, pues limitar las sucesiones pugna con la misma noción de los arrendamientos rústicos históricos, favorecidas con el derecho de permitir el acceso a la propiedad, que en cierto modo viene a premiar el cultivo directo y continuado de las fincas y la constante dedicación de esfuerzos y vida.

Resulta decisivo que el arriendo del pleito ha permanecido subsistente desde su origen y no se ha producido en ningún momento su rescisión o extinción, tratándose del mismo contrato sujeto a diversas prórroga, tanto consentidas por las partes, como las legales, hasta llegar a la Ley de 10 de febrero de 1992 que autorizó su continuación hasta el 31 de diciembre de 1997 (art. 2-1).

De esta manera la arrendataria actual trae causa del arrendatario primero, produciéndose situación de tracto sucesivo, que no se acreditó se hubiera interrumpido en algún momento. Conforme al artículo 1, apartado dos, de la Ley de 10 de febrero de 1992, los arriendos históricos mantienen tal condición y no la elimina el hecho de que las partes hubieran establecido pactos que modificasen la renta u otros elementos esenciales del contrato primitivo, siempre que se mantenga constante el arriendo original, sobre todo o partes de las fincas primitivamente arrendadas, que es lo que aquí ocurre».

Tal doctrina resulta de plena aplicación al supuesto que nos ocupa, en el que se ha producido una doble sucesión, al tratarse de un contrato de arrendamiento sobre la finca, arrendada el 20 de diciembre de 1924 a don G. (abuelo del demandante, aquí recurrente), sucediéndole en el arriendo, al fallecer, don S., casado con doña A., hija del anterior arrendatario, cultivándose la tierra con la ayuda de los hijos, y al fallecer ésta el 14 de enero de 1960, continuó cultivando la finca su hijo, el demandante don D., quien se relacionó con el propietario tanto para pagar las rentas como para intentar la compra de las tierras, de modo que ha permanecido constante e ininterrumpida la relación arrendaticia y la explotación de la finca.

Por lo tanto, el motivo debe ser estimado.

Arrendamientos rústicos históricos: normativa aplicable.—En el segundo motivo [...] se denuncia infracción, por aplicación indebida, de la DT 1.ª, regla 3.ª de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 y a su vez, por inaplicación del artículo 1.1.b) de la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos.

La Audiencia consideró en este caso que, cuando la LARH de 1992 se refiere a los contratos anteriores a la Ley de 15 de marzo de 1935, mantiene

la exigencia de que se trate de arrendamientos en que se hubiera perdido memoria del tiempo en que se concertaron, pues dicha Ley no ha derogado expresa ni tácitamente la regla 3.^a de la DT 1.^a de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 (LAR 1980).

Tal razonamiento no se ajusta a la doctrina sentada por esta Sala, a cuyo efecto cabe citar la S dictada el 14 de diciembre de 2005 (recurso núm. 1487/1999), de plena aplicación al supuesto al tratarse de un arrendamiento concertado antes de la Ley de 15 de marzo de 1935 y posterior a la publicación del Código civil, subsistente al entrar en vigor la LARH de 1992, sentencia en la que se razona lo siguiente: La sentencia que se recurre resultó estimatoria de la demanda, lo que combate el motivo primero para denunciar interpretación errónea de la regla 3.^a de la DT 1.^a de la Ley de 31 de diciembre de 1980, en relación con el artículo 1.^o b) de la Ley de 11 de febrero de 1992 sobre Arrendamientos Rústicos Históricos, argumentando que no es suficiente que el arriendo sea anterior a la Ley de 15 de marzo de 1935, ya que se hace preciso que se trate de contrato del que se hubiera perdido memoria en el tiempo. Para resolver el motivo ha de partirse que el arrendamiento del pleito se mantenía subsistente a la entrada en vigor de la Ley de 10 de febrero de 1992, la que resultó vigente desde su publicación en el *BOE*, de fecha 11 de febrero de 1992 y así se estableció como hecho probado, por lo que su normativa es la que ha de aplicarse en cuanto decreta que se han de considerar arrendamientos rústicos históricos los concertados con anterioridad a la publicación de la Ley de 15 de marzo de 1935, cuando el arrendatario sea cultivador personal. Aunque dicha normativa no derogó expresamente la DT 1.^a, tercera regla de la Ley de 31 de diciembre de 1980 y sí expresamente su artículo 98, apartado primero, ha de tenerse en cuenta que el régimen establecido en dicha Ley era para regular unas situaciones transitorias e interinas, que ceden ante la nueva regulación específica, concluyente y de necesaria aplicación, que ya no exige el requisito de la pérdida de memoria en el tiempo y además la Disposición Transitoria ha de relacionarse con el artículo 98, ahora carente de aplicación.

Es clara la redacción del art. 1.1.b) de la LARH de 1992 cuando, a los efectos de tal Ley, considera arrendamientos rústicos históricos: b) Los concertados con anterioridad a la publicación de la Ley de 15 de marzo de 1935 cuando el arrendatario sea cultivador personal, dándose en el presente supuesto ambos presupuestos.

Consecuentemente, el motivo también se estima. (**STS de 25 de junio de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—El pleito que se ventila ante el Juzgado de Primera Instancia tiene por objeto el acceso a la propiedad de un arrendatario titular de un arrendamiento rústico histórico. La sentencia del Juzgado accedió a lo pedido y declaró el derecho del actor a acceder a la propiedad de la finca arrendada. Apeló el propietario y la Audiencia, revocando la sentencia inferior, declaró la inexistencia del derecho del arrendatario por considerar que el contrato originario había quedado extinguido tras la primera subrogación. Recurre el arrendatario en casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar. (*R. G. S.*)

31. Honorarios del abogado.—[...] en cuanto al carácter orientador de las normas profesionales establece la jurisprudencia que, en el contrato de arrendamiento de servicios profesionales por abogado, la exigencia de la existencia de un precio cierto se cumple no sólo cuando el precio se pactó expresamente, sino también cuando es conocido por costumbre o uso frecuente en el lugar en que se prestan los servicios, y que, tratándose de profesionales que figuran inscritos en una corporación o colegio profesional, la retribución o el precio de sus servicios puede estar regulado por aranceles o tarifas, o, como es el caso de los abogados, por normas orientadoras de honorarios mínimos que protegen frente a la competencia desleal, pero que también proporcionan criterios indicativos sobre el coste de los servicios (S de esta Sala de 19 de enero de 2005). Viene así la certeza del precio determinada por tarifas oficiales, por dictamen pericial o por informe del Colegio profesional, por lo que, en realidad, el consentimiento contractual alcanza el precio que resulte de datos que existiendo *a priori*, se reflejan *a posteriori*, de tarifas de perito o del Colegio profesional (S de 25 de octubre de 2002). Con tales premisas, es reiterada también la jurisprudencia de esta Sala que señala que «ni el dictamen de un perito ni el de un Colegio profesional es vinculante para el órgano jurisdiccional, aunque éste no puede caer en la arbitrariedad fijándolo sin razonamiento, sino que puede apartarse del dictamen por argumentos objetivamente serios» (S de 25 de octubre de 2002, toda vez que, en definitiva, se trata de un dictamen pericial (S de 24 de febrero de 1998). No puede olvidarse tampoco (S de 3 de febrero de 1988) que la intervención del Colegio de Abogados del lugar donde se presten los servicios del abogado, junto con el carácter detallado de la minuta presentada, es exigencia ineludible de orden sustantivo para que el Juez haga uso de sus facultades moderadoras, asumiendo el órgano judicial funciones de arbitrador por ministerio legal (art. 1544 CC, a relacionar con el artículo 1447 de igual texto legal). (STS de 25 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El actor, abogado, reclama a su cliente los honorarios que le adeuda, cantidad dimanante de un contrato de arrendamiento de servicios orientado a la liquidación del régimen económico matrimonial de ésta y adjudicación de los bienes correspondientes consecuencia de su separación. La demandada cuestionó tanto las partidas reclamadas por el demandante como el valor asignado a los bienes gananciales. La sentencia del Juzgado acogió parcialmente la pretensión del actor, excluyendo sólo una de las partidas exigidas. La sentencia de la Audiencia, que desestimó los recursos de ambas partes, confirmó en todos sus extremos la resolución del tribunal inferior. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (R. G. S.)

32. Responsabilidad profesional del abogado. Actuación diligente, aunque se rechazara la demanda por utilizar un procedimiento inadecuado.—No cabe sino concluir, con el tribunal de instancia, que la actuación del letrado demandado en la defensa de los intereses del esposo de la actora no es merecedora de reproche alguno ni determinante, por tanto, de su responsabilidad. La elección del procedimiento establecido en la DA 1.^a

de la Ley Orgánica 3/1989, como cauce procesal para reclamar los daños y perjuicios por las lesiones padecidas a resultas del accidente sufrido por éste respondió a una decisión, y antes de ella, a una valoración jurídico-procesal, que en modo alguno fue producto de una inexcusable ignorancia, falta de pericia o técnica jurídica, ni, en definitiva, el resultado de una falta del deber de diligencia exigible, sino que, por el contrario, se enmarcó dentro de las facultades de dirección del proceso inherentes al ejercicio de la profesión, y se ajustó a una orientación en la interpretación de los conceptos que integraban el supuesto de hecho de la norma reguladora del cauce procedimental previsto en la señalada Disposición Adicional, y en particular del término «con ocasión de la circulación» –referida a los vehículos a motor–, que, lejos de ser novedosa o falta de racionalidad y de sustento, se encontraba avalada por parte de la doctrina científica y por parte de nuestros tribunales, hasta el punto de que fue acogida por el Juzgado de Primera Instancia que conoció del juicio verbal originariamente entablado. Mal puede decirse, por tanto, que el letrado demandado desempeñó sus servicios profesionales sin la competencia o la prontitud requeridas por las circunstancias del caso; por el contrario, actuó con diligencia, demostrando su conocimiento de la legislación y de la doctrina aplicable al caso, promoviendo el litigio por el cauce procedimental que reputó adecuado conforme a criterios de racionalidad, ante la existencia de interpretaciones no unívocas, sin que le fuera exigible, pues, un determinado juicio de valor, y, subsiguientemente, una concreta actuación profesional por virtud de la mayor o menor previsibilidad de la respuesta judicial, que en este caso determinó la declaración de ser inadecuado el procedimiento escogido, pero reiteramos, a través de una sentencia de la Audiencia disconforme con la del Juzgado, y contraria al criterio seguido por otros órganos jurisdiccionales.

La responsabilidad del abogado no es objetiva.—No puede exigirse responsabilidad al abogado demandado por el hecho de no haber obtenido una respuesta judicial ajustada a su planteamiento del proceso y, en definitiva, a sus tesis, al margen, por tanto, del deber de diligencia, pues tal cosa supondría articular la responsabilidad profesional en torno a un título de imputación de carácter objetivo, desconocido en el sistema de responsabilidad contractual, por lo general, y, en particular, en el propio de los profesionales del derecho, de corte subjetivo y asentado en la culpabilidad del agente. Y, en fin, han de resultar completamente extrañas a la imputación de responsabilidad del demandado las circunstancias que han podido influir en la importancia del menoscabo económico que ha experimentado la actora, a resultas del proceso promovido a instancias de su esposo, y las consecuencias, también de índole económico, que se le han seguido, pues dentro del sistema de responsabilidad civil profesional en ningún modo puede erigirse el eventual resultado lesivo en el título atributivo de la responsabilidad, desconectado por entero de la actividad negligente del letrado (en este caso). (STS de 23 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—El marido de la recurrente había resultado lesionado al caer su vehículo en una zanja o cuneta que separaba la zona de aparcamiento del centro comercial que abandonaba y la carretera. Encargó a un abogado la reclamación de la indemnización derivada del daño padecido y éste interpuso demanda del juicio verbal establecido en la DA 1.^a de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio.

El Juez de Primera Instancia estimó la reclamación pero la Audiencia Provincial la dejó sin efecto al estimar el recurso de apelación por entender que el procedimiento elegido era inadecuado.

Después de fallecer el marido, su esposa demandó al abogado que había dirigido el primer pleito, reclamando una indemnización por la conducta negligente del profesional.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (L. F. R. S.)

33. Responsabilidad profesional exigible al letrado de conformidad con los deberes inherentes a su cargo. Diligencia exigible.—La STS de 14 de julio de 2005 al analizar con carácter general la carga que tiene el cliente de probar el daño, la culpa o negligencia del letrado en el cumplimiento de sus deberes profesionales y el nexo causal, entre el comportamiento negligente del abogado interviniente y el quebranto profesional, exige que tales aspectos se acrediten por el demandante con relación a la actuación del letrado (sin que se dude que, a tenor del principio general del art. 1214 en relación con el 1183 *a sensu* excluyente, dentro de esta responsabilidad contractual, será el actor o reclamante del daño, esto es, el cliente, el que deba probar los presupuestos de la responsabilidad del abogado, el cual *ab initio*, goza de la presunción de diligencia en su actuación profesional) sin que, por ello, deba responderse por las actuaciones de cualquier otro profesional que coadyuve o coopere a la intervención»; y añade «que la obligación del Abogado, de indemnizar los daños y perjuicios ha de surgir de la omisión de la diligencia debida en la prestación de sus servicios profesionales atendidas las reglas técnicas de su especialidad comúnmente admitidas y las particulares circunstancias del caso. En todo caso, el daño en estos supuestos, por lo general, no puede identificarse, simplemente, con la no obtención del resultado de la pretensión confiada o reclamación judicial: evento de futuro que, por su devenir aleatorio, dependerá al margen de una diligente conducta del profesional, del acierto en la correspondencia del objetivo o respuesta judicial estimatoria o, en otras palabras, la estimación de la pretensión sólo provendrá de la exclusiva e intransferible integración de la convicción del juzgador.

En el presente caso, la demanda fue presentada antes de que transcurriera el plazo de prescripción anual fijado en el artículo 1968.2 CC para las acciones amparadas en el artículo 1902 CC del mismo cuerpo legal. Es doctrina reiterada que, cuando se ha seguido previo proceso penal por los mismos hechos, el cómputo del plazo de prescripción de la acción para reclamar en vía civil comienza a partir de la notificación al perjudicado de la resolución firme que pone fin al proceso penal. Aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, consta que el auto de archivo de las diligencias penales se dictó el día 5 de enero de 1993, y que esa resolución admitía recurso de reforma, a interponer en plazo de tres días desde que fuera notificado, por lo cual, al llevarse a cabo la notificación al perjudicado el 17 de enero de 1994, la resolución no devino firme sino hasta que se dejó voluntariamente transcurrir el plazo de impugnación, resultando que el *dies a quo* o inicial del nuevo plazo prescriptivo para accionar en vía civil, sería el 20 de enero de 1994 (no el 17, como apreció la Audiencia), por lo que debe concluirse en parecidos términos a los expuestos en la sentencia recurrida: cuando se presentó la demanda, el 19 de enero de 1995, la acción no estaba prescrita, no siendo posible impu-

tar a la letrada demandada ningún incumplimiento o contravención de sus deberes profesionales, doloso ni culposo, ni responsabilidad causante de la prescripción apreciada. La verdadera frustración de las expectativas estuvo en una prescripción erróneamente apreciada que, no obstante, no fue combatida en casación, lo cual es por completo ajeno a la conducta de la letrada demandada. (STS de 21 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—D. E. formuló reclamación de cantidad por los daños y perjuicios ocasionados al sufrir un accidente laboral. La demanda fue parcialmente acogida por el Juez de Primera Instancia, que fijó una indemnización de 6.400.000 pesetas en favor de dicho E., sin embargo en la segunda instancia —fase en la que estuvo defendido por otro letrado— se rechazó aquella pretensión resarcitoria con fundamento en la prescripción de la acción, entonces el aquel demandante decidió formular nueva demanda iniciadora del presente procedimiento contra la letrada —del turno de oficio— que había asumido la defensa de sus intereses en la primera instancia, del proceso anterior, doña N., y contra la entidad que aseguraba la responsabilidad civil de la abogada en el ejercicio de su actividad profesional, A., S.A., solicitando que se condenara solidariamente a ambos demandados a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, argumentando que fue exclusivamente la negligencia de la letrada en el desempeño de sus obligaciones profesionales, dejando transcurrir el plazo de prescripción de la acción, lo que impidió que el perjudicado por el accidente fuera indemnizado. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por falta de acreditación del nexo causal entre el daño producido y la falta de diligencia de la letrada demandada. La Audiencia Provincial, por su parte, desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia anterior. El demandante recurre en casación. (S. M. S.)

34. Contrato de servicios con Abogado: responsabilidad por incumplimiento culposo de obligaciones profesionales: entrega de cambiales para cobro.—La actitud del demandado en los procedimientos ejecutivos no fue diligente, dejando transcurrir extensos plazos sin instar la prosecución de los mismos, extraviando exhortos, cumpliendo tardíamente mandamientos y no adoptando medidas para asegurar la efectividad del cobro de la deuda cuya gestión le fue encomendada, y aunque la obligación del Abogado lo es de medios, no de resultados, aquéllos no se acomodaron a las mínimas exigencias profesionales.

Cuantía de la indemnización: falta de prueba.—En el presente caso la Audiencia Provincial no sólo no ha fijado el importe de la indemnización ni ha establecido las bases con arreglo a las cuales ha de calcularse, habiéndose limitado a señalar su importe mínimo y su límite máximo, sino que tampoco —y esto es lo determinante— precisa cuáles son los daños causados como consecuencia del incumplimiento culpable que reprocha al demandado, más allá de tener por acreditada la genérica existencia del perjuicio económico causado al demandante por la actuación incumplidora del demandado; es más, la sentencia deja claro que la cantidad reclamada en concepto de indemnización no podía consistir en la que representaban los principales de las cambiales

dejadas de percibir más las provisiones de fondos entregados, pues esto no hubiera precisado determinación en fase probatoria o en ejecución de sentencia; también reconoce la insuficiente actividad probatoria desarrollada para la efectiva determinación de los perjuicios causados, y, en verdad, se ignora cuáles son los que concretamente han de ser indemnizados y en qué consiste con exactitud el quebranto económico sufrido por el demandante, no ya sólo su importancia económica.

Estimación parcial del recurso.—Debe casarse parcialmente la sentencia recurrida en el pronunciamiento consistente en dejar para ejecución de sentencia la cuantía exacta objeto de la indemnización a cuyo pago se condena a la demandada, y, en su lugar, dictar la que corresponda fijando la cuantía en función del concreto quebranto económico experimentado por el actor a resultas de la conducta incumplidora del demandado, valorado con arreglo a una prudente previsión probabilística acerca de las posibilidades del buen éxito de las actuaciones ejecutivas emprendidas para el cobro del crédito del actor, y, desde luego, atendiendo al montante de las cantidades entregadas en concepto de provisión de fondos en relación con la efectiva actuación desplegada por el demandado; según STS de 27 de junio de 2006, cabe la revisión en casación cuando en la fijación de las bases, como aquí ocurre, se infringe un criterio jurisprudencial en la materia. Desde esta perspectiva y considerando: *a*) que el actor entregó al demandado la cantidad de 692.901 pesetas para abonar otros trabajos profesionales y en concepto de provisión de fondos para entablar las reclamaciones judiciales para el cobro de sus créditos, y *b*) que la plena efectividad de éstos en vía de apremio venía condicionada por la existencia de cargas anteriores que gravaban los bienes sobre los que se promovió la anotación de embargo en garantía de los créditos del actor, esta Sala considera procedente fijar el importe de la indemnización en la suma de dos millones de pesetas coincidente con la acordada prudentemente por el Juzgado de Primera Instancia, devengando los intereses del artículo 921.4 LEC, derogada, a partir de la fecha de esta sentencia. (STS de 21 de junio de 2007; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.] (G. G. C.)

35. Responsabilidad médica. Aplicación de un sistema culpabilístico para fijar las pautas de la diligencia exigible en prestaciones médicas no meramente satisfactivas. Cuidado de la asepsia.—Se parte del sistema culpabilístico, especialmente afirmado por la jurisprudencia en tema de prestaciones médicas de carácter no meramente satisfactivo, en las que se ha tratado de fijar las pautas de la diligencia exigible, que contiene también las exigencias de pericia y de atención a las prestaciones de seguridad accesorias, entre las cuales se encuentra el cuidado de la asepsia, a través del expediente, tantas veces utilizado, de la *lex artis ad hoc*, es decir, del modo de proceder adecuado al concreto caso tratado según el estado actual de la ciencia y de la praxis médico-quirúrgica aceptada en los medios y en los foros expertos.

Teoría del daño desproporcionado: el resultado dañoso se presenta en la esfera de actuación del demandado y no de la víctima, lo que obliga al agente a dar una adecuada explicación o justificación de lo sucedido, pudiendo presumirse su culpa ante la carencia de una explicación convincente de las causas del evento dañoso, que correspondía al mismo profesional.—Uno de los expedientes paliativos del principio de culpabilidad es la llamada teoría del daño desproporcionado, al que se han referido múltiples decisiones (SSTS de 12 de febrero de 1990, 15 y 23 de febrero de 1993,

6 de julio de 1995, 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1998, etc.) adaptando la tesis de la *faute virtuelle* de la jurisprudencia francesa y la doctrina de «prueba aparente» (*Anscheinsbeweis*) de la jurisprudencia alemana o la técnica anglosajona de la evidencia que crea o hace surgir una deducción de negligencia, pues se presenta un resultado dañoso, generado en la esfera de acción del demandado, no en la de la víctima, de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente (STS de 29 de junio de 1999). Ello, en buena técnica, permite no ya deducir la negligencia, ni establecer directamente una presunción de culpa, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una explicación cuya exigencia se traslada a su ámbito, pues ante el «daño desproporcionado», habitualmente no derivado de la actuación ni comprensible en el riesgo generalmente estimado en el tipo de actos o de conductas de que se trate, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación por culpa que ya entonces se presume.

El cuidado de la asepsia forma parte de las prestaciones de seguridad que conforman un acto médico como cualitativamente adecuado y correcto según la llamada *lex artis ad hoc*, fórmula que trata de expresar un parámetro para medir, en este segmento de la actividad profesional, las «circunstancias de la personas, tiempo y lugar» que intervienen en la valoración de la diligencia, según la «naturaleza de la obligación» a que alude el artículo 1104 CC. Esta prestación ha de medirse en el uso de los servicios médicos que, por su propia naturaleza, como se dice en el artículo 28.1 LGDCU, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y suponen controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad (STS de 9 de diciembre de 1998).

Responsabilidad del cirujano y del centro sanitario por falta de asepsia.—No cabe excluir, en hipótesis, la responsabilidad del cirujano en la implantación de los injertos o de las prótesis por razón de hallarse contaminados, toda vez que la comprobación de la asepsia y de las condiciones básicas de tales piezas ha de comprenderse entre las prestaciones de seguridad que han de acompañar a la básica del acto quirúrgico, salvo circunstancias concurrentes en las que el suministro se haya producido a cargo del centro o por su indicación, entre otras, y esta responsabilidad, en todo caso, sería concurrente, en calidad de solidaria, con la del Hospital o Centro, lo que impediría que se pudiera desplazar a éste, exonerando al profesional. (STS de 16 de abril de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—El 9 de febrero de 1994, el facultativo don J. intervino quirúrgicamente a doña M., practicándole una disectomía de hernia discal, con artrodesis intersomática de injerto óseo e instalación de una placa de titanio. En el posoperatorio, la paciente fue visitada en tres ocasiones (marzo, mayo y julio de 1994) sin que el control clínico reseñara incidencia alguna hasta la última de las visitas, cuando se le practica radiología simple que evidencia una buena fijación de la osteosíntesis, así como una RMC, de la que no resulta presentar síntomas de afectación medular; la enferma presentaba dolores, a los que solamente se les dio la importancia normal tras una operación de hernia discal. El día 3 de agosto doña M. debió ingresar en el Hospital, con síntomas de hemiparesia y signos de irritación meníngea, siendo intervenida en tres ocasiones y

hallándosele un absceso de pus en la zona en la que había sido intervenida; se le retiraron las piezas de titanio que le habían sido colocadas. La enferma ha resultado con secuelas consistentes en una tetraparesia de carácter severo e incapacitante al 76%, perjuicio estético derivado de la traqueotomía realizada, y depresión grave.

Doña M. interpuso demanda contra don J. y la entidad *N., S. L.*, pidiendo la condena de aquéllos al pago de la suma de ciento quince millones de pesetas, más los intereses legales desde el día en que fue dada de alta definitivamente.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a don J. al pago de noventa millones de pesetas y absolviéndole de los demás pedimentos. Interpuso recurso de apelación por el demandado, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la anterior sentencia. Contra esa sentencia, don J. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—La sentencia anotada hace mención del artículo 28.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, entonces vigente. Actualmente la referencia debería entenderse realizada al artículo 148.I del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, de contenido similar. (*F. J. J. M.*)

36. Responsabilidad médica. Diferencia entre medicina satisfactiva y curativa. Obligación de resultado.—El Tribunal Supremo reitera en esta sentencia su doctrina sobre la medicina satisfactiva, que, a diferencia de la curativa, responde a la voluntad de tratar una mejora corporal, estética o funcional del propio cuerpo, más que a una necesidad de salud del paciente. Por ello, en este tipo de medicina, el resultado ofertado al cliente, y perseguido por la intervención, opera como una auténtica representación final de la actividad que desarrolla el facultativo. De hecho, la obtención del resultado es el principal objetivo de la intervención.

Medicina satisfactiva. Aproximación al contrato de obra.—Es jurisprudencia reiterada (sirvan de ejemplo las SSTs de 11 de febrero y 28 de junio de 1997, 22 de julio de 2003, 21 de octubre de 2005 y 4 de octubre de 2006) que, en los supuestos de medicina satisfactiva, la relación que se establece entre el médico y el paciente participa en gran medida del arrendamiento de obra, pues, sin perder por completo su identidad jurídica de arrendamiento de servicios, se aproxima a ese otro contrato, al cobrar importancia el resultado que se pretende alcanzar. Esto propicia la exigencia de una mayor garantía en la consecución del resultado, ya que, a fin de cuentas, el paciente no acudiría al facultativo si no fuera para lograr la finalidad buscada.

Obligación de información en la medicina satisfactiva.—Según el Tribunal Supremo, en los supuestos de medicina satisfactiva, la diligencia del médico ha de ser especialmente intensa en su faceta de información. Concretamente, el médico ha de posibilitar que el paciente cuente con conocimientos suficientes y lo más exactos posible respecto al eventual fracaso de la intervención y a las secuelas negativas que pudieran afectarle, a fin de que su voluntad goce en todo momento de la más absoluta libertad para decidir si se

somete o no a la intervención. (STS de 26 de abril de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—Don P. acudió a la consulta de un especialista en urología y andrología, para solucionar un problema de fimosis que le afectaba. Animado por el médico, aceptó aprovechar la intervención quirúrgica a la que tenía que someterse, para corregir al mismo tiempo un defecto en sus órganos genitales que le causaban importantes trastornos psicológicos, hasta el punto de que le impedían mantener relaciones sexuales satisfactorias. La operación corrigió la fimosis, pero no cumplió las expectativas en relación al otro problema, motivo por el cual el paciente se sometió a una segunda intervención correctora. El resultado de la misma fue igualmente insatisfactorio, pues persistió el defecto físico que trataba de eliminar.

Don P. interpuso entonces demanda contra el médico, en reclamación de indemnización por los daños generados por las intervenciones a que se había sometido inútilmente. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y don P. planteó contra esta sentencia recurso de apelación, que fue igualmente desestimado. Interpuesto recurso de casación por don P., el Tribunal Supremo estima el recurso, casa y anula la sentencia recurrida y revoca y deja sin efecto la de primera instancia, condenando al médico al pago de la indemnización solicitada por don P. en su demanda. (A. M. M.)

37. Contrato de obra. Responsabilidad decenal solidaria del constructor y del aparejador por defectos de la construcción.—Los hechos probados de la sentencia ponen en evidencia la existencia de una vivienda en situación tal (grietas, fisuras, humedades) que, si bien necesita ser reparada, no llega al grado de deficiencia que aconseje su demolición y reconstrucción sino que basta su rehabilitación con traslado de los usuarios a otra mientras ésta se produce. Estamos ante un fracaso casi generalizado de la construcción, de la que ha sido absuelto el arquitecto y condenados el aparejador y la constructora de la obra en pronunciamiento que, respecto del primero de ellos, recurrente en casación, debe mantenerse ya que dentro de las responsabilidades atribuibles al aparejador o arquitecto Técnico, están las de dirigir la ejecución material de la obra y controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado, como ahora dice el artículo 13 LOE, cumpliendo las órdenes recibidas, ejecutando materialmente el proyecto, calculando la adecuación de los materiales en su aplicación a la obra, inspeccionar ésta, y en lo demás, cumplir con las buenas prácticas de la construcción; obligaciones que desatendió hasta provocar los graves defectos que sufre la vivienda propiedad del actor y de cuyo incumplimiento responde solidariamente con la constructora al no haberse podido deslindar o individualizar las respectivas responsabilidades. (STS de 24 de mayo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El demandante solicitó que se condenase a los demandados a demoler la vivienda objeto del contrato de obra y a reconstruirla debidamente; y, subsidiariamente, se les condenase a realizar a su costa las actuaciones necesarias para reparar los defec-

tos y sufragar los gastos de traslado y arrendamiento de nueva vivienda durante el transcurso de dichas obras.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda acogiendo las pretensiones solicitadas subsidiariamente y absolviendo al arquitecto demandado de las pretensiones del demandante. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por uno de los demandados revocando el pronunciamiento sobre costas. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. B.*)

38. Contrato de obra: responsabilidad de los aparejadores en el proceso constructivo: doctrina general.—La STS de 26 febrero 2004 establece que corresponde a los aparejadores advertir del posible incumplimiento de las normas tecnológicas de la edificación, vigilando que la realidad constructiva se ajusta a la *lex artis*, incumbiéndole responsabilidad si la ejecución de las actividades constructivas no es correcta, pues de la observancia de las mismas son los primeros encargados, al ser los profesionales que han de mantener los contactos más directos, asiduos e inmediatos con el proceso constructivo. Tal jurisprudencia trae causa de las previsiones normativas que ya desde 1935, han venido regulando las facultades y competencias de los aparejadores (así el D de 18 de julio de 1935, el D. de 29 de febrero de 1971 y el artículo 13 de la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999, que atribuye a este agente del proceso constructivo, en cuanto director de la ejecución de la obra, la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cuantitativa y cualitativamente la construcción y la calidad de lo edificado).

Ruina funcional: incorrecta disposición de la rejilla de desagüe de los garajes: responsabilidad del aparejador.—La incorrecta disposición de la rejilla de desagüe de los garajes, que no llega de un lado a otro de la rampa, y el funcionamiento defectuoso de la puerta de acceso que abre con dificultad, cae de lleno en el ámbito de responsabilidad del aparejador, quien, a tenor del D de 1971 era el encargado de ordenar la disposición y puesta en obra de cada una de sus unidades, comprobando las dimensiones y correcta disposición de los elementos constructivos

Excesiva pendiente de la rampa de los garajes: responsabilidad solidaria del aparejador y del arquitecto: imposibilidad de cuantificar la personal de cada responsable.—Sin negar las imperfecciones en que, de hecho, incurrió el arquitecto director de la obra, al tiempo de la redacción del proyecto, el simple hecho de haberse realizado la oportuna nivelación, al objeto de planificar la altura del forjado del garaje, sobre un terreno teórico, dejaba expedita también la responsabilidad del aparejador para, en ejercicio de sus funciones de supervisor de la ejecución material de la obra, sujeto en la misma medida a las previsiones del proyecto que a las denominadas «normas y reglas de la buena construcción», velar por la adecuación de tales nivelaciones al terreno real, siquiera fuese para cumplimentar la normativa urbanística, cuyo respeto a él también se le encomienda, y máxime cuando, según valoró la Audiencia Provincial, el ahora recurrente fue consciente y conocedor, al tiempo de ejecutarse las obras, de que algunas viviendas quedaron más desfavorecidas, sin poner remedio alguno para remediarlo. Dado que la Audiencia Provincial no cuantificó ni concretó la participación del aparejador en el vicio ruinógeno, ha de aplicarse la responsabilidad solidaria, pues es doctrina juris-

prudencial en los procesos referentes a la aplicación del artículo 1591 CC que compete a los juzgadores de las instancias determinar las diversas responsabilidades plurales que pueden concurrir y, a ser posible, individualizarlas, y la condena solidaria se presenta como último remedio cuando no se han podido determinar las responsabilidades exclusivas de cada uno de los intervinientes en el hacer constructivo (SSTS de 9 de marzo de 2000 y 27 de junio de 2002) (**STS de 31 de mayo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.] (*G. G. C.*)

39. Responsabilidad del promotor.—Aunque el artículo 1591 CC no alude de forma expresa a la figura del promotor, la jurisprudencia ha interpretado de forma reiterada que la responsabilidad decenal reconocida en tal precepto debe extenderse también al promotor en cuanto agente interviniente de forma decisiva en el proceso constructivo. Su responsabilidad procede con independencia de la responsabilidad del constructor, ya que puede apreciarse como autónoma teniendo en cuenta que al ser el vendedor está ligado a los adquirentes por los correspondientes contratos, y como tal asume el deber de entregar las cosas en condiciones de utilidad, es decir, exentas de vicios constructivos que frustren su utilidad y uso. El promotor tiene una eficaz y decisiva intervención en el proceso edificativo, que se inicia con la adquisición del solar y cumplimiento de trámites administrativos y urbanísticos para la edificación, y que finaliza con la presentación en el mercado de un producto que debe ser correcto, lo que impone actividades de elección y contratación a técnicos y constructores idóneos. De hecho la nueva Ley de Ordenación de la Edificación introduce al promotor en su artículo 17 como agente interviniente en el proceso constructivo con responsabilidad por vicios constructivos. Cuando el artículo 17.3 de dicha ley señala que el promotor responde solidariamente, en todo caso, con los demás agentes intervinientes de los daños materiales en el edificio ocasionados por defectos de construcción, significa que responde aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo. (**STS de 24 de mayo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don J. A., como presidente de la comunidad de propietarios de un determinado edificio, interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra Vallehermoso, contra D. L. y contra O. C. I. S. A., suplicando que se dicte sentencia por la que se declare que las lesiones producidas en el citado edificio se deben a una deficiente y defectuosa construcción y proyección, y se condene a los demandados a ejecutar las obras de reparación necesarias a fin de corregir los defectos de la construcción, para que el conjunto de viviendas quede en perfecto estado, ejecutándose las obras si no las realizan voluntariamente los demandados, a costa de los mismos. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, considerando que los demandados están obligados a efectuar las obras de reparación de las deficiencias constructivas del edificio. Por su parte la Audiencia confirma la sentencia anterior. Vallehermoso interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo no ha lugar al mismo.

NOTA.—Las razones que de modo tradicional ha aportado la jurisprudencia para sostener la responsabilidad solidaria del promotor con los demás agentes de la edificación han sido varias, entre

otras: el promotor es quien se beneficia de la obra, es él quien elige a los técnicos y constructores, los adquirentes confían en su prestigio profesional y, por último, que en caso contrario podrían limitarse las posibilidades de los futuros compradores en el supuesto de que existiera una insolvencia de los otros responsables. La novedad de esta resolución es que añade un argumento más de derecho positivo a estos argumentos elaborados desde antaño: así, cita la Ley de Ordenación de la Edificación, en concreto, su artículo 17.3 cuando establece que el promotor responde «en todo caso» con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción. Pero esta sentencia aquí reseñada no es la única que apunta esta dirección, también lo hace, por ejemplo, el fundamento de derecho primero de la STS de 4 de diciembre de 2008 (RJ 2008, 6950). (*Alma R. G.*)

40. Plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad decenal (art. 1591 CC).—Procede en el caso de autos, para evitar caer en el formalismo de atender exclusivamente a la fundamentación jurídica vertida en el escrito de demanda (responsabilidad por ruina del art. 1591 CC), concretar la causa de pedir que sustentaba la pretensión de la hoy recurrente, para estudiar si es factible, al amparo de los principios que ahora se invocan en este recurso, aplicar al caso de autos la normativa del cumplimiento contractual o si tal alternativa quebrantaría el deber de congruencia.

Debe comenzarse por señalar que se ejercitó acción de responsabilidad decenal contra sujetos unidos a la mercantil actora por vínculos contractuales (también contra las entidades que aseguraban la responsabilidad civil profesional de los técnicos intervinientes en la obra). En el cuerpo de la demanda se alegaba que el edificio estaba en ruina, sin concretar en ningún momento los respectivos incumplimientos determinantes de la causación de las deficiencias ruinógenas, en razón del vínculo contractual existente con cada uno de los codemandados, así, se afirmaba que en la producción de la ruina del edificio «han concurrido varias concausas unas atribuibles al constructor y contratista de la estructura, otras a la dirección principal del arquitecto y a la secundaria del aparejador», apartándose de los principios de la responsabilidad por incumplimiento contractual al concluir que, al no poder discernir las consecuencias dañosas de cada una de las antedichas concausas, «la responsabilidad es de todos frente al dueño de la obra».

Pues bien, desde el mismo instante en que se interesa la condena de los codemandados en términos de solidaridad, obviando reseña alguna, en el curso de las actuaciones, sobre los concretos incumplimientos contractuales que pudieran imputarse a cada uno de aquéllos, se está enmarcando la acción ejercitada, ciertamente, en el ámbito de la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC, que es el precepto invocado, por lo que la conclusión es clara: la reconducción de tal causa de pedir a los cauces de la responsabilidad por incumplimiento contractual abocaría a la incongruencia de la sentencia por alteración inadmisibles de la *causa petendi*.

Por lo expuesto, debe concluirse que se ha producido un ejercicio prematuro por la demandante de la acción de responsabilidad decenal, que consagra el artículo 1591 CC, siendo criterio reiterado en la jurisprudencia de esta Sala que el plazo de responsabilidad que establece el artículo 1591 CC comienza (*dies a quo*) en la fecha de la terminación de la construcción o de la

obra (entre otras, SSTS de 14 de febrero y 15 de octubre de 1991), aunque alguna sentencia, como la de 1 de octubre de 1992, se ha referido asimismo a la entrega («desde la construcción o entrega»). En cualquier caso, la solución dada al litigio por la resolución impugnada es acertada, por lo que el presente recurso debe ser desestimado. (STS de 18 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—La demandante, promotora de un edificio, ejerció acción de responsabilidad decenal contra la mercantil encargada de la realización de la estructura del inmueble así como contra el arquitecto, el aparejador y sus respectivas aseguradoras. Alegaba que, debido a «problemas estructurales», el edificio se estaba resquebrajando y que la obra no estaba concluida por lo que reclamaba, entre otros pronunciamientos, la condena solidaria de los demandados a que reparasen el edificio y lo concluyeran. La sentencia de instancia estimó en parte la demanda. La Audiencia consideró que la responsabilidad del artículo 1591 CC sólo procedía en los casos en que el edificio estuviera ya terminado —salvando la posibilidad de acudir a la vía del incumplimiento contractual, que debió ser la utilizada por el demandante— por lo que revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. En casación intenta la promotora reconducir la *causa petendi* de su pretensión a los cauces sugeridos por la Audiencia. El Tribunal Supremo, que se explaya en cuanto a la exigencia de congruencia de las resoluciones judiciales, no da lugar al recurso interpuesto por la promotora. (R. G. S.)

41. Responsabilidad derivada de la construcción de edificios. El inicio del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad contractual arranca del momento en que se concluyó la construcción, siendo rechazable que se iniciara en el momento de la cuantificación económica de la responsabilidad del agente constructivo.—Habrà de concluirse que se acogió con buen criterio la referida excepción de prescripción, tanto para el supuesto de que se entendiese ejercitada una acción de incumplimiento contractual, como si se quiso, en efecto, accionar al amparo del artículo 1591 CC. En el primer caso es claro que, desde que se agotó la eficacia del vínculo contractual que unió a actora y demandados, no medió denuncia alguna de la promotora, hoy recurrente, frente a los profesionales con los que contrató el proyecto y la dirección de la construcción de las viviendas en las que se produjeron las deficiencias. Por otra parte, la solución dada en las instancias es también respetuosa con la jurisprudencia sentada por esta Sala sobre plazo de garantía y plazo de prescripción, en supuestos de responsabilidad decenal. A este respecto se ha venido exigiendo en numerosas sentencias (entre otras, SSTS de 11 de octubre de 1974, 4 de diciembre de 1989, 14 de febrero, 15 de julio y 15 de octubre de 1991, 6 de abril y 30 de diciembre de 1994), el requisito de que los vicios ruinosos se produzcan dentro del plazo de garantía de diez años legalmente previsto, debiendo estarse, como día inicial del cómputo de la acción «a la fecha en que se produjo la ruina o manifestó el vicio ruinoso» (SSTS de 15 de octubre de 1990 y 28 de diciembre de 1998) «desde la de la aparición de los vicios de la construcción» (SSTS de 6 de abril de 1994 y 3 de mayo de 1996), «desde que se aprecie la ruina» (STS de 17 de septiembre de 1996), «o desde el momento en que se detecta el des-

perfecto en que el vicio se hace patente» (STS de 29 de diciembre de 1999). En cualquier caso, lo que no cabe en modo alguno es diferir al momento de la cuantificación económica de la responsabilidad del agente constructivo el inicio del plazo prescriptivo, cuando, como ocurre en el caso de autos, quedó efectivamente acreditado que, al poco tiempo de la finalización de las obras, comenzaron a aparecer los problemas de filtraciones, humedades y deslizamiento de los paños de la cubierta.

Falta de constancia de que los daños fueran continuados.—Ciertamente es consolidada doctrina de esta Sala (SS de 12 de diciembre de 1980, 12 de febrero de 1981, 19 de septiembre de 1986, 25 de junio de 1990, 15 y 20 de marzo y 24 de mayo de 1993, entre otras) la de que cuando se trata de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción de la acción no se inicia (*dies a quo*) hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida, no resultando siempre fácil determinar en la práctica cuándo se produce o ha producido ese «definitivo resultado» que, en relación con el concepto de daños continuados, se nos ofrece como algo vivo, latente y concordante precisamente con la causa originadora y determinante de los mismos, que subsiste y se mantiene hasta su adecuada corrección (S de 25 de junio de 1990). En el presente caso no hay constancia en autos de la necesaria persistencia del hecho causal determinante de los daños, requisito éste a que se refiere, entre otras, la S de 20 de julio de 2001. Así, se ha tenido por demostrado que, al poco tiempo de la conclusión de la obra, aparecieron las deficiencias ya referidas y, que los propietarios afectados iniciaron sus reclamaciones ante la Delegación Territorial de Urbanismo del Gobierno Vasco a partir del mes de marzo de 1978. Según resulta de las actuaciones, tales daños ya se habían materializado en toda su extensión con carácter previo a la demanda presentada el 23 de marzo de 1986 por la comunidad de propietarios afectada; de hecho el 23 de marzo de 1983 se había impuesto a la promotora la sanción correspondiente por incumplimiento de los requerimientos de reparación de los desperfectos habidos. (STS de 13 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—En un litigio anterior, una Caja de Ahorros fue demandada como promotora de la construcción de unos edificios por dos conceptos diferentes, una acción principal de responsabilidad por incumplimiento contractual y una acción subsidiaria de responsabilidad por vicios ruinógenos, siendo condenada por estimación de la acción principal ejercitada. Después de abonar las cantidades adeudadas, la Caja de Ahorros inició un procedimiento de repetición contra el constructor y los demás profesionales que habían realizado el proyecto y dirección de la construcción de las viviendas.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda por apreciar la prescripción de la acción, ya que el plazo de prescripción debía iniciarse desde la fecha en que concluyó la construcción, en el supuesto de la acción de incumplimiento contractual, y desde la fecha en que surgieron los vicios ruinógenos, en el supuesto de la acción de responsabilidad decenal. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirmaron esta decisión. (L. F. R. S.)

42. Contrato de mediación: concepto y caracteres.—El contrato de mediación se integra en los contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos, cuya esencia reside en la prestación de servicios encaminados a la búsqueda, localización y aproximación de futuros contratantes, sin intervenir en el contrato ni actuar propiamente como mandatario, o como dice el artículo 1754 CC italiano, sin estar ligado a los contratantes por relaciones de colaboración, de dependencia o de representación. Constituye un contrato atípico y aleatorio, puesto que su resultado es incierto y la obligación de retribuir al mediador nace, salvo estipulación en contrario, de la perfección del contrato mediado. Se rige por las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a la Ley, a la moral o al orden público y, en lo no previsto, por los preceptos correspondientes a figuras afines, como el mandato, el arrendamiento de servicios o la comisión mercantil.

Contrato de mediación. Tácita conclusión.—La peculiar naturaleza de este contrato exige tomar en consideración que no siempre se acepta el carácter contractual de la fuente de la mediación, pues a veces el mediador, sin encargo previo, indica a la parte la oportunidad de concluir un negocio con otro, y éstos lo concluyen aprovechándose de la actividad desplegada por el mediador. La doctrina entiende que la efectiva celebración del contrato definitivo implica en estos supuestos la aceptación de la oferta de mediación hecha por el corredor.

Contrato de mandato: mandato tácito.—De acuerdo con la interpretación jurisprudencial del artículo 1710 CC, el mandato tácito ha de derivarse de actos que impliquen necesariamente de modo evidente y palmario la intención de obligarse mientras que es expreso no sólo el mandato que se da en instrumento público o privado, sino también de palabra. (STS de 21 de marzo de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La mercantil *Albino Morán & Partners Shipbrokers, S. L.*, interpuso demanda contra el *Banco Exterior de España, S. A.*, en reclamación de las cantidades que afirmaba devengadas en concepto de premio o comisión, por la intervención como comisionistas, intermediarios y mandatarios en la venta de determinados buques. El Juzgado de Primera Instancia núm. 55 de Madrid estimó la demanda. La Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

43. Contrato de mediación: concepto y naturaleza.—El contrato de mediación implica que el mediador ha de poner en contacto a su cliente con otra persona con la finalidad de que se pueda llegar a concluir un contrato. Constituye un contrato atípico (consensual y bilateral, *facio ut des* [hago para que tú des]) y aleatorio, puesto que su resultado es incierto y se rige por las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a la ley, la moral o el orden público y, en lo no previsto, por los preceptos correspondientes a figuras afines.

Contrato de mediación. Derecho del mediador a la retribución: presupuesto.—El mediador tiene derecho a cobrar el premio siempre y cuando el contrato promovido llegue a celebrarse, estando sometido, pues, a la condición suspensiva de su celebración, y así el resultado que da derecho a la retribución es la perfección del contrato. Por tanto, la regla general es que el mediador sólo tiene derecho a percibir los honorarios si ha intervenido en la

gestación del contrato o el comitente se aprovecha de las gestiones realizadas por el agente. (STS de 12 de junio de 2007; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—Don Carlos Manuel interpuso demanda contra doña Verónica, doña Lidia, don Cosme, don Marcos, don Luis María y don Bartolomé, en reclamación de cantidad derivadas de un contrato de mediación. La parte demandada formuló reconvencción solicitando que al no haberse transmitido la cosa como efecto del contrato de compraventa en el que don Carlos Manuel actuó como mediador, les debían ser devueltas las cantidades que se habían hecho efectivas. El Juzgado de Primera núm. 1 de Puerto La Cruz núm. 26 de Barcelona estimó la demanda y desestimó la reconvencción. La Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

44. Contratos. Interpretación: punto de partida.—La interpretación contractual se desdobra en dos partes: la fijación de hechos, *quaestio facti*, y la aplicación de las normas valorativas o interpretativas o *quaestio iuris* [cuestión de Derecho] y que el punto de partida de la interpretación es la letra del contrato, tal como dispone el primer párrafo del artículo 1281 CC y que, por consiguiente, debe estarse al sentido literal de las cláusulas cuando no dejan dudas sobre la intención de los contratantes.

Contrato de mediación o corretaje. Naturaleza jurídica y caracteres.—El contrato de mediación se integra en los contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos, cuya esencia reside en la prestación de servicios encaminados a la búsqueda, localización y aproximación de futuros contratantes, sin intervenir en el contrato ni actuar propiamente como mandatario o, como dice el artículo 1754 del CC italiano, sin estar ligado a los contratantes por relaciones de colaboración, de dependencia o de representación. Constituye un contrato atípico (consensual y bilateral, *facio ut des* [hago para que tú des]) y aleatorio, puesto que su resultado es incierto y se rige por las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a la Ley, a la moral o al orden público y, en lo no previsto, por los preceptos correspondientes a figuras afines, como el mandato, el arrendamiento de servicios o la comisión mercantil.

Contrato de mediación o corretaje. Tácita celebración.—La peculiar naturaleza del contrato de mediación permite su constitución de modo tácito, en aplicación de las normas del mandato e incluso exige tomar en consideración que no siempre se acepta el carácter contractual de la fuente de la mediación, pues a veces el mediador, sin encargo previo, indica a la parte la oportunidad de concluir un negocio con otro, y éstos lo concluyen aprovechándose de la actividad desplegada por el mediador. La doctrina entiende que la efectiva celebración del contrato definitivo implica en estos supuestos la aceptación de la oferta de mediación hecha por el corredor si no existe un acto previo de fijación o confirmación, como ocurre en el supuesto de autos.

Contrato de mediación o corretaje. Obligación del mediador.—En el contrato de mediación o corretaje el mediador ha de limitarse en principio a poner en relación a los futuros contratantes sobre un objeto determinado contribuyendo eficazmente a que las partes concluyan el negocio.

Contrato de mediación o corretaje. Devengo de honorarios a favor del mediador.—El devengo de honorarios está sujeto a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido, salvo pacto expreso. De esta suerte, los honorarios de los agentes se devengan, salvo pacto que contemple otra modalidad, al celebrarse el contrato o negocio objeto de la mediación siempre que la operación se realice dentro del plazo fijado por los contratantes, ya que este contrato no tiene carácter indefinido. En consecuencia, los derechos del agente mediador al cobro de las remuneraciones convenidas se adquieren desde el momento en que se perfecciona la compraventa encargada, que lleva consigo la actividad previa de oferta y búsqueda de adquirentes y puesta en contacto con el vendedor. Desde el momento en que ambos conciertan el negocio, que efectivamente llevan a cabo, el mediador ha cumplido y agotado su actividad intermediaria, que es la de mediar y no la de vender, salvo que concorra pacto expreso en este sentido, o cuando se conviene que sólo se podrían cobrar honorarios cuando la venta se halle consumada.

Contrato de mediación o corretaje. Obligación de garantizar la consumación del contrato.—Entre las obligaciones del mediador, salvo pacto expreso, no se encuentra la de garantizar la consumación del contrato, cualquiera que sea la causa que pueda haber producido el incumplimiento por parte del vendedor, siempre que no le sea imputable. Así ocurre, a título de ejemplo, cuando el comprador desiste de la compra por disconformidad respecto del abono de la retribución al propio mediador o cuando la venta se resuelve por las cargas que afectan al inmueble desconocidas por el comprador. (STS de 30 de marzo de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don Simón interpuso demanda contra la mercantil *Inmobiliaria Xarosa, S. A.*, solicitando, entre otros pedimentos, el abono de determinadas cantidades en concepto de mediación o corretaje. El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de A Coruña desestimó la demanda. La Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

45. Préstamo. Naturaleza real. Validez del préstamo consensual.—En el Derecho romano el mutuo requería, además de la *conventio* o acuerdo de devolver lo prestado, la *datio rei* o *traditio* de la suma de dinero o de las cosas fungibles. El artículo 1740 CC se apartó del precedente representado por el artículo 1630 del Proyecto de 1851 y atribuyó a la *datio rei* la función de presupuesto del nacimiento de la obligación del prestatario, con lo que configuró el préstamo como un contrato de naturaleza real, en el que la entrega quedó convertida en elemento constitutivo o necesario para la existencia del mismo (*vid.* SSTs de 11 de mayo de 1962, 8 de julio de 1974, 7 y 27 de octubre de 1994, 22 de mayo de 2001 y 11 de julio de 2002). Sin embargo, esa consideración de la entrega como requisito de la perfección del préstamo en nuestro Código civil y la falta de regulación de su fase consensual no constituyen obstáculo para admitir la validez y eficacia del contrato por el que, en ejercicio de su autonomía de voluntad, una de las partes se obligue a entregar en préstamo y la otra a devolver lo prestado, claro está, en el caso de recibirlo.

Cesión de créditos. Cambio de receptor de la suma prestada. No vinculante para el prestamista si no lo ha consentido.—Las particularidades de

la obligación de prestar dan lugar a que el correlativo crédito del prestatario esté unido a la obligación de devolver otro tanto de lo recibido, de modo que un cambio del receptor de la suma, si implica el del deudor, nunca será eficaz para el acreedor sin que lo haya consentido (art. 1205 CC y SSTs de 16 de noviembre de 1990, 18 de marzo de 1992, 31 de mayo de 1994, 12 de julio de 2002, entre otras muchas). Si lo que quisieron el prestatario-cedente y el cesionario fue designar a éste para que fuera él quien recibiera la prestación debida por la prestamista, sin traslado o modificación del componente pasivo frente a ella, habría que concluir que esa indicación para el pago (*adiectus solutionis gratia*), contemplada para el depósito en el artículo 1766 CC, no era vinculante para la deudora, aunque no contenga nuestro Código civil norma similar a la del artículo 771 del portugués («o devedor não é obrigado a satisfazer a prestação... à pessoa por este –el acreedor– autorizada a recebê-la, se não houver convemção nesse sentido»). Asimismo en el caso estudiado ha quedado probado, además de que la prestamista no prestó su consentimiento a la indicación, el legítimo interés de la misma en que el dinero que entregaba a la prestataria se destinara, según lo pactado en la escritura de préstamo, a la construcción que era el objeto de la garantía hipotecaria y no a otros fines, como el pago de deudas de aquélla frente a terceros. (STS de 26 de marzo de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La caja de ahorros *M. P. C. A. C.*, con garantía hipotecaria sobre las fincas resultantes de la construcción de un edificio sobre el inmueble comprado por *P. C. M., S. A.*, y de la constitución en él del régimen de propiedad horizontal, concedió a dicha sociedad un préstamo, de las que le entregó, en el acto de otorgamiento de la escritura pública, una parte, con el pacto de que el resto lo entregaría a medida que la construcción hipotecada se fuera concluyendo.

Para cumplir la parte aplazada del precio de compra de una finca, la compradora *P. C. M., S. A.*, cedió al vendedor don J. R. el «crédito hipotecario» (*sic*) que tenía contra la caja de ahorros, en la parte equivalente a la cantidad que le debía. Don J. R. notificó esa cesión a la caja, respondiendo ésta que había contratado sólo con *P. C. M., S. A.*, y que era ajena a los pactos entre ésta y el notificante, que no le vinculaban. La caja realizó el pago a la acreedora cedente, por el resto de la suma aplazada en la escritura de préstamo, y no al acreedor cesionario.

Don J. R. interpuso demanda contra *P. C. M., S. A.*, y *M. P. C. A. C.*, solicitando que se condenara solidariamente a las demandadas a abonarle el importe del crédito cedido, más los intereses correspondientes a dicha cantidad desde las fechas en que tuvieron las entregas y los intereses legales desde la interposición de la demanda y costas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a *P. C. M., S. A.*, a abonar al actor el importe del crédito cedido más intereses legales, y absolviendo a la caja. Interpuesto recurso de apelación por don J. R., la Audiencia Provincial lo estimó plenamente, revocando parcialmente la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar solidariamente a la caja de ahorros —además de a *P. C. M., S. A.*,—, como ya había hecho el Juzgado— al pago de la cantidad que ya había recibido la cedente. Contra esa sentencia, la caja de ahorros *M. P. C. A. C.* recurrió en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

46. Derechos del fiador por efecto del pago. Cesión del contrato.–

Semejantes planteamientos no pueden ser acogidos y por ello todos los motivos del recurso, incluido también ese otro motivo sólo aparente, han de ser desestimados, ya que la parte recurrente elude por completo la razón causal del fallo impugnado, consistente en distinguir la asunción de deuda de la cesión del contrato, encuadrar las pretensiones de dicha parte en esta última figura y, en consecuencia, denegarlas por faltar el consentimiento de la arrendataria financiera.

El error de base de la parte recurrente es creer que por haber pagado como fiador del arrendatario financiero tiene derecho no sólo a exigirle el reintegro de lo pagado, convirtiéndose en su acreedor como se desprende de las normas que cita, sino también a desposeerle de los bienes arrendados y de su opción de compra sin contar con su voluntad e incluso en contra de la misma; es decir, como si el fiador de un inquilino que pague rentas adeudadas por éste pretendiera tener derecho no sólo al reintegro de lo pagado sino también a desalojarle de la vivienda para ocuparla él. Resulta así una importante confusión conceptual que induce a la parte recurrente a invocar normas que la autorizarían a asumir la posición acreedora de las arrendadoras financieras respecto de las cuotas mensuales que pagó como fiadora para, en cambio, querer subrogarse no en la posición acreedora sino en la de deudora, aunque con los derechos que ésta también ostenta en virtud de la bilateralidad y la reciprocidad de las relaciones jurídicas nacidas de los dos contratos de arrendamiento financiero. Y tal confusión tiene su raíz precisamente en no haber advertido que, como atinadamente señala el tribunal sentenciador, lo materialmente pretendido en la demanda no era una subrogación en los derechos del acreedor, ni tampoco una sustitución del deudor en cuanto a sus obligaciones pendientes sino una cesión del contrato en el sentido de suceder la actora a la arrendataria financiera no sólo en todas sus obligaciones dimanantes de los respectivos contratos sino también en sus derechos.

Se precisaba, por tanto, el consentimiento de la arrendataria para que derechos tan característicos del contrato de arrendamiento financiero como el uso del material arrendado y el ejercicio de la opción de comprarlo al vencimiento del plazo contractual, pasaran a otro sujeto distinto, pues como ha señalado la jurisprudencia el rasgo que más claramente distingue la cesión del contrato de la cesión de créditos o la asunción de deuda es el de versar sobre un contrato de prestaciones recíprocas, razón por la cual se exige la conjunción de tres voluntades contractuales (las de cedente, cesionario y cedido) como determinante de su eficacia (SSTS 28 de abril de 2003, 27 de noviembre de 1998 y 5 de marzo de 1994, con citas a su vez de otras muchas), habiéndose inclinado la jurisprudencia por esta figura más que por la cesión de crédito y la asunción de deudas simultáneas (SSTS 5 de diciembre de 2000 y 9 de diciembre de 1999). En suma, como señala la S de esta Sala de 29 de junio de 2006, la esencia de la cesión del contrato es la sustitución de uno de sus sujetos y la permanencia objetiva de la relación contractual, implicando la transmisión de la relación contractual en su integridad y, por tanto, que al nuevo sujeto pasen no sólo las obligaciones sino también los derechos del primitivo.

Por todo ello, siendo evidente que en el caso examinado el sujeto a quien se pretende desplazar del contrato, esto es la entidad arrendataria financiera, que sería la presunta cedente, no sólo no ha consentido la cesión sino que además se ha opuesto expresamente a ella, claro está que el presente recurso no puede prosperar, pues incluso se omite en el mismo cualquier consideración sobre la circunstancia de que al menos uno de los contratos en cuestión contuviera una cláusula específica sobre la cesión del contrato o de la propie-

dad de los bienes arrendados, autorizando expresamente al Banco arrendador para ceder su propia posición contractual o transmitir los bienes a un tercero y en cambio nada se previera sobre la cesión de la posición contractual de la parte arrendataria. De ahí, en definitiva que lo que en realidad se persiga mediante este recurso, como en su día mediante la demanda, sea eludir el régimen propio y específico del fiador que paga por el deudor, establecido en los artículos 1838 a 1843 CC (**STS de 8 de junio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El litigio que llega a la casación se inicia por demanda de la entidad fiadora de la arrendataria de dos contratos de arrendamiento financiero que había garantizado el pago de las cuotas mensuales en caso de que la arrendataria no las pagara. La demanda se dirigió contra la arrendataria y las dos partes arrendadoras de los respectivos contratos y en ella se pedía le fuera concedida a la actora la subrogación en cada uno de los contratos reconociéndosele la cualidad de usuaria o arrendataria financiera sobre la base del impago de las cuotas mensuales a cargo de la arrendataria demandada. La sentencia de primera instancia estimó la demanda. La arrendataria recurrió en apelación y la Audiencia, revocando la sentencia del Juzgado, desestimó totalmente la demanda por haber confundido la actora la asunción de deuda con la cesión del contrato, lo que impedía reconocerle el derecho a usar las máquinas objeto de los contratos (que es lo que la demandante quería). Recurre en casación la entidad fiadora declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (*R. G. S.*)

47. Fianza. Extinción por imposibilidad de subrogación del fiador por hecho del acreedor.—El artículo 1852 CC dispone que los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo. Es una causa específica y directa de extinción de fianza. El artículo 1839, primer párrafo, contempla la subrogación legal del fiador que paga, por lo que es lógica consecuencia sancionar la conducta del acreedor que impida no sólo la subrogación en el crédito, sino también en los derechos accesorios (*vid.* SSTS de 30 de enero y 25 de octubre de 1999, 8 de mayo de 2002 y 19 mayo de 2005).

El hecho del acreedor que impide la subrogación y provoca la liberación del fiador es aquel acto voluntario y libre que de forma activa o pasiva se produce en la misma relación jurídica en la que se había dado la fianza, pero no si se produce en otra. Así, si el acreedor era titular de dos derechos de crédito podía, sin menoscabo de tercero, ejecutar uno (embargo) y luego otro hipotecario, pero la hipoteca ya estaba extinguida; el fiador, como deudor solidario, paga y se subroga en el crédito, pero no en aquella hipoteca que ya estaba extinguida por consolidación en un procedimiento anterior y por una relación jurídica distinta.

Consolidación y confusión.—La consolidación es un modo de extinguir el derecho real limitativo del dominio cuando concurren en la misma persona las titularidades del derecho real pleno —propiedad— y del derecho real limitativo, que produce la extinción de este último. La confusión es el modo de extinción de la obligación completa —crédito y deuda— por la concurrencia en la misma persona de las titularidades activa y pasiva. (**STS de 4 de mayo de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El banco *B. E. C., S.A.* celebró un contrato de préstamo con garantía de hipoteca con don P. M. y su esposa doña M. como prestatarios, siendo fiadores solidarios don F. y su esposa. La misma entidad bancaria, por razón de un préstamo personal a aquellos mismos prestatarios, incoó juicio ejecutivo, produciéndose el embargo sobre la misma finca y adjudicándosele en subasta. A su vez, ante el impago de aquel préstamo hipotecario, *B. E. C.* interpuso demanda de juicio ejecutivo contra los prestatarios y contra el fiador solidario don F.; en el curso del proceso, este último consignó en el juzgado la cantidad por la que se había despachado ejecución y se declaró la subrogación del mismo en el crédito hipotecario.

El banco interpuso demanda en la que interesa la extinción del derecho de hipoteca, como limitativo del dominio, por consolidación y, en consecuencia, la nulidad de la subrogación a favor del demandado don F. Éste formuló demanda reconvenional, interesando que se le declarara libre de su obligación derivada de la fianza solidaria y se condenara a *B. E. C.* a que le devuelva la cantidad que pagó y otras cantidades.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda principal, declarando la extinción del derecho real de hipoteca por consolidación y la nulidad de la subrogación; y asimismo estimó la demanda reconvenional y condenó a la entidad bancaria a devolverle la suma pagada con los intereses legales. Interpuesto recurso de apelación por *B. E. C., S. A.*, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia. Contra esa sentencia, el banco recurrió en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

48. Cláusula de arbitraje incluida en un contrato de arrendamiento. El arbitraje se extiende a la cláusula penal, que guarda evidente interrelación con el arriendo.—Ha de extenderse al pacto indemnizatorio la cobertura de la cláusula de arbitraje, dada la evidente interrelación con el arriendo, recogiendo el pacto de indemnización reclamado en el citado «addendum núm. 3», expresamente reconocido como complementario del contrato de arrendamiento (pactos primero y tercero), y como consecuencia de un retraso en la realización de la obra por parte de la demandada arrendataria, a cuyo favor se constituyó el derecho de superficie, cuya duración coincidía con el arrendamiento, cabiendo añadir que en el citado «addendum núm. 3» se recoge expresamente la continuación en vigor de los aspectos, no modificados posteriormente, del contrato de arrendamiento de 10 de septiembre de 1984, especificándose en el propio «addendum núm. 3» diversas modificaciones de las estipulaciones de aquél, que no alcanzan a la cláusula arbitral.

El compromiso de arbitraje, pactado con anterioridad a la Ley de Arbitraje de 1988, tiene la eficacia que la misma atribuye al convenio arbitral.—Tales argumentaciones han de ser rechazadas, siendo aplicable la doctrina de esta Sala, expresada en S de 13 de julio de 2001, recurso núm. 1739/1996, en la que se razona que «la interpretación flexible (no formalista) en la materia es la que prevalece en la doctrina, en la que se sostiene que «basta que el convenio arbitral contenga por escrito y claramente el consentimiento de las partes de someterse a las decisiones de los árbitros,

sin que la obligación de cumplir la decisión de los mismos sea algo que deba incluirse expresamente en el convenio, sino que se entiende implícita en el concepto de arbitraje»; es la que recoge la S de esta Sala de 1 de junio de 1999, que señala que «el contrato de compromiso, o convenio arbitral como lo llama la Ley, debe contener el consentimiento, declaraciones de voluntad concordes de las partes, lo cual lo especifica el artículo 5.1 al disponer que debe expresar la voluntad inequívoca de las partes, que no es otra cosa que el consentimiento contractual; y al añadir el último inciso que también debe expresar la obligación de cumplir tal decisión (el laudo arbitral) no es más que una simple redundancia, que va implícita en la voluntad inequívoca de las partes y que integra el consentimiento contractual; es decir, esta frase «obligación de cumplir la decisión» no es una frase sacramental que debe constar en el convenio arbitral, sino que va implícita e integrada en el consentimiento»; y es la interpretación que más se ajusta al espíritu de la Ley 36/88 respecto a la simplificación de formas y facilitación del arbitraje, en sintonía con su función y respeto al principio de la autonomía privada (art. 1255 CC); y asimismo que «la Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre, que sustituyó (DD 1) a la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953, de conformidad con la disposición transitoria tercera que establece que «salvo en los casos en que el procedimiento arbitral se hubiese iniciado ya, los arbitrajes cuyo convenio arbitral se hubiere celebrado antes de la entrada en vigor de esta Ley (36/88) se regirán por las disposiciones contenidas en la misma»; y como la nueva Ley ha prescindido de la distinción entre el contrato preliminar de arbitraje y el compromiso que contenía la Ley de 1953 resulta claramente inaplicable la jurisprudencia dictada para esta normativa legal (representada por las sentencias citadas y otras como las de 16 de noviembre de 1996 y 20 de octubre de 1997) que condicionaba la eficacia de la cláusula preliminar a la formalización judicial –consumada o pendiente– de la misma, y aún cuando en el título VI de la nueva Ley (arts. 38 y ss.) se prevé una formalización judicial para la designación de los árbitros, sin embargo no hay fundamentación legal para mantener en cuanto a dicha formalización una solución similar a la que para el compromiso preliminar resultaba de los artículos 11 y 19 de la Ley derogada. Por lo demás es de indicar que el compromiso preliminar pactado con anterioridad a la nueva Ley tiene la eficacia que la misma atribuye al convenio arbitral si reúne los requisitos de éste, y aunque no contenga la designación de los árbitros». Consecuentemente, la concurrencia de tales infracciones legales, ha de ser rechazada. (**STS de 6 de marzo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—En un procedimiento declarativo de reclamación de cantidad, debida a consecuencia de una cláusula penal, la demandada opuso la excepción de arbitraje, puesto que el contrato de arrendamiento suscrito entre las partes contenía una cláusula de sumisión al arbitraje de derecho. La demandante alegó que la cláusula penal, en cuya virtud reclamaba la indemnización, no se refería al arrendamiento. El Juez de Primera Instancia dictó un auto por el que declaraba no haber lugar a la cuestión de competencia formulada por la demandada, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y con él la excepción de arbitraje. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*L. F. R. S.*)

49. Orden jurisdiccional competente en reclamaciones indemnizatorias frente a la Administración. *Vis atractiva* de la jurisdicción civil.—La demanda se presentó, contra una administración pública, una entidad de derecho público que actúa en régimen de empresa mercantil con sometimiento al ordenamiento jurídico privado y una persona privada (contra la que ciertamente se desiste más tarde), y se presenta después de la vigencia de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, pero antes de la Ley 29/1998, de 13 de julio. Esta Sala ha venido considerando, antes de la actual redacción del artículo 9.4 LOPJ, que la reclamación de daños en base a los artículos 1902 y ss. CC es una acción personal cuyo conocimiento corresponde al orden jurisdiccional civil, incluso cuando se inserta en relaciones cuyas incidencias se atribuyen a otros órdenes jurisdiccionales, dado el carácter residual y extensivo de la competencia del orden civil que determina el artículo 9.2 LOPJ (SS de 12 de junio de 2000, 13 de julio de 1999, 13 de octubre de 1998, 21 de marzo de 1997, 8 de febrero y 8 de mayo de 2007, etc.). Así pues, las razones invocadas por la sentencia recurrida, que fundamentalmente radican en la *vis atractiva* de la jurisdicción civil, la concurrencia de personas privadas en la responsabilidad, de modo solidario, la necesidad de evitar un peregrinaje procesal y las exigencias de tutela judicial efectiva (art. 24 CE) han de primar.

Culpa extracontractual; negligencia: se aprecia. Circunstancias de cada caso concreto.—Se solicita la responsabilidad del Ayuntamiento por haber incumplido la obligación de exigir a RENFE la clausura y el vallado de la vía férrea en cumplimiento de sus indeclinables deberes de policía urbana y salvaguarda de la seguridad. Según el Tribunal Supremo, el motivo no puede prosperar. Al margen de una normativa concreta (por ejemplo, Ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres; Ley 25/1988 de Carreteras), que realice una distribución de competencias determinada, existe jurisprudencia reiterada que hace hincapié en que hay que estar a las circunstancias de hecho apreciadas en instancia, entre las que se encuentra la de frecuencia de paso o especialidades que se presentan en cada situación, para resolver si determinada acción u omisión de la Administración es constitutiva de negligencia (SS de 24 de abril de 2003, 19 de mayo de 2005, etc.), y por otra parte es coherente con el criterio que decidió la solución en la S de 31 de diciembre de 1997). En este sentido, son las circunstancias de accesibilidad, frecuencia de paso y proximidad a zona populosa, además de la habitualidad de tránsito de los jóvenes, que pone de relieve la sala de instancia, los que han de decidir al Ayuntamiento, como cabe deducir del artículo 25 de la Ley de Bases de Régimen Local, (Ley 7/1985 de 2 de abril, modificada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre) a ejercer sus competencias sobre seguridad en lugares públicos, ordenación del tráfico de vehículos y personas y protección civil, o, en su caso, a exigir de las demás administraciones o de las entidades y organizaciones a las que se confían la policía y el control del uso de instalaciones y servicios, a los indicados efectos, las medidas adecuadas para salvaguardar los bienes y derechos de los ciudadanos que le han sido confiados. Al omitir un comportamiento adecuado en este sentido, puede decirse que hay culpa en la actuación del Ayuntamiento, en el correcto sentido, en el concepto normativo, que en propiedad corresponde a esta expresión. **(STS de 15 de junio de 2007; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montes Penadés.]

HECHOS.—El hijo de los actores, A., de trece años, falleció en 15 de enero de 1994, tras ser golpeado por una locomotora a las 23:30,

cuando se disponía a cruzar la vía férrea a la altura del centro comercial de Bahía Sur, en la localidad de San Fernando. A. había salido con unos amigos de la Urbanización Villarrubí, para dirigirse al complejo Bahía Sur, para lo cual utilizaron la pasarela existente que salvaba la vía férrea y la variante de la Nacional IV a su paso por San Fernando, si bien no bajaron por el último de los accesos, sino en uno anterior, que lo hace en las inmediaciones de la vía férrea. Allí decidió volver a la urbanización a buscar a otros amigos, para lo cual no utilizó la pasarela, sino que, por comodidad, atravesó la vía férrea, siendo a su regreso, por el mismo camino, cuando fue arrollado. Como consecuencia resultó gravemente lesionado, falleciendo poco después. Los padres de A interponen demanda contra RENFE y Ayuntamiento de San Fernando, reclamando la condena solidaria de ambos como responsables solidarios del fallecimiento de su hijo. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La sentencia fue apelada por los demandados, pero fue confirmada por la Audiencia Provincial. Presenta recurso de casación el Excmo. Ayuntamiento de San Fernando. (S. M. S.)

50. Responsabilidad médica. Competencia de la jurisdicción civil sobre las pretensiones resarcitorias fundadas en la responsabilidad patrimonial de la Administración concurrentemente y de forma solidaria con la de los particulares, ejercitadas tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992 y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1998.—Es doctrina jurisprudencial que es competencia de la jurisdicción civil el conocimiento de los juicios que tienen por objeto las pretensiones resarcitorias fundadas en la responsabilidad patrimonial de la Administración concurrentemente y de forma solidaria con la de los particulares, en el marco de las acciones de responsabilidad extracontractual derivadas de los artículos 1902 y ss. CC, ejercitadas tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992 y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1998 (así, las SSTs de 22 de julio de 2004, 24 de noviembre de 2005 y 8 de junio y 14 y 22 de diciembre de 2006). La entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de junio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, y la reforma operada por la citada Ley Orgánica 6/1998, junto con la modificación de la Ley 30/1992 llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero, constituyen el punto de inflexión, en la medida que configuran un marco competencial, material y jurisdiccional, que sitúa de manera decidida en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para conocer de las pretensiones de responsabilidad patrimonial deducidas conjuntamente contra las Administraciones Públicas y los particulares, poniendo fin de este modo a la divergencia de las respuestas judiciales de los tribunales de los distintos órdenes al examinar estas cuestiones con anterioridad a ese nuevo marco normativo, y ajustándose, por ende, a los designios del legislador comunitario de concentrar las reclamaciones contra la administración en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 215 TCE).

Irrelevancia de la naturaleza de la relación de los facultativos con el ente público sanitario.—Para la aplicación de esta doctrina resulta irrelevante la naturaleza de la relación que vincula a los facultativos con el ente público sanitario, pues la pretensión resarcitoria no deriva de la relación de dependencia del organismo público, sino de la establecida como consecuencia de

un acto ilícito causante de daño a cuya producción concurre la conducta de todos los codemandados por culpa *in omittendo*, *in vigilando* e *in eligendo*. (STS de 16 de mayo de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Doña S. falleció el 8 de febrero de 1996 en el hospital V. L., adscrito al sistema nacional de salud, a resultas de las lesiones cerebrales causadas por una anoxia grave.

Don S., esposo de la fallecida, y don J. A., don B., doña M. A. y doña C., hijos de la misma, formularon demanda contra el Instituto Nacional de la Salud, la doctora doña P. y las aseguradoras W, S. A. y M. I., . . . A. S., pidiendo se declarara la responsabilidad extracontractual de los demandados, condenándoseles a abonarles la cantidad de veinticinco millones de pesetas en concepto de indemnización.

El Juzgado de Primera Instancia, estimando la excepción de falta de jurisdicción, absolvió a los demandados y desestimó la demanda sin entrar a conocer sobre el fondo del asunto. Interpuesto recurso de apelación por los actores, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando íntegramente la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, los demandantes recurrieron en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—La determinación de la jurisdicción competente en reclamaciones de responsabilidad por actuaciones médicas en el ámbito sanitario público, demandándose conjunta y solidariamente a la Administración pública sanitaria y a los facultativos causantes del daño, ha experimentado grandes oscilaciones en la jurisprudencia, que recoge la sentencia examinada. Mientras que tras la LRJ-PAC la jurisprudencia civil venía manteniendo la competencia de la jurisdicción civil —momento temporal en el que se producen los hechos sobre los que resuelve esta sentencia, y que determina su conclusión—, la solución ha cambiado radicalmente tras la LRJCA de 1998, la LO 6/1998 y la reforma de la LRJ-PAC por la Ley 4/1999, de modo que en la actualidad queda determinada de modo inconcuso la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las pretensiones de responsabilidad patrimonial deducidas conjuntamente contra las Administraciones Públicas y los particulares. (F. J. J. M.)

51. Responsabilidad extracontractual. Producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, y no concerniente a incumplimiento de las obligaciones del empresario derivadas del contrato de trabajo. Competencia de la jurisdicción civil, y no de la social.—La materia para determinar la competencia del orden jurisdiccional social se refiere a las cuestiones concernientes al ámbito propio del contrato de trabajo; pero no cuando lo acontecido sea la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede de la órbita específica de dicho contrato, y permite entender que su conocimiento corresponde al orden jurisdiccional civil por el carácter residual y extensivo del mismo, máxime cuando la acción ejercitada es la personal de resarcimiento de daños y perjuicios de los artícu-

los 1902 y 1903 CC (aparte de otras, SSTs de 21 de marzo de 1997, 13 de octubre de 1998, 13 de julio y 30 de noviembre de 1999, 15 de julio de 2002, 22 de abril de 2003 y 4 de octubre de 2006). Al ser patente la superación del principio de indemnidad del empresario y de los límites de la reparación, dada la compatibilidad entre las indemnizaciones fundadas en la responsabilidad civil del empresario y las prestaciones de la Seguridad Social originadas por el mismo supuesto de hecho, resulta aconsejable mantener, en garantía del principio de reparación íntegra del daño, la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer la posible culpa del empresario fundada en dichos preceptos del Código civil (STS de 8 de octubre de 2001).

La jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha venido manteniendo, con la excepción en cierto modo representada por las SSTs de 24 de diciembre de 1997, 10 de febrero de 1998 y 20 de marzo de 1998, la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer la responsabilidad civil por culpa extracontractual del empresario por muerte o lesiones del trabajador sufridas mientras desempeñaba su trabajo. Finalmente, después de las tres citadas sentencias de esta Sala, que parecían indicar un cierto giro en la jurisprudencia sobre esta materia, se ha reafirmado sin embargo la competencia del orden jurisdiccional civil 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 (*vid.* SSTs de 13 de julio, 13 de octubre, 18 de noviembre, 30 de noviembre, 24 de noviembre y 18 de diciembre de 1998, 1 de febrero, 10 de abril, 13 de julio y 30 de noviembre de 1999, 7 de julio de 2000, 22 de julio y 28 de noviembre de 2001, 29 de abril y 4 de noviembre de 2004, 19 de julio de 2005 y 31 de marzo de 2006).

La Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo no crea jurisprudencia.—Las resoluciones dictadas por la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo no crean doctrina jurisprudencial (*vid.* SSTs de 4 de diciembre de 1995 y 4 de octubre de 2006). (STS de 11 de mayo de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Don A., esposo de doña M. y padre de los hijos menores del matrimonio contraído con la misma, desarrollaba su trabajo en la escombrera propiedad de G. A., S. A., por cuenta de B. R. C., S. A., sufrió un accidente, produciéndose la caída de la excavadora que manejaba por un desnivel, la cual volcó y el operador quedó atrapado en el interior de la cabina con el resultado de su fallecimiento.

Doña M., en nombre propio y de sus hijos, interpuso demanda contra G. A., S. A. y B. R. C., S. A., solicitando su condena conjunta y solidaria al abono de una indemnización de treinta millones de pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia, apreciando la existencia de falta de jurisdicción, desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando íntegramente la sentencia anterior. Contra esa sentencia, doña M. recurrió en casación, siendo estimado por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

52. La jurisdicción social sólo es competente en cuestiones relativas al contrato de trabajo y no en casos de daños derivados de la actividad laboral.—El recurso de los demandados denuncia en su primer motivo abuso o exceso en el ejercicio de la jurisdicción pretendiendo sustraer el conocimien-

to del asunto de la jurisdicción civil para que sea el orden social el que resuelva la reclamación. En su alegato se citan numerosas sentencias de este Tribunal, así como diversos autos de la Sala de Conflictos, todas ellas en una línea superada en la actualidad por una constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala que toma como referencia para determinar la competencia entre uno y otro orden jurisdiccional el ámbito propio del contrato de trabajo y tal circunstancia no concurre en el supuesto enjuiciado, donde lo acontecido fue la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede de la órbita específica de dicho contrato y remite su conocimiento al orden jurisdiccional civil por el carácter residual y extensivo del mismo, concretado en el artículo 9.2 LOPJ y por el hecho de que la responsabilidad se demanda a través de los artículos 1902 y 1903 CC por culpa extracontractual o aquiliana SSTS 11 de mayo de 2007 y las que en ella se citan), no sin reconocer algunas soluciones contrarias de la Sala de Conflictos—sin valor de jurisprudencia— y de esta misma Sala anteriores a las que se citan.

No se infringen las normas que rigen la hermenéutica contractual al aplicar las normas de seguridad de la empresa ya que no son contratos.— El artículo que se invoca contiene una regla de interpretación de los contratos que atiende a la literalidad de sus cláusulas sin los términos son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, y es evidente que lo que se plantea en el motivo no es la interpretación de ningún contrato sino la errónea valoración de unas disposiciones específicas en materia de seguridad y salud de los trabajadores que no tienen valor de contrato aunque sean de obligado cumplimiento en las explotaciones mineras.

Responsabilidad extracontractual. Concurrencia de culpas.— Es un hecho probado [...] que «sin orden concreta del actor de hacer funcionar el pancer y observando tan solo la luz del casco de aquél puso en acción el pancer de forma harto negligente cuando le estaba prohibido hacerlo al no haber recibido aviso concreto en tal sentido por parte del responsable de la operación» y es evidente que esta puesta en funcionamiento se produce cuando el actor se encontraba sobre el pancer y la máquina parada, tal y como ordenan las denominadas normas internas de seguridad (DIS) para las «operaciones a realizar sobre la máquina»; hechos que permiten establecer las siguientes conclusiones: Primera: no se cumplieron las medidas de seguridad, vigilancia y cuidado, que de haberse adoptado, con absoluta certeza, o al menos con gran probabilidad, habrían podido evitar el accidente. Segunda: hay causalidad física o material, por cuanto las lesiones sufridas por el barrenista se produjeron al ser atrapado por el pancer en movimiento. Tercero: hay causalidad jurídica para atribuir el resultado dañoso pues se creó el riesgo del resultado jurídicamente desaprobado y que era previsible dadas las características de la máquina y la forma de desarrollarse el trabajo en el que el incumplimiento de las medidas de seguridad aparece como causa próxima y adecuada para causarlo, puesto que bastaba con que se hubiera cumplido la norma 6.^a para que el accidente no se hubiera producido, o que la persona que accionaba la botonera hubiera atendido al orden del encargado de la labor, es decir, de la propia víctima, para ponerla en funcionamiento y esta orden no se dio precisamente porque quien debía darla se encontraba trabajando en su radio de acción estando parada. Cuarto: el juicio de reproche subjetivo recae exclusivamente sobre quien accionó la máquina y la empresa minero siderúrgica A, titular de la mina para la que trabajaba y, por consiguiente, quien incurrió en la falta de diligencia consistente en no haber respetado las medi-

das de seguridad desde el momento en que pone en funcionamiento el pancer sin haber recibido indicación alguna al respecto y sin haberse asegurado de la ubicación en la misma del actor. La especialidad de la actividad minera y el peligro que comporta el hecho de que la galería del pozo «no gozaba de más iluminación que la propia y limitada de las lámparas utilizadas por los operarios» y de que «entre el lugar en el que se encontraba el actor y el punto desde el que el codemandado manejaba la botonera del pancer habrá unos dieciocho metros», hace sin duda obsoleta, insegura y sumamente peligrosa la simple expresión «Va», seguida de la puesta en funcionamiento del pancer, sin haber recibido el visto bueno del responsable.

Concurren, por lo tanto, los requisitos de omisión, daño, nexo causal y culpa que conforman la responsabilidad por culpa extracontractual del artículo 1902 CC, si bien exclusivamente en la actuación del trabajador que accionó el pancer y la empresa demandada que interviene en el proceso productivo, bajo cuyo ámbito organizativo desempeñaba su actividad, como responsable de adoptar todas las medidas de vigilancia y control de los riesgos en una prestación laboral evidentemente peligrosa. No es posible por el contrario atribuir a la conducta del lesionado una eficacia causal, ni responsabilizar del daño a los otros dos demandados –director facultativo y vigilante– que ni son empresa que se beneficia del riesgo que la actividad minera crea, ni pueden controlar un hecho aislado de uno de los trabajadores, con más de trece años de antigüedad, en funciones propias de su especialidad, salvo que se prescinda del principio de culpabilidad característico de nuestro sistema.

Lucro cesante.—Lo que se cuestiona es que la indemnización no contempla una cantidad por lucro cesante que tome como referencia el trabajo estable que desarrollaba antes del accidente y las previsiones estadísticas de esperanza de vida. Sin duda, el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento (SSTS de 6 de octubre de 1982, 2 de abril de 1997, 19 de noviembre de 2005). Lo que no procura es una ganancia o enriquecimiento al perjudicado y ello se evita a partir de una evaluación basada en la realidad y dotada de cierta consistencia y, en particular, mediante la prueba de que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas ni contingentes, como con reiteración ha declarado esta Sala (STS de 14 de julio de 2006 y las que en ella se citan). Y si bien es cierto que, en general, la fijación del *quantum* corresponde a la Sala de instancia (SSTS de 9 junio de 2005, 22 de septiembre de 2006, entre muchas otras), también lo es que esta doctrina tiene excepciones que se encuentran, entre otras, en la revisión de aquellas decisiones que implican arbitrariedad (SSTS de 14 de julio de 2003, 18 de junio de 2001, entre otras), como sucede en este caso en el que la sentencia recurrida niega que exista el perjuicio a partir de criterios generales sobre esta suerte de daños, al margen de una valoración concreta de los hechos que se establecieron de base en la demanda. Lo cierto y evidente es que el actor perdió el empleo que con carácter fijo había desempeñado durante toda su vida laboral y existen razones suficientes para estimar el perjuicio que se le produce por la falta de relación entre las cantidades que ingresa en la actualidad y las que ha dejado de percibir a resultados del accidente, si bien condicionado por el hecho, recogido en la sentencia, de que puede trabajar en otro tipo de actividades remuneradas y que podrán equilibrarla. (STS de 16 de mayo de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El actor, barrenista en una mina, reclama daños y perjuicios tras haber sufrido un accidente a resultas del cual fue necesario amputarle una pierna. El Juzgado desestimó la demanda por considerar que la culpa había sido exclusivamente de la víctima pero la Audiencia, con revocación de la sentencia inferior, condenó a la empresa propietaria de la mina y a los encargados de la vigilancia, seguridad y supervisión de los trabajos al abono solidario de determinada suma por entender que se daba una responsabilidad compartida. Recurren en casación tanto el actor como los demandados. El Tribunal Supremo estima los recursos de ambas partes absolviendo de la demanda al director facultativo y al vigilante de la mina. (R. G. S.)

53. Aplicación de los criterios de imputación objetiva a la responsabilidad civil.—Recientemente, diversas sentencias han tomado en cuenta los criterios o pautas de la moderna doctrina de la imputación objetiva, propia del ámbito causal en su aspecto jurídico (v. gr., SSTS de 2 y 5 de enero, 2 y 9 de marzo, 3 de abril, 7 de junio, 22 de julio, 7 y 27 de septiembre y 20 de octubre de 2006). Concretamente, se hace aquí mención de los criterios del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad y del incremento del riesgo, puesto que se razona que, si la entidad demandada hubiera cumplido la normativa reglamentaria (art. 10.4 del Real Decreto 6291/1978, de 10 de marzo, sobre vigilancia y seguridad), se habría evitado la disponibilidad del arma y el consiguiente incremento del riesgo derivado de la posibilidad de utilización privada de la misma.

Imputación objetiva de la responsabilidad civil. Criterio de la prohibición de regreso.—Se rechaza la aplicación al caso del criterio de imputación objetiva de la prohibición de regreso, ya que la omisión del deber de cuidado por parte de la demandada ha sido de entidad suficiente como para que la actuación del empleado no absorba en exclusiva el desencadenante causal.

Imputación objetiva de la responsabilidad civil. Doctrina de la causalidad adecuada.—Partiendo de la afirmación de que esta doctrina entra dentro de los criterios de imputación objetiva, afirma el Tribunal Supremo que, de acuerdo con la misma, no se puede excluir la responsabilidad cuando, en vista de las circunstancias, un observador experimentado, suficientemente informado, no habría descartado *ex ante*, como extraordinariamente improbable, el resultado producido.

Teoría de la causa eficiente.—De acuerdo con reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTS de 24 de mayo de 2004, 26 de mayo de 2005, 9 de febrero y 1 de marzo de 2007), no cabe considerar como no eficiente la causa que, concurriendo junto con otras, condiciona o completa la acción de la causa última.

Relación de causalidad material o fáctica. Teoría de la equivalencia de condiciones.—Afirma el Tribunal Supremo que, para la estimación de la causalidad material o fáctica —primera secuencia causal—, es suficiente con la aplicación de la teoría de la equivalencia de condiciones. Conforme a ésta, es causa el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporcionan la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica, de que el resultado haya sucedido.

Determinación del *quantum* indemnizatorio. Baremos al uso.—Para el cálculo del *quantum* indemnizatorio, no supone infracción legal alguna la aplicación de un criterio diferente del que ofrecen los baremos al uso, ya que no existe baremo de aplicación preceptiva a casos como el enjuiciado en esta sentencia. En este sentido, los órganos de instancia tienen una función soberana en materia indemnizatoria (SSTS de 29 de septiembre de 2005 y 25 de enero de 2007). (STS de 17 de mayo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Don G. mató a su antigua pareja e hirió a la hermana de aquélla, con sendos disparos procedentes del arma reglamentaria de que disponía por razón de su trabajo en una empresa de seguridad. Pese a la previsión normativa (art. 10.4 del Real Decreto 6291/1978, de 10 de marzo, sobre vigilancia y seguridad) de que las armas deberán ser entregadas y recogidas por los vigilantes de seguridad al comienzo y fin de su servicio, la empresa no contaba con un armero ni con caja fuerte de seguridad en la que los guardas jurado debieran depositar sus armas al finalizar su jornada laboral, contando los trabajadores, por el contrario, con permiso para llevarselas consigo. Don G. tenía antecedentes de problemas psicológicos y un historial de discusiones y malos tratos con la fallecida.

En el juicio penal que se siguió contra don G., se absolvió a la empresa de seguridad de la pretensión de responsabilidad civil derivada de delito, como responsable subsidiaria, por no concurrir el requisito de dependencia del autor directo con la empresa, ya que la actividad lesiva se desarrolló fuera del lugar de trabajo, al margen de la jornada laboral y por causas y fines puramente personales y ajenos a la empresa.

Posteriormente, la madre de la fallecida y la hermana que había resultado también víctima interpusieron demanda contra la empresa de seguridad en reclamación de una indemnización por responsabilidad civil. La demanda fue estimada parcialmente en primera instancia, concediendo el Juzgado una indemnización algo inferior a la solicitada en la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la empresa de seguridad, la Audiencia provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia. Según la sentencia dictada en apelación, aunque el autor directo fue don G., para la comisión del crimen utilizó un arma perteneciente a la entidad demandada que ésta no había controlado en relación a su tenencia y disponibilidad. La empresa de seguridad interpuso entonces recurso de casación, alegando, entre otros motivos, la indebida fijación del *quantum* de la indemnización y la inexistencia de relación de causalidad entre su comportamiento y el asesinato cometido y que, en caso de existir tal relación de causalidad, ésta habría quedado interrumpida por la actuación dolosa de don G., en virtud de la teoría de la prohibición de regreso. (A. M. M.)

54. Finalidad del interdicto de obra nueva.—No puede obviarse la finalidad preferentemente cautelar y precatoria del interdicto de obra nueva que, como señala la S de 26 de mayo de 1995, «persigue una defensa posesoria consiguiente a un ataque a la posesión causado por una obra nueva, aun-

que con ello se proteja también la propiedad u otros derechos reales, pero no con base en una reclamación real reivindicación de los mismos». Desde lo expuesto resulta patente que la pretensión indemnizatoria que se insta en los presentes autor, queda fuera del ámbito objetivo del procedimiento interdictal y que, a ese respecto, ninguna eficacia puede desplegar el mismo en el presente declarativo.

Resarcimiento de daños y perjuicios por actuación judicial abusiva.—Es abundante la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre la cuestión ahora debatida. Con carácter general, señalaba la S de 5 de junio de 1995, que «la viabilidad de petición del resarcimiento de daños y perjuicios causados por actuaciones judiciales, precisa que la parte que las puso en marcha haya actuado con intención dañosa o al menos con manifiesta negligencia». Y, en un supuesto similar al ahora enjuiciado (reclamación de daños y perjuicios producidos por la suspensión de una obra, a resultas de un procedimiento interdictal previo), señalaba que los mismos «han de reputarse indemnizables en vía de reparación en los casos en que esta acción (la interdictal) resulte ser claramente infundada y así se declare en la sentencia o al menos resulte de ella sin asomo de duda». Abundando en lo expuesto, concluye la S de 3 de julio de 1997, que «la evidencia de estarse en presencia de una acción interdictal clara o manifiestamente infundada ha de extraerse necesariamente del contenido de la propia sentencia recaída en el juicio interdictal». Por su parte, la S de 28 de marzo de 1998 se refiere a «el carácter excepcional de esta institución y la exigencia de que en los supuestos en que se estime la existencia de abuso de derecho ha de ser patente la intención de perjudicar o la falta de finalidad seria y legítima en la conducta del sujeto, al lado de la situación objetiva de anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho actuado (así, entre otras sentencia recientes, las de 31 de diciembre de 1985, 5 de abril y 9 de octubre de 1986 y 8 de julio y 17 de septiembre de 1987). Pero ello no excluye, sin embargo, que producidos y debidamente acreditados unos daños y perjuicios como consecuencia directa e inmediata del ejercicio de una acción interdictal de obra nueva que resulte ser claramente infundada y así se declare en la sentencia, la parte que ocasionó aquéllos deberá responder de los mismos procediendo a su reparación, por cuanto que la indemnización de daños y perjuicios en el ámbito civil ofrece un carácter reparador y no propiamente punitivo o sancionador». En definitiva, las sentencias que han declarado pertinente la indemnización subsiguiente al interdicto de obra nueva desestimado, han constatado siempre la concurrencia de culpa o negligencia al entablar la acción interdictal (así las SS de 6 de julio de 1990, 15 de diciembre de 1992, 4 de diciembre de 1996 y 31 de octubre de 2002, entre otras). **(STS de 18 de junio de 2007;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—La parte actora reclamaba indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la interposición de un interdicto de obra nueva que supuso la paralización de la obra que estaba acometiendo en parcelas de su propiedad. La sentencia que puso fin al interdicto fue desestimatoria por entender que la obra nueva en nada limitaba ni impedía el derecho esgrimido por el actor. Es dato a reseñar el que la actora y el interdictante mantenían una antigua enemistad salpicada de procedimientos judiciales. La sentencia de instancia estimó en parte la demanda pues, reconociendo la exis-

tencia de perjuicio en los bienes de la actora, excluyó algunos de los gastos que ésta consideraba indemnizables. La Audiencia declaró que la demanda interdictal había traspasado los límites de la buena fe y confirmó el importe de la indemnización concedida por el Juzgado. No hubo lugar al recurso de casación interpuesto por el interdictante-demandado. (R. G. S.)

55. Responsabilidad extracontractual. Diligencia exigible.—La diligencia exigible ha de determinarse en principio según la clase de 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, y la S de 9 de octubre de 1999 afirma que «según reiterada doctrina jurisprudencial es esencial para generar culpa extracontractual, el requisito de previsibilidad en la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias del momento, no en abstracto, en que no puede estimarse previsible lo que no se manifiesta con constancia de poderlo ser...». Dicha previsibilidad, dentro de los parámetros exigibles al hombre medio, no se daba en el presente caso. El agente, por las razones que fueran, entre las que posiblemente destacaba la de evitar su sustracción, dejó oculta la caja que contenía las botellas de «salfumán» sin que lógicamente estuviera a su alcance. Ha de acreditarse prever que unos menores, ignorando el peligro que ello podía suponer para su integridad física, no sólo accedieran indebidamente y en hora nocturna a la caja del camión sino que, además, destruyeran las botellas que allí se encontraban debidamente cerradas para realizar determinados juegos con la fatal consecuencia que ha dado origen al presente litigio. Ha de acreditarse un mínimo de culpa o negligencia por parte de aquél, que permita imputarle, siquiera sea parcialmente y por su previsibilidad, el resultado, aunque en la relación causal se interfiera decisivamente una conducta ajena que prácticamente absorba la totalidad del nexa constituyéndose en causa prevalente del daño o perjuicio sufrido. En el caso presente, la absoluta falta de previsibilidad del evento anula cualquier atisbo de culpa teniendo en cuenta, además, que son innumerables los elementos de titularidad pública o privada que se encuentran en zonas de acceso público que, indebidamente utilizados, incluso, como aquí ocurre, en perjuicio de su dueño, pueden ser potencialmente peligrosos para quien de tal modo se comporta. En definitiva, se ha de concluir, con la sentencia impugnada, que el demandado no creó con su actuación un riesgo jurídicamente relevante que determinara la asunción de responsabilidad por su parte derivada de cualquier evento dañoso. Y, por ello, no puede considerarse que en el caso se haya vulnerado la conocida doctrina jurisprudencial definidora de la responsabilidad por riesgo creado que comporta, en todo caso, la racional previsibilidad del resultado. (STS de 11 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—a) Don V., actuando como trabajador de la empresa UD S. A., sobre las 23,30 horas del día 3 de septiembre de 1990, aparcó el camión propiedad de esta última, que conducía habitualmente por cuenta de ésta, en un solar no vallado adyacente a la calle Benidorm en la localidad de Denia, con el propósito de dejarlo allí estacionado durante toda la noche; b) En la caja del camión, que estaba descubierta pero que cuidó de mantener con los portones traseros debidamente cerrados, dejó un caja de botellas cerradas y

con sus precintos de fábrica que contenían el producto de limpieza y droguería denominado «salfumán», la cual quedó tapada y en buena medida oculta por un capazo; c) Sobre dicha hora, varios menores, entre los que se encontraba el demandante –hoy recurrente– de diez años de edad, subieron a la caja del camión, inspeccionaron su carga, la bajaron al solar tras abrir el portón trasero del camión y manipularon de forma violenta los envases realizando diversos juegos con las botellas, en el curso de los cuales el demandante, con intención de gastar una broma a otro niño, pisó y reventó una de las botellas de «salfumán» –que se hallaba cerrada– salpicándole en un ojo el líquido corrosivo que contenía, así como en la cara y ropa de su amigo L. M., sufriendo en definitiva el actor las graves lesiones por las que reclama como consecuencia de las cuales ha perdido la visión del ojo derecho. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la acción de responsabilidad civil extracontractual dirigida contra don V. y la mercantil para la que trabajaba. Don V. y la empresa que lo empleaba recurren en apelación y la Audiencia Provincial estima su recurso. La parte demandante interpone recurso de casación. (S. M. S.)

56. Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad por la creación de riesgo. Compañías de gas.—Las compañías de gas que se encargan de la implantación del servicio han de emplear una diligencia extrema, requerida por el peligro inherente al medio de energía suministrado, desplazándose a éstas la carga de la prueba de haber obrado con toda la diligencia necesaria. Para la aplicabilidad de la teoría del riesgo a los daños producidos por una conducta humana, es preciso que los mismos sean producidos en una actividad peligrosa, aplicándose esta doctrina no a todas las actividades de la vida, sino sólo a las que impliquen un riesgo considerablemente anormal con los estándares medios (STS de 29 de octubre de 2004), siendo también muy de tener en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado ha de tener influencia manifiesta desde un punto de vista de regulación (STS de 17 de noviembre de 1998). La doctrina jurisprudencial sobre el riesgo, en línea cuasiobjetiva minoradora del culpabilismo subjetivo, presupone una acción voluntaria que obliga a extremar todas precauciones y con mayor intensidad cuando puede estar en peligro la vida de las personas, lo que obliga a adoptar los medios y medidas de seguridad disponibles, entre las que cabe incluir las que suponen efectiva actividad material, como las de vigilancia, control y mantenimiento, a fin de evitar que se transforme en daño efectivo lo que consta como peligro potencial cierto, por resultar entonces adecuada aplicación del artículo 1902 CC, con la consecuente inversión de la carga de la prueba, en razón a actividades que notoriamente son peligrosas, como así sucede por el uso doméstico del gas (*vid.* SSTS de 13 de diciembre de 1990, 5 de diciembre de 1991, 20 de enero, 11 de febrero, 25 de febrero, 8 de abril y 22 de septiembre de 1992, 10 de marzo y 9 de julio de 1994 y 8 de octubre de 1996 y 30 de julio de 1998).

Responsabilidad por los daños al consumidor derivados de la utilización de servicios. Servicios de gas.—En el ámbito de la Ley 26/1984 y en su capítulo de garantías y responsabilidades, de acusada, aunque no absoluta, objetivación del deber indemnizatorio que regula cuando se quebrantan sus

previsiones, se encuentra el artículo 25, que otorga al consumidor o usuario del derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios probados y derivados del consumo o utilización de productos o servicios con la salvedad de que tales consecuencias sean causadas por su culpa exclusiva o la de las personas por las que deba responder civilmente, de forma que del total perjuicio, sin posibilidades de compensación, ha de responder el suministrador del servicio en cuyo manejo haya tenido lugar la contingencia siempre que ésta no se deba a culpa exclusiva del perjudicado, aunque el comportamiento de este haya tenido cierta incidencia en la producción, y esta declaración se enlaza con la excluyente de tal responsabilidad del suministrador en el artículo 26 cuando se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad aportados o prestados, en cuyo caso la responsabilidad había de ser soportada por el propio perjudicado si alguna negligencia hubo en su hacer o si lo fortuito o la fuerza mayor hubieran sido el origen del daño; culminando en el artículo 28, que descarga esa responsabilidad en el suministrador cuando el daño se origine pese al correcto uso del servicio y cuando se hayan desatendido las medidas de seguridad y las de controles técnicos que garanticen las condiciones con que, en ese orden preventivo, ha de llegar el servicio al usuario, precisando que los de gas están, entre otros, sometidos a ese régimen precautorio (STS de 25 de octubre de 2000).

Responsabilidad de la suministradora por la actuación de la instaladora. Culpa in eligendo e in vigilando.—La suministradora debe responder de la actuación de la instaladora en sentido amplio, conforme al artículo 1903 CC, en virtud de *culpa in eligendo* y de *culpa in vigilando*, al obligarse no sólo por los actos propios sino por las de aquellas personas de las que se debe responder, por la deficiente o incompleta instalación realizada y las facultades que tienen atribuidas en relación a la vigilancia de la seguridad de la instalación, y no basta para eliminar tal responsabilidad con que eventualmente se observen las prescripciones reglamentarias administrativas, con el simple cumplimiento de prevenciones legales y reglamentarias, si se revelan insuficientes para evitar el daño, por lo que se exige agotar la «diligencia necesaria» (STS de 29 de octubre de 2004). La suministradora estaba obligada a una eficaz vigilancia de la corrección de la instalación, y no efectuó la misma de modo eficaz, ni con toda la diligencia exigible, siendo así que el suministrador debía llegar al consumidor en condiciones de seguridad, después de efectuados controles técnicos de calidad. Tanto la empresa instaladora como la suministradora debían haber actuado con toda prudencia, diligencia y extrema atención para evitar la causación de daños y perjuicios, lo que presupone la adopción desde el principio de las garantías y medios precisos y eficaces para prever y eludir situaciones como las que es objeto del pleito y que bien pudo evitarse. (STS de 30 de marzo de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—La suministradora N. realizó a la comunidad de propietarios del domicilio de doña C. una oferta de prestación de servicio de gas natural incluyendo la instalación de gas en el edificio y la interior de las viviendas. Varios vecinos decidieron aceptar la oferta, y a tal efecto doña C. firmó el contrato con la empresa instaladora U. para la realización, por encargo de N., de la instalación interior de gas de su vivienda. Una vez efectuada la instalación, U. emitió certificado de la misma, omitiendo que no se había

producido la adaptación del uso de gas butano al de gas natural mediante la transformación de los quemadores del aparato de cocina y del calentador. N. realizó la inspección de la instalación sin que tampoco aparezca indicado estar pendientes de adaptación los quemadores y sí en cambio la declaración de que la instalación quedaba *en disposición de servicio*. Con posterioridad, la empresa Z., subcontratada por U., efectuó la transformación de la cocina y calentador a gas natural, pero no haciéndose trabajo sobre el calentador.

La existencia de un defecto en la instalación interior provocó una mala combustión en los quemadores de los aparatos, lo que originó una inhalación de gas por doña C., resultando intoxicada por monóxido de carbono y generándosele una serie de lesiones y trastornos psíquicos.

Doña C. interpuso demanda contra N. y U., solicitando la condena de éstos como responsables directos solidarios al resarcimiento de los daños sufridos, en la cuantía de veinticinco millones de pesetas. Posteriormente desistió de la acción frente a U., continuándose el procedimiento únicamente contra N.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, condenando a N. al pago de dos millones de pesetas e intereses legales. Interpuesto recurso de apelación por doña C. y S. (sociedad absorbente de N.), la Audiencia Provincial estimó el recurso de S. y desestimó el de doña C., revocando la anterior sentencia y desestimando la demanda. Contra esa sentencia, doña C. recurrió en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—La sentencia anotada hace reiteradas menciones a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (arts. 25 a 29), vigente en el momento de los hechos (con posterioridad serían de aplicación específica los preceptos de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos). Actualmente las referencias deberían entenderse hechas al Texto Refundido de la Ley de consumidores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y específicamente a su normativa referente a la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos (Libro tercero, arts. 128 a 149) (*F. J. J. M.*)

57. Culpa extracontractual: responsabilidad por riesgo: doctrina general.—El motivo del recurso se funda en la infracción de los artículos 1902 y 1903 CC y de la jurisprudencia que aplica soluciones cuasi-objetivas a la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, limitándose a extraer el contenido de una serie de sentencias de los años 80 y 90 sobre las tendencias objetivadoras en el tratamiento de la responsabilidad civil, especialmente mediante la inversión de la carga de la prueba, de suerte que existiendo un riesgo en el actuar de los propietarios de la piscina, el propio riesgo, haciendo abstracción del factor psicológico de la posible culpa del gente, bastaría para justificar la casación de la sentencia impugnada. El motivo ha de ser desestimado ya que, amén de extractarse, del contenido de las sentencias citadas, consideraciones generales sobre aquellas tendencias objetivado-

ras pero sin justificar su aplicación a casos que guarden alguna relación con el litigioso, la parte recurrente va mucho más allá de lo que tales sentencias declaran y, en suma, pretende que el riesgo puede ser por sí sólo, al margen de cualquier otro factor, fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos 1902 y 1903 CC, algo que la jurisprudencia de esta Sala no sólo nunca ha llegado a afirmar sino que incluso ha negado expresamente, porque supondría tanto como pasar de las «tendencias objetivadoras» a la responsabilidad puramente objetiva, propia de regímenes especiales de responsabilidad civil, pero no del régimen general establecido en las normas de que se trata (así SSTs de 6 de abril de 2000, 31 de diciembre de 2003, 4 de julio y 6 de septiembre de 2005 y 26 de septiembre de 2006).

Doctrina general sobre responsabilidad por daños a las personas causados en piscinas.—La jurisprudencia de esta Sala viene declarando que para apreciar responsabilidad en los casos de daños personales con ocasión de bañarse en una piscina, es preciso o bien que los vigilantes no se hallen en el lugar del accidente (STS de 14 de junio de 1984) o que no exista personal adecuado de vigilancia (STS de 23 de noviembre de 1982) o que el propietario de la piscina no haya cumplido las exigencias administrativas que determinan la autorización de la apertura (STS de 10 de abril de 1988) o que se creen riesgos que agraven los inherentes al uso de una piscina (STS de 23 de febrero de 1995) o cualquier otro análogo que permita fundar el reproche culpabilístico (STS de 2 de septiembre de 1997, cuya doctrina se reproduce en STS de 14 de noviembre de 2002). Pero la presencia de alguno de estos factores tendrá que ponerse en relación con todas las demás circunstancias concurrentes (capacidad de discernimiento de la víctima, conocimiento de la condiciones de la piscina, actuación de la propia víctima), así como la circunstancia de que el puesto de vigilante desde un punto obligado es el propio del baño de las playas, por el contrario es insólito y fuera de todo uso en las piscinas por razón de lo reducido de superficie de agua, así como lo que la doctrina ha denominado competencia de la víctima (STS de 6 de septiembre de 2005).

Ahogamiento de persona de cuarenta años, que no sabe nadar, usuario habitual de la piscina, al penetrar en zona profunda señalizada: culpa exclusiva de la víctima.—Pese a la momentánea falta de presencia de los dos socorristas en el puesto elevado de vigilancia, estando probado que un socorrista atendía en ese momento a un lesionado en dependencia aneja y próxima a la piscina, acudiendo de forma inmediata a prestar ayuda a la víctima, y que ésta, un varón de cuarenta años de edad, había sido usuario habitual de la piscina a lo largo del año y conocedor de sus características, de sus diversas zonas y del concreto punto en que se iniciaba el desnivel; que la señalización de éste era más que suficiente, y que la víctima que no sabía nadar estaba acompañado de dos amigos, todo lo cual conduce a considerar que el hecho dañoso se produjo dentro del ámbito de competencia de la misma víctima, por una conducta ciertamente poco explicable pero cuyas consecuencias no cabe poner a cargo de la comunidad demandada propietaria de la piscina, teniendo en cuenta, además, que se declara probado que la piscina se adecuó a las normas administrativas vigentes al tiempo de su construcción. **(STS de 6 de junio de 2007;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—Los daños a las personas causados en las piscinas constituyen uno de los sectores *sensibles* en la jurisprudencia de la Sala I.^a, la cual se ha esforzado, desde los años 80 del siglo pasado, por elaborar un cuerpo de doctrina jurisprudencial coherente y lo

más ampliamente comprensiva. La sentencia extractada trata de fijar el umbral mínimo de la responsabilidad bajo el concepto de *competencia de la víctima*. Ésta, aunque no pertenecía a la comunidad de propietarios, era aceptada en sus instalaciones y en su calidad de usuario habitual debía conocer razonablemente la zona de peligro en la que, inexplicablemente, se adentró; no era un menor escasamente consciente del riesgo, ni un joven que desafía cualquier peligro, sino un hombre maduro que debía ser consciente de las precauciones a adoptar cuando se ignora el arte de la natación. En el FD 3.º se denuncia con acierto la falta de fundamentación del motivo que se apoya en las *declaraciones generales* de la jurisprudencia, muy frecuente en los años 80 y 90, e, incluso –añadido– actualmente, sobre la evolución jurisprudencial hacia una cuasiobjetivación de la responsabilidad civil. Acaso ha llegado el momento de prescindir de tales *latiguillos jurisprudenciales* que muchas veces no trascienden al fallo, y emplearlos exclusivamente cuando así suceda. Hace poco he podido constatar que: «es habitual encontrar un Fundamento de Derecho típico que los ponentes de la Sala 1.ª utilizan con no poca frecuencia *ad libitum*, venga o no a cuenta en relación con la *ratio decidendi del fallo*» (García Cantero «Relectura del art. 1902 del Cc visto desde el siglo XXI», en AC, núm. 4, 2.ª quincena febrero 2007, pp. 363). (G. G. C.)

58. Teoría del riesgo. No se aplica: regentar un supermercado abierto al público no se considera en sí misma una actividad generadora de riesgo.—Si el accidente ocurre y éste causa un daño, surgirá, ciertamente, la responsabilidad de las personas que tenían la obligación de proporcionar a los usuarios del supermercado las debidas condiciones de seguridad, acreditando el demandante la omisión de diligencia exigible por parte de los responsables del establecimiento cuyo empleo hubiese evitado el daño, acorde con las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, según previene el artículo 1104 CC, teniendo en cuenta que el hecho de regentar un negocio abierto al público, no puede considerarse en sí mismo una actividad creadora de riesgo, tanto dentro como fuera del mismo, y que, aunque así fuera, la jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC (SSTS de 11 de septiembre de 2006, 22 de febrero de 2007), como tampoco acepta una supuesta objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva ni la inversión de la carga de la prueba, limitada en la actualidad a supuestos legalmente tasados (art. 217.6 LEC). Los hechos declarados probados en la sentencia son claros para descartar que los materiales empleados no fueran adecuados o que la suciedad fuera causalmente relevante para propiciar la caída y estos aspectos fácticos no pueden ser revisados en casación, por lo que no puede aceptarse lo argumentado en el motivo. Con reiteración esta Sala ha declarado que en los litigios sobre responsabilidad civil por culpa extracontractual cabe discutir en casación el juicio del tribunal de instancia sobre el criterio de imputación subjetiva de los daños al causante de los mismos y sobre los aspectos de la relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño que exigen una valoración jurídica, cifrados en la llamada imputación causal, pero no la determinación objetiva de los hechos sobre la existencia o inexistencia del daño y sobre la naturaleza

y circunstancias de la acción u omisión (STS de 22 de febrero de 2007 y las que en ella se citan).

Normativa protectora de consumidores relativa a riesgos derivados de los productos: no es aplicable.—Aunque la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios reconoce como derechos básicos de consumidores y usuarios «la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad», no es aplicable al supuesto. El riesgo de sufrir una caída no proviene de la utilización de los productos o servicios puestos en el mercado a través de una actividad propia sino a condiciones normales y previsibles de utilización, como es el tránsito por una zona al aire libre, mojada por efecto de la lluvia y con material constructivo exigido y adecuado para el usuario. (STS de 30 de mayo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.— Don E. reclamó de las entidades demandadas *Supermercado M., S. A.* y *Seguros W., S. A.*, el importe de 14.171.818 pesetas, en que cuantifica los daños y perjuicios derivados de lesiones y secuelas sufridas al caer cuando salía de uno de los Supermercados de la entidad *M., S. A.* después de haber realizado unas compras. El actor imputa a la entidad demandada lo siguiente:

a) El pavimento del lugar en que se produjo era muy deslizante, e implícitamente inadecuado para un lugar de entrada y salida de un supermercado.

b) Existía suciedad acumulada convirtiendo el lugar en un barrizal, con defectuosos desagües, de modo que la entidad demandada debió quitar el agua o limpiarlo.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, rechazando ambos criterios de imputación. Y la Audiencia Provincial confirma el fallo del Juzgado. El demandante interpone recurso de casación. (*S. M. S.*)

59. Responsabilidad extracontractual por accidente en una suelta de vaquillas. Exclusión de la consideración de encierro.—No puede considerarse el festival de autos como un «encierro», en el sentido legal y usual del término o de la palabra, en primer lugar, porque en ningún momento, en toda la documentación del expediente administrativo y en los avisos al público (bando municipal, etc.), se alude a tal término, pues el utilizado, con diversas acepciones («corrida de vaquillas», «suelta de vaquillas», «toreo de vaquillas», como asunto propio del festival) dista mucho de lo que es conocido por «encierro».

Asunción del riesgo por parte de la víctima.—Existe una numerosa jurisprudencia en el sentido de la aquí recurrida, en la que, partiendo de la «voluntaria aceptación del riesgo» (en los festejos taurinos, en general, para los participantes), o en la «culpa exclusiva de la víctima», más en particular, en los casos en que ésta se dé, se exonera de responsabilidad al patrocinador-organizador que cumpla con las normas precautorias de seguridad, establecidas reglamentariamente, no dándose, pues, su culpa por los daños que se causen: SS de 13 de febrero, 3 de abril, 18 de junio y 17 de octubre de 1997, y 24 de octubre de 2000. (STS de 15 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—El demandante intervino en un festejo popular consistente en toreo de vaquillas y fue embestido en una plaza pública por un animal, que le causó unas lesiones. El lesionado demandó al Ayuntamiento de Pozuelo (Albacete) y a la compañía aseguradora reclamando una indemnización por los daños sufridos.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que había culpa exclusiva de la víctima, que había asumido el riesgo inherente a la participación en el festejo. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación al dejar sin efecto el pronunciamiento relativo a la condena en costas. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. B.*)

60. Responsabilidad extracontractual por accidente en un encierro y suelta de vaquillas. Asunción del riesgo por parte de la víctima.—Este motivo no puede aceptarse. El recurrente pretende que se aplique el principio de la responsabilidad objetiva a un accidente ocasionado por un cabestro en un encierro de reses bravas, en el que participaba y ello en base a dos sentencias de esta Sala, las de 30 de abril de 1984 y 17 de septiembre de 1998. En un caso semejante, la S de 10 de febrero de 2006 afirma que «la doctrina jurisprudencia dictada para casos similares no permite acoger la tesis del recurso» y respecto de dos de las sentencias citadas como infringidas en aquel recurso y también en el que ahora se examina, afirma que no pueden servir de base para el recurso porque: «a) En cuanto a la de 30 de abril de 1984 que se refiere a un caso de embestida a una persona que salía de su casa por una res que no había sido debidamente encerrada en el recinto correspondiente una vez concluido el encierro; [...], y d) La de 17 de septiembre de 1998 se refiere a un caso exactamente igual al que se juzga —suelta de un toro por las calles de la parte antigua de la localidad—, pero que en cualquier caso se trata de una sola sentencia, y su doctrina no es la general que se mantiene». Porque, sigue diciendo la citada S de 20 de febrero de 2006, «En cambio, en sentido contrario a la argumentación del recurrente, cabe invocar numerosas resoluciones de esta Sala, que, en casos idénticos o similares, aplican el criterio de la “culpa exclusiva” por asunción del propio riesgo creado. En tal sentido SS de 13 de febrero, 3 de abril y 18 de junio de 1997 (todas ellas relativas a un participante como corredor), 25 de septiembre de 1998 (situado en una suelta de vaquillas en un lugar no permitido), 8 de noviembre de 2000 (se produjo la cornada en el corrillo de la plaza, no en el callejón, cuando el cogido por la res participaba activamente en el espectáculo) y 14 de abril de 2003 (participante activo en el encierro de vaquillas)». A esta sentencia y las que cita, debe añadirse la de 7 de junio de 2006.

Lo anterior sería suficiente para rechazar este motivo del recurso, puesto que no se ha infringido la jurisprudencia de esta Sala, como pretende el recurrente; pero a ello hay que añadir, además, que la sentencia recurrida determina claramente que la causa de los daños sufridos por el recurrente se debió a su propia acción, de manera que «no aparece acreditado la relación de causalidad imprescindible para montar la exacción de responsabilidad basada en el suceso ocurrido», de manera que don Daniel asumió el riesgo inherente a la participación en el festejo, consecuencia del cual sufrió las lesiones por las que reclama. (**STS de 20 de marzo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El demandante intervino en un encierro y suelta de vaquillas con toreo en recinto delimitado. Cuando las reses bravas se habían introducido en la plaza, fue sorprendido por un cabestro que le embistió, causándole unas lesiones. El lesionado demandó a los organizadores del festejo, al Ayuntamiento de Navas de San Juan y a la compañía aseguradora reclamando una indemnización por los daños sufridos.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación, al haber asumido la víctima el riesgo inherente a la participación en el festejo. (M. C. B.)

61. *Condictio indebiti*: requisitos.—La *condictio indebiti* exige siempre un aumento patrimonial que traiga su fundamento en un proyecto jurídico-obligatorio, es decir, en una actividad o comportamiento realizado con la finalidad de ejecutar un plan jurídico-obligatorio, un acto con función solutoria que además se haya producido con error del *solvens*; el Código civil por razón del peso de la tradición y del arrastre de concepciones doctrinales que han influido en su redacción, se basa en una concepción estricta, y los preceptos contenidos en los artículos 1895 y ss. exigen expresamente dicho requisito. Existe una concepción más amplia de la *condictio* para comprender una idea más laxa de prestación o para aproximar las soluciones que se dan en el tema de este cuasicontrato de cobro de lo indebido a los supuestos de pagos indebidos sin error, en cuanto no estén cubiertos por las reglas restitutorias dictadas en materia contractual para las hipótesis de nulidad, resolución o rescisión, pero en todo caso el punto de partida se ha de encontrar en una entrega efectuada *solvendi animo* (así SSTS de 12 de abril de 1989, 20 de octubre de 1993, y 20 de julio de 1998, entre otras).

Culpa extracontractual: responsabilidad civil por la comisión por otros de un ilícito.—En realidad no hay cobro de lo indebido sino responsabilidad civil por parte de las dos entidades litigantes en la causación del daño. En efecto, aquí no se produce una entrega *solvendi animo* pues la transferencia que realiza el Banco de CL a una cuenta de que era titular una Sociedad de Valores no obedece a una relación o proyecto jurídico-obligatorio entre estas entidades, ni se verifica en función de pago, sino a una falsa orden supuestamente emitida por el Ayuntamiento de M. que cumple el Banco por creer que la orden es legítima; todo ello tiene su causa en la acción organizada y planificada de terceros, que han resultado imposibles de determinar, es decir, de una entrega inducida a través de una acción ilícita.

Conducta negligente de la entidad financiera que recibe y entrega los fondos.—La gestión y el comportamiento de la entidad financiera interviniente no puede tenerse por ajustada a los cánones de diligencia y de pericia que se han de esperar de un agente profesional en el mercado de capitales y de servicios financieros. En efecto, la falta de comprobación del verdadero destinatario y del titular de los fondos ingresados en una cuenta que, siendo de provisiones, no deja de estar bajo la titularidad y el control de la sociedad de valores, por razón de la creencia, que tiene por única base una comunicación telefónica, sobre la inminencia del ingreso y la fijación de su importe, unidos a la orden verbal, por vía telefónica, de entrega en metálico de la importante suma de 232 millones de pesetas, no parecen seguir los estándares de conducta de un ordenado comerciante ni los de un comportamiento según los

usos del tráfico y las reglas de la buena fe que exigen los artículos 2 y 57 CCO, 7.1 y 1258 CC.

Conducta negligente del Banco que remite los fondos.—En el origen de la entrega interviene una conducta del Banco que tampoco se ajusta a los cánones anteriormente indicados, y se presenta como desordenada y negligente, en cuanto ni advierte a su cliente que se están produciendo comunicaciones extrañas, ni repara en el distinto formato de la orden de transferencia, ni comunica de inmediato, dada la importante cifra de fondos a que afecta, lo que está ocurriendo, ni busca una confirmación expresa de la operación.

Concurrencia de culpas.—Hay culpa concurrente por parte de las dos entidades litigantes en la causación del daño, lo que ha de conducir a una moderación de la responsabilidad, conforme a lo que se ha decidido en otras resoluciones (SSTS de 22 de abril de 1987, 30 de junio y 19 de diciembre de 1995, 23 de febrero, 9 de julio y 12 de noviembre de 1996, 31 de diciembre de 1997, 16 de febrero, 9 y 30 de julio y 7 de octubre de 1998, 12 de julio de 1999, 26 de junio y 17 de octubre de 2001, 23 de enero y 25 de abril de 2004, entre otras) pues ambas entidades han contribuido con sus respectivas culpas a la generación del daño, y es justo que quede a cargo de ambas, por mitad, el daño. (STS de 14 de junio de 2007; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penades.]

NOTA.—Dada la importancia de la suma a que afecta inicialmente el pleito (432 millones de pts.), la personalidad de los litigantes (el Ayuntamiento de una conocida capital de provincia, un Banco de categoría media, y una prestigiosa entidad financiera catalana), así como por las circunstancias extrañas y casi novelescas que concurren en el hecho (en el transfondo de los hechos hay una bien urdida estafa, que, al parecer, ha quedado impune), puede considerarse como uno de los casos civiles más llamativos resueltos por la Sala 1.^a a lo largo del año 2007. Junto a los protagonistas aparecen algunos personajes secundarios cuya actuación queda en la penumbra aunque se niega que fueran cómplices, igual que su relación con los beneficiarios efectivos de la estafa, cuya identidad se desconoce por ahora.

Los hechos, en síntesis, son que el 29 de junio de 1990 el Banco de CLE recibe una orden, que luego resultó falsa, de su cliente el Ayuntamiento de M, para transferir 462 millones de pesetas a una cuenta de la sucursal de aquél en Barcelona, cuyo titular era una entidad financiera; ésta creyó que la citada suma constituía la provisión de fondos anunciada por unos clientes con los que tres días antes había firmado un contrato de servicios patrimoniales y de ejecución de operaciones. El 2 de julio de 1990 el intermediario representante de aquéllos dio orden verbal de transferir 232 millones de pesetas a su cuenta en un Banco de Madrid, y el dinero en metálico fue transportado a través de la empresa ESABE al domicilio de una entidad privada; el 5 de junio de 1990 se dio otra orden verbal para transferir 230 millones de pesetas al mismo domicilio, lo que no se efectuó por sospecharse irregularidades. Se detuvo a los intermediarios, pero, al parecer, fueron meros instrumentos de la estafa, sin poderse hallar a los estafadores ni recuperarse el dinero. El Juzgado de Primera Instancia condenó a la entidad financiera de Barcelona a reintegrar al Banco de CLE la suma de 232 millones de pesetas más determinados intereses. La Audiencia Provincial estimó parcialmente la apelación,

difiriendo en materia de intereses. El recurso de casación se interpone por el Ayuntamiento y el Banco CLE, siendo estimado parcialmente y alterando el fundamento de la condena que establece.

Es notable el esfuerzo argumentativo para prescindir de la *condictio indebiti* como fundamento del fallo parcialmente estimatorio (en la doctrina, sobre el pago indebido sin error, cfr. Lacruz *et alri*, *Elementos*, II-2.º, 3.ª ed., Madrid, 2005, pp. 403 y ss.). En este caso no hay, en realidad, ningún *indebitum* sino involuntaria cooperación a un sagaz plan delictivo de terceras personas. Adviértase que el Tribunal Supremo pasa de puntillas sobre este último aspecto, respecto del cual no hay apenas datos en los autos (¿se abrieron diligencias penales? ¿se inició un sumario? en su caso ¿cómo concluyó éste?), y entra a fondo sobre el tema básico, a saber, quién ha de sufrir la pérdida de los 232 millones, en cierto modo «evaporados» inexplicablemente. Parece claro que se ha optado por una solución equitativa, digna de aplauso, que ha dejado indemne al Ayuntamiento, verdadero «convidado de piedra» de este drama. (G. G. C.)

62. Responsabilidad extracontractual. Evolución jurisprudencial.—Se ha producido una evolución jurisprudencial hacia soluciones objetivadoras de la responsabilidad extracontractual, si bien ello se ha realizado moderadamente, recomendando la inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor en la diligencia requerida, de acuerdo con las circunstancias del caso, sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir (en tal sentido, entre otras, la STS de 18 de julio de 2006).

Compensación de culpas del agente y de la víctima. Moderación de la responsabilidad del primero.—Por virtud de la compensación de culpas, cuando concurren la culpa del agente y la del perjudicado o víctima, los Tribunales deben moderar la responsabilidad del primero y reducir en proporción su deber de indemnización, repartiendo el daño con el perjudicado (aparte de otras, SSTS de 7 de junio de 1991, 24 de diciembre de 1992 y 29 de julio de 2003). No se excluyen de responsabilidad las conductas de los que contribuyen a la producción del riesgo, salvo que se declare la íntegra y total atribuibilidad a la víctima (SSTS de 27 de mayo y 4 de octubre de 1982, 31 de enero, 2 de abril y 17 de julio de 1986 y 3 de octubre de 1992, entre otras). (STS de 30 de abril de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Don A. solicitó de la compañía suministradora eléctrica U. el desvío del cableado eléctrico que discurría por delante de la fachada de su casa, en los siguientes términos «Solicita desvío RETA, que le pasa por delante de una ventana de la vivienda; cable desnudo. Situación peligrosa». U. encargó a la entidad M. el desvío de la línea eléctrica, realizando un empleado de esta última una propuesta de trabajo en la que hizo constar: «Es necesario y urge el desvío por estar los conductores en situación muy peligrosa (a menos de 1 metro de las ventanas) e impedir la protección estando actualmente desnudos». En concreto, entre los cables y la fachada de la casa había menos de un metro de distancia, infringiéndose así por la Norma Complementaria del Reglamento Electrotécnico para baja tensión denominada Instrucción MIE BT 003, e igual-

mente la Instrucción MIE BT 002 en lo relativo al estado en el que se encontraban los cables, desnudos y carentes de protección. Con la intención de remozar y pintar la fachada de su casa, de la que era consciente U., don A procedió a colocar un andamio por delante de la fachada, lo que ocasionó que al estar encima del andamio recibiese una descarga que le causó lesiones y secuelas.

Don A. interpuso demanda contra U., solicitando se condenara a ésta a indemnizarle por las lesiones y secuelas sufridas a consecuencia de la descarga eléctrica.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a U. a pagar a don A. la cantidad de 2.310.181 pesetas Interpuestos sendos recursos de apelación por don A. y U., la Audiencia Provincial desestimó ambos, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, don A. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

63. Responsabilidad civil. Concurrencia de culpas.—Cuando en la producción del daño concurren varias causas, el Tribunal Supremo tiene declarado que ha de acompasarse la cuantía de la responsabilidad al grado y la naturaleza de la culpabilidad (SSTS de 7 de octubre de 1995 y 5 de octubre de 2006). Por este motivo, si no concurre en el caso una culpa exclusiva de la víctima, sino que ésta es compartida con el agente, debe distribuirse proporcionalmente el *quantum* entre la víctima y el agente (SSTS de 12 de julio y 23 de septiembre de 1989). Esta moderación de responsabilidades, que se recoge en el artículo 1103 CC, es una facultad discrecional del juzgador de instancia que depende de las circunstancias del caso y que no es revisable en casación.

Valoración de los daños morales.—La jurisprudencia más reciente (*v. gr.*, SSTS de 11 de noviembre de 2005 y 10 de febrero de 2006) ha rectificado sus criterios iniciales y ha aceptado que pueden resultar orientativos para la fijación del daño moral, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso, los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas basados en la valoración de daños corporales, y en especial el que rige respecto de los daños de este tipo que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor.

Incremento del estándar de diligencia exigido en el supuesto de creación de riesgos extraordinarios. Carga de la prueba.—Según el Tribunal Supremo, la creación de riesgos extraordinarios determina la exigencia de un estándar de diligencia elevado, así como la carga de demostrar el cumplimiento de dicha diligencia más allá de los niveles exigidos reglamentariamente. Esto no supone una inversión de la carga de la prueba, sino la aplicación a estos casos de la regla según la cual, al resolver sobre las consecuencias de la falta de prueba, debe tenerse en cuenta la mayor facilidad probatoria que pueda haber tenido una de las partes respecto de los hechos (STS de 26 de junio de 2006). (**STS de 17 de mayo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Un trabajador que manipulaba un vagón de tren de mercancías para proceder a la descarga de su contenido introdujo la cabeza entre las compuertas del vagón, que se cerraron en aquel momento, produciéndole la muerte por aplastamiento. El cierre de las compuertas fue accionado por otro trabajador desde cuyo pues-

to no se veía la entrada al vagón y que avisó a gritos de que ponía en marcha el mecanismo. No existía otro sistema de aviso del cierre de las compuertas, ni mecanismos de seguridad para evitar accidentes como el que se produjo, pese al peligro que suponía el mecanismo de cierre, dado el elevado peso de las puertas y su caída para cerrar herméticamente el vagón. La empresa encargada de la descarga de los vagones ni siquiera había previsto que otros empleados vigilaran la bajada de las compuertas o que los trabajadores encargados de accionar el mecanismo de cierre se situaran en lugares en que pudieran verlas. Ahora bien, los trabajadores conocían el riesgo de realizar actuaciones como la que llevó a cabo el trabajador fallecido y tenían órdenes expresas de no situarse debajo de las tolvas en el momento de cierre de las compuertas.

La viuda del trabajador interpuso demanda de responsabilidad civil contra la empresa para la que trabajaba su marido, la compañía ferroviaria y el trabajador que accionó el cierre de las compuertas. La demanda fue estimada en primera instancia, condenándose a las dos empresas al pago de algo más de la mitad de la indemnización solicitada, y absolviéndose al trabajador codemandado de todos los pedimentos. Interpuesto recurso de apelación por ambas empresas, la Audiencia provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia apelada. A pesar de que se apreciaba una concurrencia de culpas respecto de la propia intervención de la víctima en el accidente, se declaró que existía una falta de adopción de medidas de vigilancia y control imputable a las empresas condenadas. La empresa para la que trabajaba el fallecido planteó entonces recurso de casación. (A. M. M.)

64. Cómputo del plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad extracontractual: *dies a quo*.—La cuestión se centra en el *dies a quo*, esto es, si hay que contar desde que se produjo el hecho lesivo del que traen causa todos los daños, o si el día inicial ha de fijarse en aquel en que es posible ya reclamar, por haberse producido el daño que es consecuencia del primero. El artículo 1969 CC señala que se empezará el cómputo en el día en que las acciones pudieran ejercitarse cuando no haya disposición especial que otra cosa determine. Tal disposición especial ha de encontrarse en el artículo 1968.2.º CC al indicarse «desde que lo supo el agraviado» (SS de 3 de noviembre de 1992, 19 de noviembre de 1996, etc.). Este necesario conocimiento, como ha dicho la S de 14 de octubre de 1991, ha de relacionarse con la posibilidad efectiva de ejercitar la acción, de tal manera que la noticia directa de los hechos de que deriva la responsabilidad ha de conjugarse con el poder de hacer posible su viabilidad, y ello es coherente con la llamada teoría de la realización, según la cual el nacimiento de la acción se produce cuando pueda ser realizado el derecho que con ella se actúa (SS de 26 de noviembre de 1943, 22 de diciembre de 1945, 29 de enero de 1952, 25 de enero de 1962, 19 de mayo de 1965, 10 de octubre de 1977, 29 de enero de 1982, etc.). Ha de esperarse al resultado definitivo, como señalan las SS de 15 de marzo de 1993, 11 de febrero de 2003, 4 de julio de 1998 y 7 de abril de 1997, entre otras, cuando se trata de daños de producción sucesiva. En todo caso, como han señalado las SS de 22 de marzo de 1985 y 30 de noviembre de 1996, se trata de una cuestión de hecho,

se han de aplicar las reglas de la sana crítica (SS de 26 de septiembre de 1994, 3 de septiembre de 1996 y 12 de mayo de 1997, entre otras) y, finalmente, ha de darse a la cuestión de la prescripción un tratamiento restrictivo, en perjuicio de quien la alega, pues se trata de una cuestión de seguridad y no de estricta justicia (SS de 7 de mayo de 1994, 25 de abril de 2000, 27 de marzo de 2003, etc.).

La prescripción ha de empezar a correr desde que la acción puede ejercitarse, y el ejercicio de la acción es posible desde que tiene el agraviado noticia de los daños, siempre que se mantenga la relación causal entre el hecho generador de los daños y la consecuencia dañosa, lo que en el caso es claro, pues producido el derribo se causan graves daños en el edificio en que radica el establecimiento y se está discutiendo la reparación cuando, años más tarde, se resuelve la franquicia por razón del estado del edificio.

Responsabilidad del promotor en cuanto agente de la edificación.—Sabiendo es que el promotor ha sido considerado «agente de la edificación» por la jurisprudencia, que lo ha situado en la posición en que ahora consagra la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (art. 9 y concordantes) y lo ha equiparado al constructor a efectos de la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC (SS de 29 de junio de 1987, 20 de junio de 1985, 19 de junio de 1990, 1 de junio de 1992, 21 de marzo de 1996, etc.), considerando que corresponde al promotor el impulso y la coordinación de la edificación (SS de 21 de junio de 1999, 30 de septiembre de 1991, 8 de octubre de 1990, entre otras) y que su tratamiento como agente de la edificaciones justifica por su intervención decisiva, por el hecho de que la obra se realiza en su beneficio, siendo el promotor garante de una correcta construcción, así como el dato que es él quien contrata y elige a los técnicos, entre otros motivos (SS de 1 de octubre de 1991, 28 de enero de 1994, 23 de septiembre y 13 de octubre de 1999, etc.) y por ello cabe su condena sin que realice ningún acto de edificación (SS de 3 de julio y 23 de septiembre de 1999, 13 de mayo de 2002, etc.). Razones todas ellas que determinan que la sentencia recurrida haya aplicado correctamente la doctrina jurisprudencial cuya infracción se denuncia, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

Efectos de la actuación del deudor solidario.—Debe observarse que la sentencia de apelación estima parcialmente el recurso formulado por el promotor y revoca la sentencia de primera instancia en el único sentido de limitar la condena al abono de una de las sumas reclamadas, excluyendo la realización de obras o el pago del coste de la ejecución. La aseguradora quedó condenada solidariamente, hasta el límite de la póliza, en los términos dichos. La reducción o restricción de la condena aprovecha, en razón de la solidaridad establecida, a la aseguradora, pues se trata de una excepción (la de prescripción) que «deriva de la naturaleza de la obligación» opuesta por uno de los deudores solidarios (art. 1148), además de que la jurisprudencia tiene afirmado, en base a lo preceptuado en el artículo 1141 CC, que los efectos de la actuación procesal de uno de los condenados alcanzan a su coobligado solidario, por virtud de la fuerza expansiva que la solidaridad comporta (SS de 13 de febrero de 1993, 17 de junio de 1984, 28 de abril de 1988, etc.) (**STS de 8 de junio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—Los actores (dos personas físicas, una comunidad de propietarios y una empresa franquiciada) demandan a una pro-

motora y a la aseguradora de ésta. Reclamaban la realización de las obras necesarias para reparar los daños ocasionados a la estructura del inmueble en el que vivían y se ubicaban y, subsidiariamente, la condena al pago de determinada cantidad además de indemnizaciones a las personas físicas y a la empresa franquiciada. La indemnización de esta última debía incluir las cantidades correspondientes al lucro cesante y al daño ocasionado por la pérdida de la concesión de la franquicia de una importante cadena de venta de ropa y accesorios. Los daños en la estructura del inmueble procedían del derribo y construcción de un edificio contiguo al afectado. La demanda fue parcialmente estimada en primera instancia. La apelación de la parte demandada fue asimismo parcialmente acogida. Interpuso recurso de casación la promotora y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar. (R. G. S.)

65. Responsabilidad extracontractual. Procedimiento penal. Inicio de la prescripción.—En los procedimientos civiles seguidos en ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual, una vez concluido el correspondiente proceso penal previo, el plazo de prescripción de las acciones empezará a contarse desde el día en que pudieron ejercitarse, a tenor de lo establecido en el artículo 1969 CC, lo que puesto en relación con los artículos 111 y 114 LECr y 24.1 CE debe situarse temporalmente en el momento en que la sentencia penal recaída o el auto de sobreseimiento, notificados correctamente, hayan adquirido firmeza, puesto que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por el proceso penal y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil (*vid.* SSTS de 14 de julio de 2006, 31 de marzo y 24 de febrero de 2003, 28 de enero de 1983, 8 de noviembre de 1984, 22 de octubre de 1981 y 22 de octubre de 1980, y STC de 19 de julio de 2004), con independencia de cuándo sea declarada materialmente la firmeza y cuándo sea notificada.

Intrascendencia, a efectos de la prescripción, de la resolución judicial en que se acuerda el archivo del procedimiento.—De este modo, en el caso concreto, la fecha del *dies a quo* queda determinada por la notificación de la sentencia firme dictada en apelación en el juicio de faltas, sin que la resolución posterior en que el Juzgado acordó el archivo del procedimiento pueda tener relevancia a estos efectos, pues no deja de ser una resolución de orden interno a los efectos del archivo material del expediente, sin trascendencia jurídica a los efectos de la finalización de la prejudicialidad, y sin que sea posible extender a este momento el comienzo del cómputo del plazo de la prescripción; y tampoco puede darse virtualidad interruptiva alguna a posteriores solicitudes de las partes en orden a expedición de testimonios o desgloses de actuaciones. (STS de 3 de mayo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—C., de once años de edad, intentó penetrar en el interior de un garaje en el momento en que la puerta metálica se estaba cerrando, resultando atrapado por dicha puerta contra el suelo hasta que pudo ser rescatado y siendo ingresado en el Hospital en coma profundo. Fue dado de alta con un diagnóstico de tetraplejía, presentando imposibilidad total para movilizar las cuatro extremidades, precisando silla de ruedas de forma permanente e

igualmente necesitando respiración asistida a ventilación mecánica. Como consecuencia del accidente se iniciaron actuaciones penales en un juicio de faltas, que concluyeron por sentencia absoluta, que recurrida ante la Audiencia Provincial dio lugar a sentencia en que se desestimó el recurso de apelación y se confirmó la resolución apelada, notificándose el día 16 de septiembre de 1993.

Doña R., actuando como madre y legal representante de su hijo menor C., interpuso el 10 de noviembre de 1994 demanda contra M., S. A., la aseguradora M. I., S. A., la comunidad de propietarios del inmueble, Ascensores I., S. A., y la aseguradora L. Ú. F. E., S. A. (actualmente A., S. A.), en ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual, solicitando, en síntesis, que se condenara solidariamente a los demandados al pago de la cantidad de 540.976.000 pesetas. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, entendiendo existente una concurrencia de culpas. Interpuesto recurso de apelación por todas las partes, la Audiencia Provincial estimó el de los demandados, revocando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, doña R. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

66. Responsabilidad extracontractual del empresario por actos atribuibles a sus empleados. No se produce cuando el empleado utiliza sus facultades para sus negocios propios.—En el presente recurso, sin embargo, no puede imputarse al Banco una responsabilidad extracontractual sobre la base del artículo 1903.4 CC, por las siguientes razones:

1.^a Se trata de un contrato concluido entre dos particulares, uno de los cuales era director de una sucursal bancaria. Hasta aquí no se utiliza la cualidad de empleado del banco, sino que se trata de un negocio privado al margen de la actividad bancaria del prestatario/deudor (en un sentido parecido, la S de 26 de abril de 1999, en una acción interpuesta por un Casino tomador de un cheque falsificado para pago de una operación personal del empleado).

2.^a La conformidad de los talones entregados por el Sr. Luis al Sr. Inocencio se realizó por el primero en calidad de director del Banco, extralimitándose en sus funciones, puesto que las utilizó en beneficio propio. Hubo, por tanto, una actuación abusiva, por desviación de poder al utilizar unas facultades que tenía como empleado para los asuntos del Banco con sus clientes.

3.^a El Banco advirtió y el acreedor/prestamista conoció, que la firma de conformidad no era aceptada por el mencionado Banco, al carecer de fondos la cuenta y haberse extralimitado el prestatario/deudor en sus funciones de director de la sucursal. El documento en el que se advirtió de la situación creada por don Luis no sólo fue conocido por don Inocencio, sino que él mismo lo firmó, aunque manteniendo en su poder el discutido cheque. Por lo que debe considerarse que el Banco actuó con la diligencia exigible al supervisar la conducta de su empleado e impidió, así, que se produjeran daños derivados de la actuación bancaria aparente, quedando en consecuencia, limitado el problema a las relaciones privadas entre prestamista y prestatario.

4.^a Por lo tanto, al tratarse de relaciones personales ajenas a la actividad bancaria propia del Sr. Luis, no debe responder el Banco al no quedar implicada su propia actividad negocial. (STS de 6 de marzo de 2007; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En un contrato de préstamo, el prestatario entregó como garantía del pago tres cheques contra su cuenta corriente, todos ellos conformados por él mismo, como director de la oficina del Banco P. Enterada la entidad bancaria de la operación irregular, se reunió con los dos interesados y les hizo saber que no aceptaba como válida la firma de conformidad realizada por el prestatario y la rechazaba expresamente. Fallecidos el prestamista y el prestatario, las herederas del primero demandaron al Banco P. reclamándole la cantidad adeudada por el prestatario en virtud de la responsabilidad extracontractual por hecho de los empleados.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, por entender que la responsabilidad del Banco se producía por culpa *in eligendo*, pronunciamiento que fue confirmado por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación. (M. C. B.)

67. Responsabilidad de centro docente, y su director por omisión de vigilancia dentro de un vestuario; negligencia: no se aprecia.—No puede, ni por asomo, imputarse responsabilidad a un centro docente y a su director, por la omisión de vigilancia en el interior de un vestuario. Con un normal criterio de racionalidad, no se puede llegar a los extremos que parece pretenderse en la demanda, como vigilar un vestuario, ya que se llegaría a extremos *ab absurdum* como imponer, so pena de responsabilidad, vigilancia y control en comedores, vestuarios, lavabos, retretes, etc., llegando a la violación de la intimidad, derecho constitucional, para evitar riesgos imprevisibles. La única responsabilidad que se puede apreciar se da en la persona que causó, con nexo causal directo, el daño personal a la víctima y éste, alumno de la ikastola.

Prescripción de la acción contra el causante del daño, por no apreciarse solidaridad respecto a los demás codemandados frente a los que sí se produjo interrupción de la prescripción mediante reclamaciones extrajudiciales y un acto de conciliación. Solidaridad impropia: no se le aplican la regla del artículo 1974 CC.—No se ha producido interrupción de la prescripción. En la solidaridad que nace convencionalmente o por disposición legal, se aplica claramente la interrupción de la prescripción a todos los deudores solidarios por aplicación del artículo 1974 CC. Pero si la solidaridad no nace sino de la sentencia, que es la llamada solidaridad impropia, la interrupción de la prescripción respecto a uno de los deudores no alcanza a otro, ya que no era deudor solidario y sólo lo fue desde la sentencia que así lo declaró, no antes (SSTS 27 de marzo de 2003, 14 de marzo de 2003, 21 de octubre de 2002, 23 de junio de 1993). (STS de 4 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El día 10 de noviembre de 1994, en los vestuarios masculinos de la codemandada ikastola U, cuyo director era el también demandado don G, uno de sus alumnos, mayor de edad, don D, el tercero de los demandados, agarró por el cuello al demandante, compañero suyo, a la sazón menor de edad, don A, apretando el tiempo suficiente para producirle un desvanecimiento y al caer al suelo sufrió lesiones.

Dicho demandante ha dirigido la acción contra el joven compañero causante del daño, contra el centro docente (ikastola) y contra

el director del mismo. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Bilbao desestimó la demanda respecto a los dos últimos y la estimó respecto al primero. La Audiencia Provincial que conoció del recurso de apelación mantuvo la misma calificación y no apreció solidaridad entre los codemandados por lo que aprecia prescripción en el único demandado, causante del daño, cuya responsabilidad sí se aceptaba. Por tanto, absolvió a todos los codeemandados. La parte demandante formula el presente recurso de casación. (S. M. S.)

68. Contaminación acústica. Inmisiones. Responsabilidad extracontractual. Régimen legal.—Artículo 1908 CC y legislación especial de naturaleza predominantemente administrativa, tanto en el ámbito local y autonómico, como en el estatal y el comunitario.

Jurisprudencia europea y española.—La Sala se refiere, en los Fundamentos Jurídicos primero a tercero, a los aspectos normativos y jurisprudenciales de las inmisiones sonoras y de otra naturaleza como fuente de las obligaciones de indemnizar en el orden jurídico privado, repasando tanto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

Daño emergente: depreciación de una finca.—Se asume que el valor en venta de una finca o las expectativas de alquilarla por más o menos precio constituyen un elemento patrimonial, siendo la depreciación de la vivienda perjudicada uno de los factores a tener en cuenta para conceder una satisfacción equitativa al perjudicado (STS de 13 de julio de 2005; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994). Es daño emergente la depreciación de las fincas, daño ya irremediadamente producido, porque el valor en venta de una vivienda es elemento patrimonial con múltiples repercusiones en aspectos como la obtención de crédito o el pago de impuestos.

Responsabilidad por ruidos fundada en el artículo 1908 CC: objetiva. La autorización administrativa no exime de la obligación de indemnizar.—La generación de ruidos por la actividad de la empresa demandada es innegable, la responsabilidad fundada en el artículo 1908 CC tiene carácter objetivo y, en fin, la autorización administrativa no exime de la obligación de indemnizar, porque autorizar una actividad no equivale necesariamente a imponer a los vecinos el deber jurídico de soportar todo perjuicio, por grave que sea, que tal actividad produzca. En el caso examinado se declara probada la posibilidad técnica, y económicamente razonable, de disminuir considerablemente los ruidos mediante una determinada configuración de las pantallas paralelas a la vía y mediante unos límites también razonables a la velocidad de circulación y a la composición de los trenes, por lo que tal concepto ha de mantenerse como indemnizable.

Afectación del paisaje como vulneración indemnizable a través del Derecho civil: no se aprecia.—El paisaje no merece hoy por hoy la consideración de objeto de un derecho subjetivo cuya vulneración deba ser indemnizada, sino la de un bien colectivo o común cuya protección incumbe primordialmente a los poderes públicos y cuya lesión dará lugar a las sanciones que legalmente se establezcan pero no a indemnizaciones a favor de personas naturales o jurídicas determinadas.

Así se desprende de la sentencia de esta Sala de 4 de diciembre de 1996, que consideró incurso en abuso de derecho el interdicto de obra nueva promovido por una comunidad de propietarios con base, entre otras razones, en que la construcción comportaba «una limitación ilegal del paisaje marino y abierto que el inmueble de mis mandantes tiene»; así resulta también de algo tan elemental como que toda nueva construcción altera necesariamente el paisaje, sin que por ello la alteración sea indefectiblemente perjudicial; así lo aconseja una prudente atención a la experiencia histórica de que obras de ingeniería o arquitectura denostadas en su día como antiestéticas son hoy apreciadas incluso como símbolos de algunas ciudades; y así, en fin, viene a derivarse tanto del propio relativismo inherente a la percepción estética del paisaje como de la prácticamente imposible determinabilidad de los afectados por su alteración, pues mientras el perjuicio causado por los ruidos suele estar en relación directa con la mayor o menor distancia de la fuente sonora, el paisaje, en cambio, depende en su percepción y disfrute de unos factores de distancia y perspectiva cuyas posibles combinaciones son prácticamente infinitas, todo lo cual refuerza la idea de que su protección y control debe seguir estando confiada, como bien de la colectividad, al Derecho público. (STS de 31 de mayo de 2007; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El litigio causante de este recurso de casación fue promovido por dos hermanos, propietarios de sendas viviendas y copropietarios de un terreno en las proximidades de un viaducto, contra la empresa siderúrgica a la que tal viaducto servía para el transporte de materiales por ferrocarril entre dos de sus factorías de Asturias. La demanda se fundaba en los artículos 1902 y 1908 CC y lo pedido era la declaración del derecho de los demandantes a ser indemnizados por la depreciación de sus propiedades, debida tanto a la ejecución como al resultado y destino de las obras del viaducto ejecutadas por cuenta de la demandada, en la cuantía que se determinara en ejecución de sentencia; la declaración del derecho de los demandantes a ser indemnizados por el daño moral ocasionado por las mismas obras y por su explotación después de concluidas, igualmente en la cuantía que se determinara en ejecución de sentencia; y la condena de la demandada a adoptar las medidas necesarias para evitar la continuación del daño, eliminando o reduciendo en lo posible los ruidos y vibraciones derivados del paso de los trenes por la vía construida. La sentencia de Primera Instancia estima la demanda, parcialmente, a favor del único de los dos demandantes que habitaba en la vivienda presuntamente afectada. Recurrida la sentencia en apelación por ambas partes, el tribunal acoge parcialmente ambos recursos. Contra la sentencia de apelación recurre únicamente la parte demandada. (S. M. S.)

69. Responsabilidad extracontractual derivada de la prestación de servicios sanitarios. Fracaso de la ligadura de trompas. Falta de imputación objetiva del resultado.—Para imputar a una persona un resultado dañoso no basta con la constancia de la relación causal material o física, sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado, es lo que en la determinación del nexo de causalidad se conoce como causalidad material y jurídica. La

primera por su carácter fáctico corresponde examinar al tribunal de instancia, la segunda de carácter jurídico es susceptible de ser revisada en casación. En el caso, la sentencia descarta que exista prueba alguna «de que el embarazo fuese diagnosticado tardíamente, ni de los efectos que esa tardanza podría haber producido, de modo que no cabe en absoluto deducir de eso, que es, se insiste, pura hipótesis, responsabilidad alguna de los demandados». Y ninguna norma de prueba se cita en el motivo como infringida al objeto de facilitar una alteración de las conclusiones probatorias obtenidas por la Audiencia. Lo que se invoca es la infracción de la jurisprudencia de esta Sala con cita de dos sentencias que sólo tienen en común con los hechos que se enjuician la responsabilidad médica. Así, la de 2 de diciembre de 1996, nada tiene que ver con un problema causal sino de imputación subjetiva o negligente, «no por omitir los medios precisos, sino por haberlos adoptado absolutamente a destiempo, teniendo en cuenta, por un lado, la gravedad del cuadro posparto que se presentó en la paciente (que exigía una actuación rápida y contundente) y, por otro, las propias circunstancias personales de la citada», conducta que no se da en el caso; mientras que en la de 25 de abril de 1994, se parte de la falta de información en un supuesto de cirugía voluntaria o satisfactiva (vasectomía), decidida por razones ajenas a la indicación médica, tanto de las consecuencias resultantes como de las indicaciones y prescripciones sobre controles posteriores, tampoco equiparable a este caso. (STS de 29 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La demandante se había sometido a una ligadura de trompas, dados los riesgos previsibles ante un cuarto embarazo, pero a los tres años fue intervenida quirúrgicamente de un embarazo ectópico, resultando con diversas secuelas. En consecuencia, demandó al médico que practicó la esterilización y al titular del establecimiento sanitario en solicitud de indemnización por los daños causados. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirmaron esa decisión. (L. F. R. S.)

70. Culpa médica: enfermo de valvulopatía: innecesariedad de nuevas pruebas: desconocimiento de la causa de la muerte: prohibición del regreso.—La *lex artis* supone que la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad cuanto más precozmente puedan identificar o descartar la presencia de una alteración, sin que ninguna presente una seguridad plena. Implica la obligación de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento; en consecuencia, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, pueden servir de base para declarar la responsabilidad del médico, al igual que cuando no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles (como dice la STS de 23 de septiembre de 2004); no puede cuestionarse el diagnóstico inicial del paciente si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior, infringiendo así la prohibición del regreso que imponen las leyes del razonamiento práctico. En el presente caso la sentencia deja establecido que el diagnóstico efectuado por la médica

demandada era sustancialmente correcto a la vista de las distintas circunstancias concurrente y de la evolución que había experimentado el paciente y que, en consecuencia, no era exigible la práctica de una segunda prueba ecocardiográfica. Esta Sala considera correctamente formulado el juicio acerca de la inexistencia de un nexo de causalidad que permita la imputación objetiva del daño a la médica, ya que no puede conocerse la verdadera causa del fallecimiento del paciente, habida cuenta de la influencia de posibles factores extracardíacos puesta de relieve por los distintos facultativos que han intervenido en el proceso como peritos, y que el diagnóstico era sustancialmente correcto y no requería de pruebas complementarias con un grado razonable de seguridad. Puede afirmarse que la insuficiencia de las pruebas diagnósticas y la inadecuación del tratamiento no pueden afirmarse sino mediante una regresión a partir del desgraciado curso posterior seguido por el paciente, que lo llevó a una operación de urgencia con implantación de una prótesis de urgencia, mediante la cual no pudo salvarse la vida.

Responsabilidad del INSALUD por mal funcionamiento del servicio sanitario: no procede.—La jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo viene declarando que la aplicación de la Ley de 1984 respecto de los servicios sanitarios únicamente puede proyectarse sobre sus aspectos funcionales y no puede alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos (SSTS de 1 de julio de 1997, 5 de febrero 2001 y 5 de enero 2007, entre otras); requiere la concurrencia de un nexo de causalidad, en su doble vertiente fáctica y jurídica, entre el daño producido y el defecto experimentado en el funcionamiento del servicio. En el presente caso la necropsia de la que se hubiera deducido la causa de la muerte no estaba indicada en términos médicos y sociológicos, por lo cual no puede establecerse ni siquiera la existencia de un defectuoso funcionamiento del servicio; tanto más cuanto que el descubrimiento de la verdadera causa de la muerte no hubiera podido evitar el daño, sino únicamente poner de manifiesto la adecuación o inadecuación del diagnóstico y del tratamiento realizados, aunque esto hubiera resultado inútil para modificar el juicio de responsabilidad que no puede articularse por la vía de regreso. (STS de 7 de mayo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—El fallecido de cuarenta y dos años, abogado en ejercicio, casado y con un hijo, era lo que podía calificarse de «enfermo crónico» pues desde 1987 era tratado por el INSALUD de valvulopatía aórtica con doble lesión, estenosis e insuficiencia. En febrero y de junio de 1993 se le practican dos ecocardiogramas, en de julio de 1993 acude a urgencias exponiendo que desde hacía dos meses tenía episodios de tos sin expectoración; el 2 de agosto de es visitado por la médico demandada quien, sin descartar el origen cardiológico de los síntomas, le prescribe un tratamiento con diuréticos, y al mejorar el enfermo le autoriza a partir de vacaciones; el 26 de agosto de ingresa en urgencias originando una intervención quirúrgica para implantarle una prótesis aórtica; fallece el 7 de septiembre de 1993. El Juzgado de Primera Instancia condena al INSALUD a indemnizar en cuarenta millones de pesetas a la viuda e hijo, absolviendo a la médico. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y absuelve a aquél. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por la viuda e hijo, dictándose la sentencia firme a los catorce años de fallecer el enfermo. (G. G. C.)

71. Culpa médica: muerte de enfermo terminal de carcinoma de laringe: prueba pericial.—La falta de especialidad médica en oncología por parte de los peritos no constituye impedimento alguno para que puedan asesorar al tribunal en una materia que pertenece al ámbito de la profesión médica, pues el artículo 615 de la derogada Ley procesal se limita a decir que los peritos deben tener título de tales en la ciencia o arte a que pertenezca el punto sobre el que han de dar su dictamen. El testimonio del dictamen forense emitido en actuaciones penales no constituye prueba pericial en sentido estricto a efectos de los requisitos del nombramiento y causas de recusación de los peritos, y nada impide que el tribunal lo valore en unión de las restantes pruebas.

Error de diagnóstico.—Mientras la sentencia recurrida considera que el paciente se hallaba en una situación terminal que impedía la eficacia de cualquier tratamiento quirúrgico e hizo inútiles, incluso, las transfusiones sanguíneas realizadas *in extremis*, toda vez que presumiblemente se hallaban afectados los vasos del paquete vascular-nervioso del cuello a consecuencia del carcinoma de laringe recidido que provocaba sucesivas hemorragias y llevó al paciente a un choque hipovolémico, la recurrente estima que no se halla probado el estado terminal del paciente, ni tan siquiera la aludida afectación del cuello, lo que le lleva a la conclusión de que hubiera sido eficaz una transfusión, que no debió interrumpirse el tratamiento hospitalario, que la administración de fármacos fue producto de un error de diagnóstico y en el tratamiento e incurrieron en falta de atención, y, por añadidura, las deficiencias de personal y funcionamiento del establecimiento sanitario motivadas por la estación estival —que el tribunal estima no probadas—, así como la falta de atención de las enfermeras —cuya realidad el tribunal igualmente rechaza—, en unión de errores médicos de diagnóstico y tratamiento produjeron, cuando menos, una aceleración en el fallecimiento del paciente. Aun cuando estas conclusiones probatorias tratan de fundamentarse razonadamente en determinados informes periciales aportados al proceso, las conclusiones formuladas por el tribunal de instancia, basadas en la autoridad médica de los dictámenes emitidos en el proceso penal antecedente por el médico forense y en el proceso civil por tres médicos miembros de la cátedra de Medicina Legal de la Universidad de Barcelona, no pueden considerarse como arbitrarias y, en consecuencia, no pueden ser revisadas en casación.

Responsabilidad por defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios: no procede.—Esta Sala admite la invocación de la Ley de protección de consumidores en relación con la responsabilidad derivada del defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios, si bien advierte que los criterios de imputación derivados de la expresada ley deben proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario, y no pueden alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos. En el presente caso tal responsabilidad no concurre. (STS de 22 de mayo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

72. Culpa médica: cáncer de mama: integración de hechos por la sentencia.—El recurso pretende, de manera autónoma e independiente, una integración de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia mediante la incorporación de una referencia más detallada de la que se efectúa en la misma en lo relativo al tamaño del tumor extirpado y al proceso cronológico de su formación; la conclusión negativa no obsta a que estos datos, que constituyen, en todo caso, hechos complementarios o accesorios

de aquellos que la sentencia de instancia considera de manera directa como relevantes para la conclusión obtenida, puedan ser tenidos en cuenta al examinar los restantes motivos de casación.

Prueba.—La conclusión probatoria obtenida por la sentencia no es absurda, puesto que las referencias efectuadas por la sentencia a la corrección del tratamiento no tienen más finalidad que poner de manifiesto que los medios de diagnóstico empleados fueron correctos, cosa que no resulta extraña si se tiene en cuenta que de los propios pasajes de los dictámenes periciales que recoge la parte recurrente se infiere que las pruebas mamográficas permiten un mayor grado de previsión en el diagnóstico que la palpación, de la cual no se prescindió, sino que fue realizada únicamente al principio de los exámenes médicos.

Prevención del carcinoma mamario.—Pretende la recurrente que en la prevención del carcinoma mamario figura como técnica indispensable de diagnóstico o exploración física de la paciente, mediante la exploración y palpación de la mama. Sin embargo, en el proceso de tratamiento desarrollado a lo largo de un decenio, dichas pruebas se realizaron en la fase inicial y las pruebas mamográficas, que no excluyen la posible práctica complementaria de una exploración directa por el encargado de su realización, tienen un grado de precisión mayor, por lo que no se ha probado que la *lex artis* exija necesariamente la práctica de dichas pruebas por el ginecólogo que ordena la mamografía como previa o complementaria a su práctica por el facultativo que la realiza.

Doctrina jurisprudencial.—La STS de 23 de septiembre de 2004 ha apreciado responsabilidad cuando se omitió la realización de determinadas pruebas exigidas por una conducta adecuada a la *lex artis ad hoc* que hubieran permitido descartar la existencia de un carcinoma o detectarlo en un estadio precoz con aumento de las posibilidades de curación o supervivencia. En el caso examinado no se advierte que la Sala de instancia infrinja esta doctrina cuando, en un examen de la prueba practicada, llega a la conclusión —la cual no se ha demostrado arbitraria en relación con el examen de la prueba pericial— de que las pruebas diagnósticas fueron las correctas y se practicaron tempestivamente, dando lugar a la práctica del tratamiento posterior adecuado; el hecho de que la prueba anatomopatológica confirmase, en definitiva, el diagnóstico de malignidad respecto de un tumor ya avanzado no es suficiente para entender, conociendo *a posteriori* el curso completo de la enfermedad, que dicha prueba debió practicarse con anterioridad, en la etapa en que cabían diagnósticos diferenciales y las pruebas mamográficas en relación con una mama conflictiva no revelaban signos de malignidad. (STS de 16 de abril de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

73. Culpa médica: deber de información en el nacimiento de un hijo con síndrome de Down: no hay responsabilidad cuando se trata de embarazos normales.—El deber de información sobre la posibilidad de práctica de pruebas para comprobar la posibilidad de que el feto esté afectado por el síndrome de Down, únicamente existe cuando se dan circunstancias que evidencien o permitan sospechar con arreglo a la *lex artis* la existencia de un riesgo de que el feto presente algún tipo de anomalía psíquica, pero no en los casos que pueden considerarse normales y no afectados por circunstancias extraordinarias. Así en la jurisprudencia más reciente esta Sala ha considerado infringido el deber de información sobre dichas pruebas en casos en los cuales existía un diagnóstico de alto nivel de riesgo, y, a pesar de haberse practicado, se omitió comunicación del resultado de la prueba de amniocentesis (STS de 6 de junio de 1997); se conocía la existencia de un pariente colateral con síndrome

me de Down y había fracasado la primera prueba (STS de 18 de mayo de 2006); concurría la circunstancia de una avanzada edad de la gestante (STS de 7 de julio de 2002); o se daba esta misma circunstancia, con un resultado dudoso de la prueba primeramente realizada (STS 21 de diciembre de 2005), habiendo declarado esta última que la discusión procesal cuando la madre alega su intención de abortar, en la mayoría de los casos representa un debate estéril fundado en especulaciones que generan una innecesaria complejidad en supuestos para cuyo enjuiciamiento resulta suficiente un simple juicio de probabilidad que puede efectuarse ponderando la edad y demás circunstancias de la madre y la posibilidad legal y física de interrumpir su embarazo en función del diagnóstico prenatal. En el caso examinado no puede afirmarse que concurra alguna de las circunstancias que conllevan la apreciación de un riesgo de nacimiento con síndrome de Down según la apreciación de la prueba pericial que razonablemente realiza la sentencia de apelación, la cual manifiesta: *a)* que aparecen informes de ambos progenitores con cariotipos normales; *b)* según los informes periciales no se asocia la ingesta de determinados fármacos durante el embarazo a la posible aparición del síndrome; *c)* los informes periciales consideran que el seguimiento del embarazo fue el habitual, correcto y ajustado a la *lex artis* en su momento histórico, año de 1994; *d)* consideran que no se aprecia ningún antecedente ni indicación de riesgo del síndrome en una paciente de veintinueve años sin antecedentes familiares ni personales; *e)* consideran que del tratamiento estomatológico practicado a la madre, no puede derivarse o producirse el síndrome de Down durante el embarazo, y *f)* el resto de informes y las ampliaciones, complementos y matizaciones de los mismos no contradicen estas conclusiones. El recurso alude reiteradamente a la existencia de un pariente de la embarazada nacido con el síndrome, pero tal hecho no aparece probado. (STS de 19 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

74. Culpa médica: medicina voluntaria o satisfactiva: nacimiento de hijo posvasectomía del padre: deber de información: prueba.—Como ha destacado la STS de 21 de octubre de 2005, y recuerda la STS de 4 de octubre de 2006, los actos de medicina voluntaria o satisfactiva (categoría ya apuntada en SSTS de 25 de abril de 1994 y 11 de febrero de 1997 en relación con las operaciones de vasectomía) no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se toma, la medicina satisfactiva, en consideración a la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida. Sin embargo, dada su peculiar naturaleza, exige extremar el deber de información, el cual, conforme a STS de 12 de febrero de 2007, según la jurisprudencia de esta Sala, debe ser una información objetiva, veraz, completa y asequible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia; aunque el cumplimiento de esta obligación debe considerarse independientemente de que la intervención se desarrolle, en sí misma, con sujeción a la *lex artis*, sin embargo el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de aquélla y forma parte de toda actuación asistencial y constituye una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica (así SSTS de 29 de mayo y 23 de julio de 2003, 21 de diciembre de 2005 y 10 de mayo y 15 de noviembre de 2006). En el presente caso, partiendo del fracaso de la

operación de vasectomía por haberse producido una recanalización de los conductos seminales, la cuestión se concreta en determinar si se cumplió el deber de información establecido en el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad, en el sentido de explicar el antedicho posible fracaso que puede producirse entre un 0,2 y un 1 por 100 de casos, lo que constituye un riesgo propio de la intervención. La sentencia fija como hecho probado que existió una información muy detallada sobre los cuidados que debía seguir el paciente sometido a la intervención de vasectomía para evitar los riesgos de la recanalización, e infiere de este hecho, en combinación con otros elementos probatorios en una conclusión, la cual no aparece como descabellada o errónea, atendidas las distintas circunstancias de distinta índole que toma en consideración, de que existió una información completa, aunque ésta no haya podido probarse documentalmente lo que representa un requisito sólo *ad probationem*. El hecho de que haya dos análisis con resultado de azoospermia, uno en el mes anterior al embarazo y otro posterior, nada arguye contra el cumplimiento del deber de información del médico y sólo demuestra la existencia de un error de análisis, habiendo declarado la sentencia que basta un seminograma negativo para mantener relaciones. (STS de 23 de mayo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (*G. G. C.*)

75. Responsabilidad extracontractual derivada de la prestación de servicios sanitarios. Doctrina del daño desproporcionado.—En el caso, no demandados los profesionales, la referencia a la praxis hospitalaria en concreto recibida ha de examinarse en relación sólo con el centro. No hay, a lo que parece, una prueba de la negligencia o de la impericia de los profesionales que han actuado, ni se da la constatación de una carencia de medios significativa, pero la respuesta, en Derecho, al desastroso resultado de una sencilla operación quirúrgica no se obtiene al señalar que la operación «finalizó con éxito». No puede calificarse de este modo una intervención en la que se produjo hipoxia y que determinó el coma profundo. Por eso acude, con acierto, el Juzgado de Primera Instancia a la doctrina del «daño desproporcionado», a la que se han referido múltiples decisiones de esta Sala (SS de 17 de julio de 1989, 12 de febrero de 1990, 15 y 23 de febrero de 1993, 6 de julio de 1995, 2 de diciembre de 1996, 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1999, 19 de febrero, 23 de junio, 9 y 21 de diciembre de 1999, 31 de julio de 2002, 31 de enero de 2003, etc.) hasta en las decisiones más recientes (26 de junio de 2006, 20 de abril de 2007, RC 1667/2000, entre otras). Esta doctrina, como ha dicho la última de las sentencias citadas, adapta la tesis de la *faute virtuelle* de la jurisprudencia francesa y la doctrina de la «prueba aparente» de la jurisprudencia alemana, o la técnica anglosajona de la evidencia que crea o hace surgir una deducción de negligencia, pues se presenta un resultado dañoso, generado en la esfera de acción del demandado, no en la de la víctima, de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, y ello permite, paliando la exigencia de prueba de la culpa y de la relación de causalidad, no ya deducir una negligencia, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una exigencia de explicación que recae sobre el agente, pues ante el daño desproporcionado, que es un daño habitualmente no derivado de la actuación de que se trata ni comprensible en el riesgo generalmente estimado en el tipo de actos o de conductas en que el daño se ha producido, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación. No se ha producido por parte de la entidad demandada una explicación que

excluya la imputación de los daños. (STS de 23 de mayo de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—Después de que le fuera practicada una intervención quirúrgica de corrección de la desviación del tabique nasal, el paciente empezó a tener dificultades respiratorias y, pese a ser atendido inmediatamente, sufrió una hipoxia y entró en coma profundo, falleciendo poco después. Los herederos del paciente demandaron al titular del centro hospitalario solicitando una indemnización por los daños causados.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, aunque rebajando la cuantía de la indemnización. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, confirmando el pronunciamiento del Juez de Primera Instancia. (L. F. R. S.)

76. Responsabilidad médica. Alcance del consentimiento informado en los actos médicos curativos: exclusión de los riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes.—El consentimiento informado presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o de la llamada medicina satisfactiva. En relación con los primeros no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revisitan una gravedad extraordinaria: se incluye hoy como información básica los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones (art. 10.1 de la Ley 41/2002), quedando fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos, que son aquellos que pueden producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia (STS de 28 de diciembre de 1998). En este caso, el riesgo de disartria como consecuencia del tratamiento de rehabilitación aplicado no puede calificarse como típico ni frecuente, por lo que no podía considerarse como exigible una información detallada acerca de su posible concurrencia. (STS de 17 de abril de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don R., facultativo especialista en rehabilitación integrado en el sistema público de la sanidad andaluza, tuvo como paciente desde el 9 de febrero de 1990 hasta el 10 de enero de 1994 a doña E., que padecía una intensa escoliosis, administrándole un tratamiento consistente en tracción vertebral nocturna de Cotrel (tracción con punto fijo en el mentón), con un resultado final de mejora. Sin embargo, doña E. terminó padeciendo una disartria que, unida a la escoliosis, determinó que se le reconociera una minusvalía del 34%.

Doña E. interpuso demanda contra don R. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la anterior sentencia. Doña E. recurrió en casación contra la sentencia de la Audiencia, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

77. Doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado.—La existencia de un resultado desproporcionado no determina por sí solo la apreciación de responsabilidad del médico, sino la exigencia al mismo de una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia que hay entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida.

Necesidad de constancia escrita de la información por parte del médico al paciente.—A la luz del artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril de (aplicable a este caso), no hay incumplimiento del deber de información del médico ante la ausencia de información escrita sobre la intervención quirúrgica a practicar, bastando con la información verbal. Al encontrarse en el ámbito de la medicina curativa, y ante una situación de especial necesidad quirúrgica, no cabe exigir una información acerca de todos y cada uno de los riesgos eventuales y potenciales que pueden producirse, máxime si se tiene en cuenta que, en el orden natural de las cosas, parece razonable presumir, dadas las circunstancias del supuesto, que los padres demandantes, en bien de su hijo, no se habrían opuesto a la técnica empleada de haber sido consultados. (**STS de 30 de abril de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Los demandantes, padres de un menor, interponen demanda de reclamación de cantidad por importe de cincuenta millones de pesetas contra dos médicos y el Servicio Valenciano de Salud, con fundamento en la situación de ceguera consolidada e irreversible, producida a raíz de la intervención quirúrgica practicada a su hijo el 13 de marzo de 1991, el cual había nacido el 13 de febrero anterior con síndrome de Down y con cataratas congénitas bilaterales. Se alega la existencia de una actuación culposa del personal médico porque en niños tan pequeños es aconsejable una técnica más conservadora, y la omisión de la adecuada información en cuanto nunca se les informa de la intervención de alto riesgo que lleva consigo el implante de lente intraocular. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como La Audiencia Provincial desestiman la demanda y absuelven a los demandados. El Tribunal Supremo no ha lugar al recurso de casación planteado por los demandantes. (*Alma R. G.*)

78. Responsabilidad extracontractual derivada de la prestación de servicios sanitarios. El titular del centro de salud responde por hecho propio por la prestación irregular o defectuosa del servicio.—La prestación de atenciones sanitarias no puede examinarse desde la perspectiva de un mero contacto social cuando, como ocurre en el caso que nos ocupa, se realiza en el marco de un servicio público (entre las más recientes, S de 20 de junio de 2006 y las que allí se citan) lo que, dejando ahora de lado si en consecuencia de lo indicado ha de tratarse como un supuesto de prestación obligatoria de un servicio que no puede ser valorada de modo distinto en los supuestos de haberse establecido la relación por vía de contrato o por vía de cobertura del servicio, ha de llevar a la consideración de que la prestación del servicio implica a los profesionales y al establecimiento no exclusivamente como un supuesto de actuación negligente o culposa de los profesionales que es presupuesto necesario de la responsabilidad del establecimiento como

«responsabilidad por hecho ajeno» y se subsume en el artículo 1903.IV CC (SS de 24 de junio de 2000, 20 de diciembre de 1996, 15 de marzo de 1993, entre muchas otras) como una suerte de «responsabilidad vicaria» (S de 21 de junio de 2006), sino también como una responsabilidad que cabe reclamar directamente del establecimiento o centro hospitalario (de la entidad o persona titular) cuando la prestación del servicio es irregular o defectuosa por omisión o por incumplimiento de los deberes de organización, de vigilancia o de control que le son directamente imputables. Toda vez que se trata, más que de una responsabilidad por hecho ajeno en sentido propio, de una responsabilidad por la prestación de un servicio al que está obligada la entidad y que se desarrolla a través de profesionales idóneos, cuya organización, dotación y coordinación le corresponde. Así, la S de 13 de octubre de 1995 declara que surge la responsabilidad del centro médico-quirúrgico cuando en el establecimiento faltan los elementos adecuados para la clase de operación de que se trate según las exigencias de la ciencia y en orden a las múltiples eventualidades orgánicas y funcionales que previsiblemente pueden surgir. La S de 27 de noviembre de 1997 declara la responsabilidad del INSALUD como responsabilidad directa, imputable a la entidad, sobre la base de doctrina ya formulada en las SS de 12 de julio de 1988, 24 de febrero de 1992, 21 de septiembre de 1993, 6 de marzo de 1995, 19 de julio y 3 de septiembre de 1996. En esta misma línea, entre las más recientes, las SS de 10 de mayo de 2006 y 5 de enero de 2007, declarando esta última la responsabilidad por un daño que era directamente imputable al servicio hospitalario.

Se descarta que el daño se produjera por un evento imprevisible.—Baste recordar la fórmula que, procedente del Derecho común, utiliza el precepto que se dice infringido, para concluir que no estamos ante un suceso imprevisible o inevitable. Para examinar la imprevisibilidad, hay que partir de un dato, que destaca la propia sentencia recurrida: que la paciente ya había sido inmovilizada en otras ocasiones, luego ya había presentado signos de agitación otras veces, dando lugar a la necesidad de un control para evitar la autolesión. Está, por tanto, dentro de los riesgos a evaluar, ya conocidos, que la enferma trate de causarse lesiones, por lo que ella misma pidió que la sujetasen. La utilización de un encendedor que le fue facilitado por otro paciente generó el efecto dañoso ante la falta de vigilancia y de atención: el médico de guardia no llegó a ser avisado, y enfermera y auxiliares tuvieron que atender a otros pacientes. No puede decirse, pues, que se trate de un evento imprevisible dentro de la normal y razonable previsión que sobre el comportamiento de este tipo de enfermos pueda establecerse (SS de 14 de marzo de 2001 y 15 de julio de 2002, entre otras). No puede, pues, decirse que sea inexistente la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el comportamiento de la entidad codemandada.

Esta Sala ha dicho, además, que la apreciación del caso fortuito requiere ausencia de culpa, y en cambio en el caso se estima la omisión de medidas y el incumplimiento de los deberes relativos a la organización y dotación del servicio que son equivalentes a la idea de culpa en sentido lato (SS de 4 de abril y 20 de junio de 2000). (**STS de 22 de mayo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—La hija de la demandante, que era deficiente mental y estaba ingresada en un hospital, presentaba actitud nerviosa y solicitó ser sujeta por las manos a la cama, lo que finalmente hicieron la enfermera que la atendía y dos auxiliares. Posteriormente, la enferma se prendió fuego utilizando un mechero que le pro-

porcionó otra enferma, produciéndose quemaduras cuando la enfermera y los auxiliares estaban atendiendo otras urgencias apremiantes.

La madre de la lesionada demandó al Servicio Andaluz de Salud y a los profesionales que intervinieron en el caso en reclamación de una indemnización por los daños padecidos. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando al Servicio Andaluz de Salud a pagar la indemnización y absolviendo a los demás demandados. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, fue desestimado por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Servicio Andaluz de Salud. (*M. C. B.*)

79. Responsabilidad extracontractual: accidente de circulación. Baremo aplicable para valorar los daños sufridos.—Se plantea cuál ha de ser el baremo aplicable para valorar los daños sufridos como consecuencia de accidentes de circulación, si el vigente en el momento de la sentencia de primera instancia, con apoyo en el carácter de deuda de valor que la jurisprudencia ha atribuido a las indemnizaciones por daños, o el vigente en el momento en que tuvo lugar el siniestro, atendiendo no sólo al principio de irretroactividad de las normas, sino a la circunstancia de que en el propio sistema de valoración de los daños producidos como consecuencia de la circulación de vehículos a motor contiene una regulación especial de intereses de demora y penitenciales que evita la pérdida de valor por el transcurso del tiempo, siendo la finalidad del propio sistema de valoración la unificación de criterios y la evitación de litigios, facilitando un rápido acuerdo sobre la indemnización procedente.

Diversidad de posiciones de las Audiencias en la interpretación del sistema de valoración de los daños personales.—Las Audiencias han mantenido distintas orientaciones en la interpretación del sistema de valoración de los daños personales:

1.^a Algunas Audiencias consideran determinante el momento en que se ha producido el daño, sobre la base de la aplicación del principio de irretroactividad de las normas. De acuerdo con esta interpretación, la norma jurídica aplicable en el momento de la producción del daño determina el sistema de valoración de los daños, y la regla para fijar su valoración. Sin embargo, esta solución presenta algunos inconvenientes cuando se trata de daños que tardan mucho en curar o aquellos que no se manifiestan en el primer momento.

2.^a Otras Audiencias entienden que los daños se deben cuantificar según la tabla que esté vigente en el momento de dictar sentencia. Esta opción se justifica en la jurisprudencia, que ha calificado la indemnización de los daños personales como deuda de valor, para evitar que se beneficiara el causante de los mismos en una época en que la inflación resultaba insostenible (entre muchas otras, SSTs de 19 de noviembre de 1984, 31 de mayo de 1985, 15 de junio de 1992, y 9 de junio, 12 de julio y 20 de diciembre de 2006). Sin embargo, esta opción presenta también inconvenientes, porque deja a la víctima la determinación del momento en que definitivamente se tenga que fijar la cantidad, ya que por medio de la interrupción de la prescripción, podría alargar la fecha de interposición de la demanda, con la inseguridad que se crea, y además no distingue entre el sistema de valoración aplicable a los

daños, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo tercero del Anexo de la Ley 30/1995, y la cuantía de los puntos que resulten de aplicar el sistema de cuantificación a la concreta lesión sufrida por el perjudicado. Sin olvidar, además, que al tratarse de actualizaciones de las tablas según el IPC, nada beneficia a la víctima del daño si se demora la determinación de la concreta cantidad a cobrar, salvo la pérdida derivada del valor adquisitivo.

Los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado.—El régimen legal aplicable a un accidente ocasionado con motivo de la circulación de vehículos es siempre el vigente en el momento en que el siniestro se produce. El daño, es decir, las consecuencias del accidente, se determina en el momento en que éste se produce y este régimen jurídico afecta al número de puntos que debe atribuirse a la lesión padecida y a los criterios valorativos (edad, trabajo, circunstancias personales y familiares, incapacidad, beneficios en los casos de muerte, etc.), que serán los del momento del accidente. En consecuencia, por aplicación del principio de irretroactividad, cualquier modificación posterior del régimen legal aplicable al daño producido por el accidente resultará indiferente para el perjudicado.

Sin embargo, la determinación definitiva de las lesiones o el número de días de baja del accidentado pueden tenerse que determinar en un momento posterior. La Ley 30/1995 no cambia la naturaleza de deuda de valor de la obligación de indemnizar los daños personales, según reiterada jurisprudencia. En consecuencia, la cuantificación de los puntos que corresponden según el sistema de valoración aplicable en el momento del accidente debe efectuarse en el momento en que las secuelas del propio accidente han quedado determinadas, que es el del alta definitiva, momento en que, además, comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización (SSTS de 8 de julio de 1987, 16 de julio de 1991, 3 de septiembre de 1996, 22 de abril de 1997, 20 de noviembre de 2000, 14 y 22 de junio de 2001, 23 de diciembre de 2004 y 3 de octubre de 2006, entre muchas otras), con independencia de que la reclamación sea o no judicial. De este modo, el principio de irretroactividad queda salvado porque el régimen jurídico se determina en el momento de producirse el daño, aunque su cuantificación pueda tener lugar en un momento posterior y de este modo se salvan también las finalidades perseguidas por la Ley 30/1995, puesto que ambos momentos son seguros.

No pueden recaer sobre los perjudicados las consecuencias de la inflación cuando sus lesiones tardan mucho tiempo en curar o en consolidarse y es por ello que, al valorarse el punto de acuerdo con las variaciones del IPC, se evita este perjuicio. Y todo ello sin perjuicio de que los daños sobrevenidos deban ser valorados de acuerdo con lo establecido en el punto 9 del párrafo primero del anexo de la Ley 50/1995. **(STS de 17 de abril de 2007;** ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don J. F. resultó atropellado por don R. en un accidente de tráfico, como consecuencia del cual sufrió diversas secuelas físicas e incurrió en incapacidad laboral durante quinientos cuarenta y cuatro días.

Don J. F. interpuso demanda contra don R. y la compañía C. Seguros, S. A., en reclamación de una indemnización de

58.195.844 pesetas., más los intereses legales calculados de conformidad al artículo 20 LCS, por los daños y perjuicios producidos como consecuencia del accidente.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando al pago de una indemnización de 16.531.434 pesetas, más los intereses legales devengados, que para la entidad aseguradora se calcularán conforme al artículo 20 LCS desde la fecha del accidente hasta su completo pago. Interpuestos recursos de apelación tanto por don J. F. como por la aseguradora, la Audiencia Provincial desestimó el de don J. F. y estimó parcialmente el de *C. Seguros, S. A.*, revocando la sentencia anterior en el único extremo relativo al pronunciamiento de los intereses del artículo 20 LCS y confirmándola en cuanto al resto. Contra esa sentencia, don J. F. recurrió en casación, siendo estimado parcialmente el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—El Tribunal Supremo fija en esta sentencia, conjuntamente con otra del mismo contenido, fecha y Ponente, ambas del Pleno y de evidente relevancia, la doctrina jurisprudencial sobre cuál ha de ser el momento temporal a tomar como referencia en la valoración de los daños personales derivados de accidentes de circulación, ante lo cual las Audiencias —como hemos visto en el texto— mantenían una diversidad de posiciones. Se entiende ahora que, a fin de alcanzar el valorismo de las deudas resarcitorias, el número de puntos habrá de determinarse con referencia al baremo vigente en el momento del accidente, pero valorando económicamente esos puntos a la fecha del alta definitiva del perjudicado. (*F. J. J. M.*)

80. Culpa extracontractual: daños por los productos: quemaduras graves causadas a un menor al tocar horno en funcionamiento: productos defectuosos: protección de consumidores.—Se declara la responsabilidad del fabricante por las quemaduras sufridas por un niño de un año al tocar el cristal de un horno doméstico en funcionamiento, por no haber probado que éste se contruyó o fabricó con las condiciones de seguridad reglamentariamente impuestas, y ello aunque el modelo haya dejado de fabricarse, y, además con las exigidas por la naturaleza del producto, siempre que estuvieran comprendidas en el estado de los conocimientos científicos y técnicos correspondientes a la fecha de fabricación

Concurrencia de culpas, del fabricante y de la madre del menor: cuantía.—La actora, madre del lesionado, incurrió en defecto de vigilancia, dada la edad del mismo, siendo conocedora del peligro que para la salud e integridad de su hijo significaba que la puerta del horno estuviera fácilmente al alcance del mismo, lo que no permite hablar de culpa exclusiva del fabricante, debiendo exonerarse de la misma a la vendedora cuya actividad empresarial era ajena al riesgo actuado. La aportación causal de la conducta negligente del acto y de la entidad de las lesiones sufridas en ambas manos por su hijo menor, desde los puntos de vista funcional, estético y psicológico, cumplidamente demostrada en las actuaciones, justifican la estimación parcial de la demanda y la condena de la empresa constructora del horno al pago de la indemnización cifrada en el equivalente en euros a dos millones de pesetas. (**STS de 6 de junio de 2007**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

NOTA.—La demanda en la que se solicitaba una indemnización de veinte millones de pesetas por las quemaduras de segundo y tercer grado sufridas por el hijo de la actora, había sido desestimada en ambas instancias, por lo cual, al estimar en parte el recurso de casación, la Sala 1.^a tiene que cuantificar el alcance de la indemnización. Es, a mi juicio, acertado que la sentencia recuerde la aplicabilidad al caso de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, especialmente la infracción de los artículos 25, 26 y 27, tal como expone el FD 2.º. Hecho lo cual se fija, sin embargo, una cuantía más bien simbólica que representa el 10 por 100 de lo solicitado; la madre, en efecto, debió haber sido más diligente en vigilar a su hijo de un año de edad para que no echara su mano al horno encendido. Los hechos ocurren en 1988, la demanda se plantea en 1999 (probablemente porque la curación precisó de mucho tiempo) y se resuelve definitivamente ocho años más tarde cuando el lesionado había alcanzado ya la mayoría; parece que empieza a reducirse, con lentitud, el retraso, tantas veces denunciado de nuestra administración de justicia civil. (G. G. C.)

81. Responsabilidad civil por accidentes que tienen lugar con ocasión de la navegación aérea. Régimen legal. Combinación de regímenes de responsabilidad: objetivo y subjetivo.—La responsabilidad por accidentes que tienen lugar con ocasión de la navegación aérea está regida por la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación aérea. En esta Ley se establecen dos tipos de causas de indemnización cuando tiene lugar un daño con ocasión de un accidente aéreo: la primera es la que impone una responsabilidad puramente objetiva en los artículos 116 y 120 de la mencionada Ley. No admite ninguna causa de exoneración y se combina con un sistema de limitación de la cantidad en que el daño aparece cuantificado. La segunda es una responsabilidad por dolo o culpa grave, para la que no operan los límites establecidos anteriormente, puesto que el artículo 121 de la citada Ley dispone que «(...) el transportista u operador responderá de sus propios actos y de los de sus empleados, y no podrán ampararse en los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen, si se prueba que el daño es el resultado de una acción u omisión suya o de sus dependientes, en la que exista dolo o culpa grave (...)» —STS 22 de septiembre de 2005—.

Negligencia: culpa grave o dolo. Prueba: inexistente.—El artículo 121 LNA, de aplicación preferente por tratarse de una ley especial, exige para la responsabilidad que allí se establece que se pruebe el dolo o la culpa grave del transportista o de sus dependientes. Por tanto, no pueden aplicarse en este caso las reglas alegadas por el recurrente, porque se debería haber probado que concurrió alguno de estos elementos que determinan la responsabilidad sin los límites de la objetiva. No puede deducirse simplemente del resultado acaecido, el accidente, el incumplimiento de los reglamentos, cuando la Ley exige, para imputar la responsabilidad que se haya probado la culpa grave o el dolo del dependiente o del transportista (como en un caso parecido apreció nuestra S de 2 de enero de 2006).

Caso fortuito.—El recurrente pretende que se aplique este último tipo de responsabilidad, de modo que se declare que el accidente tuvo lugar por una imprudencia del piloto que podría constituir el supuesto de dolo o culpa grave que obliga a responder sin los límites cuantitativos establecidos en el artículo 120 LNA. No se admite por la Sala del Tribunal Supremo Según hechos

probados, especialmente a través del informe técnico emitido a raíz del accidente por la Comisión de investigación de accidentes, del Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente, aportado por el mismo demandante, ahora recurrente, ha quedado incontestado que ocurrieron causas fortuitas en la producción del accidente, debido a una tormenta que «produjo una turbulencia que sorprendió al piloto», por lo que existe un caso fortuito. (**STS de 28 de mayo de 2007**; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—D. J. A. prestaba sus servicios como retén de incendios forestales de la empresa *T., S. A.*, en Andalucía. Ésta había contratado con *H., S. A.* los medios aéreos de la lucha contra incendios para la campaña 1991-92. El 18 de septiembre de 1992 mientras el helicóptero se encontraba en vuelo de regreso, encontró una tormenta localizada en unas lomas y se metió en ella volando próximo al terreno. Al intentar sobrepasar la cima, se vio probablemente afectado por la turbulencia, que sorprendió al piloto y sin tiempo para que éste reaccionara, el aparato se fue contra la ladera, sufriendo un impacto muy fuerte, que le produjo rodar ladera abajo, sufriendo una serie de impactos de diversa intensidad y finalmente, se incendió. Este accidente produjo la muerte de dos de los ocupantes y heridas muy graves en cinco de ellos; concretamente, el demandante D. J. A. fue declarado afecto de incapacidad permanente total. Éste demandó a *H., S. A.*, *Seguros U., S. A.*, ahora *Seguros A., S. A.*, y a D. C., el piloto del helicóptero, ejerciendo dos acciones: la de reclamación por los daños derivados de un accidente aéreo, de acuerdo con la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre normas reguladoras de la navegación aérea, especialmente su capítulo XIII y la de responsabilidad extracontractual de acuerdo con el artículo 1902 CC y pidió que se condenara solidariamente a todos los demandados a satisfacer la indemnización pedida. La sentencia de Primera Instancia estimó la demanda. La sentencia fue revocada por la de la Audiencia Provincial. D. J. A. interpone recurso de casación. (*S. M. S.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

82. Liquidación del estado posesorio. Aplicación del artículo 453 CC.—Como afirma la S de 20 de junio de 1992, esta disposición «se refiere a aquellas situaciones en que un propietario no poseedor (y, en general, quien tenga mejor derecho a poseer) recupera la posesión detentada por un tercero, en cuyo caso es indudable que éste (el poseedor que cesa en la posesión), si lo ha sido de buena fe, tiene derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa poseída (en la forma y con las garantías que el precepto establece)».

Concepto de gasto reembolsable.—«Por gastos hay que entender todos aquellos desembolsos pecuniarios hechos por el poseedor, independientemente de que ello haya ocasionado o no un aumento de valor en los bienes poseídos. Este concepto se desprende de la propia redacción del artículo 453 CC, cuando en su segundo párrafo, permite al poseedor retener la cosa

hasta que se le hayan abonado los gastos útiles que haya efectuado, en la misma línea en que el artículo 1600 CC permite la retención de quien ha ejecutado una obra en cosa mueble.

De acuerdo con ello, no puede acordarse el pago, por parte del poseedor que ha vencido en la posesión, de unas cantidades que el antiguo poseedor no justifica haber desembolsado, porque el hecho de que el poseedor vencido en la posesión haya contratado estos gastos, no implica que pueda reclamarlos. Quien vence en la posesión es un tercero respecto del contrato de obra entre el constructor y el dueño de la obra (art. 1257 CC), en este caso el poseedor vencido, quien para poder reclamar este gasto debería justificar que verdaderamente ha realizado un desembolso pecuniario.

Principio de enriquecimiento sin causa. Aplicación subsidiaria.—«Si bien se ha considerado que la razón última del artículo 453 CC es precisamente evitar el enriquecimiento, este principio sólo puede aplicarse cuando no hay norma que directamente solucione la cuestión planteada, en virtud del sistema de jerarquía de las fuentes establecido en el artículo 1 CC, de modo que esta Sala ha venido declarando ya desde la S de 12 de abril de 1955, que es de aplicación subsidiaria; a tal efecto, la S de 19 febrero de 1999 recuerda que la acción de enriquecimiento injusto debe entenderse subsidiaria, en el sentido de que cuando la Ley concede acciones específicas en un supuesto concreto, son tales acciones las que se deben ejercitar, y ni su fracaso ni falta de ejercicio legitiman la utilización de la acción de enriquecimiento injusto o sin causa» (en este mismo sentido las recientes sentencias de 21 de octubre y 30 de noviembre de 2005 y 3 enero y 8 de mayo de 2006)». (STS de 30 de abril de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Vendido un inmueble en documento privado al demandado, el vendedor fallece antes del otorgamiento de escritura pública y sus herederos ceden dicho inmueble a los demandantes, quienes lo empezaron a rehabilitar. Interpuesta acción reivindicatoria por el comprador, éste solicita, conjuntamente, suspensión de las obras de rehabilitación, que se estima con la autorización, no obstante, de las indispensables para la conservación del inmueble. Ante el triunfo de la acción reivindicatoria, los cesionarios otorgan escritura pública y plantean liquidación de la posesión, con la reclamación de los gastos hechos en la rehabilitación del edificio, presentando la oportuna demanda.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda porque consideró que las obras realizadas eran excesivas, según el informe pericial; que se incumplieron las resoluciones judiciales que autorizaron únicamente estrictas obras de conservación; que no se había probado el pago efectivo de las facturas, puesto que el certificado del representante de la constructora no era definitivo, al no contener expresión de haberse efectuado el pago y ser, además, el representante de la constructora, tío de los demandantes y finalmente, cuestionó su buena fe porque afirmó que los demandantes tenían conocimiento que la casa podía ser propiedad del demandado.

La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación, y entendió probada la buena fe de los recurrentes, que se habían efectuado obras necesarias y útiles, pero respecto de estas últimas consi-

deró que no se había acreditado que se hubieran pagado las facturas presentadas, de modo que «no existe prueba de que hayan empleado su dinero en el pago de dichas obras», por lo que condenó al propietario de la finca a pagar la cantidad correspondiente a los únicos pagos acreditados como gastos calificados de útiles.

Interpuesto recurso de casación por la parte demandante el Tribunal Supremo declaró no haber lugar y confirmó en todos sus pronunciamientos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. (R. D. R.)

83. Los efectos traslativos del contrato requieren la *traditio*.—Ambos motivos deben ser acogidos, atendiendo a la doctrina de esta Sala que en supuestos como el presente en el que los terceristas esgrimen como título de dominio un negocio de permuta de solar a cambio de vivienda o local en la edificación futura, ha reiterado la aplicación del sistema de adquisición del dominio consagrado en nuestro derecho en el artículo 609 CC, que, para supuestos en que se alega como título un contrato, exige el requisito de la tradición o entrega de la cosa objeto del mismo. Así, señalaba la S de 9 de octubre de 1997 que «para la adquisición del dominio y demás derechos reales el Código Civil, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos extranjeros, inspirado en el sistema romano, estima indispensable la concurrencia del título y el modo (arTribunal Supremo 609 y 1095); no bastan las declaraciones de voluntad generadoras del contrato, sino que es preciso, además, la tradición o entrega de la cosa, si bien admite ésta en formas espiritualizadas, como es la prevista en el párrafo segundo del artículo 1462, al disponer que el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario», doctrina reiterada en resoluciones ulteriores (SSTS, entre otras, de 18 de febrero de 2005 y 28 de febrero de 2006).

Un contrato como el presente, de permuta de suelo para construir, a cambio de superficie edificada (pisos o locales), presenta la característica de ser generador de la obligación de entrega de una cosa futura, por lo que ya se consideró en la sentencia de esta Sala, de 15 de junio de 1992 que «al versar sobre una cosa *speratae*, aunque esté determinada, sólo produce efectos obligacionales entre las partes contratantes, requiriéndose para que pueda desplegar efectos traslativos de dominio sobre la obra que, una vez terminada, medie el inexcusable requisito de la entrega o *traditio*. Se origina, en definitiva, un cambio de cosa presente, como es el solar o la parcela, por otra futura, la parte de superficie construida que se pacta, de la obra a realizar, de tal manera que el otorgamiento de la escritura de permuta o aportación del suelo edificable implica su entrega, pero sin que pueda operar la tradición *ficta* del artículo 1462 CC, en relación con las futuras viviendas o locales, por ser bienes que no existen en ese momento. Por todo ello, la jurisprudencia de esta Sala ha catalogado este tipo de contratos como atípicos, diferenciándolos, pese a la denominación que les hayan podido dar los contratantes, del contrato de permuta de bienes presentes, en que las cosas a intercambiar existen y están determinadas desde su celebración y pueden ser adquiridas por los permutantes, de tal manera que, en la modalidad contractual que ahora se examina, admitida por esta Sala, entre otras, en SS de 13 de marzo y 3 de octubre de 1997, 1 de diciembre de 2000, 26 de febrero de 2001 y 6 de febrero de 2002, «no será sino hasta que se construya en el terreno cuando se concretarán materialmente los bienes objeto de transmisión a las demandantes, ceden-

tes del suelo, como justa contraprestación, siendo después de su entrega cuando se produzca la adquisición del dominio» (S de 26 de abril de 2007).

En definitiva, no cabe prescindir en estos casos del requisito del «modo», pues la entrega necesaria para la adquisición del dominio sólo se podrá materializar al tiempo de la efectiva construcción y entrega de la posesión de la vivienda en cuestión a los permutantes, incluso en casos como el presente en que se elevó el contrato de permuta a escritura pública. Además, del tenor del título que esgrimen los actores terceristas no cabe ni siquiera individualizar la contraprestación que habrían de recibir [...] sin ni siquiera especificar cabida, superficie o concreta ubicación. Se trata, como señala la S de 18 de febrero de 2005, de «una propiedad confusa o genérica y no entregada».

Prehorizontalidad.—A todo ello, hay que añadir, sobre el tema de la «prehorizontalidad» en la que basa su decisión el Tribunal *a quo*, citando al efecto la RDGRN, de 16 de mayo de 1996, que ya lo recogió la S de esta Sala de 14 de noviembre de 1977, que da una solución distinta a la propuesta por la Audiencia diciendo así al respecto: «...amparándose el motivo en la aplicación del artículo 1462, que, es obvio, se refiere en su párrafo 2.º a la llamada *traditio instrumentalis*, esto es, cuando existiendo la cosa, el otorgamiento de la escritura equivale a la *traditio*, por lo que, en este caso, al no existir la cosa, no se podía entender que se había producido el título constitutivo del tercerista; más esta tesis del motivo no puede prevalecer frente a los razonamientos que expone la Sala sentenciadora, ya que —lo que no ha sido desvirtuado— cuando [...] se otorga la escritura de compraventa del local objeto del embargo, éste estaba en construcción, y, además, incluso formaba parte de la previa comunidad horizontal que se constituyó con la misma fecha, por lo cual es aplicable el artículo 8-4.º LH que, bajo la modalidad de la llamada «prehorizontalidad», permite la posibilidad de que sean objeto de inscripción los edificios de régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté por lo menos comenzada, lo que determina, pues, que de dicho título, no sólo nació con ese carácter público, sino que accedió al Registro de la Propiedad, si bien posteriormente [...]; y a lo que se añade que, al haberse iniciado la construcción, y no existir prueba en contrario de que posteriormente no se continuase la misma, concurriese ya el objeto de su posesión material por parte de los terceristas...». Como se ve, no concurren en el presente caso las circunstancias para que en él se dé el supuesto dicho de la «prehorizontalidad» y poder basar en el la posesión *ficta* de la que derive ya el título dominical oponible con éxito en la tercería de la que aquí se trata. (STS de 14 de junio de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—Se ejercita una tercería de dominio en ejecución hipotecaria esgrimiendo un título consistente en un contrato de permuta de solar por edificio a construir. La demanda fue rechazada en primera instancia al faltar la entrega del edificio a construir (*traditio*) no siendo válida la *traditio ficta* fundada en el contrato de permuta. La Audiencia estimó la tercería aplicando la figura de la prehorizontalidad: la escritura misma de permuta ya suponía la tradición sin que para tal consideración fuese obstáculo la condición de cosa futura de las viviendas a construir. Interpone recurso de casación la entidad financiera ejecutante que centra su argumentación en la inexistente eficacia real del contrato de permuta. El

Tribunal Supremo declara haber lugar y confirma la sentencia del juzgado. (R. G. S.)

84. Acción declarativa de dominio. Desestimación por no haber acreditado el actor su título dominical.—La Iglesia Evangélica de los Hermanos de Ares ha ejercitado una acción declarativa de la propiedad sobre un terreno que dice pertenecerle por haberlo adquirido mediante contrato de compraventa en 1916. Dicha acción, junto con la reivindicatoria, defiende el derecho de propiedad lesionado. La primera exige para su viabilidad todos los requisitos de la segunda, con excepción de que el demandado sea poseedor, pues no busca sino la aclaración de una relación de derecho puesta en duda o discutida (SS entre otras, de 24 de marzo de 1992 y 5 de febrero de 1999). Por tanto, la acción declarativa, como la reivindicatoria, requiere que el actor justifique su título dominical, hasta el punto de que su falta impide que prospere la acción, aun cuando el demandado no demuestre ser dueño de la cosa reclamada (SS de 25 de abril de 1977, 1 de diciembre de 1989 y 19 de diciembre de 2001).

En el motivo en examen la recurrente obra contra esta doctrina jurisprudencial, intentando demostrar que el Ayuntamiento carece de título dominical que apoye la inscripción registral a su favor obtenida por el procedimiento del artículo 206 LH, pero oculta que la sentencia recurrida ha negado, tras la valoración de las pruebas, que ella tenga título alguno de dominio. Es ésta la *ratio decidendi* de la sentencia. Esta declaración es previa a las consideraciones que hace sobre el título del Ayuntamiento como mero *obiter dicta*. Por ello, aunque en hipótesis se acogiese el motivo, siempre quedaría incólume que el reivindicante carece de título adquisitivo del dominio, por lo que su acción no puede prosperar. (STS de 20 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—Una Asociación confesional no católica Iglesia Evangélica de Hermanos de Ares demandó al Ayuntamiento de Ares en acción declarativa de dominio de un cementerio. Alegaba la demandante que el terreno del cementerio fue adquirido en 1916, por haberlo comprado en su nombre unas determinadas personas físicas. Los documentos privados relativos a la compraventa fueron destruidos durante la guerra civil, pero de su realidad daban fe la hija y los nietos del vendedor.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación, al negar que la demandante tuviera título de dominio sobre la finca objeto de litigio. (M. C. B.)

85. Acción declarativa de dominio. Cuando se adquiere un bien inmueble en la subasta celebrada a consecuencia de un procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, se entienden adquiridos los bienes muebles que fueran pertenencias, aunque se hubieran incorporado al inmueble después de la constitución de la hipoteca.—Se combate la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, la cual, en interpretación de los preceptos hipotecarios citados, entiende que la extensión pactada de la hipoteca abarca únicamente a los muebles que existan al servicio del inmue-

ble o cosa principal hipotecada en el momento de la constitución de la misma, no a los posteriores. Los recurrentes mantienen la tesis contraria, o sea, la extensión a todos los bienes muebles que sean pertenencias de la cosa principal durante la vida de la hipoteca, exponiendo la doctrina jurisprudencial que lo avala.

El motivo se estima, pues dicha doctrina no ha limitado la extensión pactada de la hipoteca a los muebles existentes al constituirse, sino que ha fijado el tiempo de la ejecución como estado final de la unidad pertenencial, pudiendo estar establecida con otros bienes que se adquieran durante la vida de la hipoteca (SS de 14 de marzo de 1987, 21 de diciembre de 1990, 28 de febrero de 1991). (**STS de 27 de junio de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—La entidad demandante solicitó que se declarase su dominio sobre determinados bienes muebles, pues se había adjudicado en un procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH un inmueble destinado a hotel y defendían que la hipoteca se extendía a todos los bienes muebles que sean pertenencias de la cosa principal durante la vida de la hipoteca, lo que comprendía los bienes que se hubiesen incorporado al inmueble después de la constitución de la hipoteca.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación y exceptuó de la declaración de dominio a los bienes muebles adquiridos con posterioridad a la constitución de la hipoteca. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación y confirmó la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia. (*L. F. R. S.*)

86. Acción de deslinde y acción reivindicatoria. Ejercicio simultáneo.—La acción reivindicatoria tiene objetivos distintos de la de deslinde y sus diferencias las ha establecido la jurisprudencia (entre otras, SS de 10 de febrero de 1997, 27 de enero de 1995 y 11 de julio de 1988), y aunque el deslinde excluye contienda sobre la propiedad, «no desvirtúa la naturaleza de la acción de deslinde el hecho de que su práctica y consiguiente amojonamiento de las fincas en confrontación, represente componer físicamente las mismas, al delimitarlas material y externamente mediante el trazado de línea perimetral divisoria, precisándose de esta forma los derechos que corresponden a los titulares interesados, sin que ello suponga el ejercicio de acción reivindicatoria alguna, pues no se pide la recuperación de un cuerpo cierto y perfectamente identificado sino que la parte demandada deje de poseer los terrenos de la propiedad del actor como consecuencia y resultado del deslinde postulado, lo que es inherente al acto delimitador de la propiedad en cuanto fija su colindancia discrepante. En definitiva, cuando se solicita el deslinde se está interesando igualmente que, una vez delimitadas las fincas, lo que corresponda al actor en virtud de tal delimitación quede bajo su posesión y se le reconozca la propiedad sobre tal extensión de terreno, lo que ciertamente puede comportar un cambio posesorio, pero ello es consecuencia propia del deslinde y en forma alguna requiere una expresa reivindicación inicial que en todo caso sería inconcreta y supeditada al resultado de aquél».

Acción de deslinde. Presupuestos. Confusión de linderos.—Como señala la sentencia de esta Sala de 14 de octubre de 2002, citando la anterior de 21 de junio de 1977, la existencia de un muro construido por la demandada, cuando no es aceptado por la actora, ni consta el mismo en documento público ni privado alguno ni ha sido reconocido como tal judicialmente, no puede ser tenido *a priori*, como elemento delimitador de las fincas colindantes, por lo que puede darse la confusión de linderos que es presupuesto de la acción de deslinde. Del mismo modo, la existencia de un camino situado en las proximidades del lindero incierto tampoco significa lógicamente certeza de dicho lindero cuando los títulos no se refieren al mismo para fijar el límite de las propiedades. (**STS de 25 de junio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Interpuesta demanda en ejercicio simultáneo de las acciones de deslin y reivindicatoria, los demandantes solicitaron se dictase sentencia, por la que se declarase la modificación de la línea de linde entre las fincas en cuestión, la imposición de consentimiento por los demandados de la exteriorización del lindero y su amojonamiento, y se condenase a éstos a la restitución del terreno apropiado más allá de la línea de lin y a retirar cuántos elementos de construcción hayan edificado sobre dicho terreno.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda.

La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación, revoca íntegramente la demanda y declara procedente la acción de deslin y reivindicatoria.

Interpuesto recurso de casación por la parte demandada el Tribunal Supremo declaró no haber lugar y confirmó en todos sus pronunciamientos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. (*R. D. R.*)

87. Efectos del acto administrativo del deslinde de costas.—Tras la entrada en vigor de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, es indiscutible el efecto declarativo del deslinde de costas, que, como tal acto administrativo, no sólo goza de la presunción de legitimidad, sino que se encuentra amparado por los tradicionales privilegios posicionales de la Administración, particularmente la autotutela declarativa, que le permite declarar unilateralmente derechos frente a los particulares, efectivos a través de la autotutela ejecutiva.

Esa eficacia declarativa no abarca únicamente el estado posesorio o el reconocimiento de una titularidad meramente provisional, sino que se traduce en la declaración del derecho de propiedad de la Administración sobre los bienes, cuya cabida y linderos se precisan en el acto administrativo de deslinde. Dicho acto de deslinde tiene los siguientes efectos: 1) confiere, además de un título posesorio, un título de dominio sobre los bienes que, por revestir las características naturales del demanio, tal y como lo entiende el artículo 132 CE, quedan incorporados en el dominio público marítimo-terrestre (art. 13.1 Ley de Costas de 1988); 2) produce efectos registrales, pues, una vez aprobado, es título hábil y suficiente para solicitar y obtener la anotación preventiva del dominio público en la inscripción de aquellos bienes incluidos en el demanio, según el deslinde, y permite no sólo la constancia del carácter demanial de tales bienes, sino también la rectificación de los asientos contradictorios a dicho carácter y condición, y a la titularidad pública que es inhe-

rente a ellos (art. 13.2 Ley de Costas de 1988); 3) esa declaración dominical y la eficacia registral propia del deslinde, se proyecta tanto hacia el futuro, como hacia las titularidades pretéritas, afectando incluso a las amparadas por el Registro. Alcanza igualmente a los titulares de derechos inscritos amparados en el artículo 34 LH, que ven cómo desaparece la conservación de sus derechos que les confería la anterior Ley de Costas de 1969, cediendo ante la mayor protección que, desde la Constitución, merece el demanio natural, y que a nivel legislativo se plasma en la conversión del derecho de propiedad afectado por el efecto declarativo inherente al deslinde, en un derecho real de carácter administrativo y de duración limitada. Este sistema de protección no desconoce el significado expropiatorio de las consecuencias legales del deslinde que afecta a titularidades anteriores, y no impide que los titulares inscritos afectados puedan ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, siendo susceptible de anotación preventiva la correspondiente reclamación judicial (art. 13.3 Ley de Costas). Para su ejercicio, el legislador establece un plazo especial de prescripción de cinco años, contados desde la aprobación del deslinde (art. 14).

Determinación de la jurisdicción competente para conocer de las acciones de defensa de la propiedad frente al acto de deslinde.—La Ley de Costas de 1988 constituyó el instrumento normativo a través del cual se articuló la protección del demanio natural marítimo-terrestre. Sin embargo, esta protección no se dispuso de forma absoluta e incondicionada. La vulnerabilidad de la eficacia declarativa del deslinde ya fue reconocida por el Tribunal Constitucional, en su S 149/1991, que, al resolver acerca de la constitucionalidad del artículo 13 de la Ley de Costas, negó la identificación de la eficacia del acto de deslinde con la propia de las sentencias firmes y sostuvo, por el contrario, la sujeción al control jurisdiccional, lo que se evidencia del inciso final del apartado segundo del artículo 13 de la Ley. En dicho precepto se reconoce el derecho de los afectados por el deslinde a ejercer las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, que podrán seguirse tanto en la vía contencioso-administrativa como en la vía civil.

Esta dualidad de control jurisdiccional hace deseable, de *lege ferenda*, la existencia de un único cauce para articular la protección dominical frente a la eficacia declarativa del deslinde, y de una única jurisdicción competente para conocer de tales pretensiones, pero *lege data* se ha de admitir, en cambio, la coexistencia de ambas vías de control, lo que se traduce en la necesidad de especificar cuál es la extensión y los límites de una y otra.

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo controla la legalidad del expediente de deslinde, la pureza del procedimiento seguido, declarando si es o no conforme a Derecho, pero en modo alguno prejuzga el fallo que ha de dictar el orden jurisdiccional civil sobre la propiedad y procedencia o no de la acción reivindicatoria. En el orden civil, se pueden atacar no sólo las titularidades, sino también los hechos que las configuran, ya que, en caso contrario, su competencia se degradaría, actuando como simple mandatario de aquel orden jurisdiccional, al que vendría subordinado, sin poder admitir prueba alguna en contra de una simple presunción *iuris tantum*.

La función revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa se extiende: 1) a las actuaciones formales del procedimiento, y 2) al contenido sustantivo del acto administrativo resolutorio sobre el deslinde y, por tanto, a comprobar si se ha apreciado correctamente o no la concurrencia de las circunstancias físicas que definen la zona del dominio público. Consecuentemente, los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa se pronun-

cian sobre cuestiones de propiedad, lo que les está permitido, por lo demás, por el artículo 4.º de la Ley reguladora de esa jurisdicción. Pero frente a la innegable competencia del orden jurisdiccional civil para conocer acerca de las cuestiones suscitadas en torno al derecho de propiedad, estos pronunciamientos de los tribunales de la jurisdicción contenciosa ha de presentar un carácter *incidenter tantum*, en la medida en que no pueden impedir el conocimiento y el pronunciamiento de los órganos del orden civil, que comprende los casos más comunes de solicitud de protección de los derechos dominicales adquiridos con anterioridad al deslinde con base en la protección que dispensa el Registro de la Propiedad, pero que se ha de extender también a la comprobación de la concurrencia en la finca litigiosa de las características físicas del dominio público. Para esto, los tribunales civiles podrán servirse de lo actuado en el expediente administrativo y en el eventual proceso revisor ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Esta delimitación del alcance de la eficacia declarativa del deslinde y, consiguientemente, de la revisión jurisdiccional en sede contencioso-administrativa es la que cabe predicar bajo la vigencia de la Ley de 1988. Además, las acciones tendentes a obtener una declaración de dominio a los efectos del reconocimiento y posterior actuación de los derechos previstos en las Disposiciones Transitorias de la Ley de Costas, están incluidas en el artículo 14 de la Ley de Costas de 1988. Y no hay base legal para sostener que las acciones civiles, a las que se refiere dicho artículo 14 y el último inciso del artículo 13, son únicamente las amparadas en la protección que ofrecen los artículos 34 y 38 LH, pues de ser así, no se entendería entonces la previsión contenida en el apartado segundo de la DT 1.ª de la Ley de Costas de 1988, referida a los titulares inscritos, que contiene una específica reserva de las acciones civiles que éstos puedan ejercitar en defensa de sus derechos. **(STS de 25 de abril de 2007; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La acción ejercitada en la demanda tuvo por objeto la declaración de que el inmueble litigioso era de dominio privado por carecer de las características configuradoras del dominio público marítimo-terrestre, y que era propiedad de las actoras, de conformidad con sus títulos de propiedad. A esta pretensión se añadió, con el mismo carácter principal, la solicitud de declaración de la ineficacia o nulidad de la Orden Ministerial de 12 de enero de 1993, por la que se aprobó el deslinde de la zona marítimo-terrestre que afectó a la finca cuyo dominio reclamaban las demandantes, interesándose igualmente la condena del Estado a realizar un nuevo deslinde en la zona que excluyese del dominio público las parcelas de las demandantes. Se solicitó, además, la declaración de que las demandantes habían ostentado sobre el mismo un derecho de propiedad inscrito y excluido del dominio público, que les atribuía un derecho de indemnización mediante el otorgamiento de una concesión, en los términos previstos en las Disposiciones Transitorias de la Ley de Costas, condenando al Estado en tal sentido.

El Juzgado de Primera Instancia se abstuvo de entrar a conocer del fondo del asunto, al apreciar la concurrencia de la excepción de incompetencia de jurisdicción, considerando que no era propio del orden civil el conocimiento de las diversas pretensiones deducidas en la demanda, sino que correspondía a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por las demandantes. Acogió sólo en parte la excepción de incompetencia de jurisdicción, opuesta por la Administración del Estado demandada, limitando el objeto del proceso, en cuanto materia propia de la competencia de los órganos de la jurisdicción civil, a la declaración del dominio de las actoras sobre la finca hasta la fecha del deslinde realizado el 12 de enero de 1993, como presupuesto para interesar, en su momento y por la vía correspondiente, la efectividad de los derechos reconocidos en las Disposiciones Transitorias de la Ley 22/1988, de Costas. La Audiencia consideró que correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa el examen de la acción consistente en la declaración de que ciertos bienes no reúnen las características precisas para ser considerados de dominio público, y el examen de la impugnación de la Orden Ministerial. Por el contrario, la pretensión de la declaración del dominio del inmueble hasta la fecha del deslinde administrativo era propia de la competencia de los órganos de la jurisdicción civil, pues las demandantes tenían su título inscrito en el Registro de la Propiedad.

Finalmente, el Tribunal Supremo afirma la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden civil para conocer de la acción declarativa de dominio objeto de la primera de las peticiones principales de la demanda, sin perjuicio de la incidencia que en dicha declaración pudiera tener la eficacia del deslinde practicado y las actuaciones realizadas a tal efecto. Así, procede a casar y anular la resolución recurrida, en ese particular, y retrotraer las actuaciones. (S. L. M.)

88. Tercería de dominio.—Es doctrina reiterada de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo que el éxito de la tercería de dominio exige la concurrencia de dos requisitos: (1) que el tercerista haya adquirido el dominio, y (2) que la adquisición del mismo sea anterior a la práctica de la diligencia de embargo. Sobre el tercerista pesa la carga de la prueba de la demostración de su titularidad dominical en la fecha de la traba, puesto que únicamente cabe embargar los bienes y derechos que forman parte del patrimonio del deudor en el momento del embargo. (STS de 15 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—El 19 de febrero de 1996 se dicta diligencia de embargo sobre la finca objeto del presente litigio; la anotación preventiva no se practica hasta el 27 de abril de 1998.

El 25 de abril de 1997 el actor adquiere la finca litigiosa. En el momento en que el Tribunal Supremo dicta la sentencia analizada no había procedido todavía a la inscripción del dominio en el Registro de la Propiedad.

Tanto en primera instancia como en apelación se desestima la demanda de tercería. El Alto Tribunal desestima el recurso de casación interpuesto por el tercerista.

NOTA.—El presente litigio se produce entre los siguientes tres sujetos: el demandante es el tercerista adquirente del bien litigioso; los demandados son, por un lado, el vendedor del bien y, por otro

lado, el acreedor que solicita la traba del bien. El principio de fe pública registral y sus efectos en relación con un embargo trabado sobre el bien adquirido por el tercerista constituye la cuestión central que resuelve la sentencia analizada.

A efectos de encuadrar adecuadamente la cuestión debatida deben tomarse en consideración los hitos temporales del supuesto de hecho: en relación con el embargo, procede distinguir entre, por un lado, el momento en que se dicta la providencia de embargo y, por otro, aquel en que se practica la anotación preventiva del mismo en el Registro; y en relación con la adquisición del bien por el tercerista, debe distinguirse entre, por un lado, el momento en que se produce la adquisición del dominio y, por otro lado, aquel en que dicha adquisición tiene acceso al Registro de la Propiedad. Pues bien, en el caso concreto, el orden temporal de los acontecimientos fue el siguiente: (1) diligencia de embargo; (2) adquisición del dominio por el tercero, y (3) anotación preventiva del embargo. El tercero no llega a inscribir el dominio en el Registro de la Propiedad.

La sentencia analizada desestima la demanda del tercerista. Esta conclusión es acertada. Sin embargo, el razonamiento del Alto Tribunal puede, a nuestro entender, inducir a confusión. El Alto Tribunal, en el FD 2.º de la sentencia analizada afirma lo siguiente: «Es doctrina reiterada de esta Sala que para la prosperabilidad de la tercería de dominio hace falta la concurrencia de dos requisitos, primeramente, que el tercerista haya adquirido el dominio, y, en segundo lugar, que la adquisición del mismo sea anterior a la práctica de la diligencia de embargo (S de 18 de julio de 2005, con cita de numerosas sentencias anteriores, y S de 14 de marzo de 1986, con cita de la S de 22 de septiembre de 2001), siendo carga probatoria del tercerista la demostración de su titularidad dominical en la fecha de la traba, puesto que únicamente cabe embargar los bienes y derechos que forman parte del patrimonio del deudor en el momento del embargo». Aludiendo al caso concreto, el Alto Tribunal continúa diciendo: «En este caso, ha quedado probado que el embargo se practicó mediante diligencia del día 19 de febrero de 1996, mientras que el título esgrimido por el tercerista, la escritura pública de 25 de abril de 1997, es claramente de fecha posterior a aquella diligencia, por lo que el embargo prima sobre el derecho sostenido por el tercerista, no teniendo trascendencia que el embargo no fuera anotado sino hasta dos años después, ya que el tercerista no inscribió su adquisición, lo que le hubiera dado preferencia en virtud del artículo 34 LH [...]».

En el Fundamento de Derecho parcialmente transcrito se aprecia una errónea prelación de argumentos. A nuestro juicio el principal argumento para desestimar la tercería no es, como sin embargo parece desprenderse de las palabras transcritas del Alto Tribunal, que la adquisición del tercerista tuviera lugar en un momento posterior a la diligencia de embargo; por el contrario, la demanda debe ser desestimada porque la primera inscripción que se produjo fue la de la traba, y no la de la escritura pública de adquisición del dominio (que, como hemos indicado, ni siquiera llegó a inscribirse). La clave en este tipo de litigios se sitúa en las inscripciones de la traba y de la

adquisición del dominio. El principio de fe pública registral desplegará sus efectos en favor del adquirente siempre y cuando éste haya inscrito su derecho con anterioridad a la anotación preventiva del embargo. Así lo ha afirmado el propio Tribunal Supremo en una sentencia posterior a la presente en sólo unos días (STS de 21 de junio de 2007, extractada en este mismo fascículo). (*B. F. G.*)

89. Tercería de dominio. No procede cuando el tercerista no es tercero respecto del ejecutado.—Como es sobradamente conocido, además de que el tercerista debe acreditar ser dueño del bien embargado, en virtud de título jurídico válido y anterior a la fecha en que tuvo lugar la diligencia de embargo, es igualmente imprescindible que concurra en el demandante de tercería la condición de tercero respecto a la persona que aparece como ejecutado, faltando esa condición, cuando ambas personalidades se confunden, mezclándose sus patrimonios, lo que constituye razón suficiente para desestimar la demanda de tercería. Conviene recordar, como dice la S de 27 de septiembre de 2006, citando la de 5 de abril de 2001, que pretender hacer valer una tercería de dominio sobre bienes embargados de una sociedad, en cuya composición accionarial se aprecia una sustancial identidad con el tercerista es, atacar la esencia de la institución de la tercería de dominio, «puesto que rompe el núcleo de la misma, que establece que el que deduce la tercería de dominio no puede figurar como pasivamente legitimado en el título ejecutivo», figurando como lo verdaderamente trascendente la coincidencia personal y patrimonial entre ésta y la tercerista.

Cumplimiento de los requisitos para la aplicación de la teoría del levantamiento del velo.—En primer lugar, existe confusión patrimonial e identidad de realidades. Tras analizar la prueba obrante, la Audiencia concluye, que es cierta la identidad entre las personas que conforman una y otra sociedad, así como la identidad de domicilios y objeto social, sin que estos hechos hayan sido siquiera negados por el recurrente; y partiendo de esa base fáctica, incólume en casación, la Audiencia deduce, de forma que no cabe tachar de ilógica ni irracional, que, por presentar una continuidad organizativa y productiva, ambas sociedades se constituyeron como personalidades distintas, pero sólo para lograr sustraerse de la responsabilidad patrimonial que contraían con su actividad frente a los terceros acreedores, respondiendo, no obstante, a una misma realidad, que es el aspecto relevante a la hora de acudir al instrumento del levantamiento del velo societario en defensa de los legítimos acreedores. A mayor abundamiento, es un dato intrascendente el referido por el recurrente a la falta de plena y total identidad en el substrato personal de las entidades implicadas, cuando el criterio de la sentencia destaca por encima de todo las afinidades y comunidades de intereses concurrentes, suficientes en sí mismas para acreditar la relación entre sí de las personas jurídicas, y el que obedezcan a un entramado común (S de 7 de abril de 2001).

En segundo lugar, estos datos fácticos sobre los que se asientan los razonamientos jurídicos de la sentencia, contrariamente a lo manifestado por la entidad recurrente, no son el resultado de acudir a la prueba de presunciones, sino que son deducciones lógicas extraídas directamente de la prueba practicada, en conjunto y libremente valorada por la Audiencia. Por esta razón, no cabe apreciar la vulneración del artículo 1253 CC, que cita como infringido, puesto que, como reflejan las SS de 13 de junio de 2005 y 31 de mayo

de prueba, y cuando el juzgador de instancia no hace uso de este medio probatorio para fundamentar su fallo, no se infringe dicho precepto, sin que pueda confundirse la prueba de presunciones «con las deducciones lógicas por las que el tribunal llega a conclusiones partiendo de los hechos declarados probados en la sentencia». (S de 19 de enero de 2007).

Y en tercer y último lugar, porque los hechos que configuran el supuesto fáctico determinante de la aplicación de la doctrina cuestionada, deben permanecer incólumes en casación en la medida que conforman la base fáctica de la sentencia impugnada sin que la valoración probatoria realizada por el tribunal sentenciador haya sido combatida a través de la única vía permitida en casación, que es la del error de derecho, con cita de norma de prueba como infringida. No por ser sobradamente conocido resulta ocioso recordar que esta Sala (verbigracia, SS de 17 de enero de 2005, 30 de marzo, 14 de julio y 14 de septiembre de 2006), ha establecido que «la función de la casación no es una tercera instancia (S de 31 de mayo de 2000), ni permite hacer supuesto de la cuestión (S de 21 de noviembre de 2002), ni revisar el soporte fáctico declarado en la instancia (S de 10 de abril de 2003), sino que su función es atender y controlar la correcta aplicación del ordenamiento al supuesto de hecho (S de 28 de octubre de 2004)». (**STS de 25 de junio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—La sociedad actora demandó a una entidad de crédito y a otra sociedad en demanda sobre tercería de dominio de los bienes embargados en un procedimiento judicial. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación desestimando la demanda, al considerar que la tercerista y la ejecutada eran sociedades vinculadas entre sí y, por aplicación de la teoría del levantamiento del velo, el tercerista no tenía la condición de tercero. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. B.*)

90. Situación de propiedad horizontal de hecho.—Como señala, entre otras, la STS de 1 de febrero de 1995, la inexistencia de título constitutivo no impide apreciar la presencia de una propiedad horizontal de hecho, por lo que, en estos casos, resultará de aplicación el artículo 396 CC, en relación con los artículos 7-3.º, 11 y 16 LPH. (**STS de 8 de junio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—Don S. y don J. M., propietarios de sendos locales comerciales, excavan una superficie que los comunica, que se extiende por debajo de los pisos propiedad de don C. y don J. Por ello, los propietarios de los pisos interponen demanda, solicitando que se restablezca la excavación subterránea al estado en que se encontraba antes de realizar la obra, por tratarse de superficie usurpada en el subsuelo, cuya propiedad corresponde a los dueños de los pisos y locales existentes encima

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que estima la demanda, es confirmada por la Audiencia Provincial y ratificada por el Tribunal Supremo. Posteriormente, don C., uno de los propietarios de los pisos, interpone demanda contra los nuevos adquirentes de dichos locales por compraventa, solicitando el cumpli-

miento de la sentencia. El Tribunal Supremo declara que no ha lugar al recurso interpuesto por los nuevos propietarios contra la sentencia de la Audiencia, que condena a la restitución de la superficie excavada y usurpada. (*M. C. C. M.*)

91. Distinción entre las normas del título constitutivo y de los estatutos, y las normas del reglamento de régimen interior.—El artículo 6 LPH establece que, con independencia de lo que determina el título constitutivo de la propiedad por pisos o locales, y para regular los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes y dentro de los límites establecidos por la ley y los estatutos, el conjunto de propietarios podrá fijar normas de régimen interior que obligarán también a todo titular. Así, este precepto viene a declarar la existencia de dos clases de normas, de rango muy distinto: 1) las contenidas en el título constitutivo de la propiedad y en los estatutos, que integran la constitución y el ejercicio del derecho de cada propietario, en orden al uso y destino del edificio; 2) las integradas en el reglamento de régimen interior, destinadas a regular los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los servicios y las cosas comunes. Para la validez de los acuerdos que impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos, se exige la unanimidad (regla primera del art. 16 LPH). En cambio, para la validez de los demás acuerdos, bastará el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación (regla segunda del art. 16 LPH). (**STS de 25 de abril de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El propietario de un piso interpone demanda contra la comunidad de propietarios, impugnando determinados acuerdos tomados en la Junta General Ordinaria de ésta y solicitando la nulidad de varios artículos relativos al régimen interno. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, declarando la nulidad de determinados acuerdos sobre normas de régimen interno y presupuesto. La Audiencia Provincial, por su parte, revoca la sentencia recurrida, por lo que el propietario recurre en casación.

El Tribunal Supremo desestima el recurso sobre la base de los siguientes argumentos. En primer lugar, señala que es en las normas contenidas en el título constitutivo, donde se excluye el uso y disfrute de determinados elementos comunitarios a los propietarios de las partes que allí se determinan, exclusión que, lógicamente, obliga a excluirlos de la obligación de participar en los gastos de la comunidad ocasionados por dichos elementos comunes. Es la aplicación de tales normas la que determina la elaboración de los distintos presupuestos. En segundo lugar, no queda probada la existencia de acuerdo alguno que modifique los coeficientes de participación en los gastos fijados por el título constitutivo. La Junta de vecinos se limitó a aprobar el presupuesto para el ejercicio de 1999, de acuerdo con lo que figuraba en el orden del día. El coeficiente atribuido al actor se realizó por el acto conjunto de todos los que entonces eran comuneros, en una reunión celebrada en 1993, siendo aplicados sin interrupción en todas y cada una de las juntas de propietarios celebradas, sin que el actor, que adquirió

su parte determinada al año siguiente, impugnara tal extremo, deviniendo, de esta forma, plena y definitivamente exigible. Finalmente, en relación a uno de los acuerdos impugnados, el Tribunal Supremo entiende que de él no se infiere violación alguna de la regla segunda del artículo 16.2 LPH, ya que lo único que hace es establecer el poder del voto de cada propietario en proporción directa a su coeficiente, sin establecer mayorías distintas de las previstas legalmente (según el acuerdo «*en cuanto a los acuerdos que puedan someterse a la Junta de Copropietarios y la mayoría de votos que se precise en cada caso, se estará necesariamente a lo dispuesto en la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1961*»). (S. L. M.)

92. Adquisición de elementos comunes del inmueble por usucapión.—Para hacer efectivo el derecho que resulta de la usucapión establecida en el artículo 1957 CC es preciso que esté basado en una posesión durante diez años en concepto de dueño, con buena fe y justo título. Por tanto, no resultará adecuada la intención subjetiva para poseer en este concepto si no se apoya en un título apto y suficiente, como sucede con la posesión que se disfruta por mera tolerancia de la comunidad de propietarios. De igual forma, la simple declaración de herederos no sirve de título idóneo para adquirir el dominio de unos bienes que no son propiedad de su causante.

Actos propios: concepto y fundamento.—Los actos propios tienen su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, lo que impone un deber de coherencia y auto limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables. Sólo pueden merecer tal consideración aquellos que, por su carácter trascendental o por constituir convención, causan estado, definen de forma inalterable la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, lo que no puede predicarse en los supuestos de error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia. (STS de 15 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Una comunidad de propietarios interpone demanda contra varias personas entre las que se encuentran el hijo y la viuda del poseedor de un inmueble que, según la escritura del régimen de propiedad horizontal, constituye un elemento común destinado a vivienda del portero. Los demandados, a su vez, reconvienen.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y desestima la reconvencción. En concreto, declara que la comunidad es la propietaria única y exclusiva del piso y anejos inherentes y, en consecuencia, que los demandados lo poseen indebidamente por carecer de título legítimo para ello. Asimismo, la sentencia condena a los demandados a restituir a la comunidad de propietarios demandante la posesión del elemento descrito. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por los demandados. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. C. C. M.)

93. Propiedad horizontal. Nulidad de la división jurídica de una planta de un edificio en dos pisos independientes sin acuerdo de la Junta de Propietarios.—Cuando la pretensión del titular consiste en verificar una división jurídica, de tal manera que un piso pase a ser dos, con la desaparición de la cuota de propiedad inicial y la asignación de otras diferentes, aunque sea con idéntica suma de espacio, se necesita el acuerdo unánime de la Junta de Propietarios, en virtud de que se considera que existe modificación del título constitutivo en dicho supuesto, según lo dispuesto en el artículo 16.1 de la citada LPH.

Además, para apreciar la voluntad del promotor y de los propietarios, la sentencia de apelación hace mención a determinadas actividades realizadas en el año 1973, cuya valoración es inadecuada en virtud de que el título constitutivo fue objeto de escritura pública el 22 de febrero de 1975, y, por lo tanto, con posterioridad a los datos que sirvieron a la conformación del parecer de la Audiencia. **(STS de 25 de mayo de 2007; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—El demandante solicitó que se declarase que dos locales del edificio debían ser destinados cada uno de ellos a una sola vivienda y que las obras realizadas por los demandados fueran demolidas y repuestas las cosas a su estado anterior. Uno de los demandados contestó a la demanda y formuló reconvencción solicitando que el demandante repusiera diversos espacios a su estado primitivo deshaciendo las obras que había realizado.

El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda y estimó íntegramente la demanda reconvenccional. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el demandado, dejando sin efecto algunos pronunciamientos del Juez de Primera Instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, ratificando íntegramente la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia. *(L. F. R. S.)*

94. Propiedad horizontal: las terrazas como elemento común y los requisitos necesarios para su desafectación.—La enumeración legal de elementos comunes del artículo 396 CC es enunciativa y no un *numerus clausus*. Así, la jurisprudencia afirma que las terrazas que sirven, en todo o en parte, como cubierta al edificio tienen, en principio, la consideración de elementos comunes (SSTS de 6 de mayo y 14 de octubre de 1991, 10 de febrero de 1992 y 25 de julio de 1995). Eso sí, estas terrazas no son elementos esenciales por naturaleza, es decir, imprescindibles para asegurar el uso y disfrute de los pisos y locales, sino elementos comunes por destino, lo que implica que pueden ser desafectados para otorgar su uso privativo a uno de los dueños.

Los procedimientos legalmente previstos para que esta desafectación se produzca son, o su consideración como elemento privativo en el título constitutivo (art. 5 LPH) o la constancia del acuerdo unánime posterior de la Junta de Propietarios que admita el uso privado de ese elemento de naturaleza comunitaria (arTribunal Supremo 11 y 13.4 LPH). Lo relevante a la hora de estimar producida una desafectación, que destine a un uso privativo lo que era de uso común, no es la realidad física que exista en el momento de la adquisición de la vivienda, sino la concurrencia de alguno de los presupuestos legales enunciados. No es posible una desafectación tácita basada en la

situación fáctica del inmueble y en la tolerancia del adquirente. El Tribunal Supremo no admite que una determinada conducta de un adquirente pueda interpretarse como equivalente a un acuerdo unánime conforme a la desafectación. La inactividad de los propietarios desde el momento de la adquisición no significa que exista un consentimiento tácito que sane la falta de consentimiento unánime necesario, conforme a la Ley de Propiedad Horizontal (SSTS de 7 de abril de 1998 y 10 de junio de 2002). (**STS de 30 de marzo de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Don R. interpone demanda contra los dueños de las viviendas situadas en la planta superior de su edificio en ejercicio de la acción reivindicatoria. En ella, solicita que se le reintegre la posesión y tenencia de la terraza que sirve de techumbre al mismo, ya que los demandados llevan a cabo un uso privativo y excluyente de este elemento común. Los demandados se oponen a la demanda alegando que dicha terraza sólo tiene acceso desde las viviendas superiores y que fue voluntad de la propietaria, antes de la división horizontal, atribuir su uso sólo a los pisos superiores.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda por entender acreditado tanto el carácter común de la terraza, como la condición de copropietarios de los litigantes y el uso excluyente que venían realizando los demandados sin estar amparados por título que les habilitara para ello. La Audiencia estima el recurso de apelación, pues a pesar de que la terraza es un elemento común, la configuración física del inmueble y la evidencia fáctica continuada de su uso privativo, conocida por el actor cuando adquirió la vivienda, permiten afirmar su desafectación tácita. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo estima y confirma la resolución de primera instancia. (*S. E. M.*)

95. Propiedad horizontal. El acuerdo por el que se arrienda una parte de la azotea del edificio para instalar una base repetidora de telefonía móvil debe ser adoptado por mayoría de votos, sin que se requiera la unanimidad.—La cubierta-azotea de un edificio sujeto al régimen jurídico de propiedad horizontal es un elemento común, por así disponerlo el artículo 396.1 CC, y como tal de uso común por los propietarios del inmueble. Ahora bien, ello no impide que se pueda disponer acerca de su uso a favor de uno o varios titulares de departamentos, o de terceros ajenos a la comunidad, haciéndolo, como en este caso, a través de un contrato de arrendamiento cuya celebración no precisa la unanimidad de los propietarios, conforme al artículo 16.1 LPH, sino que basta el régimen de mayorías de su número 2, puesto que se trata de un acto de mera administración, y no de disposición, por un tiempo concreto, que no altera la naturaleza de la cubierta como elemento común y no existe constancia alguna (nada dice la sentencia) de que la obra puede incidir en la estructura del edificio o afectar a la configuración o estado exterior del edificio o de la cubierta, sino que incluso se trata de una instalación desmontable en un espacio carente de uso específico por los comuneros. (**STS de 22 de mayo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.— El demandante presentó demanda contra la comunidad de propietarios de un edificio, solicitando se declarase nulo el acuerdo por el que se autorizaba la firma de un contrato de arrendamiento para la instalación de una base repetidora de telefonía móvil en la azotea del citado edificio.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda al considerar que el acuerdo debería haber sido adoptado por unanimidad, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y desestimó la demanda al entender que el acuerdo sólo necesitaba el apoyo de la mayoría de los propietarios. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. B.*)

96. Propiedad horizontal. Legitimación de la comunidad.—El Tribunal Supremo reconoce la legitimación de la comunidad de propietarios para reclamar a un comunero los gastos comunes, aun existiendo una resolución judicial de suspensión de los acuerdos adoptados por la Junta General de la Comunidad para ese año, cuando, como sucede en el caso juzgado, dicha resolución judicial no ha sido objeto de valoración ni de pronunciamiento alguno en este proceso. A ello añade el Tribunal Supremo que, si bien dichos acuerdos (referidos, entre otros aspectos, al Presidente y a la formulación de acciones judiciales) están en suspenso, no lo están ni los anteriores ni los posteriores —que otorgan legitimación al presidente de la comunidad— a los que hay que remitirse, pues de lo contrario se impediría que la comunidad siguiese desarrollando su actividad en beneficio de los comuneros.

Actos propios.—El Tribunal Supremo reitera en esta sentencia su doctrina sobre los actos propios, que tiene su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de buena fe, y que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se crean expectativas razonables. Para que esto suceda, es necesario que se trate de actos que, por su carácter trascendental o por constituir convención, causen estado, definan de forma inalterable la situación jurídica de su autor o bien que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho; esto no sucede en los supuestos de error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia (así lo declara la STS de 27 de octubre de 2005 y las que cita).

En este caso, para la aplicación de la doctrina de los actos propios, el Tribunal Supremo tiene en cuenta la existencia de litigios anteriores entre las mismas partes y que la demandada compareció en la Junta General de la Comunidad, ejerciendo su derecho de voto, sin impugnar dicha junta ni ninguna otra. (**STS de 15 de junio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don F., en calidad de presidente de la comunidad de propietarios del edificio Augusta Park, interpone una demanda contra la entidad mercantil G. L. exigiendo el pago de ocho millones de pesetas en concepto de gastos comunes. La demandada se opone e interpone la excepción de falta de legitimación activa del actor, pues no reconoce la existencia de una sola comunidad de propietarios, sino que pretende que existen tres comunidades distintas.

El Juzgado de Primera Instancia no entra a conocer del fondo del asunto, al estimar la excepción de falta de legitimación activa. Por su parte, la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la comunidad de propietarios Augusta Park, y con-

dena a la demandada a que abone a la demandante la cantidad reclamada. Contra esta última sentencia, G. L. interpone recurso de casación. (*L. P. S. M. P.*)

97. Propiedad horizontal: la legitimación de uno de los copropietarios para el ejercicio de la acción confesoria de servidumbre de desagüe.—

A pesar de que el vigente artículo 7.5 LEC sólo permite comparecer en juicio a quien la regulación concede representación legal, es decir, al Presidente o, en su caso, al Vicepresidente de la comunidad de propietarios, la regulación precedente, al igual que reiterada jurisprudencia, reconoció al comunero y copropietario el posible ejercicio de acciones en beneficio o en defensa de la comunidad, aun sin el consentimiento expreso de la misma, con fundamento en el artículo 394 CC (SSTS de 20 de abril de 1991, 22 de octubre de 1993, 8 de noviembre de 1995 y 22 de noviembre de 1999). Eso sí, esta regla no se aplica cuando lo que consta es la clara oposición y voluntad contraria al ejercicio de dicha acción por parte de la citada comunidad (STS de 13 de diciembre de 1991 y 16 de abril de 1996).

Además, para el correcto ejercicio de la acción confesoria de servidumbre de desagüe, conforme a los artículos 397, 594 y 597 CC, es imprescindible el acuerdo unánime de todos los copropietarios, ya que la constitución o reconocimiento de esta servidumbre implica la alteración de la cosa común y, no cabe duda, de que el sistema de evacuación de aguas lo es. Si no se acredita la existencia de dicha servidumbre en el título constitutivo, para poder constituirlo, al tratarse de un derecho real que grava el inmueble y de una servidumbre de carácter legal, lo procedente es que el dueño del predio dominante lo solicite, puesto que su constitución implica no sólo un beneficio, sino también la asunción de una serie de obligaciones derivadas. Dicho dueño en el caso de las comunidades de propietarios es el conjunto de todos los dueños en proporción a sus respectivas cuotas de participación en los elementos comunes del edificio. (**STS de 14 de mayo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Don M. y doña I. interponen demanda contra su comunidad de propietarios solicitando la nulidad del acuerdo adoptado en la Junta General Extraordinaria acerca de la ejecución forzosa en su local del sistema de canalización y conducción de aguas residuales. La demandada se opuso y reconvino solicitando a su vez que los actores permitan la realización de dichas obras, sin perjuicio de su derecho a la indemnización correspondiente. Se contesta a la demanda reconvenida alegando la falta de representación del reconviniente.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda y rechaza la reconvencción. La Audiencia estima parcialmente el recurso de apelación y absuelve a la demandada. Los actores interponen recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima y confirma la resolución recurrida. (*S. E. M.*)

98. Propiedad horizontal: requisitos legales necesarios para la convocatoria de juntas de propietarios sobre realización de obras.—El Tribunal Supremo afirma que deben ser cumplidas las normas previstas en la Ley

de Propiedad Horizontal para la convocatoria de juntas, pues configuran un sistema de garantías que ha de ser respetado. Así, en la citación debe constar tanto el lugar, día y hora de celebración, como el orden del día. La citación debe ser personal y por escrito en el domicilio que constituya la residencia de los titulares en España, o, en su defecto, en el propio piso o local y, subsidiariamente, en el tablón de anuncios o lugar destinado en la finca a estos fines. En consecuencia, de acuerdo con la Ley de Propiedad Horizontal, resultan inadmisibles las convocatorias efectuadas verbalmente, por quebrar las garantías concernientes al propietario. La citada ley señala, además, que la asistencia a la junta será personal o por representación legal o voluntaria, que puede ser acreditada con un escrito firmado por el propietario.

La falta de notificación de los acuerdos con los requisitos legales necesarios impedirá el inicio del plazo de su impugnación, que empezará a contar desde la notificación válida a los mismos. (STS de 28 de junio de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Una comunidad de propietarios demanda a una entidad mercantil que forma parte de dicha comunidad y cuyos locales se encuentran arrendados a terceros. La comunera demandada, además de oponerse a la demanda, reconviene solicitando la nulidad de los acuerdos adoptados en junta de propietarios, sobre la necesidad de acometer una serie de obras en el edificio para que cumpla con las condiciones de seguridad y salubridad necesarias. Según la misma, aunque se conoce su domicilio a efecto de notificaciones, la comunidad de propietarios las entregó a los arrendatarios de los locales que participaron en las juntas, pese a que no existía una delegación expresa de la propiedad para ello.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y rechaza la reconvenición. Su sentencia es confirmada en grado de apelación por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación presentado por la entidad mercantil. (M. C. C. M.)

99. Propiedad horizontal: notificación y plazo de impugnación de los acuerdos de la Junta de Propietarios.—En virtud del artículo 16.4 de la Ley 46/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, la acción de impugnación de los acuerdos de la Junta de Propietarios deberá ejercitarse dentro de los treinta días siguientes al acuerdo o a la notificación, si hubiere estado ausente el que lo impugne. En dicha ley se establece un sistema de garantías por el que los propietarios gozan de libertad para asistir a la Junta, no siendo posible que el impedimento de su asistencia se deba a la omisión de ciertos datos sobre su celebración (lugar, fecha, hora...), o al desconocimiento del Orden del Día (sin necesidad de una redacción amplia o exhaustiva del mismo) o, en su caso, a la falta de la comunicación posterior de los acuerdos adoptados. Es decir, al propietario ausente también se le ha de entregar la oportuna acta de la Junta, convocársele en la forma debida (mediante correo ordinario, a través del portero de la finca o incluso en determinadas circunstancias por su colocación en algún lugar habitual de la finca) y, posteriormente, probarse la notificación del acuerdo.

Para un propietario ausente, la manifestación emitida por el Presidente de una comunidad de propietarios en un acto de conciliación no puede asi-

milarse a la efectiva notificación prevista en el citado artículo 16.4 y, por lo tanto, tampoco la fecha de dicho acto sirve como día inicial del cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación. **(STS de 3 de mayo de 2007; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Los hermanos don I., doña S. y don S. demandan a su comunidad de propietarios impugnando los acuerdos adoptados en la Junta. En esta Junta, a la que no asintieron, se decidió, sin la necesaria unanimidad, la realización de ciertas obras que afectan a elementos comunes y que a los actores les generan notables perjuicios en sus locales comerciales ubicados en la planta baja del edificio comunitario (filtraciones de agua, obstaculización del acceso de peatones, visualización de los escaparates...). La demandada fue declarada en rebeldía y se personó una vez concluido el período de proposición de prueba.

El Juzgado de Primera Instancia acoge íntegramente la demanda. Esta sentencia fue revocada en grado de apelación. La Audiencia deja sin efecto el pronunciamiento porque considera que, a pesar de la falta de prueba sobre la fecha de acuerdo determinante de la realización de las obras, en el acto de conciliación el Presidente de la Comunidad reconoció la realidad de las mismas y, no obstante, la acción de impugnación contra el acuerdo no se ejercitó hasta pasado un año y medio desde este acto, por lo que es evidente su ejercicio extemporáneo. La parte actora interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo ratificando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. *(S. E. M.)*

100. Nulidad relativa de los acuerdos adoptados por la Junta de Propietarios sin contar con la preceptiva unanimidad.—La nulidad de los acuerdos adoptados sin la necesaria unanimidad no es radical, sino relativa, cuando existe un plazo dentro del cual pueden ser impugnados. Es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene que se reserva la calificación más grave de nulidad absoluta para los acuerdos que infrinjan normas imperativas o prohibitivas que no tengan previsto un efecto distinto para el caso de contravención, o que sean contrarios a la moral o al orden público o contengan un fraude de ley, defectos todos ellos insubsanables por el paso del tiempo. **(STS de 18 de abril de 2007; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Se interpuso demanda declarativa de la nulidad de un acuerdo adoptado en Junta de Propietarios de una comunidad, en virtud del cual se autorizaba a los codemandados a edificar una buhardilla sobre componentes privativos de la Comunidad. Los demandantes, que también solicitaban la demolición de lo edificado y restauración del edificio a su estado anterior, alegaban que faltó la unanimidad necesaria para la validez de dicho acuerdo. En primera instancia, la demanda fue estimada. Interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Alicante, éste fue estimado. *(C. J. D.)*

101. Titularidad de programa de ordenador creado en el seno de una relación laboral.—El objeto directo y exclusivo de protección legal es el programa de ordenador definido en el artículo 96, párrafo primero, LPI, con la documentación del párrafo segundo del propio artículo. La protección recae, no sobre la idea, sino sobre la expresión de la misma, pues el objeto de protección no es lo que se pretende sino el cómo se consigue: la forma de plasmar la idea, su ordenación, configuración o estructura, y, en el caso, la contribución de los funcionarios de la Delegación provincial de la demandada se ciñe única y exclusivamente a la idea, no a su forma de expresión, de modo que la disposición técnica del programa se realizó única y exclusivamente por el demandante, limitándose las indicadas funcionarias a exponerle las funciones que al usuario del programa le convenían. El artículo 97.4.º LPI hace derivar la titularidad a favor del empresario, de las llamadas invenciones laborales, de dos factores alternativos (salvo pacto en contrario): que la obra se enmarque en el ámbito propio y específico de las funciones que le han sido confiadas, o que se hayan realizado por instrucciones del empresario, no concurriendo ninguna de dichas circunstancias. La prueba practicada, señala el Juzgador *a quo*, es reveladora de que el demandante procedió a la invención por propia iniciativa y no por ser ésta su tarea o cometido propio ni por encargo expreso o indicaciones concretas de la demandada. La función para la que fue contratado el Sr. G. no era la de programar, y la demandada-reconviniendo no prueba con el necesario rigor que se le dieran instrucciones específicas para crear el programa, ni tampoco consta que se relevara al actor de toda otra función en la Delegación para realizar el programa, ni aun siquiera que en dicha Dependencia existieran medios materiales aptos para la elaboración del mismo. Por tanto, no concurren ninguna de las hipótesis del artículo 97.4 LPI que atribuyen al empresario la titularidad de los derechos de explotación. La colaboración de los posibles y eventuales usuarios en nada obstan a la paternidad del programa. Por el contrario, el demandado ha probado la dedicación a la elaboración del programa en horas distintas a las laborales y en su propia casa. Tampoco es lo mismo «con ocasión del trabajo» que «en el desempeño normal de su puesto de trabajo», que es al que la Ley se refiere. Y tampoco es lo mismo colaborar en la idea, o hacer indicaciones sobre el resultado, o aspectos del mismo que se desean, que proporcionar «instrucciones sobre la creación».

Actos propios. Doctrina jurisprudencial. No se estima.—En el recurso se argumenta que el acto propio viene constituido en el caso por la entrega voluntaria de los disquetes del programa por parte del demandante, sin exigencia de contraprestación alguna, y sin advertencia de ser por tiempo limitado o sometida a condición alguna. Pero, si bien en un principio hubo una cesión del uso, ésta no se podía considerar definitiva e irrevocable, sino en el entendimiento implícito de dejar de utilizar el fruto del trabajo e inventiva del demandante a modo de auténtico precario, esto es, en tanto durase la liberalidad del cedente». La impugnación de esta apreciación incide en el defecto de hacer supuesto de la cuestión, ya que la estimación de *animus donandi* constituye cuestión de hecho. Por otra parte, la deducción de existencia de una cesión gratuita definitiva del uso del programa por la permisividad de utilización del mismo no se ajusta a la exigencia de univocidad que requiere el acto propio para vincular a su autor, y, de aceptarse, conduciría a una generalización de la presunción del «ánimo de liberalidad», que no es conforme a la normalidad de las cosas —*quod plerumque accidit*—, ni la consiente el ordenamiento jurídico, pues retiradamente esta Sala ha venido declarando que el ánimo de

liberalidad no se presume (SSTS, entre otras, 6 de octubre de 1994, 12 de noviembre de 1997 y 13 de julio de 2000). (STS de 21 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El objeto del proceso versa sobre la titularidad de un programa de ordenador (CODEN), el cual se elaboró en el seno de una relación laboral, reclamando la titularidad del derecho de explotación ambas partes: el trabajador que lo elaboró (Sr. G.) y la entidad para la que trabajaba (Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha). Quedó probado que:

a) El Sr. G. fue contratado con la categoría de administrador de informática, con el puesto de operador de consola, por lo que su función no era programar, la cual corresponde a los analistas, si bien en la plantilla de la entidad para que trabajaba no había ningún titulado en informática.

b) La idea de realizar el programa —denominado CODEN— fue del Sr. V., pero de hecho sugerida por la Secretaria de la Delegación que le manifestó las deficiencias del programa que se venía utilizando en la Consejería de MULTAS. No hubo encargo directo para que el programa se realizase, ni la realización entraba en las funciones del Sr. V.

c) El programa tiene por objeto crear formularios que puedan ser utilizados en la tramitación de expedientes administrativos.

d) En cuanto al lugar en que se elaboró, lo fue en parte en casa y en parte en la oficina.

e) En lo que atañe a los medios utilizados, se emplearon tanto material de la oficina como equipos propios, recibiendo el Sr. G ayuda y colaboración de las funcionarias de la Consejería.

f) CODEN no nació para comercializarse, siendo cosa distinta que, a la vista de su funcionamiento y aplicación en la Consejería el actor decidiera intentar comerciar con él.

A la vista de todo lo anterior, el Juzgado de Primera Instancia concluye que el programa CODEN es obra protegible según el artículo 96 LPI, y constituye una invención laboral mixta, perteneciendo la titularidad al trabajador, con un derecho de utilización de la Consejería, con la obligación de indemnizar. La sentencia es recurrida en apelación y la Audiencia Provincial estima en parte el recurso. La Consejería autonómica interpone recurso de casación. (S. M. S.)

102. Violación de los derechos de propiedad intelectual mediante inscripción como marca en el registro de un dibujo protegido como obra. Prioridad de la lesión del derecho de autor.—Lo determinante en este caso no es la regulación de la marca, porque el litigio versa directamente sobre una cuestión relacionada con el derecho de autor sobre su obra, que tiene prioridad ya que de acuerdo con el artículo 13.d) de la Ley 32/1988, de 10 noviembre, de Marcas vigente en el momento en que sucedieron los hechos, se prevé una prohibición relativa a registrar como marcas «los sig-

nos o medios que reproduzcan o imiten creaciones protegidas por un derecho de propiedad intelectual, a no ser que medie la debida autorización del titular de tal derecho», como ocurrió en el presente caso, en el que la autorización no se produjo. Por ello debe partirse de la base que, aun no siendo constitutivo para el autor el registro de su obra, no puede darse prioridad a la marca sobre el derecho de autor que, como ha ocurrido, no ha autorizado su utilización.

Prescripción de la acción para reclamar daños y perjuicios por la lesión del derecho de propiedad intelectual: artículo 135 LPI. *Dies a quo*.—El artículo que se dice infringido establece un plazo de prescripción, cinco años, y un *dies a quo*, «desde que el legitimado pudo ejercitarlo», que debe ser determinado teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. A efectos dialécticos, podría admitirse que el simple hecho de iniciar el procedimiento de registración de una marca que corresponde a un derecho de autor que se lesiona, ha producido la violación, que genera los derechos de indemnización previstos en el artículo 135.3 LPI. Sin embargo, esta conclusión no puede admitirse, dada la finalidad de la indemnización prevista en el citado artículo 135.3 LPI, que, recordemos, consiste en la compensación por la vulneración del derecho de autor. El daño en este caso se consolida cuando el perjudicado lo conoce o puede conocerlo y en contra de lo aseverado en el recurso, hay que afirmar que el acto que produce la lesión del derecho de autor es la inscripción, porque el que inicia el procedimiento es un mero acto preparatorio, que puede acabar con la denegación de la inscripción, y si ello fuera así, no se habría producido de forma definitiva ninguna lesión del derecho de autor.

Lesión del derecho de propiedad intelectual. Solicitar la inscripción pero no explotar la marca registrada provoca una violación del derecho moral de autor.—En este caso no nos encontramos frente a un supuesto de divulgación, sino de falta de autorización, de manera que, probada la originalidad del dibujo del gato *Pumby*, no hubo autorización para la inscripción como marca. Por tanto, provocó una violación del derecho moral porque se ha producido una inscripción, no sólo omitiendo quién fue el autor, sino también copiando su producción. Para que haya violación del derecho moral basta que haya una reproducción in consentida.

Perjuicios morales. Prueba y fijación del *quantum* según la Ley de Propiedad Intelectual.—Los recurrentes entienden que la parte demandante no ha probado que se hayan producido perjuicios morales y que sólo ha alegado su existencia sin intentar probar su realidad. El artículo 135.2 LPI que se cita como infringido, considera que el daño moral existe sin necesidad de prueba del perjuicio económico, cuando afirma que «en caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico». Es por esta razón que no puede admitirse este motivo, porque la sentencia recurrida ha aplicado los criterios del artículo 135.2 LPI, que deslinda el daño moral del patrimonial, de manera que los daños morales no son objeto de prueba en sí mismos, sino que lo que debe probarse es el hecho generador del daño y las circunstancias de su producción. En este caso se ha probado: a) que se había efectuado una copia del dibujo original del gato *Pumby*; b) que este dibujo se había inscrito como marca sin autorización de su autor. Todo ello determina la lesión del derecho moral. Respecto a los criterios utilizados en la sentencia recurrida para la fijación del *quantum* a indemnizar, ésta tampoco ha vulnerado el artículo 135.2 LPI, que establece que en la fijación de la indemnización y la consiguiente valoración del daño

moral se atenderá a «las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra», que se han aplicado correctamente. (STS de 19 de abril de 2007; ha lugar en parte). [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El Sr. E. era dibujante y había creado un gato, al que llamó *Pumby*, cuyas historietas empezaron a publicarse en torno al año 1952, hasta 1983 en revistas de la sociedad *Editora V.* Era pública y notoria la autoría del dibujo, a pesar de que el autor nunca tuvo un contrato con la mencionada editora, que en 1953 registró con el mismo nombre una marca de una cabecera de revista, sin consentimiento del autor, aunque esta marca no se utilizó; estos hechos dieron lugar a un litigio paralelo al actual.

En 1994, la sociedad «C., S. L.» acordó con don Enrique la cesión de la explotación del dibujo gato *Pumby* para una serie de dibujos animados. En aquel momento se descubre que en de octubre de 1992, don J. M. había presentado en el registro de marcas y obtenido la inscripción de una serie de marcas relativas al gato *Pumby*, que después cedió a R., S. L., llegando a solicitar una marca comunitaria.

El Sr. E pidió en la demanda que se le declarase como autor del dibujo del original del gato denominado *Pumby* sobre el que tiene el derecho moral de autor; que le corresponden los derechos de explotación de su obra y que la inscripción efectuada por J. M. y cedida a R., S. L. constituye una violación de sus derechos de propiedad intelectual. Como consecuencia de lo anterior, ejercitaba la acción reivindicatoria de los registros de las marcas y subsidiariamente, en el caso que no se acordase la reivindicación, pedía que se anulasen los registros de las marcas titularidad de R., S. L. por haberse inscrito contra sus derechos de propiedad intelectual. Además, pedía la indemnización por el daño moral causado al autor. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial, en apelación, confirmó la sentencia apelada, aunque estimó parcialmente el recurso en lo que se refería a la cuantía indemnizatoria por daño moral de autor a favor de don E. Los demandados interponen recurso de casación. (S. M. S.)

103. Actos de comunicación pública. Receptores en habitación de hotel. Distribución de la señal televisiva efectuada en los establecimientos hoteleros a los aparatos instalados en las habitaciones con la posibilidad de ser decepcionada o captada por los clientes.—El tema, polémico en la doctrina, dio lugar a dos criterios interpretativos en la jurisprudencia de esta Sala. En sentido favorable se manifestaron las SS de 11 de marzo de 1996 y 31 de enero de 2003 y en sentido contrario las de 21 de diciembre de 2002 y 10 de mayo de 2003. Esta última tiene singular significación porque emana del Pleno de la Sala Primera y nació con vocación de unificación fijando el criterio a seguir en la materia. Sin embargo dicha doctrina jurisprudencial debe ser modificada, en el sentido de entender que hay acto de comunicación pública, como consecuencia del criterio interpretativo establecido en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera) de 7 de diciembre de 2006, Asunto prejudicial C-306/05, que exige mantener un criterio uniforme en la materia.

Aplicabilidad de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al cambio jurisprudencial.—Las normas del ordenamiento jurídico interno deben ser interpretadas por todos los tribunales en el sentido más conforme al Derecho Comunitario, con independencia de que la norma sea anterior o posterior a una Directiva, y que ésta haya sido o no transpuesta mediante ley interna. Nada obsta a que la interpretación de la STJCEE de 7 de diciembre de 2006 se refiera a una Directiva, la 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001, que es posterior a la demanda del pleito que se enjuicia, porque lo que se toma en consideración no es la regulación de la Directiva, sino una interpretación jurisprudencial (del TJCEE) que es plenamente aplicable a la norma interna (art. 20.1 de la LOPJ 22/1987, y del TR 1/1996), la cual no disiente del Derecho Comunitario; y ello máxime si se tiene en cuenta que ni la norma interna ni la Directiva definen qué es la «Comunicación al público». Por consiguiente, no hay retroactividad normativa (por cierto, tampoco se contradice su prohibición cuando se trata de normas interpretativas o aclaratorias —retroacción impropia—, S 17 de septiembre de 2006), ni se afecta a la *perpetuatio actionis*. Tampoco obsta que la Sentencia del Tribunal de la Unión Europea aluda concretamente a los autores, en tanto el caso que se enjuicia se refiere a los productores de grabaciones audiovisuales, porque, aparte del carácter general de la «comunicación al público» respecto de todos los derechos de propiedad intelectual, en cualquier caso, una elemental regla de lógica formal no permite que una misma cosa pueda ser y no ser a la vez o al mismo tiempo. Por ello, si en el supuesto de los hoteles contemplado hay acto de comunicación pública para los autores también lo hay para los titulares de derechos afines.

Acto de comunicación pública: existencia.—La aplicación del criterio interpretativo expuesto a nuestra normativa interna exige examinar el precepto del artículo 20.1 LPI el cual dispone que «se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas puedan tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas», y que «no se entenderá pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo». Hay retransmisión porque el hotel receptiona o capta la señal televisiva original o primaria y la transmite —retransmite (radiodifusión secundaria)— a los televisores instalados en las habitaciones. Esta comunicación es a un público nuevo, integrado por la pluralidad de personas, indeterminada e indeterminable, que constituyen la clientela, cuya pluralidad se contempla en las perspectivas acumulativas espacial (conjunto de huéspedes de las diversas habitaciones del hotel) y temporal (los huéspedes sucesivos que ocupan y pueden acceder a la señal), que tienen la accesibilidad —potencialidad— de receptionar la señal difundida. La retransmisión puede tener lugar por cualquier medio técnico alámbrico o inalámbrico, y, además, las habitaciones de los hoteles no tienen carácter «estrictamente doméstico» a los efectos del artículo 20.1 LPI. Por consiguiente, en el supuesto enjuiciado hay acto de comunicación pública de conformidad con el art. 20, apartados 1 y 2, e) y f) LPI 22/1987. (STS de 16 de abril de 2007; ha lugar). [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) demanda a AL RIMA, S. A., titular de la explotación del hotel «Puente Romano», por qué esta última retransmite por cable a las diferentes habitaciones diversas señales de radio-

difusión, así como las obras y grabaciones audiovisuales contenidas en los correspondientes programas, utilizando, «para cada una de dichas actividades» un sistema técnico consistente en: 1) un elemento de captación de las ondas que transportan las señales de televisión mediante un sistema doble constituido por una antena similar, aunque de superior potencia, a las denominadas «colectivas» que capta las emisiones terrestres, y una «estación radioeléctrica receptora» –«antena parabólica», y 2) una red de difusión que conecta a cada uno de los espacios comunes y privados (habitaciones y apartamentos) que hace posible la distribución de las emisiones a las mismas. La demandante solicita la suspensión de las actividades de retransmisión, la expresa prohibición de reanudar tales actividades en tanto no sea expresamente autorizada por la actora y que se declare su derecho a ser indemnizada de acuerdo con las tarifas generales de aquélla, conforme al número de habitaciones y apartamentos ocupados en el período durante el que se ha llevado a cabo la actividad ilícita. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por carencia de acción para reclamar la actora al no haber probado su legitimación para la gestión de los derechos que se adjudica, así como falta de litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido llamada al pleito la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE). La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por EGEDA y confirma la sentencia de primera instancia. Contra la sentencia de la Audiencia, EGEDA interpone recurso de casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que la sentencia alude al artículo 20 LPI 22/1987, que fue levemente modificado, en su apartado 2, en la redacción que se confirió a la Ley de Propiedad Intelectual por el Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, vigente hasta el 29 de julio de 2006. La sentencia considerada, que supone un cambio en la doctrina jurisprudencial sobre la comunicación pública a través de receptores instalados en las habitaciones de los hoteles, ha sido comentada por el prof. Bercovitz, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 75, sept-dic. 2007, sentencia núm. 2013. (S. M. S.)

104. Copia privada. Justificación del límite.—Se trata de un límite a los derechos de exclusiva de los autores que se ha justificado tanto por argumentos relacionados con el interés social de la creación intelectual, como por argumentos económicos (elevados costes del control) o incluso pragmáticos (inutilidad de prohibir y sancionar la copia privada). Una interpretación del precepto citado con arreglo a la realidad social (art. 3.1 CC) pone de manifiesto que mediante él se trata de controlar un mercado de reproducción de obras de carácter atípico, por cuanto no surge de la conjugación clásica de los mecanismos de la oferta y la demanda, sino que es consecuencia de la puesta a disposición de un gran número de usuarios, por su bajo coste relativo, de aparatos de reproducción de gran rendimiento, el cual aconseja conciliar la admisión de la copia privada dentro de unos estrictos límites con el respeto a los derechos de autor.

Reproducción mediante fotocopias. Distinción de copia privada: RD 1434/1992.—El artículo 31.2 LPI 1987, en relación con el artículo 25 LPI

1987, aplicable a este proceso por razones temporales, establece que «(l)as obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor en los siguientes casos: (...) (p)ara uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa». Por tanto, la actividad que consiste en reproducir total o parcialmente una obra en el ejercicio de una actividad mercantil y con ánimo de lucro (mediante precio) requiere autorización del autor, pero éste no es el caso planteado, pues la sentencia de instancia afirma que la reproducción de obras por la demandada no se realiza con una finalidad lucrativa. El RD 1434/1992, 27 noviembre, en desarrollo de lo establecido en el artículo 25 LPI (derecho de remuneración por copia privada) en su artículo 10 excluye de la consideración como reproducciones para uso privado del copista también «(l)as efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización». No solamente debe excluirse del concepto de copia privada aquella que tiene un carácter propiamente mercantil por estar orientada al mercado, sino también aquella que, no estando destinada a esta finalidad, es capaz de lesionar seriamente el potencial mercado editorial. En ese sentido debe interpretarse, en el Real Decreto, la expresión de destino al público, que aparece como paralela y distinta de la reproducción para uso colectivo mediante precio. Aquella expresión se refiere a la posibilidad de utilización por parte de un grupo indeterminado de usuarios, más allá de la finalidad estricta profesional o de índole particular por parte del copista, es decir, de la persona o entidad que verifica la reproducción total o parcial de la obra. El derecho de autor puede sufrir serios perjuicios con el uso colectivo no sólo de las reproducciones, sino también de los aparatos reproductores.

El mercado editorial no sólo puede verse perjudicado seriamente por las empresas dedicadas a la explotación de aparatos de reproducción, sino también por los centros o entidades de distinta naturaleza que tienen a disposición de un grupo indeterminado de personas este tipo de aparatos. En estos casos, se daña seriamente el mercado potencial del sector editorial y no puede considerarse compensado por el sistema establecido en el artículo 25 LPI.

Destino mixto de las máquinas fotocopadoras: irrelevancia.—Las anteriores consideraciones conducen a la desestimación del motivo, por cuanto la sentencia recurrida declara probado que la utilización de los aparatos de reproducción por parte de la demandada se encuentra abierta a una pluralidad indeterminada de usuarios, aunque se afirme que esta utilización tenga carácter accesorio, por lo que resulta indiferente el hecho de que primordialmente puedan estar destinadas al uso profesional por parte de los propios funcionarios de la Cámara, desde el momento en que la propia sentencia declara probado, con el carácter inmutable propio de las declaraciones de hechos formuladas por los tribunales de instancia, que no es éste el único uso al que se destinan.

Copias para fines de investigación: excepción del artículo 37 LPI.—Para determinar si es aplicable la excepción prevista en el artículo 37 LPI de 1987, el único elemento que se discute es si se cumple el requisito de que la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación y la prueba compete a la demandante, pero en las actuaciones no consta ningún elemento probatorio que lo justifique. (**STS de 8 de junio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La entidad de gestión Centro Español de Derechos Reográficos –CEDRO– demanda a la Cámara Oficial de Comer-

cio e Industria de Madrid por entender que esta última está obligada a obtener la preceptiva autorización para utilizar las obras cuyos derechos de autor administra, en la modalidad de reproducción mediante fotocopiado u otro procedimiento análogo, y exige asimismo que, mientras no disponga de dicha autorización, deberá suspender la citada actividad, y, en todo caso, ser condenada a indemnizar los daños y perjuicios causados. La Cámara Oficial de Comercio e Industria alega que las copias realizadas por los usuarios en las fotocopiadoras que están ubicadas en sus instalaciones se encuentran exentas, por ley, de tal autorización (bien vía art. 31.2 LPI, como copia privada, bien vía art. 37, como copias realizadas exclusivamente para fines de investigación). El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por apreciar falta de legitimación activa en la entidad de gestión demandante. La Audiencia Provincial, conociendo en apelación, revoca la sentencia de primera instancia y acoge los pedimentos de la recurrente. La parte demandada interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

NOTA.—Téngase en cuenta que la redacción de la Ley de Propiedad Intelectual citada en la sentencia corresponde a una versión anterior a la actual. La copia privada se recoge actualmente en el artículo 31.2 LPI, conforme a la redacción conferida por Ley 23/2006, con algunas variaciones, que, no obstante, no afectan a la parte del concepto técnico de «copia privada» que se analiza en este fallo. (S. M. S.)

105. Prenda de créditos: admisibilidad.—Reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SSTs de 19 de abril de 1977, 27 de octubre de 1999, 25 de junio de 2001, 26 de septiembre de 2002 y 10 de marzo de 2004) admite la validez y eficacia de la prenda de créditos. A mayor abundamiento, nuestro Alto Tribunal señala que el Legislador ha respaldado esta doctrina jurisprudencial en el artículo 90.1.6.º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, al reconocer la aptitud de los créditos para ser objeto de un derecho real de prenda, «con el consiguiente privilegio especial del acreedor pignoraticio».

Prenda en garantía de créditos futuros: admisibilidad.—El Tribunal Supremo señala que si la ley admite la hipoteca en garantía de créditos futuros (art. 142 LH) y la fianza por deudas futuras (art. 1825 CC), no hay obstáculo que impida la constitución de una prenda en garantía de obligaciones futuras. (STS de 20 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—Una entidad bancaria interpone una demanda de tercera de mejor derecho contra las empresas A y B, solicitando se dicte sentencia por la que se declare el mejor derecho de la entidad bancaria demandante frente a la ejecutante (la empresa B), en virtud de una póliza de garantía-prenda, a cobrar su crédito contra la empresa A.

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

NOTA.—En relación con la prenda de créditos pueden consultarse las obras de Remedios Aranda Rodríguez, *La prenda de*

créditos, Madrid, 1996, y de José Ramón García Vicente, *La prensa de créditos*, Madrid, 2006. (M. J. P. G.)

106. Hipoteca constituida e inscrita después de la compraventa en documento privado. Buena fe del acreedor, que tiene la condición de tercero hipotecario.—En este caso la sentencia recurrida establece en su FJ 2.º que «no existe ninguna prueba, ni aún indiciaria, que acredite el conocimiento por parte de la entidad bancaria de que los bienes hipotecados no eran ya del prestatario», afirmación que se realiza teniendo en cuenta las circunstancias a que se refiere el recurso sin que de las mismas extraiga la Audiencia la existencia de un comportamiento por parte de La Caixa contrario a la buena fe, que se presume (SS de 31 de marzo de 2000 y 17 enero de 2001, entre otras). Sentado lo anterior, es cierto que cabe combatir en casación tal apreciación cuando se revele contraria a las reglas de la lógica y de la racionalidad, lo que ciertamente no ocurre en el caso puesto que al obtener la demandada la garantía hipotecaria de un deudor que aparecía en el Registro como titular del bien hipotecado no puede deducirse que conociera su anterior transmisión por el hecho de que se hubiera finalizado la construcción —aunque el préstamo se contrajera nominalmente para financiarla— o el deudor presentara solicitud de suspensión de pagos ocho meses después, ni por la simple afirmación por la parte recurrente de la existencia de incorrecciones procesales por falta de notificación —lo que es objeto del siguiente motivo— de las que se extrae unilateralmente una intención fraudulenta por parte de la demandada.

Notificación del procedimiento de ejecución hipotecaria en el domicilio que resulta vigente en el Registro de la Propiedad.—La notificación del procedimiento hipotecario a las actoras, como titulares del dominio, se practicó el 24 de noviembre de 1992 en la propia finca y en la persona de la secretaria de la comunidad de propietarios al no hallarse en el mismo a las interesadas, lo que cumple con lo establecido en la norma que se dice vulnerada según la cual «el requerimiento deberá haberse practicado en el domicilio que resulte vigente en el Registro» bien personalmente, si se encontrare en él el deudor o el tercer poseedor, o bien por medio de otras personas entre las que, sin duda, puede encontrarse la propia secretaria de la comunidad. Dicha norma ha de ponerse en relación con la del artículo 130 de la misma Ley Hipotecaria, en cuanto dispone que en la escritura de constitución de la hipoteca el deudor fijará un domicilio para notificaciones que se hará constar en la inscripción de la hipoteca, de forma que el tercer poseedor —según prevé dicha norma— podrá variar «el domicilio que encontrase fijado al tiempo de la adquisición» pero para ello ha de sujetarse a determinadas condiciones y requisitos, cuales son que se haga la nueva designación dentro de la misma población que se hubiere designado en la escritura, o de cualquiera otra que esté enclavada en el término en que radique la finca, pues si se pretende hacer a punto diferente «será necesaria la conformidad del acreedor», todo lo que se hará constar en acta notarial y en el Registro de la Propiedad por nota al margen de la inscripción de la hipoteca. (STS de 16 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Las demandantes habían comprado por documento privado un apartamento, pero la vendedora constituyó siete meses después hipoteca sobre el inmueble vendido, que figuraba inscrito a

su nombre en el Registro de la Propiedad. El acreedor hipotecario inscribió la hipoteca y posteriormente la vendedora otorgó escritura pública de compraventa a favor de las compradoras, expresando que el apartamento estaba libre de cargas, gravámenes y arrendamientos. Más tarde, el acreedor promovió un procedimiento de ejecución hipotecaria y se adjudicó el apartamento en la subasta correspondiente.

Las compradoras demandaron al vendedor y al acreedor hipotecario solicitando que se declarase la nulidad de la hipoteca y de la adjudicación del apartamento a favor del acreedor hipotecario, debido a la mala fe de éste. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial admitió el recurso de apelación y desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*L. F. R. S.*)

107. Caducidad de la acción de retracto de colindantes.—Conforme al artículo 1524 CC, sólo cabe ejercitar el derecho de retracto legal en el plazo de nueve días contados desde la inscripción en el Registro, o, en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta. El término inicial del cómputo de ese plazo de caducidad previsto en el anterior precepto es el momento de la inscripción registral, y no en cualquier otro asiento, y menos aún de carácter provisional, al que no cabría anudar la presunción de conocimiento inherente al principio de publicidad registral, tanto más cuanto la anotación en el libro diario del registro no refleja el precio de las compraventas que determinan el retracto ejercitado. De ahí que el asiento de inscripción se fije por la ley como fecha de referencia para el cómputo del plazo de caducidad retractual, pues constituye un medio seguro, que sirve de base al doble fin del conocimiento cabal del negocio por el futuro retrayente y del establecimiento de una fecha cierta para evitar la inseguridad en el tráfico jurídico, eliminando la permanente incertidumbre del comprador respecto a su posible sustitución en la adquisición realizada. (**STS de 11 de mayo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Se plantea juicio de retracto de colindantes, donde los demandados se opusieron a la acción retractual alegando, en síntesis, la caducidad de la acción, y ser superior el precio de la compraventa, e insuficiente, por tanto, la cantidad consignada por el retrayente, quien, además, no había consignado la cantidad correspondiente a los gastos necesarios hechos en la finca vendida. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y declaró el derecho del actor a retraer la finca adquirida por los demandados, condenando a éstos al otorgamiento de la correspondiente escritura de venta a favor del demandante en las mismas condiciones en que la adquirieron, debiendo este último abonar a aquéllos los gastos hechos en la finca como consecuencia de los trabajos desarrollados en ella. El Juez de Primera Instancia basó su decisión en la diferencia que existía entre el precio fijado en el contrato privado de compraventa y el establecido en la escritura pública, cantidad consignada por el actor retrayente. Éste no tenía conocimiento cabal y completo de todas las condiciones de la venta con anterioridad a la inscripción registral, por lo que debía considerarse correcta y eficaz

la consignación de la suma declarada en la escritura, así como ejercitada en plazo la acción de retracto, cuyo término inicial del cómputo debía situarse, por la misma razón, en la fecha de la inscripción, y no en la del asiento de presentación en el Registro de la Propiedad. A la misma conclusión llegan la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo (*S.L.M.*)

108. Retracto de comuneros formulado antes de que se aprobase el remate de la subasta del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH.—Ciertamente, como se indica en tales sentencias, hubo anteriormente otra línea que mantenía que el cómputo empezaba en la escritura pública o su equivalente, el auto de aprobación del remate (como la de 1 de julio de 1991) pero la jurisprudencia moderna acepta que puede ejercitarse la acción de retracto cuando se haya perfeccionado la compraventa (como podría ser un documento privado sin tradición) o se ha celebrado la subasta judicial, con remate y adjudicación (aun antes del auto) puesto que el retrayente conoce todos los términos de la transmisión.

Así, se cumple y no se infringe el artículo 1521 CC pues el retrayente se subroga con las mismas condiciones, en el lugar del que aparece como adquirente en la subasta pública y lo hace en el breve plazo de caducidad desde que tiene, en dicha subasta, conocimiento completo y exhaustivo de los elementos del contrato o más bien, de la transmisión, que no es otro que la subasta. Y así lo mantiene la jurisprudencia reiterada en las últimas décadas, que llega a declarar caducada la acción si deja pasar aquel plazo (la citada S de 30 de octubre de 1990). (**STS de 25 de mayo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Una vez verificado el remate de la subasta de una parte indivisa de un inmueble, a consecuencia de un procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, pero antes de que se dictara el auto de aprobación del remate y adjudicación, el demandante formuló demanda de retracto de comuneros.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda por entender que el retracto sólo podía ejercitarse cuando se dictase el auto de adjudicación. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y admitió la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación, aunque uno de los magistrados formuló un voto particular coincidente con la solución adoptada por el Juez de Primera Instancia. (*M. C. B.*)

109. Tercero hipotecario. Lo es el adquirente de una finca en procedimiento administrativo de apremio seguido contra el titular registral, aunque la finca pertenezca a persona diferente, que no inscribió su título en el Registro de la Propiedad.—Procede fijar como doctrina que la circunstancia de no pertenecer ya al ejecutado la finca embargada, por habérsela transmitido a otro pero sin constancia registral de la transmisión, no determina la nulidad del acto adquisitivo del tercero por venta judicial o administrativa, pues precisamente por tratarse de una circunstancia relativa al dominio y carecer de constancia registral no puede impedir la adquisición del dominio por quien confió en el Registro y a su vez inscribió. Se trata, en definitiva, de

un efecto combinado de los principios de inoponibilidad y de fe pública registral que sacrifican el derecho real de quien no inscribió, pudiendo haberlo hecho, en beneficio de quien sí lo hizo después de haber confiado en el Registro.

Cumplimiento de todos los requisitos exigidos por el artículo 34 LH.—

De aplicar todo lo antedicho a los dos motivos del presente recurso se desprende la procedencia de su estimación, porque no pudiendo tacharse de nulo el acto adquisitivo de la sociedad adjudicataria en procedimiento de apremio por la sola circunstancia de haberse embargado la finca cuando ya no pertenecía al titular registral, la posterior inscripción salvó la falta de poder de disposición de dicho titular. Se trató de una segunda enajenación hecha por el mismo transmitente, puesto que la escritura pública se otorgó por la autoridad administrativa competente en sustitución del mismo; enajenación que determinó, merced a su posterior inscripción, el mantenimiento de la propiedad del segundo adquirente por aplicación del artículo 34 LH, ya que adquirió la finca de quien registralmente aparecía facultado para transmitir su dominio y el procedimiento administrativo de apremio, con independencia del embargo trabado sobre la finca después de su enajenación al Banco demandante, no adoleció de irregularidad alguna que pudiera determinar la nulidad del acto adquisitivo en el sentido contemplado por el artículo 33 LH, cual hubiera sido la omisión de algún trámite esencial de dicho procedimiento; a todo lo cual, en fin, se une que en ninguna de sus dos demandas acumuladas pidió el Banco actor la nulidad de aquel embargo ni de ninguna otra fase del procedimiento administrativo de apremio, sino única y exclusivamente la de la venta misma.

La sentencia recurrida, por tanto, infringió el artículo de 34 LH, como se aduce en el primer motivo del recurso, ya que pese a la efectiva existencia de sentencias de esta Sala que autorizaban la solución del tribunal de apelación de considerar nula la venta por inexistencia del objeto, y por ello no convalidable mediante la inscripción, el criterio interpretativo de tales sentencias debe ser descartado en virtud de la doctrina que ahora se fija en esta sentencia de casación; como igualmente debe ser rechazado el argumento de la misma sentencia recurrida que para la aplicabilidad del artículo 34 LH parece exigir necesariamente una ulterior transmisión por quien adquirió a consecuencia del procedimiento de apremio, pues según se ha razonado al comienzo del FJ 7.º de esta sentencia de casación dicho artículo 34 ampara también, por sí mismo, a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su transmitente. (STS de 5 de marzo de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—En 1994, el Banco EC adquirió una parcela de la sociedad P por dación en pago, otorgándose a su favor la correspondiente escritura pública, que no fue inscrita en el Registro de la Propiedad por haberse denegado la inscripción por la existencia de dos defectos subsanables. En 1997, la sociedad IC adquirió la misma parcela en un expediente administrativo de apremio seguido por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria seguido contra la sociedad P, inscribiéndose la compraventa en el Registro de la Propiedad.

El Banco EC demandó a las sociedades IC y P y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, solicitando que se declara-

se la nulidad del contrato de compraventa celebrado entre las sociedades demandadas y se ordenase la cancelación de la inscripción registral producidos por el contrato nulo.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y la demanda. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación y confirmó la sentencia del Juez de Primera Instancia. (*M. C. B.*)

110. Tercero hipotecario. Alcance de la protección del artículo 34 LH.—El artículo 34 LH condiciona la protección del tercero al hecho de que él mismo haya inscrito su derecho. La protección ofrecida por dicho precepto no se extiende a momentos anteriores.

En este sentido, la STS de 30 de noviembre de 2004 señala que la protección registral se adquiere en el momento en que se practica la inscripción del tercer adquirente en el que concurran los demás requisitos que el artículo 34 LH señala y únicamente se retrocede a la fecha del asiento de presentación (art. 24 LH), no al momento en que se haya verificado la adquisición. (**STS de 21 de junio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El actor, don C., interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía en ejercicio de tercera de dominio, frente a N. R., S. A. y a J.

El inmueble objeto del litigio fue objeto de embargo en el proceso ejecutivo seguido por J. contra N. R., S. A., mediante providencia judicial de fecha 1 de octubre de 1991. La anotación preventiva de la traba no se practicó, sin embargo, hasta el 17 de diciembre de 1992. El titular registral de la finca en ese momento era N. R., S.A.

La misma finca había sido adquirida por el actor el 19 de mayo de 1992 mediante escritura pública. Sin embargo, la inscripción del dominio del tercerista no se produjo hasta el 20 de mayo de 1993.

La cuestión central del litigio estriba en la determinación del momento en que operan los efectos del principio de la fe pública registral. En primera instancia se estima la demanda, ordenando el Juzgado el levantamiento del embargo. Dicha sentencia es revocada en apelación.

El tercerista interpone recurso de casación, que el Tribunal Supremo desestima al negarle la condición de tercero hipotecario pues su adquisición, aunque previa al embargo, no había tenido acceso al Registro cuando se practicó la anotación de éste. (*B. F. G.*)

111. Procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH. Sólo se produce indefensión cuando el conocimiento tardío impide una adecuada defensa de sus intereses.—Ahora bien corresponde a las partes intervinientes en un proceso mostrar la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en tal situación o quien no hubiera quedado indefenso de actuar con una diligencia razonablemente exigible, pues si la parte afectada tiene conocimiento por cualquier medio ajeno al proceso de la tramitación del juicio, la diligencia exigible en la defensa de sus intereses le obliga a personarse en el procedimiento subsanando así la

posible infracción cometida por el órgano judicial, de modo que sólo si dicho conocimiento es tan tardío que le impide la adecuada defensa de sus intereses o si, intentada la personación, se le deniega indebidamente, habría una actuación del órgano judicial generadora de indefensión [SSTC 9/1981, 1/1983, 22/1987, 36/1987, 72/1988 y 205/1988]...». La sentencia del mismo Tribunal núm. 148/1988, de 14 de julio, Sala Segunda, Recurso núm. 864/87, también citada, entiende que fue correcta la nulidad de actuaciones decretada por el Juzgado de Primera Instancia en un supuesto de falta de comunicación del proceso al tercer poseedor.

Jurisprudencia constitucional acerca de la indefensión por denegación de prueba.—En definitiva, que en el sentir de la jurisprudencia constitucional sólo hay indefensión por razón de la prueba cuando se priva al litigante de un medio de prueba decisivo para el éxito de su posición (SSTC 35/2001, 165/2001, 168/2002, 1/2004, 88/2004, etc.)... En el caso presente la parte se limitó a manifestar ante la Audiencia, como ahora al formular el presente recurso, que la prueba versaba sobre hechos que no habían sido objeto de posiciones en la primera instancia y ponían en claro determinados extremos erróneos de la sentencia que se apelaba. Ni en ese momento, ni al interponer el recurso de casación, ha puesto de manifiesto a qué extremos se refería, por lo que no puede formularse juicio alguno acerca de la relevancia que la absolución de posiciones por el legal representante de la parte demandada podía tener para el resultado del proceso y, en consecuencia, la eventual indefensión que se le habría producido al denegarse su práctica.

Notificación de las subastas en el lugar de ubicación de la finca.—Dicha finalidad se cumplió mediante la notificación llevada a cabo en la persona del legal representante de la mercantil arrendataria, sin que pueda aceptarse la protesta de la hoy recurrente en el sentido de no haber recibido dicha notificación, pues, como se dijo, la misma no ha de ser en forma personal y surte plenos efectos cuando se practica con las personas a las que se refiere el artículo 268 LEC de 1881. Así lo ha entendido esta Sala en sentencia, entre otras, de 17 de febrero de 1997, al sostener que el lugar legalmente previsto para la notificación es «... el de ubicación de la finca, no alterable por convenio alguno al constituirse la hipoteca». Por otro lado difícilmente puede sostener la parte recurrente haber sufrido indefensión cuando consta que su letrado compareció ante el Juzgado y tomó conocimiento de los autos el día antes de la fecha de celebración de la primera subasta —que quedó desierta— instruyéndose del contenido de los mismos y tomando conocimiento de la fecha señalada para las sucesivas subastas.

No hay abuso del derecho cuando el demandante pudo haber evitado el daño mediante una actuación amparada en la ley.—Las SS de esta Sala de 28 de enero de 2005 y 25 de enero de 2006, en relación con la doctrina sobre el abuso del derecho recuerdan que «la doctrina jurisprudencial exige para su apreciación como elementos esenciales: *a*) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; *b*) daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y *c*) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo «ausencia de interés legítimo»), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo) —SS entre otras, 21 de diciembre de 2000, 16 de mayo y 12 de julio de 2001, 2 de julio de 2002 y 13 de junio de 2003, entre otras—. A estos requisitos ha de añadirse que el daño causado —en este caso protegido por una prerrogativa jurídica, como es la de participación del pro-

pio acreedor como postor en las subastas— no haya podido ser evitado por el sujeto pasivo que lo sufre mediante una actuación igualmente amparada en la ley, tal como se le ofrecía mediante la mejora de la postura obtenida en la subasta, por sí o por tercero. (**STS de 24 de mayo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El demandante solicitó que se declarase la nulidad de determinadas actuaciones del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH por no haberse acompañado a la certificación del saldo deudor el extracto de la cuenta correspondiente, por no haber sido notificado personalmente el anuncio de las fechas previstas para las subastas y, finalmente, por haberse adjudicado la demandada la finca por un valor muy inferior al de la tasación.

La solicitud fue desestimada por el Juez de Primera Instancia. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo ratificaron esa decisión. (*L. F. R. S.*)

DERECHO DE FAMILIA

112. Sociedad de gananciales: calificación del consentimiento uxorio ex artículo 1413 CC: Derecho transitorio.—La cuestión planteada se centra en determinar si el consentimiento otorgado por la actora en favor del esposo demandado para la venta de inmuebles de la sociedad conyugal todavía no extinguida constituía un consentimiento uxorio regulado en 1973 por el artículo 1413 CC, o, por el contrario, se trataba en realidad de un mandato otorgado al marido para la venta de los bienes con vistas a la liquidación del patrimonio conyugal habida cuenta de las circunstancias en que se prestó, una vez presentada en Venezuela la demanda de divorcio, pero antes de la sentencia, y para su utilización en España. Es doctrina de esta Sala que sólo puede prosperar en casación una alegación de disconformidad con la interpretación o calificación realizada por el tribunal de instancia cuando esta exégesis contradice abiertamente el espíritu o la letra del texto interpretado. En el caso examinado no se advierte que la interpretación y la calificación de la Audiencia sean contrarias a la lógica, pues se destaca correctamente que el consentimiento uxorio se prestó para cubrir la exigencia del artículo 1413 CC, cosa que impide, en función de la prevalencia de la interpretación literal, atribuirle efectos más allá de sus estrictos términos limitados a la subsistencia del matrimonio, teniendo además en cuenta que con posterioridad a la declaración del divorcio ambos ex cónyuges otorgaron mandato a una tercera persona para la venta de los bienes a una tercera persona.

Consecuencias de la falta del consentimiento uxorio antes de la reforma de la Ley 11/1981: doctrina inaplicable a la venta de bienes gananciales hecha exclusivamente por el ex marido: inaplicabilidad del plazo de caducidad.—Con anterioridad a la reforma de 1981, la trascendencia de la falta del consentimiento uxorio en las enajenaciones de bienes gananciales realizadas por el marido no encontró una solución unívoca en la doctrina, pues para unos determinaba la inexistencia o nulidad radical del negocio, para otros la anulabilidad o nulidad relativa y para un tercer sector la rescindibilidad o ineficacia parcial, y estas vacilaciones también se reflejaron en la jurisprudencia, aunque las más recientes optan por la anulabilidad, solución

que también adopta el vigente artículo 1322 salvo cuando se trata de enajenación a título gratuito. Pero la sentencia impugnada no se refiere a un supuesto de falta de consentimiento uxorio, sino que, con referencia a la venta realizada después de la sentencia de divorcio, antes de liquidar la sociedad conyugal, declara la inexistencia del contrato otorgado unilateralmente por el ex marido, por falta de consentimiento de uno de los condóminos, en congruencia con la existencia de una comunidad posganancial que se rige por las normas de la comunidad ordinaria (SSTS de 6 de junio y 21 de noviembre de 1997, 3 de marzo y 19 de junio de 1998, 7 de diciembre de 1999 y 13 de diciembre de 2006, entre otras) respecto de la cual no cabe la alteración de la cosa común y, consiguientemente, la enajenación, sin consentimiento de todos los condóminos (art. 397 CC, y SSTS de 25 de junio de 1995, 31 de marzo de 1997 y 23 enero 2003). No se advierte que se haya infringido el artículo 1301 CC, al ser inaplicable. (**STS de 9 de mayo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Inicialmente hay un problema de Derecho Internacional Privado que la sentencia extractada simplemente obvia, aunque las sentencias de instancia aluden hipotéticamente a las posibles soluciones. Litigan fundamentalmente dos ex cónyuges que, al divorciarse, ostentan, al parecer, la nacionalidad venezolana aunque en ese momento detentan la titularidad de inmuebles radicados en España. En ningún momento se determina su nacionalidad al tiempo de contraer matrimonio civil cuando éste en España estaba regido por estrictos requisitos, y obtienen el divorcio en Venezuela en 1974 cuando éste no se reconocía por nuestro ordenamiento; y tampoco se habla de que lo intentaran después de 1981. El tema fundamental es el de la validez de una venta de inmuebles otorgada unilateralmente por el marido amparándose en un consentimiento uxorio concedido por la mujer después de la presentación de la demanda de divorcio, pero antes de dictarse sentencia; en el interregno ambos ex cónyuges otorgan poder de venta de inmuebles a un tercero. La aplicación al caso del derecho español no aparece explicada en ningún momento en la sentencia.

En cuanto al fondo la sentencia es razonable siendo oportuna la aplicación al caso de la doctrina de la comunidad posganancial. (*G. G. C.*)

113. Gananciales: extinción y liquidación por separación o divorcio: carácter de ciertas retribuciones relacionadas con el trabajo: doctrina general.—La liquidación de la sociedad de gananciales una vez disuelta por separación o divorcio, ha venido presentando últimamente una alta conflictividad, lo que ha obligado a esta Sala a pronunciarse repetidas veces sobre problemas relativos a la pertenencia o no a la sociedad de algunas indemnizaciones o retribuciones relacionadas con el trabajo de uno de los cónyuges, para llegar a conclusiones que permitan obtener una regla que pueda resultar aplicable a casos semejantes. 1.º) Por lo que se refiere a las pensiones de jubilación, es doctrina consolidada que las generadas después de la disolución de gananciales es un bien de naturaleza privativa, como afirma la STS de 29 de junio de 2000; por su parte la STS de 20 de diciembre de 2003 declaró que la pensión controvertida corresponde exclusivamente al

esposo que la generó con su actividad laboral, y su nacimiento y su extinción dependen de vicisitudes estrictamente personales del mismo; en el mismo sentido la STS de 20 de diciembre de 2004 por tratarse de un derecho personal del trabajador al que no le es aplicable el artículo 1358. 2.º) Las pensiones por jubilación anticipada, o, con mayor propiedad, la indemnización por extinción de la relación laboral en un plan de bajas incentivadas de la empresa, la STS de 22 de diciembre de 1999 entendió que dicha prestación no retribuye un trabajo precedente, ni constituye un complemento de los sueldos percibidos, sino que proviene de la pérdida de dicho trabajo por jubilación anticipada, que se ha obtenido después de la separación, poseyendo una clara proyección de futuro, ajena a los principios de la sociedad de gananciales. 3.º) La STS de 25 de marzo de 1988, referida al régimen navarro de sociedad de conquistas, excluye de los bienes privativos a las indemnizaciones recibidas por el esposo mediante una póliza de seguros que cubría el riesgo de invalidez, toda vez que su carácter es totalmente patrimonial, basado en su derecho al trabajo, pero que no se confunde con éste, que se hace común en el momento en que se percibe por el beneficiario trabajador, y al disolverse la sociedad ha de liquidarse y repartirse entre ambos cónyuges o sus herederos. 4.º) La STS de 27 de febrero de 2007 ha considerado que los planes de pensiones del sistema de empleo, no hechos efectivos en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales, en los que la sociedad no había efectuado ninguna inversión, debían considerarse privativos del marido. 5.º) En el caso del presente pleito, la STS de 29 de junio de 2005 declara tajantemente que la indemnización por despido improcedente es un bien adquirido tras la extinción de la comunidad de gananciales y no pertenece, retroactivamente, a ésta, sino que es un bien de la persona que lo adquiere; este argumento se complementa con lo que se afirma en la STS de 20 de diciembre de 2003, que considera que lo percibido por el pensionista vigente la sociedad de gananciales tiene aquella condición. El resumen de la doctrina de esta Sala lleva a la conclusión de que *existen dos elementos cuya concurrencia permite declarar que una determinada prestación relacionada con los ingresos salariales, directos o indirectos, debe tener la naturaleza de bien ganancial o, por el contrario, queda excluida de la sociedad y formará parte de los bienes privativos de quien la percibió; estos dos elementos son: a) la fecha de percepción de estos emolumento, de si se adquirieron durante la sociedad o después de su disolución, y b) debe distinguirse entre el derecho a cobrar estas prestaciones que debe ser considerado como un componente de los derechos de la personalidad, que no son gananciales por ser intransmisibles, mientras que los rendimientos de esos bienes devengados durante la vigencia de la sociedad, tendrán este carácter.*

Indemnización por despido percibida durante la vigencia de la sociedad.—Si bien es cierto que el derecho a ser resarcido por la pérdida del trabajo tiene un fuerte componente moral, también lo es que en este caso se cumplen los dos requisitos que la doctrina jurisprudencial exige para que tenga carácter ganancial, puesto que se ha percibido pocos meses antes de la disolución, y es una consecuencia económica del trabajo efectuado por su perceptor, que, además, debe calcularse según los parámetros referidos al salario percibido hasta aquel momento y no se pierde por la obtención de un trabajo posterior a la sentencia que la reconoce; en suma, estas indemnizaciones deben seguir el mismo régimen que el salario en relación a su condición de gananciales. (STS de 26 de junio de 2007; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G. G. C.)

114. Gananciales: liquidación: carácter del inmueble adquirido conjuntamente antes del matrimonio, luego enajenado y su precio reinvertido.—El matrimonio se celebró en 1982 y el piso se adquirió conjuntamente, y por mitades, en 1980, por lo cual dicho inmueble nunca tuvo carácter ganancial sino privativo; después de casados lo venden, invirtiendo lo obtenido en la adquisición de otra vivienda, la cual sí adquirió dicho carácter, produciéndose una comunicación de los patrimonios privativos al ganancial; al hacerlo ambos cónyuges conjuntamente con sus bienes privativos, no se podía hablar de un crédito de la esposa contra la sociedad de gananciales por la aportación de un bien que nunca había sido ganancial, pero en igual situación se encontraba su esposo.

Artículo 1353: donación de los padres de la esposa hecha exclusivamente en favor de ésta.—El artículo 1353 CC establece una presunción de ganancialidad de los bienes donados por terceros a los cónyuges, siempre que concurren los siguientes requisitos: *a)* que la liberalidad haya sido aceptada por ambos cónyuges; *b)* que el donante no haya establecido lo contrario, y *c)* que se trata de una presunción que admite prueba en contrario. En este caso no se cumple el primer requisito pues el documento bancario declara que la cantidad discutida se ingresó a favor de la esposa. Por otra parte, la inversión de la cantidad donada por los padres en la adquisición de un bien ganancial no la transforma *per se* en ganancial, sino que genera una deuda de la sociedad si se ha invertido a favor de ésta.

Formación de lotes en la división de gananciales.—La regla que regula la formación de los lotes en la división de la sociedad de gananciales, que el Código Civil no enuncia pero que se da por supuesta es que *las adjudicaciones satisfactivas del haber se deben realizar conservando entre los partícipes la posible igualdad y haciendo lotes con cosas de la misma naturaleza, especie y calidad*. La regla de preferencia contenida en el apartado 4.º del artículo 1406 sólo es aplicable a la disolución por muerte, y no por divorcio. La regla del artículo 96 CC no afecta a la titularidad del inmueble destinado a vivienda, sino a su uso, porque los intereses protegidos en el proceso matrimonial en que se incardina el artículo 96 CC, son fundamentalmente los de los hijos menores, a quienes la ruptura debe perjudicar lo menos posible, y esta finalidad no existe en el procedimiento actual que ha sido planteado al no llegar a un acuerdo en ejecución de una sentencia de divorcio. (**STS de 9 de mayo de 2007**; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Sobre el carácter excepcional del artículo 1353 CC véase el com. de Pretel, en *Com. Min. Justicia*, II, p. 660. La regla general figura en el artículo 1346, núm. 2.º, que declara bienes privativos los bienes adquiridos por los cónyuges, a título gratuito, después de celebrado el matrimonio. En el presente caso el marido pretendía que la aportación dineraria a la mujer, hecha por sus padres para la adquisición de la segunda vivienda, lo había sido conjuntamente, circunstancia que deniega la sentencia extractada. (*G. G. C.*)

115. Gananciales: liquidación por divorcio: el derecho a pedir la división de la vivienda es compatible con el derecho de uso atribuido a un cónyuge con uno de los hijos.—La sentencia recurrida es absolutamente concordante con la jurisprudencia de esta Sala, que mantiene la posibilidad

del ejercicio de la acción de división a pesar de la existencia y vigencia del uso atribuido a los hijos o al otro cónyuge; en este punto la Sala ha compaginado los derechos del copropietario a pedir la división, de acuerdo con el artículo 400 CC y el mantenimiento de los derechos derivados del artículo 96 CC, de manera que las SSTs de 28 de marzo de 2003 y 6 de mayo de 2006, resumiendo otras anteriores, afirman que la doctrina reiterada de esta Sala al abordar supuestos análogos al presente sostiene la posibilidad de ejercicio de la acción de división si bien garantizando la continuidad del derecho de uso que pudiera corresponder en exclusiva a uno de los partícipes; en efecto, la acción de división de la comunidad representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, salvo el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años, por lo que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto; en el caso de que en virtud de un derecho de usufructo o de uso esté atribuida la utilización de la cosa común a uno de los cotitulares, ello supone la exclusión de los demás respecto de dicho uso o disfrute, pero no les priva de la posibilidad de pedir la división de la cosa; la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, ex cónyuge, en virtud de sentencia de divorcio; por lo tanto, el derecho de uso se mantiene indemne y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, que sólo puede ser modificada por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el derecho matrimonial en que se adoptó.

El valor del derecho de uso no debe computarse en la valoración del inmueble.—El derecho del uso de la vivienda en favor del hijo común y de la madre, mientras conviva o se solicite la modificación judicial de la medida, afecta a la propiedad en su conjunto, de manera que el inmueble debe valorarse en su totalidad, y el derecho existente influirá sin duda en el precio total que pueda obtenerse en la subasta, si bien la disminución del valor debe ser soportada por ambos propietarios de forma igual y no sólo por el marido. (STS de 27 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—La reintroducción del divorcio en 1981 vino acompañada por varias medidas legales protectoras de la parte más débil o vulnerable, pero últimamente se observa un cierto movimiento jurisprudencial encaminado a recortar tales medidas. Incluso la reforma del 2005 al contemplar expresamente que la pensión compensatoria pueda ser temporal sólo ha venido a ratificar criterios sustentados anteriormente, y con resolución, por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo El derecho de uso de la vivienda que había sido hogar familiar es otro de los puntos últimamente más debatidos. Nada que objetar a la doctrina jurisprudencial consolidada a partir de los años 90 del siglo pasado sobre la compatibilidad entre el derecho a pedir la división de la vivienda por parte de uno de los cónyuges y el derecho de uso atribuido judicialmente al otro, eventualmente con algún hijo común. Es correcta la doctrina sobre la compatibilidad de ambos derechos, pero la práctica muestra demasiados casos en que la mujer y los hijos se han visto despojados de

sus derechos a seguir ocupando la vivienda. Con acierto la sentencia llama la atención sobre la necesidad de que en las subastas judiciales se adopten precauciones para que se respeten aquéllos, y es de desear que las mismas se extiendan a otros supuestos.

El derecho de uso representa una *carga*, tanto en sentido económico como jurídico, que minusvalora el inmueble; pero el marido pretendía que, de algún modo, se capitalizase a la hora de distribuirse el precio que se obtuviera con la subasta (en este caso lo valoraba en un tercio del total del precio); original pretensión que el Tribunal Supremo rechaza acertadamente (*G. G. C.*)

DERECHO MERCANTIL

116. Acto de competencia desleal: utilización de logotipo y personajes notorios. Los productos comercializados por las actoras poseen una singularidad distintiva tal y una notoriedad en el tráfico comercial, que su sola presencia provoca que el gran público crea que se halla ante productos de esa procedencia.—El riesgo de asociación consiste en la confusión que se produce en los consumidores al crear en los mismos la creencia errónea acerca de que los productos (el que se imita y el imitado) tienen el mismo origen empresarial. El riesgo de asociación se contempla en el artículo 6.º LCD como causa más genérica y en el artículo 11 de la propia Ley como una aplicación concreta (S 19 de junio de 2003), haciendo referencia el artículo 11 a la imitación del producto y el artículo 6.º a la imitación de la presentación en el mercado (SS 11 de mayo de 2004 y 7 de julio de 2006). Es suficiente que se cree el riesgo y la probabilidad fundada del error en el consumidor acerca de que los productos proceden del empresario genuino (regla *a minori ad maius*). Para apreciar el riesgo, se habrá de tomar en cuenta, en el aspecto subjetivo, el tipo de consumidor medio, el que normalmente no se detiene en una minuciosa comparación o comprobación o no se para en los pequeños detalles, y, en el aspecto objetivo, la impresión visual del conjunto que revele la identidad o semejanza, en cuyo aspecto debe prevalecer el juicio de la instancia siempre que la base fáctica no resulte desvirtuada mediante la apreciación de error en la valoración probatoria, y el juicio jurídico sobre la aplicación del concepto jurídico indeterminado a los hechos fijados resulte razonable y coherente. Y en cuanto a la alusión a que el riesgo de error en el consumidor resulta excluido por la propia singularidad distintiva y notoriedad en el tráfico comercial de los productos comercializados por las actoras supone desconocer que una cosa es la distinguibilidad —«distintividad»— de un producto por el gran público, y otra el nivel de semejanza del que le imita, susceptible de crear el riesgo de asociación constitutivo de ilícito competencial.

Daños morales en relación con la infracción de los derechos de propiedad intelectual. Prueba de los daños morales: artículo 125 LPI.—La sentencia recurrida entiende que la realidad del daño ha de ser probada salvo que *ex re ipsa* resulte evidenciada, como una consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado o cuando la propia norma anuda la consecuencia resarcitoria a la sola actuación antijurídica (como el art. 3 de la LO 1/1982). Pero la norma legal, que es la reguladora de la indemnización de daños materiales y morales causados en sede de propiedad intelectual (art. 23 LPI 1987;

138 TRLPI), no presume ni unos ni otros por la sola concurrencia de un ilícito en la materia. El artículo 23 habla de daños «causados» y el 125, párrafo segundo, *a contrario sensu*, admite que pueda no haber perjuicio económico, sin que sea parangonable el precepto de la Ley de Propiedad Intelectual con el del artículo 9 de la LO 1/82, porque en el apartado 3 de esta última norma claramente se establece la presunción —«la existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima—, lo que no sucede en el artículo 125 LPI, que es el objeto de aplicación. No obstante, respecto de la posible aplicación en la materia de la doctrina *in re ipsa loquitur*, con arreglo a la cual la realidad del daño puede estimarse existente cuando resulte «evidente»; es decir, como señala la propia resolución recurrida, «cuando resulte evidenciada como consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado», cuya doctrina, con diversas perspectivas, ha sido acogida por esta Sala en numerosas resoluciones (SS, entre otras, 19 de junio de 2000, 1 de abril de 2002, 22 de junio de 2006). Aplicando la doctrina anterior al caso de autos resulta razonable su aplicación, porque la utilización comercial por las demandadas de signos de las actoras —«tipos de letra de carácter distintivo», «representación de personajes», etc.— responde a una imitación de presentación de los productos para comercializar mejor sus películas al crear en los consumidores el riesgo asociativo, esto es, la creencia del mismo origen que los productos notoriamente conocidos Jon. Pero la evidencia de una realidad exige conocer cuál es esta realidad, es decir, la esfera del perjudicado o aspecto concreto moral que se considera dañado, sin requerir más prueba cuando la apariencia crea el convencimiento de su existencia. En el caso, la parte demandante no especifica en qué consiste el daño moral sufrido, —pues no puede derivarse de la mera utilización comercial—. (STS de 12 de junio de 2007; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—*Walt Disney Company y Buena Vista Home Entertainment* interponen demanda contra otra entidad, alegando infracción de los derechos de propiedad de que es titular, por el uso, en la carátula de unos vídeos comercializados por esta última, de las letras que utiliza Walt Disney en su logotipo desde los años 30 y de los personajes tradicionalmente asociados a dicha firma. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, acogiendo todas las peticiones, salvo las relativas a la indemnización de daños y a la publicación de la sentencia. La Audiencia Provincial, al conocer del recurso de apelación, revoca la resolución del Juzgado en los extremos desestimados por ésta. Los demandados interponen recurso de casación. (S. M. S.)

117. Título-valor. Transmisión del título: improcedencia.—No puede entenderse transmitida su titularidad si falta la causa de la transmisión y no ha habido tráfico o circulación cambiaria que permita aflorar a favor del tenedor su carácter abstracto; y así ocurre, no solamente cuando la adquisición por el tenedor se hace a sabiendas en perjuicio del deudor, sino también cuando el endoso se realiza simulando la transmisión del título en perjuicio del acreedor que pretende hacer efectivo su crédito ejecutando el que pesa sobre el deudor cambiario, puesto que la configuración abstracta del derecho atribuido al titular cambiario, ajena a las relaciones jurídicas entre los anteriores titulares y el obligado cambiario, se funda en el carácter de tercero y en la adquisición de buena fe.

Título-valor. Pagaré. Endoso en blanco: admisión.—Las disposiciones relativas al endoso de la letra de cambio contenidas en los artículos 14 a 24 LCCH son aplicables al pagaré (art. 96 LCCH). La LCCH permite el endoso en blanco (art. 16 LCCH) y permite al endosatario que, sin completar endoso en blanco y sin endosar el título, lo entregue a un tercero (art. 17.3 LCCH). En consecuencia, podría aceptarse que la circunstancia de que sin constancia cartular los títulos hayan pasado por más de un tenedor no es suficiente para entender que carece de titularidad el último que adquiere su posesión y la justifica mediante un solo endoso en blanco con la firma del tomador endosante consignada al dorso del documento.

Título-valor. Pagaré. Excepciones y tercería de dominio.—Las excepciones basadas en la falta de causa del título o del endoso no sólo pueden hacerse valer por el deudor frente al tomador o frente al tenedor posterior que ha adquirido el título a sabiendas en perjuicio del deudor (art. 67 LCCH, sino también por el acreedor ejecutante frente al tenedor que, habiendo adquirido el título simuladamente para eludir la acción ejecutiva sobre el título cambiario, ejercita una acción de tercería de dominio. La tercería de dominio guarda alguna relación con la acción cambiaria, en cuanto se trata de una acción declarativa en la que se hace valer la titularidad del efecto, dada su finalidad de levantar el embargo trabado sobre el título valor justificando que su titularidad no corresponde al deudor ejecutado, sino al tercero que la invoca.

Tercería de dominio.—La jurisprudencia tiene declarado que esta acción tiene por objeto 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 de otro codemandado. (STS de 26 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La mercantil *Olmos y Bret, S. A.*, interpuso demanda contra la *Federació Farmacèutica Sdad. Coop.* y doña Araceli en virtud de tercería de dominio se declare la plena titularidad, la legítima tenencia y en consecuencia, la plena propiedad de la accionante de ciertos pagarés. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sant Feliu de Guixols desestimó la demanda. La Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Girona desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

118. Pago de cheque falso. Responsabilidad del librado.—La jurisprudencia, en la línea igualmente recogida por el artículo 156 LCCh, ha venido manteniendo la responsabilidad en el pago de cheques falsos o falsificados del banco librado, actuando negligentemente o por error, y aun cuando hubiere sido de buena fe, responsabilidad que se mantiene incluso en los supuestos de falsificación de dichos libramientos de pago; el librado ha de guardar la debida diligencia a fin de evitar perjuicios al librador abonando talones a terceros en perjuicio del mismo, responsabilidad que se extiende al abono de cheques falso (*vid.* SSTS de 3 de enero de 1994, 9 de febrero de 1998, y 24 de marzo y 25 de noviembre de 2003). La diligencia exigible al Banco no es la de un buen padre de familia, sino la que corresponde como Banco, comerciante experto que, normalmente, ejerce funciones de depósito y comisión, por lo cual, según establecen los artículos 255 y 307 CCO, se le exige un cuidado especial en estas funciones (SSTS de 15 de julio de 1988 y 9 de febrero de 1998).

Cheques con firma estampillada. Aceptación inadmisibles si el Banco no está autorizado.—Esta obligación de especial diligencia deriva, al mismo tiempo, del cumplimiento del contrato de cuenta corriente, cuando no se ha probado que el Banco estuviese autorizado para aceptar cheques estampillados sin la firma autógrafa del librador. En efecto, para la validez del cheque, el artículo 106 LCCh establece los requisitos que debe contener, entre los que se encuentran, la firma (librador). A tal efecto, la STS de 17 de mayo de 2000 consideró que el Banco librado había actuado negligentemente cuando pagó «[d]istintos y numerosos talones, en los cuales la firma del antes mencionado apoderado no aparece manuscrita sino estampillada, y que no se había pactado ni se permitió en ningún momento por aquélla a la entidad bancaria el dar por buena y como auténtica otra firma que no fuera la manuscrita por el mencionado apoderado, es evidente que el Banco ha abonado, como válidos, cheques nulos» y ello porque el artículo 107 LCCh establece que el título que carezca de alguno de los requisitos indicados en el artículo precedente (el 106), no se considera cheque. De esta manera, «la entidad bancaria está obligada a mantener una actitud diligente respecto al pago de cheques y debe verificar que el título está correctamente firmado por el librador, de manera que ha de realizar una labor de comprobación de los requisitos intrínsecos y extrínsecos del talón, y en el supuesto de que mantenga una conducta negligente en las labores de comprobación incurrirá en responsabilidad contractual, sin que sea aplicable aquí la regla del artículo 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque, que hace referencia a los cheques falsos o falsificados pero no a los nulos».

Exoneración o reducción de la responsabilidad del librado por pago de cheque falsificado por culpa del librador. La culpa del librador debe ser de tal entidad que minimice la del librado.—Sólo cuando se haya acreditado la culpa del librador puede exonerarse al librado de la obligación de responder (STS de 3 de enero de 1994). La aplicación de la excepción contenida en el artículo 156 LCCh para exonerar o hacer compartir la responsabilidad por la falsificación de un cheque debe ser probada de forma exacta, porque la norma general es la de que el librado responde; la jurisprudencia sólo ha aceptado que se comparta cuando se ha probado que la culpa o negligencia del librador era de tal entidad que minimizaba la del librado en el pago del cheque: como afirman las SSTs de 15 de julio de 1988 y 9 de febrero de 1998, el Banco en el contrato de cuenta corriente en que se inserta el cheque debe comprobar la firma del cliente y si está autorizada o no y no se ha probado en el caso actual que se hubiese pactado la admisión del tipo de firma que se utilizó. (STS de 29 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don J. había desempeñado el cargo de contable en la empresa *L., S. L.* y no estaba autorizado a utilizar la firma social. Entre 1986 y 1991 falsificó una serie de cheques mediante la utilización de una firma estampillada de uno de los dos administradores de la empresa, lo que reconoció en una escritura notarial. Por estos hechos, se siguieron diligencias penales contra el mencionado contable que fueron archivadas. Estos cheques habían sido cargados en la cuenta que la empresa *L.* tenía en una sucursal del banco *B.*, quien nunca verificó la autenticidad de las firmas.

L., S. L., presentó demanda contra el banco, solicitando que se le condenara al reintegro de las cantidades indebidamente pagadas a persona no legitimada.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, absolviendo al banco demandado. Interpuesto recurso de apelación por *L., S. L.*, la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar a *B., S. A.*, al abono del importe de los cheques. Contra esa sentencia, el banco recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

119. Enriquecimiento injusto. Cobro de lo indebido: concepto.—El artículo 1895 CC, precepto que contempla el llamado «cuasi contrato de cobro de lo indebido», a partir de que se haya recibido una cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, y supone que la entrega de la cosa no obedezca a (o tenga su causa en) una relación preestablecida entre las partes.

Contrato de suministro. Alcance.—Las condiciones bajo las que adquiere el suministrador la cosa que después revende, a su vez para que el expendedor la revenda, no influyen en la relación suministrador-expendedor siempre que se guarden los principios de integridad, identidad y tempestividad del pago. Salvo disposición legal, judicial o contractual que otra cosa determine, el vendedor no está obligado a trasladar al comprador las condiciones que obtenga en el contrato por el que adquiriera la mercadería que ha de vender. (**STS de 28 de junio de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Montés Penades.]

HECHOS.—La mercantil *Shell España, S. A.*, interpuso demanda contra don Juan Miguel y doña Ángela suplicando que se declare nula la resolución unilateral del contrato de concesión que ligaba a las partes. La parte demandada formuló reconvencción por cobro de lo indebido. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Santa Cruz estimó parcialmente la demanda y la reconvencción. La Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación instada por la mercantil *Shell España, S. A.*, y no haber lugar a la casación formulada por la parte actora (*N. D. L.*)

120. Contrato de abanderamiento. Admisibilidad.—Resulta compatible con la normativa comunitaria por el hecho de que, dentro de las exclusiones autorizadas por el artículo 81 figuran las consideradas en los artículos 10 y 11 del Reglamento [CEE] núm. 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, en los cuales se permiten los contratos de exclusiva de abastecimiento cuando el operador no desarrolla la misma actividad de venta de productos en la misma área geográfica a otros revendedores; pero para estos contratos de exclusiva se requiere que se hayan proporcionado al revendedor determinadas ventajas en instalaciones, en locales, equipamientos, etc.

Contrato de abanderamiento. Indemnización por incumplimiento de la cláusula de exclusividad.—Carece de justificación, a tenor de la *exceptio non adimpleti contractus* [excepción de contrato incumplido], cuando la cedente ha incumplido por su parte obligaciones esenciales cifradas en la

cláusula de mejor precio y de realización de obras e inversiones para el suministro de imagen a la estación de servicio concesionaria. (STS de 29 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—*Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S. A.*, presentó demanda contra D. D. por incumplimiento del contrato de abanderamiento, cooperación y exclusiva de suministro sucrito entre la partes solicitando indemnización por incumplimiento por el demandado del pacto de suministrarse en exclusiva de carburantes y combustibles en favor de Repsol. El Juzgado de Primera núm. 8 de Burgos desestimó la demanda. La Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Burgos confirmó la sentencia apelada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

121. Transporte marítimo. Daños por mal estado del buque.—Al deberse los daños ocasionados en la carga almacenada en la bodega a no encontrarse el buque en adecuado estado de conservación, por lo que puede sostenerse que de encontrarse el buque en condiciones adecuadas de navegabilidad y, sobre todo, con las necesarias para la conservación de la mercancía, ésta no hubiera sufrido el daño debiéndose el daño al estado del buque. (STS de 27 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La entidad mercantil *Cervantes, S. A, Compañía Española de Seguros y Reaseguros (Cervantes Helvetia Seguros)* interpuso demanda contra *Beykim Petrolculuk Gemi Isletmeciligi Sanayi Ve Ticaret A. S.* y contra *The Ocean Marine Mutual Insurance Association Limited* en la que se solicitaba entre otros extremos, que se indemnización de los daños sufridos por la mercancía transportada. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Castellón de La Plana estimó la demanda. La Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Castellón desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

122. Contrato de agencia. Subcontratación no autorizada.—La existencia de una subcontratación no autorizada del servicio de taller y recambios, dado el tipo de contrato de agencia de que se trata, reviste carácter grave, o al menos con la suficiente entidad para justificar la resolución contractual por incumplimiento ex artículo 1124 CC

Contrato de agencia. Indemnización: improcedencia en caso de incumplimiento del agente.—El texto del apartado 1.a) del artículo 30 de la Ley de Contrato de Agencia no ofrece ninguna duda en cuanto establece que el agente no tendrá derecho a la indemnización por clientela o de daños y perjuicios cuando el empresario hubiese extinguido el contrato por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del agente.

Contrato de agencia. Limitación territorial y pacto de exclusiva.—La limitación territorial del agente para el ejercicio de la actividad con el otorgamiento de un área de venta en exclusiva, pacto de exclusiva, inexistente según

resulta de dicho contrato, por lo que al agente sólo le corresponden percibir las comisiones relativas a las ventas en que hubiera intervenido. (STS de 23 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Don Jesús y don Juan Ramón interpusieron demanda contra la entidad mercantil *Auto Concesionario, S. A.* y la entidad mercantil *Ford España, S. A.* solicitando indemnización por contrato de agencia. El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Granada desestimó la demanda. La Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Granada confirmó la sentencia apelada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

123. Contrato de distribución: extinción por denuncia unilateral.—

La regulación de las consecuencias de la extinción, especialmente por denuncia unilateral, de las relaciones de distribución, constituye una cuestión disputada, que la doctrina ha calificado como «cuestión compleja y controvertida» sobre la que, se ha señalado, polemizan los académicos, hasta el punto que cabe afirmar que no hay una respuesta segura. La cuestión de las indemnizaciones procedentes en los supuestos de extinción ha merecido una respuesta legislativa en el caso de los contratos de agencia, después de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, que ha sido traspuesta al Derecho español por la Ley 12/1992, de 27 de mayo, del contrato de agencia (LCA). Doctrina y jurisprudencia se han preguntado, con respuestas no siempre coincidentes, si los principios que inspiran y las reglas que, en consecuencia, se formulan para la formación de tales problemas en el contrato de agencia pueden ser proyectados o aplicados a los supuestos de los contratos de distribución. Hay que recordar que la llamada indemnización por clientela aparece formulada en la indicada Directiva [artículo 17.2.a)] con independencia de otras indemnizaciones que, por daños y perjuicios, pudieran ser procedentes.

Contrato de distribución. Indemnización por clientela: naturaleza jurídica.—Si, como se ha sostenido, se trata de una remuneración, sólo cabría en el contrato de agencia, dado el sistema retributivo adoptado, en el que las comisiones ordinarias sólo retribuyen los singulares negocios obtenidos, pero no la creación de clientela como tal; mientras que, en principio, en el sistema de concesión la diferencia de precio de compra y precio de reventa absorbería toda remuneración posible, y no puede hablarse de carácter diferido de la íntegra retribución. Pero, aun aceptando la tesis remuneratoria, el argumento no es definitivo. En efecto, la doctrina científica ha puesto de relieve que la clientela es uno de los elementos que conforman el *goodwill* o fondo de comercio que, a efectos contables, se incluye dentro del activo, en el «inmovilizado inmaterial», siempre que haya sido adquirido a título oneroso (art. 176.1.º 3 LSA). Durante la vigencia del contrato de agencia, la clientela «constituye un activo común, que beneficia por igual al empresario y al agente». En el contrato, más allá de la promoción y conclusión de operaciones comerciales aisladas, se intenta instaurar relaciones comerciales duraderas. A partir de tal realidad, concluye la doctrina científica a que nos referimos, buena parte de la doctrina atribuye a la compensación por clientela carácter de retribución adicional por una actividad ya realizada pero no retribuida en

su totalidad durante la vigencia del contrato mediante las simples comisiones de promoción o conclusión de operaciones.

Contrato de distribución. Indemnización por clientela: laguna legal.—Constituye una verdadera laguna en la regulación de la extinción de las relaciones de concesión mercantil. No es que sea relevante el silencio, sino que es un problema de integración de la regulación pacticia. Las partes pueden, en los contratos de distribución, excluir la compensación por clientela, o modularla. No hay cuestión, puesto que no se predica en estas relaciones la imperatividad (art. 3.1 LCA). Pero si no se ha tratado en la formación contractual, y se dan los supuestos y circunstancias que en el caso de la agencia determinan la compensación por clientela, el operador jurídico carece de una respuesta explícita, que se ha de buscar, en último término, por medio de la analogía. Se trata de la llamada *analogía iuris*, que actúa a través de la indagación del principio que inspira la norma, para proyectarlo sobre el caso, pues no cabe duda del valor integrador de los principios generales del derecho (art. 1.1 y 4, CC) ni de que, a través del sistema de integración previsto en general para los contratos por el artículo 1258 CC, cabe considerar que las leyes aplicables han de ser no sólo las susceptibles de proyección directa, sino las que regulen supuestos que presenten identidad de razón. La laguna no se produce en la regulación contractual, que este caso, como en todos, es perfecta y completa en cuanto las partes quieran, debiendo en lo no previsto aplicarse los mecanismos de integración, sino en las normas que son llamadas a la regulación del supuesto. No hay en nuestro sistema una previsión semejante a la del parágrafo 354 HGB, que permite reclamar comisión o el coste de almacenaje cuando alguien ha cuidado los intereses de otro o le ha prestado sus servicios, incluso si nada se ha estipulado al respecto, pero cabe encontrar un principio de evitación del enriquecimiento injustificado. La jurisprudencia ha recogido el sentido de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo de 31 de mayo de 1974 cuando enfatizaba que la analogía no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible por consideraciones de identidad o similitud al supuesto no previsto.

Contrato de distribución: aplicación analógica de la indemnización por clientela prevista para el contrato de agencia.—La doctrina mayoritaria, con autorizadas excepciones, admite la aplicación por analogía de las reglas que se manifiestan en los artículos 28 y 30 LCA a las relaciones de distribución. En la jurisprudencia se encuentran decisiones en las que se formula una posición contraria, si bien hay que señalar que, prácticamente en todas ellas, el argumento de la inaplicabilidad por analogía es superfluo, puesto que no se dan los presupuestos fácticos necesarios, o bien se trata de un mero *obiter dictum*. La mayoría de las sentencias aceptan la aplicación por analogía de las reglas de la Ley del Contrato de Agencia sobre «indemnización por clientela» a los contratos de distribución. En alguna se subraya que tal aplicación se ha de producir en cuanto las normas de la Ley del Contrato de Agencia contienen un criterio interpretativo inspirador o se ha de producir «con matices» o atendiendo a las características de los contratos de distribución, en los que la indemnización por clientela no es imperativa y puede ser renunciada o regulada con amplia discrecionalidad. Los preceptos de la Ley del Contrato de Agencia no constituyen un «derecho excepcional» que tenga vedado el acceso a la aplicación por analogía (art. 4.2 CC), sino un

«derecho especial». La distribución exclusiva, que es relación de naturaleza duradera, es susceptible de crear una clientela que potencialmente puede ser aprovechada por el concedente que extingue tal relación, lo que supone enriquecerse con el esfuerzo ajeno, ya sin ninguna retribución, y apunta que de preceptos como el artículo 28 LCA y el artículo 34 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, puede extraerse un principio favorable a la indemnización en aquellos supuestos en que se puede producir el mismo resultado (creación de clientela) y no se encuentran regulados en la ley, por lo que la jurisprudencia ha venido concediendo de modo reiterado una indemnización al concesionario en base a una aplicación analógica del artículo 28 LCA.

Contrato de distribución y contrato de agencia: proximidad de función económico-social.—La constatación de una proximidad entre la finalidad y el objetivo que se persigue a través de los contratos de agencia y de distribución, que no ha escapado a la jurisprudencia ha sido destacada por la doctrina científica, que ha apuntado la insuficiencia de los planteamientos que ven en el contrato de concesión una simple derivación de la compraventa o del suministro, o un simple contrato de transmisión de mercancías, donde la exclusiva adquiriría una relevancia excepcional y ha puesto de relieve que en la concesión el dato de la promoción de la distribución es el elemento que verdaderamente cualifica al contrato: el concesionario o distribuidor compra para promover la distribución de los productos del concedente entre el público. En un contrato de concesión o distribución, desde esta perspectiva, apunta alguna autorizada opinión que no bastaría para tener por alcanzado el propósito empírico común de las partes que el concesionario verificara las compras como mínimo señaladas en el contrato, si tal compra no fuera seguida de distribución entre el público, pues el concesionario no compra para satisfacer sus propias necesidades, sino para promover la «colocación» de los productos en el mercado. De este modo el elemento compraventa en las relaciones de distribución, que las caracteriza frente a la agencia, tiene una función meramente instrumental y «constituye el medio a través del cual el concesionario procede a cumplir su obligación básica, que es la de promover la distribución de los productos del concedente en el mercado y defender o “representar” económicamente los intereses de éste en la zona asignada». Esta esencial similitud, desde el punto de vista de la función económico-social, entre las relaciones de agencia y de distribución, permite superar la barrera técnica aparente entre los diversos *modus operandi* de agente y de concesionario y priva de peso al dato de que el concesionario actúe en nombre y por cuenta propia, pues, de una u otra manera, ambos, agente y distribuidor, promueven la presencia de los productos del concedente o empresario en el mercado, integrándose en la red distributiva del concedente.

Contrato de distribución. Indemnización por clientela: enriquecimiento injusto.—La jurisprudencia ha señalado la obligación de indemnizar por clientela y por los gastos susceptibles de amortización constituye una obligación establecida por la Ley del Contrato de Agencia que puede estimarse fundada en la existencia de un enriquecimiento injusto o sin causa a favor del empresario cuando la denuncia del contrato, aun cuando sea justificada por la imposibilidad de amortizar gastos realizados por el agente para la ejecución del contrato con arreglo a instrucciones o para desarrollar convenientemente el encargo, o bien un incremento futuro de la clientela a favor del empresario propiciada por la actividad del agente, en virtud de una apreciación potencial, fundada en un pronóstico razonable de conducta acer-

ca de la susceptibilidad de continuar el empresario disfrutando de la clientela con aprovechamiento económico y puede explicarse como *condictio* de inversión, que es la pretensión de ser resarcido por la cuantía pendiente de amortización. A diferencia de la *condictio indebiti* en que sólo existe una atribución sin causa, en la *condictio* de inversión la causa existía en el momento de la en definitiva, hay que tener en cuenta que, de un modo u otro, la regla que impone la indemnización se justifica en un momento de liquidación de la relación y para que el agente o el concesionario obtenga la compensación por un valor que, propio en todo o en parte, se ha transferido al empresario o concedente.

Contrato de distribución. Indemnización por clientela: requisitos.—Bajo el régimen ya señalado (arts. 28 y 30 LCA) se presenta la indemnización por clientela, como una realidad económica que se transfiere al empresario o al concedente, no obstante proceder en todo o al menos en parte de la actividad del agente o del concesionario, y que no opera de modo automático, sino que precisa la acreditación del incremento de clientes o de operaciones, y exige una apreciación potencial sobre la susceptibilidad de continuar el empresario disfrutando de la clientela con aprovechamiento económico, es decir, de lo que se ha denominado un pronóstico razonable acerca de un comportamiento de la clientela en relación con el empresario.

Contrato de distribución. Indemnización por clientela: improcedencia.—En el régimen especial que contienen los artículos 28 a 30 LCA no proceden las indemnizaciones en el supuesto de que el empresario hubiera extinguido el contrato por razón del incumplimiento de las obligaciones por parte del agente [art. 30 a)], como tantas veces ha señalado la jurisprudencia se aplicaba antes de la vigencia de la Ley del Contrato de Agencia, tanto para el contrato de agencia como para el de distribución. La pérdida del derecho a reclamar la compensación ha sido utilizada para combatir la tesis que presenta la compensación por clientela como un supuesto de enriquecimiento injustificado, pues aun en caso de resolución por justa causa, promovida por el empresario, no se ve por qué razón ha de privarse de compensación al agente, consolidando un enriquecimiento sin causa. El escollo no se esquivo aceptando otra tesis sobre la naturaleza de la indemnización por clientela, como sería la llamada tesis remuneratoria. La pérdida del derecho a compensación tendría, también aquí, un tono sancionador, que ha puesto de relieve la doctrina científica, pues el empresario que procede a resolver o denunciar el contrato por causa del incumplimiento del agente podrá pedir daños y perjuicios (art. 1124 CC), ya que el régimen especial se ha de integrar con el general, y en ellos se comprenderá el daño emergente y el lucro cesante, extendiéndose, según los casos, a los que sean previsibles y consecuencia directa y necesaria del incumplimiento, salvo caso de dolo (art. 1107 CC), daños que cabrá compensar con las remuneraciones devengadas y no pagadas, pero hasta el límite del importe concurrente, no más allá.

Contrato de distribución: indemnización por clientela: combatividad con otras indemnizaciones.—La indemnización por clientela se presenta como distinta y compatible con otras posibles indemnizaciones, que son las previstas en el artículo 29 LCA y las que cabe solicitar en el supuesto de que la resolución haya producido daños y perjuicios por razón de ser infundada, en las relaciones a tiempo determinado, o de haberse producido de modo abusivo o de mala fe, o sin respetar el plazo de preaviso. El artículo 29 LCA, de redacción poco afortunada, parece reducir las previsiones del artículo 17.3 de la Directiva 86/653, en el que se previene un derecho del agente a la repara-

ción del perjuicio que le ocasione la terminación de sus relaciones con el empresario, perjuicio que puede resultar de la terminación en unas condiciones que priven al agente de las comisiones de las que hubiera podido beneficiarse con una ejecución normal del contrato, a la vez que hubiese facilitado al empresario unos beneficios sustanciales debidos a la actividad del agente; y/o que no hayan permitido al agente amortizar los gastos que hubiere realizado para la ejecución del contrato aconsejado por el empresario. Esta indemnización, como la de clientela, puede solicitarse también en el supuesto de fallecimiento del agente. Pero tanto esta indemnización como la prevista por razón de clientela no proceden en caso de incumplimiento imputable al agente, o en los supuestos de denuncia unilateral por el agente, salvo que esta decisión se deba a circunstancias imputables al empresario o a la edad, invalidez o enfermedad del agente, así como en los supuestos de cesión a tercero (art. 18).

Contrato de distribución. Indemnización por imposibilidad de amortizar los gastos.—Cabe estimar los daños consistentes en la imposibilidad de amortizar los gastos realizados para la ejecución del contrato, cuando se trate de relaciones de duración indefinida extinguidas por iniciativa del empresario, en los términos prevenidos en los artículos 29 y 30 LCA. La reparación de estos daños tiene el régimen especial previsto en los indicados preceptos de la Ley del Contrato de Agencia, y se diferencia de la indemnización por clientela, además de por razón de la concreta lesión que se repara, porque no cabe su aplicación en el caso de los contratos de duración determinada.

Contrato de distribución. Improcedencia de indemnización.—En el artículo 29 LCA se prevé únicamente la indemnización de los daños que la extinción anticipada haya causado al agente en los supuestos de denuncia unilateral por el empresario en contratos de duración indefinida referidos a la imposibilidad de amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato. Esta indemnización, como la que pueda pedirse por razón de clientela, de acuerdo con el artículo 28 LCA, no es viable en los supuestos de extinción previstos en el artículo 18 de la Directiva, cuyo texto viene a coincidir con el artículo 30 LCA. Podemos calificar como doctrina consolidada la que rechaza la indemnización cuando la resolución o denuncia unilateral del contrato de agencia o de concesión de duración indefinida no ha tenido lugar de forma abusiva o con mala fe. (STS de 22 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penades.]

HECHOS.—La mercantil *Frigoríficos Díaz, S. L.*, interpuso demanda contra *Avidesa Luis Suñer, S. A.*, solicitando indemnización por clientela. El Juzgado de Primera núm. 3 de Alzira estimó la demanda y condenó a la demandada al abono de la indemnización. La Sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Valencia estimó parcialmente el recurso reduciendo el *quantum* indemnizatorio. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

124. Contrato de seguro. Cláusulas delimitadoras del riesgo y estipulaciones limitativas de los derechos de los asegurados: concepto y diferencias.—La diferenciación entre una y otra tipología de las cláusulas no siempre constituye tarea fácil, la jurisprudencia ha destacado la dificultad que en la práctica presenta la distinción entre unas y otras cláusulas, lo que

justifica la necesidad de mantener un criterio uniforme. Las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, las cuales 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. 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. Las cláusulas delimitadoras del riesgo son, pues, aquellas mediante las cuales se concreta el objeto del contrato, fijando qué riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla. La jurisprudencia mayoritaria declara que son cláusulas delimitativas aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial. Ello permite distinguir lo que es la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada, de las cláusulas del contrato que limitan los derechos de los asegurados, una vez ya se ha concretado el objeto del seguro, por cuanto nada tienen que ver con éstas, sino con las delimitativas, en cuanto pertenecen al ámbito de la autonomía de la voluntad, constituyen la causa del contrato y el régimen de los derechos y obligaciones del asegurador, y no están sujetas a los requisitos impuestos por la Ley a las limitativas, conforme el artículo 3, puesto que la exigencia de este precepto no se refiere a una condición general o a sus cláusulas excluyentes de responsabilidad de la aseguradora, sino a aquellas que son limitativas de los derechos del asegurado.

Contrato de seguro. Las condiciones particulares, especiales y generales del contrato: finalidad y requisitos.—Señalan el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura de forma positiva, determinados daños, y de forma negativa, ciertos daños o, mejor, ciertas causas del daño, quedando así delimitado el riesgo, como cláusula constitutiva del objeto o núcleo del seguro, pues concreta exactamente hasta dónde puede alcanzar la acción indemnizatoria. Son por tanto cláusulas que, aun delimitativas, son susceptibles de incluirse en las condiciones generales para formar parte del contrato, quedando sometidas al régimen de aceptación genérica sin la necesidad de la observancia de los requisitos de incorporación que se exigen a las limitativas. Sin duda, esta doctrina no sería posible si no se dieran determinados presupuestos que tienen que ver con el control de la inclusión, a que se refiere el artículo 3 LCS, respecto de todas las condiciones generales, atendiendo el carácter inexcusable de estos contratos como contratos masa y de adhesión, a los fines de facilitar al adherente su efectivo conocimiento y de que quede vinculado por su contenido. Y ello exige que su redacción sea clara y precisa, y que sean conocidas y aceptadas por el asegurado para lo cual resulta suficiente que en las condiciones particulares, por él suscritas, se exprese, de la misma forma clara y precisa, que conoce y ha recibido y comprobado las condiciones generales, cuando no se trata de condiciones que restringen los derechos del asegurado.

Contrato de seguro. Interpretación: principio *pro asegurado*.—Habida cuenta de aplicar el principio «pro asegurado» no puede entenderse que las condiciones generales hayan sido conocidas y aceptadas por la empresa tomadora y asegurada, ni siquiera que las aportadas sean las que regían el

contrato, como tampoco que se esté ante una condiciones particulares y generales, que en su consideración global, hayan sido redactadas de modo claro y preciso, como exige el artículo 3 LCS.

Contrato de seguro. Prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales.—Lo estipulado en las condiciones particulares prevalece sobre lo previsto en las condiciones generales, que tienen una función complementaria y valor informativo respecto de las generales

Contrato de seguro. Obligación indemnizatoria: límites.—El artículo 76 LCS dispone que la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado, pero tal previsión no puede extenderse a la propia definición del riesgo asegurado y a la cobertura del seguro, elementos que por integrar el marco en que se desenvuelve el aseguramiento y, por tanto, resultar determinantes para la fijación de la prima del seguro, lo son también para el establecimiento del límite de la obligación indemnizatoria de la aseguradora, sin que pueda deducirse que dicha obligación respecto del tercero pueda exceder de los propios límites del seguro concertado, pues en tal caso se estaría rebasando la propia definición del contrato de seguro contenida en el artículo 1.º de la Ley cuando señala que la obligación de la aseguradora a indemnizar lo será dentro de los límites pactados y se llegaría a la conclusión inadmisibles de que frente al tercero perjudicado la cobertura sería siempre ilimitada. **(STS de 8 de marzo de 2007; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don Carlos Miguel interpuso demanda contra la entidad aseguradora *Lloyd Adriático Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.* (objeto de absorción por *Allianz Ras Seguros y Reaseguros, S. A.*), sobre reclamación de indemnización fundamentada en contrato de seguro de responsabilidad civil. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huércal-Overa estimó la demanda. La Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Almería estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. *(N. D. L.)*

125. Contrato de seguro. Cláusulas limitativas y cláusulas delimitadoras del riesgo: diferencias.—La jurisprudencia más moderna, distingue entre las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, sujetas al requisito de la específica aceptación por escrito por parte del asegurado que impone el artículo 3 LCS, y cláusulas delimitadoras del 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—, considera como cláusulas limitativas, y sujetas por tanto al requisito de aceptación escrita, aquellas cláusulas mediante las cuales se establece la suma asegurada como cantidad máxima a la que puede ascender el importe de la indemnización.

Contrato de seguro. Suma asegurada: límite de derechos del asegurado.—La fijación de la suma asegurada (elemento esencial de la póliza), cuando se establece como una restricción en relación con el alcance o valor real del daño producido por el siniestro, tiene carácter limitativo de los derechos del asegurado, dado que, con arreglo al artículo 27 LCS la suma asegurada representa el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador en cada siniestro. Dichas cláusulas, en efecto, restringen el dere-

cho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido.

Responsabilidad extracontractual: requisitos.—La responsabilidad por culpa extracontractual requiere para su apreciación, la concurrencia de una acción u omisión objetivamente imputable al agente, la culpa o negligencia por parte de éste, la realidad del daño causado y el nexo o relación de causalidad entre la acción y omisión y el daño causado.

Responsabilidad extracontractual: culpa.—La esencia de la culpa consiste en no prever lo que pudo y debió ser previsto o en la falta de adopción de las medidas necesarias para evitar el evento dañoso.

Responsabilidad extracontractual. Daños morales: cuantía.—La determinación de la cuantía por indemnización por daños morales debe ser objeto de una actividad de apreciación por parte del juzgador, habida cuenta de la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral esencialmente consiste, lo que conlleva necesariamente la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes.

Responsabilidad extracontractual. Valoración del daño: criterios orientativos.—Los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas de valoración del daño, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, pueden resultar orientativos, no vinculantes, para la fijación del *pretium doloris*, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y la necesidad de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño, sin discriminación ni arbitrariedad. (STS de 30 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Doña Eugenia, don José Ignacio, don Enrique, don José Francisco y doña Estela, interpusieron demanda contra la mercantil *Juan Pazos, S. L.*, don Casimiro y *Aseguradora Aegón* en reclamación de cantidad por responsabilidad extracontractual. El Juez de Primera Instancia de Redondela desestimó la demanda. La Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Pontevedra estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

126. Cooperativas. Convocatoria de Asamblea: legitimación.—El artículo 44.2 LGC 2/1987 exige convocatoria que la Asamblea sea convocada por el Consejo Rector, sin que quepa admitir que la actuación informal de dos de los tres miembros del citado Consejo pueda sustituir la intervención del Consejo como órgano que debe actuar debidamente constituido y mediante el procedimiento legalmente establecido, y menos todavía cabe admitir que sólo se produjo una infracción nimia de un requisito formal consistente en la omisión de la documentación, extensión del acta de la reunión del Consejo, porque no ha existido tal supuesta reunión, ni legal, ni siquiera de facto, pues los dos miembros aludidos del Consejo procedieron *motu proprio* a convocar la Asamblea Extraordinaria, con una actuación que equivale a una «vía de hecho», al prescindir del Consejo Rector como órgano de la entidad y de su Presidente.

Cooperativas. Convocatoria de Asamblea: requisitos.—El inciso segundo del apartado 2 del artículo 58 LGC exige la convocatoria de la reunión, con la adhesión de un tercio del Consejo, y comunicación a todos los miembros, incluso del Presidente que (hipotéticamente) se negó a convocarlo, y, a partir de entonces, cumplir, además de lo establecido en los apartados 3 a 5 del propio artículo 58, lo previsto en el artículo 44 respecto a la convocatoria de la Asamblea Extraordinaria. (**STS de 30 de marzo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Don Luis María y don Félix, interpusieron demanda contra la Sociedad Cooperativa Anpe-Ceuta por impugnación de acuerdos sociales adoptados en Asamblea General Extraordinaria. El Juez de Primera Instancia núm.1 de Ceuta estimó parcialmente la demanda. La Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Cádiz desestimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

DERECHO PROCESAL

127. Contratos privados de la Administración y contratos administrativos.—Para la adecuada resolución del motivo de recurso conviene tener a la vista el marco normativo con arreglo al cual ha de dilucidarse la cuestión sobre la que gira la controversia en este recurso y, por ende, en el proceso del que trae causa, cual es la naturaleza administrativa o privada del contrato, y, a partir de ella, la determinación de la jurisdicción competente para conocer de un litigio que como el presente tiene por objeto las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

El Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, contiene el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por los Ayuntamientos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Su artículo 112 dispone [...]. En similares términos, si bien referidos a la Administración del Estado, se pronunciaba el artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965, modificada por la Ley 5/1973, de 17 de marzo, y el artículo 6 del Reglamento General de Contratación.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Ley 13/1995, de 18 de mayo, que rige los contratos celebrados por la Administración con posterioridad a su entrada en vigor, dispone en su artículo 5 [...]. El artículo 5 del vigente Texto Refundido de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio de —cuya DD única, apartado 1.º derogó expresamente la Ley 13/95—, establece, por su parte, lo siguiente [...]

La DA 4.^a de la Ley de Contratos del Estado establecía el carácter administrativo de los contratos de estudios y servicios que se celebrasen para la elaboración de proyectos, memorias y otros trabajos de índole técnica, económica o social. La norma remitía su regulación a preceptos reglamentarios —al Decreto 916/1968, de 4 de abril—, y fue desarrollada por el

Decreto 1005/1974, de 4 de abril, modificado por el D 609/1982, de 12 de febrero.

La entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas supuso la consolidación del carácter típico o nominado de estos contratos, que, denominados como contratos de consultoría, asistencia o servicios, pasaron a regirse, como los de obras, gestión de servicios y de suministros, por la citada Ley. Actualmente se definen en el artículo 196 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, caracterizándose los contratos de consultoría y asistencia por el carácter intelectual de la prestación típica del contratista. Junto con ellos, se tipifican los contratos de servicios, integrados por todos aquellos que carezcan de la nota intelectual o creativa que caracteriza los anteriores, y que tienen por objeto servicios complementarios, de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación, los programas de ordenador, la realización de encuestas y la gestión de sistemas de información.

Por su parte, los denominados contratos de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración fueron regulados, con expreso reconocimiento de su carácter administrativo, por el Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio, siendo de aplicación al ámbito local a partir del Real Decreto 2357/1985, de 20 de noviembre, y desde ahí acceden a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, si bien desaparece esta categoría negocial tras la reforma operada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, y definitivamente en el Texto Refundido de la Ley. El origen de estos contratos, que vinculan a la Administración y a una persona física para la realización de un trabajo específico y concreto, no habitual, se encuentra en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que prohíbe la celebración de contratos de colaboración temporal por las Administraciones Públicas en régimen de derecho administrativo, y más remotamente, en el artículo 6 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado.

Concretado este marco normativo, y después de aclarar que al tiempo de promoverse el litigio del que trae causa este recurso se hallaba en vigor la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas –L 13/1995, de 18 de mayo–, se ha de excluir que el contrato celebrado por las partes constituya una categoría contractual típica, habida cuenta de su objeto. No se trata de un contrato de obras, de gestión de servicios públicos, o de suministro; tampoco es un contrato de consultoría o de asistencia, pues falta el rasgo definidor de esta categoría negocial; ni es un contrato de servicios, pues las actividades propias de un patrocinio para la celebración de un Congreso no encajan en las de carácter técnico, económico, industrial, comercial o de naturaleza análoga, ni en las de carácter complementario que constituye el objeto típico de estos contratos, y menos aun en las de mantenimiento, conservación y limpieza, realización de encuestas, programas informáticos o gestión de sistemas de información, analizadas siempre y en todo caso a la luz de la Directiva 92/50, CEE, del Consejo, de 18 de junio, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios –fundamentalmente, de su anexo I–. Y tampoco podría incluirse en la desaparecida categoría de los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración, pues, precisamente su eliminación por la Ley 53/1999 se explica por la posibilidad de considerar que su finalidad podía conseguirse a través del contrato de consultoría y asistencia, de cuya caracterización, por lo tanto, participaban.

Por otra parte, la diferenciación entre los contratos administrativos atípicos –antes denominados especiales– y los contratos privados de las Administraciones Públicas ha constituido –como se explica en la sentencia de esta Sala de fecha 24 de enero de 2007– una cuestión de no fácil solución, y ha merecido un tratamiento jurisprudencial no siempre unitario en las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa. Por lo general, y como elemento significativo en la caracterización contractual, se ha atendido a la existencia de una relación relevante del contrato –y siempre contemplando su prestación característica– con el desempeño de las potestades administrativas específicamente atribuidas a la administración contratante, para cuyo ejercicio sirve aquél como instrumento o medio, y siempre orientado a la satisfacción de una finalidad o un interés público, que constituye el elemento teleológico definitorio de la naturaleza administrativa del contrato, y ha servido además como elemento de modulación de su carácter. El problema se encuentra en la amplitud con que quiera verse esa relación y en el modo de entender la vinculación del contrato al desenvolvimiento regular de un servicio público –en términos de la legislación anterior– o al giro o tráfico específico de la Administración contratante, conceptos éstos que, a su vez, requieren la atribución de un determinado significado y de un concreto contenido.

La jurisprudencia de esta Sala se ha hecho eco de la visión finalista que la doctrina y la jurisprudencia contencioso-administrativa han propugnado a la hora de diferenciar los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración. En la S de 24 de enero de 2007, recogiendo las palabras de las anteriores de 17 de julio de 1999 y de 9 de octubre de 1987, se expresa en los siguientes términos: «Para distinguir entre los contratos privados y los administrativos, prescindiendo del tradicional criterio de las cláusulas exorbitantes o derogatorias del Derecho común, hay que atender básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de suerte que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando haya sido determinada por la prestación de un servicio público, entendiéndose este concepto en la acepción más amplia, para abarcar cualquier actividad que la administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia, y por lo mismo, correspondiente a sus funciones peculiares, sentido lato que igualmente inspira el artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado, modificado en parte por la Ley 5/1973, de 17 de marzo, cuya regla 2.^a comprende la actuación típica que el órgano administrativo desarrolla en el ámbito de su cometido funcional, a lo que debe añadirse el principio de autointegración del ordenamiento administrativo, al disponer el precepto que en caso de silencio contractual o legal serán la propia ley y los principios generales inspiradores los que han de regir como supletorios, en lugar de acudir a la regulación *ius privativista*.»

Ahora bien, el examen de esta cuestión, siempre a los efectos prejudiciales que ahora ocupan para resolver el recurso, que se contrae al exceso de la jurisdicción civil que aduce el Ayuntamiento de Madrid, no ha de hacerse a espaldas de una interpretación sociológica, e incluso teleológica, de las normas, en función de su *ratio* y finalidad, sino conforme a la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas –art. 3.1 CC–. Como se indica en la citada S de 27 de enero de 2007, este análisis permite determinar la naturaleza del contrato, primero, y la jurisdicción competente para conocer de los litigios sobre su eficacia y cumplimiento, después, considerando el contenido actual de los elementos definitorios o moduladores de la naturaleza contractual,

para lo que el examen de la evolución legislativa constituye un útil instrumento, erigiéndose el vigente régimen de la contratación de las administraciones públicas en obligado referente hermenéutico a la hora de caracterizar la relación contractual, como expresión de la realidad social actual.

Tal y como se dijo en la repetida S de 27 de enero de 2007, «la visión de la evolución que ha experimentado el concepto legal de los contratos administrativos pone de manifiesto la voluntad del legislador de aquilatar su ámbito, en función de la directa vinculación de su objeto con la satisfacción del interés público, al que están ordenadas las potestades administrativas, y que son las que revisten de *imperium* la actuación de la Administración y justifican las facultades –interpretativas y modificativas– de que disfruta en las relaciones contractuales. Así, se aprecia que se ha pasado del desenvolvimiento regular de un servicio público o de la presencia de características intrínsecas que hagan necesaria la especial tutela del interés público en la ejecución del contrato –arts. 112 del Texto refundido de las disposiciones en materia de régimen local, y 4 de la Ley de Contratos del Estado–, a la vinculación al giro o tráfico específico de la Administración contratante, y a la directa o inmediata satisfacción de una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, como elementos definitorios de la naturaleza administrativa del contrato que, si bien no son expresión por sí mismos de una reducción conceptual, sí permiten apreciar sin embargo un abandono de las posiciones basadas en un concepto amplio del servicio público, y así como de consideración de la vinculación a la satisfacción de un interés general, para atender al específico ámbito de actuación y de competencias de la Administración contratante y para exigir una más directa relación entre el objeto del contrato y el servicio o la finalidad pública.

Así las cosas, no es posible apreciar la vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o el giro o tráfico que caracteriza la relación administrativa en un contrato que, como el contemplado en el supuesto de autos, tiene por objeto la realización de actividades de patrocinio para la celebración de un congreso, por más que el contenido de éste viniera referido a una materia, como la medioambiental, respecto de la que la Administración municipal tiene innegables competencias en orden a su protección, promoción y fomento. Ni siquiera atendiendo a la finalidad, más que a su objeto, del contrato es posible apreciar en él los rasgos moduladores que confieren la naturaleza administrativa a la relación jurídica, en la medida en que el fin de ésta se agota en la realización de tales actividades de patrocinio, independientemente del objeto y finalidad de las actividades en sí realizadas por los particulares, personas físicas o jurídicas, con quienes la demandante había de contratar para promocionar y publicitar la celebración del evento, en mayor o menor medida relacionadas con su objeto. Propugnar una amplitud excesiva a la hora de considerar la vinculación del contrato al servicio público, o el giro o tráfico específico de la Administración contratante sería tanto como desvirtuar la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración, pues siempre sería posible ver un último enlace en la actividad de ésta con un fin público.

La conclusión de todo cuanto se ha expuesto no puede ser otra que la de considerar que el contrato cuyo incumplimiento origina la reclamación objeto de este proceso reviste carácter privado, y se halla sólo sometido a la legislación administrativa en todo cuanto afecta a los actos tradicionalmente considerados separables –los relativos a la formación de la voluntad de la Administración, a su preparación y adjudicación–, en tanto que en cuanto a

sus efectos y extinción se somete a las normas de derecho privado, correspondiendo, por consiguiente, a los órganos de la jurisdicción civil la competencia para conocer de los litigios relativos, como aquí, a las consecuencias del incumplimiento contractual, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y ahora en el artículo 9.3 del Texto Refundido de la misma Ley, en relación con lo dispuesto en el artículo 3.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 28 de diciembre de 1956, y, en la actualidad, con en el artículo 2.b) de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, sobre la misma materia.

El motivo, por lo tanto, se desestima. (STS de 25 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Con motivo de la adjudicación por parte de dos organizaciones internacionales al Ayuntamiento de una importante capital de la celebración del «VIII Congreso Internacional de Ciudades Saludables y Ecológicas», concertó aquél con una empresa un convenio que tenía por objeto la esponsorización y patrocinio de las actuaciones municipales encaminadas a difundir la idea de protección de la salud y el medio ambiente y a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos a través de determinados programas. La empresa se obligaba a sufragar los gastos generados por estas actuaciones acudiendo a cualesquiera entidades y personas con las que el Ayuntamiento no contraía relación contractual alguna. A cambio, hacía publicidad de su patrocinio y de la colaboración de las personas o entidades con las que, a los efectos señalados, contactase. Pasados unos meses —casi un año— las organizaciones internacionales comunicaron al Ayuntamiento que debía prescindir de patrocinadores, por lo que éste hizo saber a la empresa que prescindía de sus servicios. La empresa interpuso demanda contra el Ayuntamiento reclamándole los gastos realizados, el lucro cesante más indemnización por los daños y perjuicios sufridos. El Ayuntamiento, por su parte, argumentaba que la reclamación debía encuadrarse en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración y, subsidiariamente, que su vínculo con la empresa constituía un contrato administrativo. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta por el Municipio y estimó en parte la demanda. La Audiencia no acogió la apelación del Ayuntamiento. Del mismo modo, no hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

128. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Doctrina jurisprudencial antes y después de 1998.—Si bien es cierto que tanto antes como después de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, y hasta que las dudas quedaron casi totalmente despejadas por la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, inaplicable al caso por razones temporales, la jurisprudencia de esta Sala se inclinó por el criterio de la fuerza atractiva de la jurisdicción civil cuando la demanda se dirigiera, además de contra una Administración pública, contra particulares, no lo es menos que tal doctrina no estaba exenta de matices según sentencias de esta misma Sala o según alguna sentencia del Tribunal de Conflictos de

Jurisdicción como la 10/1994, de 20 de junio. De acuerdo con estas sentencias, la jurisdicción civil carece de competencia aunque la reclamación se dirija conjuntamente contra una Administración pública y contra particulares, si mediante la petición de condena solidaria se pretende eludir el origen del daño en un acto administrativo, en un contrato regido por el Derecho administrativo o en una actuación de la Administración en el ejercicio de sus competencias y no constitutiva de «vías de hecho». Y que esto es precisamente lo aquí sucedido lo demuestra el que la demanda, e incluso este recurso, se funde en la disconformidad de la actora hoy recurrente con la actuación del Ayuntamiento demandado en el ejercicio de sus competencias sobre el suministro de agua potable a la población, por haberle exigido una contribución económica para la red de abastecimiento pese a entenderla inexigible dicha parte dado el carácter de suelo urbano, en su opinión, del terreno sobre el que se construyó la urbanización, dándose la circunstancia añadida de que en su momento no impugnó los actos administrativos que le exigían dicha contribución. En concreto la STS de 28 de febrero de 2007, siguiendo el criterio del Auto de la Sala de Conflictos de Competencia de 20 de diciembre de 2001, considera que los conflictos entre promotoras o constructoras y las empresas encargadas de la prestación de servicios públicos (en tal caso, suministro de energía eléctrica), por razón de la contribución económica de aquéllas a la red de suministro, deben ser resueltos por la jurisdicción contencioso-administrativa por su naturaleza urbanística, distinguiéndolos así de los conflictos singulares entre la empresa concesionaria y los usuarios por razón del suministro. (**STS de 13 de junio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Una promotora-constructora con forma de sociedad limitada demanda al Ayuntamiento de un pueblo de Sevilla y la empresa que gestionaba el servicio de abastecimiento de agua, saneamiento y depuración, competencia de la mancomunidad de municipios de la zona. Lo pedido en la demanda era la condena solidaria e indistinta de ambos demandados a devolver a la actora la cantidad de 3.990.000 pesetas, importe de un aval bancario prestado en su día por la actora a favor de la empresa codemandada para, según la demanda, obtener la conexión de la urbanización edificada por aquélla a la red general de abastecimiento de agua, habiendo sido finalmente realizado dicho aval, y la condena solidaria e indistinta de ambos demandados a indemnizar a la actora en 194.043.860 pesetas por los daños y perjuicios derivados de no haber podido vender a su tiempo la viviendas de la urbanización debido a la falta de suministro de agua.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, razonando que procedía acoger la excepción de incompetencia de jurisdicción que el Ayuntamiento demandado había propuesto al contestar a la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte actora, la Audiencia Provincial lo desestima y argumenta que lo único contratado entre aquélla y la empresa codemandada era el suministro de agua para la obra; que el pago de 37.500 pesetas por vivienda respondía al canon establecido por determinada Orden de la Consejería competente de la Junta de Andalucía; que por tanto no se había dado incumplimiento contractual alguno. La parte actora recurre en casación. (*S. M. S.*)

129. Deslinde de dominio público marítimo terrestre. Distribución de la competencia entre la jurisdicción civil y la jurisdicción contencioso administrativa.—Aunque de *lege ferenda* sería deseable la existencia de un único cauce para articular la protección dominical frente a la eficacia relativa del deslinde, declarada por la STC 149/1991, no puede obviarse que de *lege lata* existe una dualidad de control jurisdiccional (contencioso-administrativo y civil). Esta coexistencia se traduce en la necesidad de especificar cuál es la extensión y los límites de una y otra.

La tesis defendida por el Alto Tribunal es la siguiente.

La función revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa se extiende no sólo a las actuaciones formales del procedimiento sino también al contenido sustantivo del acto administrativo resolutorio sobre el deslinde, y por tanto, a comprobar si se ha apreciado correctamente o no la concurrencia de las circunstancias físicas que definen la zona del dominio público.

Por su parte, la jurisdicción civil es competente para conocer acerca de las cuestiones suscitadas en torno al derecho de propiedad.

Los pronunciamientos de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre cuestiones de propiedad presentan un carácter *incidenter tantum*, en la medida en que no pueden impedir el conocimiento y el pronunciamiento de los órganos del orden civil. Los casos más comunes son los de solicitud de protección de los derechos dominicales adquiridos con anterioridad al deslinde con base en la protección que dispensa el Registro de la Propiedad, pero la competencia del orden jurisdiccional civil se ha de extender también a la comprobación de la concurrencia en la finca litigiosa de las características físicas del dominio público. Para ello, los tribunales civiles podrán servirse de lo actuado en el expediente administrativo.

Los argumentos invocados por la Sala 1.^a Tribunal Supremo en defensa de la tesis esgrimida son los siguientes: (1) es la interpretación que naturalmente se desprende de la lectura conjunta del último inciso del artículo 13.2, del artículo 14 y de la DT 1.^a de la Ley de Costas de 1988, así como del artículo 29.2 de su Reglamento y de la interpretación constitucional del primero de los preceptos citados establecida en la STC 149/1991; (2) se trata de un criterio coherente con el que cabe inferir de anteriores resoluciones de la Sala 1.^a como la 9 de julio de 2001; (3) no hay base legal para sostener que las acciones civiles a las que se refiere el artículo 14 y el último inciso del artículo 13 son únicamente las amparadas en la protección que ofrecen los artículos 34 y 38 LH, pues de ser así, no se entendería entonces —por redundante e innecesaria— la previsión contenida en el apartado segundo de la DT 1.^a de la Ley de Costas de 1988, referida a los titulares inscritos, que contiene una específica reserva de las acciones civiles que éstos puedan ejercer en defensa de sus derechos; (4) este criterio se ajusta al mantenido por la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, a la hora de delimitar la extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa, en los recursos que tuvieron por objeto la revisión jurisdiccional de los deslindes de la zona marítimo-terrestre, proclamando la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las declaraciones de propiedad sobre los bienes afectados por el deslinde cuya corrección formal y material corresponde revisar, sin embargo, a los tribunales de aquel orden jurisdiccional. (**STS de 13 de junio de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Los demandantes interponen una acción cuya pretensión principal es la declaración de que, por no tener las caracte-

rísticas configuradoras del dominio público marítimo-terrestre, las fincas litigiosas son de dominio privado y, en concreto, de propiedad de los actores de conformidad con los títulos de dominio esgrimidos como fundamento de su acción; como pretensión subordinada a la anterior, los actores solicitan la declaración de nulidad de las anotaciones e inscripciones registrales practicadas en relación a las fincas como consecuencia o a causa del expediente de deslinde.

Tanto en primera instancia como en apelación se desestima la demanda por falta de competencia de la jurisdicción civil. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (B. F. G.)

130. Reconocimiento y ejecución de una sentencia de separación matrimonial dictada en Suiza al amparo del Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988. Interpretación restrictiva de las materias excluidas del ámbito de aplicación. Irrelevancia de que la pensión sea alimenticia o compensatoria.—En su evolución jurisprudencial el Tribunal comunitario ha abogado por una interpretación autónoma y uniforme de los conceptos normativos, empleados para definir el ámbito material de aplicación del Convenio de Bruselas, a partir de los objetivos y sistema de este instrumento internacional, o de los principios generales que se obtienen mediante inducción de los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros —SS de 14 de octubre de 1976, as. 29/79, LTU c. Eurocontrol, de 16 de diciembre de 1980, as. 814/89, *Niederlande c. Rüffer*, 6 de marzo de 1980, as. 120/79, *De Cavel c. De Cavel*, de 22 de febrero de 1979, as. 133/78, *Gourdain c. Nadler*, entre otras—, para evitar de este modo los inconvenientes de la dispersión hermenéutica derivada de la convivencia de diversos sistemas de interpretación o calificación jurídica *ex lege fori* o *ex lege causae*. Junto con ello, debe considerarse también que el Tribunal Europeo de Justicia ha impuesto, por lo general, una interpretación restrictiva de las materias excluidas del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas. De todo ello se evidencia la importancia de atender a la doctrina jurisprudencial comunitaria para definir el ámbito objetivo del Convenio de Bruselas, la cual ha de servir como referente hermenéutico para delimitar el propio del Convenio de Lugano, cuyo artículo primero reproduce el contenido de su homólogo del texto comunitario.

Este referente interpretativo conduce a considerar incluido en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas, y por extensión, del Convenio de Lugano, los pronunciamientos relativos a las obligaciones de alimentos, e, incluso, los relativos a pensiones compensatorias acordadas en sentencias de separación o de divorcio, pues así se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario —S de 6 de marzo de 1980, as. 120/79, *De Cavel c. De Cavel*—, que tuvo en consideración el hecho de que se haya previsto un foro especial de competencia para las acciones relativas a obligaciones alimenticias (art. 5.2), así como el carácter alimenticio de las pensiones compensatorias, y que consideró irrelevante el carácter accesorio de los pronunciamientos sobre alimentos o pensiones compensatorias respecto del principal referido a la separación o el divorcio.

Así las cosas, desde esta caracterización uniforme del ámbito de aplicación de los instrumentos internacionales de referencia, el pronunciamiento de condena al abono de una determinada cantidad en concepto de alimentos —como califica la obligación el Tribunal del Estado de origen—, que se contie-

ne en la sentencia de cuyo reconocimiento y ejecución se trata, queda incluido en el ámbito material del Convenio de Lugano, resultando irrelevante la cuestión de si se trata de una pensión de alimentos o compensatoria, y, más aún, con arreglo a qué Ley –del foro o la determinada por la correspondiente norma de conflicto– debe hacerse la calificación jurídica, desde el momento en que es dable descubrir en la establecida por la sentencia los rasgos característicos de una obligación que se orienta a asegurar la manutención de uno de los cónyuges, fijando su cuantía en función de los respectivos ingresos y necesidades de las partes de la relación jurídica, y en torno a los cuales se delimita el ámbito competencial de la norma supranacional de reconocimiento, según la caracterización autónoma y uniforme emanada de la jurisprudencia comunitaria. Y ningún obstáculo existe por el hecho de que se trate de un pronunciamiento accesorio del de separación matrimonial, pues si, como se ha dicho, tal accesividad es irrelevante de cara a la aplicación objetiva del Convenio, ya que lo decisivo es el objeto mismo del pronunciamiento, independientemente de su carácter principal o accesorio, nada impide el *exequatur* parcial de la resolución foránea, como aquí ha sucedido, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 42 del Convenio de Lugano, limitado al pronunciamiento cuyo objeto queda comprendido dentro de su ámbito material de aplicación – SS de 27 de febrero de 1997, as. C-220/95 (TJCE 1997, 40), van den Boogaard c. Laumen–.

Concepto de orden público internacional.—Esta Sala, a la hora de examinar la procedencia del *exequatur* de las resoluciones extranjeras en el marco de sus competencias, ha configurado un concepto del orden público, en sentido internacional, y en su vertiente procesal, en el que se destaca su carácter netamente constitucional, identificado con los principios, derechos y garantías constitucionalmente consagrados, en línea con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional contenida en las SS 52/89 y 132/91. Siendo así, el orden público, en su aspecto procesal, se identifica con los derechos y garantías establecidos en el artículo 24 CE, y su contenido se encuentra condicionado por el de tales derechos, tal y como ha sido configurado por la jurisprudencia constitucional. Resulta, de este modo, que el derecho a la tutela judicial sin indefensión, el derecho de defensa, y el más específico derecho a utilizar los medios de impugnación dispuestos por el ordenamiento procesal, tienen relevancia constitucional en la medida en que la indefensión sea real y efectiva, no puramente nominal o formal, lo que excluye de la protección constitucional a las situaciones lesivas de los derechos de la parte originadas por su propia desidia, desinterés, negligencia, y, en general, cuando es su propio comportamiento el que le ha colocado en esa situación – SSTC 122/98, 26/99 y 1/2000, entre otras muchas–. Es, pues, ese contenido de los derechos fundamentales el que nutre el contenido del orden público internacional, en su vertiente procesal, que se verá, por tanto, vulnerado cuando se violen aquéllos, con el contenido material que les es propio.

Esta configuración del orden público impide apreciar la concurrencia de la causa de denegación del *exequatur* prevista en el artículo 34 del Convenio de Lugano, en relación con su artículo 27.1, lo que, a su vez, determina el rechazo del motivo de casación que es objeto de examen, pues la Audiencia Provincial no ha infringido este precepto. La ficción legal prevista en el ordenamiento procesal del Estado de origen, opera en los casos en que el destinatario de la notificación de la resolución imposibilita la efectividad del acto de comunicación con su comportamiento culpable. El Tribunal de origen consideró que concurría este presupuesto, y por ello tuvo por notificada la resolu-

ción. Ya en sede del procedimiento de *exequatur*, la Audiencia Provincial, al examinar la concurrencia del requisito de la adecuación al orden público, destacó la rebeldía voluntaria, estratégica o de conveniencia del demandado, aquí recurrente, y sus intentos, tras su emplazamiento en el procedimiento seguido en el Estado de origen, para sustraerse del mismo y aparentar una ausencia anterior. Si la valoración jurídica de los hechos realizada por el Tribunal extranjero, a los efectos de integrar el presupuesto previsto en el ordenamiento jurídico del Estado de origen, para tener por notificada la resolución que puso fin al proceso, no vincula a esta Sala de cara a verificar el cumplimiento del requisito del respeto al orden público, sí, en cambio, ha de partirse en este análisis de las circunstancias de índole fáctico y de la valoración que de ellas hace el órgano *a quo*, en la medida en que, al no haberse combatido eficazmente en sede casacional, han de permanecer incólumes. De ellas se extrae la conclusión de que fue el propio demandado quien intencionadamente buscó eludir la notificación de la resolución que puso fin al proceso de separación, acaso con la mira puesta en impedir su eficacia extraterritorial, y ese comportamiento no se ajusta al contenido material de los derechos y garantías procesales constitucionalmente consagrados y protegidos, por lo que no puede hablarse de vulneración de los mismos, ni, por ende, del orden público considerado en sentido internacional. (STS de 14 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La demandante inició un procedimiento de reconocimiento y ejecución de una sentencia de separación matrimonial dictada por el Tribunal de Familia de Zurcá, al amparo del Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988. El Juez de Primera Instancia desestimó la declaración de ejecutoriedad de la sentencia extranjera, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación declarando la procedencia de ejecución de la sentencia exclusivamente en cuanto al pronunciamiento de condenar al abono de una pensión alimenticia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. C. B.)