

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep Maria BECH SERRAT, Eva CANO VILÀ, Margarita CASTILLA BAREA, Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO, Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, María Eugenia RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Alfons SURROCA COSTA.**

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Doctrina de los actos propios.–[...] como se dice en la Sentencia de esta Sala de 16 de febrero de 1998, cuando afirma «La doctrina de los actos propios (contenida no sólo en las sentencias que cita la recurrente, sino en otras muchas más, tales como las de 18 de enero de 1990, 5 de marzo de 1991, 4 de junio y 30 de diciembre de 1992, 12 y 13 de abril y 20 de mayo de 1993, 30 de diciembre de 1995, 16 de febrero de 1996 (por citar algunas de las más recientes) proclama que el principio general de derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los propios actos, constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurren los requisitos o presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, cuales son los que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer

sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior».

Lo cual es corroborado por las SS de 28 de noviembre de 2000 y 24 de mayo de 2001, que dicen: «En efecto, la regla que veda “venire contra factum proprium” nacida en el ámbito de la autonomía de la voluntad propia del Derecho privado, impone la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma, tal y como puede ser entendido por los demás, impidiendo un comportamiento contradictorio. La doctrina de los actos propios tiene su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (SSTC 73 y 198/88, Auto del Tribunal Constitucional de 1 de marzo de 1993)». (STS de 14 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil A (luego denominada B) y la entidad C suscribieron un contrato de arrendamiento financiero con opción de compra que tenía por objeto una nave industrial. Conviniere que la sociedad usuaria correría con los riesgos que normalmente hubiera debido asumir la entidad propietaria. Por esa razón, C se obligó a concertar un seguro que garantizase el inmueble durante la vigencia del contrato, corriendo a su cargo el pago de las primas y designándose como beneficiario de la indemnización a A hasta la cobertura de las cantidades pendientes de pago al ocurrir el siniestro y el valor residual fijado como precio para caso de ejercicio de la opción de compra. A, actuando por cuenta y en nombre de C, contrata un seguro de incendios con una aseguradora perteneciente a su mismo grupo empresarial. Alrededor de dos años después se declara un violento incendio en la nave industrial lo que C comunicó a la aseguradora y a B. También notificó a la primera la designación del perito elegido para valorar los daños y la cuantía de éstos, que superaba el capital asegurado. La aseguradora negó a C la legitimación necesaria para tal designación por considerar que era competencia de la propietaria de la nave, B. Finalmente, propietaria y usuaria cancelan el arrendamiento financiero y la primera vende a la segunda la nave. En la escritura se manifestaba el hecho del incendio y que B había recibido de la aseguradora la correspondiente indemnización sin que tuviera que reclamar cantidad pendiente alguna por tal concepto. Con posterioridad, un representante de C comparece ante notario para dejar constancia de que la entidad no renuncia a ejercitar las acciones pertinentes para obtener la correspondiente indemnización. Dos años después, C demanda a la aseguradora y a B reclamando se declare su derecho a designar perito y la condena a la empresa de seguros a hacer efectiva la indemnización pendiente. La demanda y el recurso de apelación interpuesto por la actora fueron desestimados. No hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

2. Teoría de los actos propios. Concepto.—Es doctrina constante y consolidada, derivada de la jurisprudencia de esta Sala, cuyas SS de 15 de

febrero de 1988, 9 de octubre de 1981, 25 de enero de 1983 y 16 de julio de 1984, se pueden estimar esenciales en el tema, la que define los actos propios como expresión inequívoca del consentimiento, que actuando sobre un derecho o simplemente sobre un acto jurídico, concreta efectivamente lo que ha querido su autor y que además causan estado frente a terceros (STS de 22 de enero de 1997). En igual sentido, la S de 7 de mayo de 2001. Actos propios –según SS de 22 de junio y 5 de octubre de 1987, 15 de junio de 1989, 18 de enero y 22 de julio de 1990 y 4 de junio de 1992– son aquellos actos solemnes que vinculan y configuran inalterablemente la situación jurídica de su autor, o que crean, modifican o extinguen algún derecho opuesto a sí mismo y que no pueden confundirse con los actos preparatorios o borradores de otros posteriores que no llegaron a convenirse (STS de 7 de abril de 1994). En igual sentido, las SS de 10 de junio de 1994 y 25 de enero de 1989. La invocación de esta interpretación jurisprudencial determina la imposibilidad de atribuir los efectos jurídicos (con carácter de renuncia), que la recurrente atribuye, a las actuaciones de *Felechin, S. L.* en las Asambleas de 8 y 28 de julio de 1997, toda vez que no se daban las condiciones inequívocas para la determinación de esta última para su decisión del ejercicio o falta de ejercicio del derecho de tanteo. (STS de 20 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.–Las sociedades *Hiperco, S. A.* y *Felechin, S. L.*, entre otras, pertenecían a una Junta de Compensación en cuyos Estatutos se disponía que, en caso de transmisión, por parte de alguna de ellas, de fincas incluidas dentro de la Junta, las otras sociedades podían ejercer el derecho de tanteo en el plazo de un mes. En fecha 11 de julio de 1997 se celebró Asamblea en la cual, fuera del orden del día, se comunicó a los asistentes el proyecto de transmisión de fincas entre *Hiperco, S. A.* y la sociedad *Promociones Contorno, S. L.* que no pertenecía a la Junta. Sin embargo, no fue hasta el 3 de septiembre cuando se notificó por escrito a *Felechin, S. L.* el proyecto de compraventa entre *Hiperco, S. A.* y *Promociones Contorno, S. L.* La sociedad *Felechin, S. L.* ejerció el tanteo el día 15 de septiembre. Sin embargo, *Promociones Contorno, S. L.* presentó demanda contra *Hiperco, S. A.*, *Felechin, S. L.* y la Junta de Compensación del sector R-8B de Montevil en la cual solicitaba que se declarara extemporáneo y antijurídico el ejercicio del derecho de tanteo por parte de *Felechin, S. L.*, ya que dicha sociedad tenía conocimiento del acuerdo desde julio sin oponerse al mismo. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Gijón declaró extemporáneo el derecho de retracto. Apelada la sentencia por parte de *Felechin, S. L.*, la Audiencia de Oviedo la revocó y desestimó íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

3. No es posible declarar la nulidad de un contrato cuando no ha sido solicitada por los litigantes.–En el presente supuesto, además de lo expresado sobre la totalidad conclusiva de la sentencia impugnada, no puede estimarse que se ha producido ese enlace absurdo, ilógico e inverosímil; por

el contrario ha tenido en cuenta razonablemente el aplazamiento de pago con intereses y la imposible declaración de nulidad ya expuesta.

Va contra sus propios actos quien requiere al arrendatario para que ejercite la acción de retracto y después se opone al ejercicio de la misma.—El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla. SS de 5 de octubre de 1984, 5 de octubre de 1987 y 10 de junio de 1994.

Todo lo expuesto es de inexcusable aplicación a la cuestión litigiosa planteada, en el sentido de que formulado requerimiento por los codemandados de la entidad demandante, a los efectos de que ésta ejercite, si lo estimaba oportuno, el derecho de retracto, implica ir contra los propios actos la negativa en el proceso al ejercicio del derecho que a la entidad demandante se le ha manifestado. (STS de 28 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante, que es una entidad mercantil, ejercitó una acción de retracto amparada en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 sobre la finca objeto del arrendamiento y con base en el contrato de compraventa efectuado por la arrendadora a favor de sus nietos. Es de significar que cuando se otorgó el referido contrato de compraventa, los intervinientes requirieron al arrendatario, dándole traslado de la transacción y de las condiciones en que se ha llevado a cabo, «por si desea hacer uso del derecho de retracto que la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos le otorga». El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda al apreciar la nulidad del contrato de compraventa por simulación. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó el recurso y estimó la demanda de retracto al considerar que el Juez de Primera Instancia se excedió al apreciar la nulidad cuando nadie había pedido tal declaración. Formulado recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (M. C. B.)

4. Imprescriptibilidad de las acciones declarativas.—Las acciones declarativas son imprescriptibles. Este tipo de pretensiones no intentan la condena del adversario sino que se declare por medio de sentencia la existencia de una determinada relación puesta en duda o discutida. Debe existir la duda o controversia y una necesidad actual de tutela de manera que el interés del demandante desaparece si no hay inseguridad jurídica.

Acciones personales.—Con respecto a las acciones personales, el tiempo de prescripción de las mismas ha de comenzar a contarse desde el momento en que el crédito respectivo quedó insatisfecho (teoría de la insatisfacción), que es cuando nace para el acreedor la posibilidad de ejercitar la acción correspondiente.

Prestaciones periódicas.—Cuando estamos ante prestaciones periódicas y sucesivas, subsistente la relación jurídica de que nacen, las acciones para su reclamación prescriben con independencia de la continuación del vínculo obligatorio y comienza a prescribir cuando las prestaciones periódicas devienen exigibles. El incumplimiento de estas obligaciones durante un determinado período de tiempo, podrá dar lugar a la extinción por prescripción de algunas de las sucesivas prestaciones, pero no agota el contenido obligacio-

nal del contrato, que se prolonga durante toda la vigencia del mismo. (STS de 15 de julio de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. A. Foraster de la V. y doña G. A. A. formularon demanda contra don J. A. F. A. y doña C. U., solicitando, entre otras cosas: 1) que el documento suscrito entre ambas partes es válido y eficaz; 2) que los demandados están obligados a satisfacer a los demandantes la mitad de los beneficios o utilidades generadas por el negocio descrito hasta el día de presentación de la demanda. Los demandados se opusieron a la demanda, alegando la excepción de prescripción y solicitaron la declaración de nulidad del contrato. Dicho contrato consistía en un convenio por el que se cedía un derecho de arrendamiento y un negocio a favor de los demandados, y se pactaba la entrega de la mitad de las utilidades producidas por el negocio durante toda la vida del cedente.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, declarando válido y eficaz el contrato suscrito y obligando a los demandados a satisfacer a los actores la mitad de los beneficios o utilidades generadas por el negocio desde el día en que se firmó el contrato hasta el día de presentación de la demanda, junto con los intereses legales desde esta última fecha.

En apelación, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso, desestimando la demanda interpuesta. Así, los actores recurren en casación, alegando entre otras cosas, la interpretación errónea del artículo 1964 CC y la infracción del artículo 1969 CC. El Tribunal Supremo estima el recurso. Señala que estamos ante prestaciones periódicas, cuya exigibilidad depen de la finalización del correspondiente ejercicio contable del negocio cedido, momento a partir del cual cabe fijar la existencia de utilidades y su cuantía. Además, el carácter anual de las prestaciones establecidas a favor de los cedentes resulta de la aplicación del artículo 28 CCO, por lo que no resulta aplicable al caso el plazo de prescripción de quince años del artículo 1964 CC, sino el de cinco años del artículo 1966.3.º CC. Por tanto, el *dies a quo* ha de ser aquel en que pudieron exigirse tales utilidades, una vez concluido el ejercicio contable en que se produjeron tales utilidades. (S. L. M.)

5. Extinción del contrato de agencia. Prescripción de la acción de reclamación de indemnización ejercitada por la sociedad agente, sin que se considere interrumpido el plazo por la reclamación laboral interpuesta por una persona física.—Ha de tenerse en cuenta para resolver la cuestión jurídica planteada que la demanda laboral no la presentó la mercantil que recurre, sino que fue don M. Á. B. G. actuando para sí y no con funciones representativas alguna, por lo que falta el primer requisito que es el de la identidad subjetiva, ya que evidentemente es supuesto de reclamación por tercero y por tanto irrelevante a efectos de poder interrumpir la prescripción.

Falta la identidad de acciones requeridas para la interrupción de la prescripción por reclamación judicial.—No concurre la necesaria identidad de acciones, ya que ante la Jurisdicción laboral la acción lo era por despido improcedente y se presentó como petición principal la readmisión con la

indemnización salarial y la que en este pleito se ejerce es la de indemnización de daños, perjuicios y por clientela, derivada de la resolución judicial (*sic*) del contrato de agencia llevada a cabo por el comitente, es decir, son acciones claramente diferentes. (STS de 14 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad actora promovió un procedimiento en reclamación de cantidad en concepto de indemnización derivada de la ruptura unilateral de un contrato de agencia. Los demandados opusieron la excepción de prescripción de la acción, toda vez que había transcurrido más de un año desde la extinción del contrato. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y desestimó íntegramente la demanda por haber prescrito la acción ejercitada. En su recurso de casación, el demandante argumentó que el plazo de la prescripción quedó interrumpido por la reclamación efectuada ante el Juzgado de lo Social por despido improcedente. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (L. F. R. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

6. Colisión entre el derecho al honor y el derecho a difundir libremente los pensamientos y opiniones mediante la palabra.—En relación al conflicto que puede surgir entre ambos derechos, hay que poner en relación el artículo 7.7 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, con el artículo 20 CE, en concreto, sus apartados 1.a) y 4. Según el Alto Tribunal (SSTS de 14 de noviembre de 2002 y 30 de junio de 2004, entre otras), todo derecho, por muy importante que sea, no puede devenir en un derecho absoluto e ilimitado. Por ello, el artículo 20.4 CE establece que la libertad de expresión tiene su límite en el respeto al derecho al honor. Sin embargo, en los casos de colisión entre el derecho de libertad de expresión y el derecho fundamental al honor, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han indicado las siguientes directrices: 1) que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos; 2) que la tarea de ponderación o proporcionalidad ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos de la personalidad ostenta el derecho de libertad de expresión. Tal posición de prevalencia es apreciable siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son del interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen. (STS de 13 de septiembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. P. H. C. interpone demanda contra doña M. R. S. C., sobre protección del derecho al honor, al estimar que ciertas expresiones pronunciadas por la demandada en la reunión de la Junta General de una comunidad de propietarios, resultaban atentatorias a su honor y prestigio profesional. En concreto, la demandada imputa una actuación ilegal y de intrusismo por parte del actor al ejecutar actos propios de la profesión de agente de la

propiedad inmobiliaria sin ostentar el título y la colegiación necesarios en el momento en que los hechos se produjeron.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, recurriendo dicha decisión en apelación. La Audiencia Provincial desestima el recurso, motivo por el cual don J. P. interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo concluye que el derecho a la información prevalece al derecho a la intimidad, al probarse la veracidad de los comentarios de la demandada. De la acreditación de la ausencia de la titulación y la colegiación necesarios, se deduce la inexistencia de un ataque ilegítimo al honor, pues el eventual atentado al prestigio u honor profesional nace de la negación justificada de la propia condición de profesional. (*S. L. M.*)

7. Calificar falsamente de estafador a una persona en un medio de comunicación supone lesión de su derecho al honor. Colisión entre derecho al honor y derecho a la información.—Sin duda, calificar directa o indirectamente a una persona de estafador en un medio de comunicación, no merece otra calificación que la que resulta de la resolución de la Audiencia, que declara expresamente la falta de veracidad de las afirmaciones, puesto que supone por su propio contenido un descrédito a la reputación y fama de la persona a la que se refiere [...]. Es cierto que la aparente incompatibilidad entre el artículo 18.1 y el artículo 20 CE ha de resolverse a favor del segundo cuando la noticia publicada resulta de interés general, afecta al orden social o al conjunto de los ciudadanos y está revestida de veracidad, y así las SSTC de 24 de abril de 2004, 16 de septiembre de 1996, 31 de enero, 5 de mayo y 8 de abril de 2000, condicionan la protección constitucional de la libertad de información, a que ésta se refiera a hechos con relevancia pública o noticiables, y a que dicha información sea veraz, en el sentido del artículo 20.1*d*), como información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa (SSTC 6/1988, 105/1990, 139/1995; STS de 18 de noviembre de 2004). Por lo mismo, no se incluye a quienes transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente, que asegure la seriedad y el esfuerzo informativo. Y es lo cierto que además de no ser veraz —hecho incólume en casación— no hubo diligencia alguna para comprobar las noticias, antes bien, fueron tres las publicadas en este sentido, las tres dilatadas en el tiempo y objeto de la correspondiente rectificación y todas ellas innecesarias para procurar una información en principio noticiable por afectar a una entidad pública, como es una Caja de Ahorros. Sin duda, el efecto legitimador del derecho de información, que deriva de su valor preferente, requiere de ambos requisitos puesto que de otra forma se convertiría en una cobertura formal para, excediendo el discurso público en el que debe desenvolverse, atentar sin límite alguno y con abuso de derecho al honor y la intimidad de las personas, con afirmaciones, expresiones o valoraciones que resulten injustificadas por carecer de valor alguno para la formación de la opinión pública sobre el asunto de interés general que es objeto de la información (STC de 12 de noviembre de 1990; STS de 2 de julio de 2004).

Reportaje neutral. Concepto de implicación.—La invocación que se hace en el recurso al llamado reportaje neutral resulta meramente formal

puesto que no se vincula a la acción desarrollada por el medio de comunicación con relación a las noticias, ni de los hechos que han sido objeto de enjuiciamiento resulta que se haya producido una transmisión neutra de manifestaciones a otro, antes al contrario el trato dado por los autores a las noticias, la rectificación consiguiente de cada una de ellas, implican de manera indubitada que el medio de comunicación ha dejado su papel de neutralidad en la forma de transmitir la información obtenida para pasar a un papel activo y determinante en cuanto a la elaboración y repercusión de las mismas (STS de 18 de noviembre de 2004; STC de 13 de septiembre de 2004). Por lo demás, y por conocimiento de esta Sala de sus propias resoluciones, se debe partir de la doctrina que estableció la S de 2 de julio de 2004, que trataba de un caso semejante, aunque no idéntico, con relación a la noticia publicada el día 26 de abril de 1995, por el *Diario de Cádiz*, en la que mantuvo que implicar a don F. en una presunta estafa inmobiliaria, supone atribuirle de forma inveraz la comisión de un delito, ya que la consideración general de la palabra implicación se entiende lógicamente como actor y no como víctima, y que como tal la noticia era atentatoria a su honor.

Daños morales: concepto y cuantificación. Incongruencia.—El segundo motivo tacha de incongruente a la sentencia citando como infringidos los artículos 359 LEC y 9.3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, y se argumenta en el hecho de haber concedido una indemnización por daños morales cuantificada en pesetas cuando en la demanda no se había pedido cantidad alguna, al haberse reservado su cuantificación para ejecución de sentencia; motivo que se desestima. En efecto, el daño moral (único sufrido por el demandante, que no recurre la sentencia), afecta a intereses espirituales del ser humano y se concreta a la perturbación en el ámbito personal del sujeto, aunque no incida en intereses económicos y como tal es conocido antes por lo que su cuantificación no depende en principio de la prueba de tipo objetivo que se practique sino del convencimiento de su existencia por parte del Tribunal por ser a él a quien le corresponde fijarlo equitativamente. Ocurre, sin embargo, que el artículo 9.3, que se dice infringido, no solo presume la existencia del perjuicio, siempre que se acredite la intromisión ilegítima, sino que trata de objetivar el daño a partir de unos parámetros que, en atención a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión, toman como referencia la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido, y al beneficio que haya obtenido el causante como consecuencia de la misma; razones todas ellas que justificarían, de una forma razonable, la petición contenida en la demanda de que su cuantificación se deje al trámite de ejecución (no autorizado en la actualidad por el art. 219 LEC). Ahora bien, con reiteración ha declarado esta Sala que no adolece de incongruencia la sentencia que fije el importe de la condena aunque en la demanda se hubiera aplazado su concreción al período de ejecución (SSTS de 17 de julio de 2000, 24 de septiembre de 1999, 15 de marzo y 15 de febrero de 1999 entre otras), puesto que viene a cumplir lo dispuesto por el artículo 360 LEC que ordena fijar el importe de los daños y perjuicios en cantidad líquida, cuando los medios probatorios lo facilitan, como aquí sucede, quedando su determinación para ejecución de sentencia como remedio y reserva última para el caso de no ser posible llevar a cabo esta cuantificación indemnizatoria, lo que a su vez avala el principio de economía procesal en beneficio de todos los litigantes. (STS de 23 de septiembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Un periódico gaditano interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz que lo condenaba al pago de una indemnización de dos millones de pesetas por los daños morales causados al actor en la instancia, antiguo directivo de una Caja de Ahorros. Los daños se derivaron de la lesión de su derecho al honor a través de la publicación de varias noticias que lo vinculaban con la comisión de un delito de estafa. El Juzgado de Primera Instancia había estimado la demanda condenando al periódico. Su resolución fue apelada por ambas partes pero la Audiencia la confirmó. No hubo lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (R. G. S.)

8. Supuestos en los que el derecho a la información prevalece sobre el derecho al honor.—Este motivo y por ende el recurso de casación debe ser desestimado. En efecto, y así es porque los artículos publicados en *El Periódico* de fecha 8 y 11 de octubre de 1999, bajo el título *Els “Skins” planejaren un 12-O violent* — Los Skins preparaban un 12 de octubre violento y *El marcaje a la violencia ultra*, son inidóneos a los efectos de la vulneración del derecho fundamental al honor del demandante, teniendo en cuenta:

a) Los hechos relatados y la llamada de atención sobre ciertos comportamientos socialmente agresivos tienen relevancia pública, al ser notorio que comportamientos de ciertos grupos violentos conmocionan la paz social.

b) Ninguno de los escritos contiene por sí mismo conceptos o palabras injuriosos, suficientes desde su propio contenido a integrar un determinado *animus* que supere y degrade el servicio de la información.

c) El actor, que si bien en principio pudiera calificarse de personaje privado, no puede olvidarse y así se deduce del propio material periodístico unido a los autos, ha trascendido su propia esencia privada, para convertirse en «cuasi-pública», o de reiterada presencia periodística.

d) La veracidad de la información no comporta déficit de diligencia y cuidado profesional, aun cuando sería bueno que al citarse en la prensa ciertas fuentes oficiales de origen puedan acreditarse y no, cual ha ocurrido, con la referencia a las genéricas e indeterminadas «fuentes policiales».

e) Consecuentemente ha quedado acreditado que se cumplen los requisitos legales exigibles para que se considere en primer término que la editorial publicada el 11 de octubre de 1999 no contiene expresiones calumniosas ni vejatorias y, por consiguiente, se enmarca dentro del derecho de libre expresión protegido por la constitución, y en segundo lugar, el artículo publicado en fecha 8 de octubre de 1999, es esencialmente veraz y tiene un indudable interés público.

Y en este aspecto hay que estar de acuerdo total por lo manifestado en la sentencia recurrida y por lo dicho por el Ministerio Fiscal en su informe.

Pero es más, es ahora el momento de tener en cuenta lo manifestado por la sentencia de esta Sala, de fecha 21 de abril de 2005, cuando en ella se dice que, «De todo lo anterior se infiere que, en el presente caso, debe prevalecer el derecho a opinar e informar, y que por ende no se puede apreciar menoscabo en el honor de la parte demandante, pues debe saberse y debe saberlo la parte recurrida que el honor de las personas no puede desentenderse de la historia personal pública del sujeto presuntamente afectado y que debe responsabilizarse de la misma y es el momento de decir que dicha intrahistoria

permite emitir juicios y opiniones como los que se han debatido en este recurso». (STS de 20 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor —persona con cierta presencia en los medios informativos— demanda al director de un periódico catalán y a la empresa editorial de la publicación por varios artículos en los que además de relacionarle con bandas «ultras» se vierten afirmaciones que, a juicio del demandante, lo descalifican ante la opinión pública. El Juzgado desestima la demanda y la Audiencia la apelación. Igual suerte corre el recurso de casación que el actor promueve ante el Tribunal Supremo. (R. G. S.)

9. Presentar a una mujer como maltratada —sin serlo y sin su conocimiento ni consentimiento— en un programa televisivo supone una intromisión ilegítima en su honor.—Presentar a una mujer como maltratada por su cónyuge o pareja y difundir tal mensaje o imagen supone un evidente demérito que afecta a la trascendencia o exterioridad —reconocimiento que los demás hacen de la dignidad de una persona— y sobre todo a la inmanencia o mismidad —estimación que cada persona hace de sí misma—. Un supuesto como el que se enjuicia tiene un evidente eco o impacto social que somete a la persona afectada a los rumores y comentarios públicos, y especialmente de sus círculos de amistades y vecinos, con el consiguiente agobio y disminución de la autoestima por la situación personal y de relación matrimonial o de pareja que se difunde, todo lo que implica un menoscabo de la propia y ajena consideración. (STS de 14 de julio de 2005; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La actora demanda a una cadena privada de televisión por la utilización ilegítima de su imagen en tanto su aparición en la pequeña pantalla, sin su conocimiento ni consentimiento, en el contexto del programa en que se emitió daba lugar a que se la identificase con una «mujer maltratada», lesionando igualmente su honor. El Juzgado estima la demanda y la Audiencia Provincial de Madrid acoge parcialmente la apelación de la cadena televisiva revocando el extremo relativo a la intromisión ilegítima en el derecho al honor. Recurren en casación actora y demandada. El Tribunal Supremo, que desestima el recurso del ente informativo, declara haber lugar al recurso de la demandante revocando, como consecuencia, la sentencia de la Audiencia Provincial en lo tocante al derecho al honor y confirmando íntegramente la sentencia del Juzgado. (R. G. S.)

10. Informaciones en un periódico sobre la detención de los demandantes como titulares de una agencia de detectives implicada en escuchas ilegales: no hay intromisión ilegítima en su derecho al honor si la información publicada es veraz.—La conclusión de esta Sala tiene que ser necesariamente coincidente con la del tribunal sentenciador, porque lo que claramente prevalece en dicha información es el hecho de la detención policial y las causas a las que obedeció, siendo fácilmente comprensible para cualquier persona que detención judicial no equivale a autoría de los hechos, máxime si

el propio medio informativo se preocupó de dar noticia puntual tanto de la libertad de los detenidos cuando ésta se produjo como del archivo de la causa penal cuando éste tuvo lugar. Es más, si el análisis de las informaciones presuntamente ofensivas del honor y de la imagen de los hoy recurrentes se centra en la del día 22, firmada personalmente por el periodista codemandado y a la que el recurso dedica una especial atención, se advertirá enseguida que su sentido es el de dar cuenta de un posible montaje policial en contra de los hoy recurrentes y de la polémica «por la autorización que concedió un juez a los inspectores del caso para que pudieran tender una trampa a fin de obtener pruebas acusatorias», de suerte que contra el carácter de abundancia o insistencia en la ofensa que el recurso atribuye a esta última información subrayando que se publicara un día después de la noticia de la libertad de los detenidos, su tono general o contexto era más bien favorable a la posición de éstos, cuya versión, además, de que «Todo es un montaje policial» cerraba, así entrecorrida y en negra, la información que el recurso considera más especialmente ofensiva.

En suma, afirmada por la sentencia recurrida la veracidad de la información litigiosa y centrada ésta en la detención, entre otras, de las dos personas físicas hoy recurrentes, de cuya libertad también se informó, del mismo modo que también se informó del posterior archivo de la causa penal, no cabe apreciar infracción del artículo 18 CE que el recurso denuncia negando la veracidad de la información, analizándola desde el peculiar punto de vista de los recurrentes y, en fin, hallando unas diferencias con la información sobre los mismos hechos publicada en otro diario que en modo alguno son tan relevantes como el recurso pretende. (STS de 20 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Los tres demandantes —la directora de una agencia de detectives, su marido (detective privado) y la agencia misma— reclaman a un diario catalán, a su director, al periodista autor de la información, a la editora y a la distribuidora de la publicación la indemnización relativa a los daños morales sufridos por la lesión de su derecho al honor y a la propia imagen. Entendían los actores que la intromisión ilegítima en sus derechos se había verificado a través de tres informaciones consecutivas que daban cuenta de su detención por su presunta implicación en un delito de escuchas ilegales sin que la posterior noticia de su libertad pudiera entenderse como rectificación de las precedentes en función de su escaso relieve. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda y la Audiencia confirmó la sentencia apelada. No hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

11. No vulnera el derecho a la propia imagen la difusión por televisión de la de un conductor fallecido cuyo rostro no es visible si se muestra fugazmente y es accesoria y subordinada respecto al programa en que se incluye.—Si bien la publicación por fotografía o filme de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos constituye una intromisión ilegítima a tenor de lo prevenido en el artículo 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982 que se cita como infringido, es lo cierto que dicho precepto deja a salvo los casos previstos en el artículo 8.2 de dicha norma, en cuyo apartado c) se afirma que no se vulnera el derecho a la propia imagen

cuando en la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público, aparezca la de una persona como meramente accesorio.

Esto es lo que ha ocurrido con ocasión del desgraciado accidente en que perdió la vida el causante de los ahora recurrentes.

Dicho evento no era un accidente de circulación más, sino que presentaba evidente interés público por la trascendencia que significó para la circulación por las vías de comunicación de Madrid al producir un importantísimo colapso en el tráfico de vehículos, con los inconvenientes que de ello se derivaron para todos los afectados.

Ciertamente la difusión por televisión de escenas relacionadas con el mortal accidente sufrido por el señor G. T. hubo de determinar momentos especialmente dolorosos para su esposa e hijos. Pero, como los propios recurrentes admiten, la primera emisión de las mismas, respondía al ejercicio de un legítimo derecho a la información por las razones anteriormente expuestas y algo semejante podría decirse de su repetición días después, pues ésta tuvo lugar en el contexto de un programa específicamente destinado a hacer reflexionar a todos los espectadores acerca de los graves riesgos de la circulación y a realizar una evidente llamada a la prudencia de los conductores, a la par que se daba a conocer el funcionamiento de los diversos servicios establecidos para tratar de paliar, en lo posible, las graves consecuencias de los siniestros relacionados con el tráfico automovilístico.

En ambas ocasiones, la imagen del conductor fallecido que se difundía ha de calificarse de realmente accesorio, pues si en la primera de ellas respondía a la finalidad de proporcionar información inmediata de un hecho evidentemente noticiable, en la segunda se incluía aquella en un programa de las características antes indicadas, precisamente por haber sido obtenida en un acontecimiento que por ser reciente todavía podía considerarse de actualidad y guardaba estrecha relación con los temas que en dicho programa eran objeto de atención.

En suma, las imágenes en cuestión no sólo son fugaces, sino que presentan un carácter supletorio y subordinado a la información que pretendía transmitirse, por lo que en modo alguno puede sostenerse que hayan vulnerado el derecho a la propia imagen del causante de los demandantes.

Cabe señalar, finalmente, que la doctrina aplicada por la Audiencia Provincial de Madrid, guarda evidente relación con la de la reciente sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 2004, en la que se declaró que no constituía intromisión ilegítima la publicación de una fotografía que mostraba el cuerpo de una persona tendida boca arriba en una playa que era atendida por un miembro del Servicio Regional de Urgencia, por considerarse la misma amparada por la libertad que proclama el artículo 20 CE, al tratarse de una información veraz sobre hechos ocurridos en un lugar público, que presentaba relevancia e interés público no solo por referirse a los eventuales peligros de los baños de mar, sino también por informar de la actuación de un servicio público. (STS de 15 de julio de 2007; no ha lugar.)

HECHOS.—La esposa e hijos del fallecido en un accidente de circulación demandan a una televisión autonómica interesando su condena al abono de una fuerte indemnización por los perjuicios que les habían ocasionado las informaciones repetidamente difundidas del accidente. En las emisiones se había mostrado tanto la imagen difusa del fallecido como la extracción de su cuerpo inerte de la cabina del camión que conducía y su introducción en el fur-

gón de los servicios judiciales, tras haber sido envuelto en «papel» apropiado. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la pretensión y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia inferior. No ha lugar al recurso de casación promovido por los actores. (R. G. S.)

12. Proceso de incapacitación: obligación del tribunal de apelación de practicar las diligencias que previene el artículo 759 LEC (reconocimiento del presunto incapaz).—El procedimiento de incapacitación en que ha recaído la sentencia impugnada se siguió por los trámites establecidos en los artículos 756 y ss de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil por lo que era aplicable en segunda instancia, lo dispuesto con carácter imperativo en el artículo 759.3.

El artículo 759.3 LEC ha supuesto una trascendental modificación respecto al derogado artículo 208 CC, al imponer, expresamente y para todo caso, la práctica de las pruebas a que se contrae su apartado 1, extendiendo así el principio de inmediación, de especial relevancia en estos procesos, al Tribunal de apelación. Cualquiera que sea la crítica que doctrinalmente pueda merecer el precepto, la obligación que impone al Tribunal de apelación es de estricta observancia por constituir una norma esencial en este tipo de procesos, cuya omisión constituye causa de nulidad de acuerdo con el artículo 238.3.º LOPJ.

En el presente caso, la Audiencia Provincial, al conocer del recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado, no dio cumplimiento a lo prevenido en el artículo 759.3 LEC, resultando así infringida una norma esencial del procedimiento de incapacitación, lo que aboca a la nulidad de pleno derecho de la sentencia impugnada, solicitada por el Ministerio Fiscal, de acuerdo con el artículo 238.3.º LEC, siendo evidente la indefensión producida atendida la especial finalidad protectora de la persona que caracteriza esta clase de procesos. (STS de 15 de julio de 2005; no ha lugar a la resolución del recurso de interés casacional interpuesto.)

HECHOS.—La sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, recurrida por interés casacional, confirmaba la del Juzgado que declaraba a doña M. J. P. R. incapaz, de modo absoluto y permanente, para regir su persona y administrar sus bienes así como para ejercitar el derecho de sufragio. La resolución nombraba tutores conjuntos y solidarios de su persona a dos de sus hijas mientras que designaba a don V. G. tutor de sus bienes. Interponen el recurso de casación la propia incapacitada y sus hijos y apoderados. Antes de pronunciarse sobre el recurso el Tribunal Supremo atiende la petición del Ministerio Fiscal que interesa la declaración de nulidad de la sentencia recurrida con reposición de las actuaciones al momento anterior a su pronunciamiento por no haber examinado el tribunal de apelación a la presunta incapaz. Al declarar el Tribunal Supremo la nulidad requerida, no entra en el examen del recurso de casación. (R. G. S.)

13. Doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas.—En ocasiones la jurisprudencia ha evitado sancionar consecuencias que, no obstante resultar inadmisibles en nuestro sistema jurídico, quedarían ampara-

das por una concepción hermética de la personalidad de las sociedades (normalmente, pero no únicamente, de capital), mediante la técnica de penetrar, según los descriptivos términos de la S de 28 de mayo de 1984, en su substratum personal, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal, ... se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 CC), con posibilidad de que los Jueces puedan penetrar en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, en un ejercicio antisocial.

Esa técnica, que, al fin, permite llegar a la aplicación de la norma que se quiso eludir, rechazada muchas veces en consideración a las circunstancias del caso (SS de 31 de octubre de 1996 y 8 de mayo de 2001) y siempre tratada con la necesaria prudencia (S de 31 de octubre de 1996), cual corresponde a un remedio excepcional que no tolera desconocer, sin justificación bastante, los principios que inspiran la regulación de las sociedades, en este caso, de capital (reconocimiento de su personalidad jurídica, posibilidad de estructura unipersonal originaria y sobrevenidamente y admisión de la legitimidad de los grupos), se ha servido de los instrumentos que ofrece la regulación del frau de Ley, con el fin de proteger a los acreedores sociales (SS de 5 y 8 de febrero de 1996) y, en alguna ocasión, a los socios minoritarios, en una serie de casos, entre los que la jurisprudencia y la doctrina incluyen los patológicos de infracapitalización, confusión de patrimonios de socio y sociedad (SS de 9 y 16 de julio de 1987, 16 de octubre de 1989, 20 de julio de 1995) o de dos o más sociedades (S de 30 de julio de 1994) y grupos de sociedades (S de 13 de diciembre de 1996).

En particular, los grupos de sociedades, caracterizados por la existencia de un poder unitario de decisión sobre el conjunto de las agrupadas, ya sea por la subordinación de las demás a una de ellas (régimen jerárquico), ya por la existencia de vínculos de coordinación (régimen paritario), constituye un ámbito propicio para la aplicación de la referida técnica, precisamente en casos en que la necesidad de satisfacer el interés del conjunto se traduzca en sacrificio del de las sociedades dependientes, con daño para ellas y, por repercusión, para sus acreedores.

No obstante, la técnica del levantamiento del velo de las personas jurídicas carece de utilidad, en algunos casos, al estar permitido, en ciertos supuestos y con determinados límites, que el deudor oponga al cesionario del crédito la compensación que le correspondería contra el cedente (art. 1198 CC). Compensación que el Tribunal de apelación excluye cuando no concurren los requisitos precisos para la neutralización de las deudas. (STS de 29 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La compañía *mercantil Will Power, S. A.*, interpuso demanda contra la compañía *Enatcar*, en concepto de cesionaria de un crédito que la entidad *Transportes Periféricos Murcianos, S. A.* tenía contra la compañía demandada, por servicios prestados a la misma. La entidad actora solicitaba la declaración de la obligación y condena a la compañía demandada al abono de la cantidad de 34.751.020 pesetas, más intereses legales.

La empresa demandada solicitó, a su vez, la suspensión del juicio por cuestión prejudicial penal.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a *Enatcar* al pago a la actora de 28.036.368 pesetas, con intereses legales. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la demandada, pero estima la adhesión a dicho recurso formulado por la actora, y revoca la sentencia de primera instancia, estimando íntegramente la demanda y condenando a la demandada a pagar a la actora la cantidad de 34.751.020 pesetas.

Interpone recurso de casación *Enatcar*, alegando infracción de las normas del Ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, así como de la doctrina del levantamiento del velo (SSTS de 12 de noviembre, 20, 3 de junio de 1991 y 16 de marzo y 24 de abril de 1992), al entender que el propietario efectivo de las empresas explotadas por el grupo de sociedades en que están integradas cedente y cesionaria del crédito está implicado en una estafa sufrida por la recurrente, por lo que ésta entiende que «es evidente que utilizando su entramado de empresas, persigue unos objetivos que no podría alcanzar si actuase en el tráfico mercantil en su propio nombre, pues, si así fuera, difícilmente podría pretender cobrar el crédito cedido a una de sus sociedades». El Tribunal Supremo declara no haber lugar. (*R. D. R.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

14. Precontrato.—El llamado precontrato, contrato preliminar o preparatorio, o *pactum de contrahendo* bilateral de compraventa tiene por objeto constituir un contrato y exige como nota característica que en él se halle prefigurada una relación jurídica con sus elementos básicos y todos los requisitos que las partes deben desarrollar y desenvolver en un momento posterior (SS de 23 de diciembre de 1995 y 16 de julio de 2003, entre otras), cuya efectividad o puesta en vigor se deja a voluntad de ambas partes contratantes. Supone, por tanto, el final de los tratos preliminares y no una fase de ellos, como dice la S de 3 de junio de 1988 (*sic*), en los que las partes, a partir de acuerdos vinculantes, tratan de configurar esos elementos esenciales del contrato, que no existen jurídicamente hasta ese momento y que sin ellos no sólo no sería posible cumplimentar de forma obligatoria lo que todavía no existe, sino que permitiría a los interesados desistir de estos tratos, sin más secuelas que las que pudieran resultar de la aplicación del artículo 1902 CC, caso de abrupta e injustificada separación de la fase prenegocial, según establecen entre otras las SS de 26 de febrero y 19 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1999. No obsta a esta calificación que no hayan quedado determinados los elementos instrumentales o complementarios del mismo, cuando es perfectamente posible hacerlo en un momento posterior, pues basta realizar una detenida y seria lectura de las cartas cruzadas entre las partes, que han sido transcritas en esta resolución, para llegar a la conclusión de que, mediante el mismo, hubo el necesario concurso de voluntades acerca de los elementos imprescindibles de la compraventa pretendida, como es la cosa objeto del contrato y el precio, sobre la que incide el consentimiento, a que el artícu-

lo 1451 CC hace referencia, lo cual permitía a la demandante exigir su cumplimiento, traducido en este caso en una indemnización de daños y perjuicios por equivalencia, habida cuenta que el cumplimiento específico de la compraventa proyectada devino imposible, dada la venta del inmueble efectuada en el mes de diciembre de 1992.

Interpretación del contrato.—Como tiene reiteradamente establecido esta Sala, es al Tribunal de instancia, a quien corresponde la calificación de los contratos y negocios jurídicos celebrados por las partes y la interpretación de sus términos, quedando al margen de este recurso la revisión de sus conclusiones al respecto sin otras excepciones que las que derivan de un resultado ilógico, arbitrario, o ilegal (SS de 24 de enero, 27 de enero y 21 de noviembre de 2000, 18 de enero y 14 de mayo de 2001), lo que ocurre en este caso, por lo que el motivo carece manifiestamente de fundamento. En efecto, para determinar si nos hallamos en presencia de un precontrato, se hace preciso atender a la voluntad de las partes, conforme expresa el artículo 1258 CC, la cual ha de indagarse atendiendo al sentido literal del contrato, siempre que ello sea posible, según el artículo 1281 CC (SS de 26 de octubre de 1984, 7 de julio de 1994 y 22 de abril de 1995, entre otras), y es lo cierto que la sentencia que se recurre en casación realiza esa indagación preliminar, sin necesidad de acudir a otros criterios hermenéuticos. (**STS de 13 de octubre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 13 de noviembre de 1993 la empresa *Editorial Planeta Agostini, S. A.*, remitió una carta a *Citresa* por la que expresó su interés en adquirir un solar y una nave industrial por un importe de 675.000.000 de pesetas. Al parecer, poco después aquella empresa inició tratos con el Ayuntamiento de Sant Joan Despí, que le propuso aplicar una parte del precio de compra con el fin de liquidar una deuda de 100.000.000 de pesetas supuestamente contraída por *Citresa* con el ente municipal. Así las cosas, esta última empresa envió un fax a *Editorial Planeta Agostini, S. A.*, con fecha de 19 de noviembre, que, entre otras cosas, manifestaba lo siguiente: «nos vemos obligados a rogarles desconsideren la aceptación a la oferta de 650 millones que les enviamos a ustedes ayer en tanto en cuanto no se clarifique la situación de la *Editorial Planeta* con el Ayuntamiento de Sant Joan Despí, quedando además nosotros liberados para aceptar otras ofertas de compra, si las hubiere, en el entretanto». Interpuesta demanda por parte de *Editorial Planeta Agostini, S. A.*, con la que solicitó la condena de *Bebidas de Barcelona, S. A.*, como propietaria de la finca, y *Citricos y Refrescantes, S. A.*, como empresa matriz, a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, el Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Barcelona dictó sentencia el 6 de mayo de 1996 en que estimó la demanda. La Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia de 12 de noviembre de 1998, estimó el recurso a los solos efectos de ajustar las bases de la condena indemnizatoria. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

15. Vicios de la voluntad. Intimidación: concepto.—La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 25 de mayo

de 1944, 27 de febrero de 1964, 5 de marzo de 1992, 7 de febrero de 1995 y 4 de octubre de 2002), establece que para declarar la anulabilidad de un contrato por intimidación es preciso que uno de los contratantes o persona que con él se relacione, valiéndose de un acto injusto y no del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, ejerza sobre el otro contratante una coacción o fuerza moral de tal entidad que la inminencia del daño que pueda producir y el perjuicio que hubiere de originar, influya sobre su ánimo induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses.

Intimidación: amenaza ilícita.—La Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 16 de diciembre de 1915, 13 de junio de 1950 y 6 de diciembre de 1985), afirma que para que pueda apreciarse la intimidación como vicio del consentimiento es necesario que la amenaza de un mal sea ilícita y antijurídica, no siendo injusto el mal que dependa del ejercicio de un derecho o facultad legítima. En consecuencia, el anuncio del ejercicio de una acción penal no puede calificarse como un mal injusto que justifique la aplicación del artículo 1267 CC.

Vicios del consentimiento: prueba.—Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 6 de diciembre de 1985, 25 de noviembre y 13 de diciembre de 2000) afirma que la apreciación de los vicios del consentimiento ha de estar fundamentada y no basarse en meras conjeturas y que la *vis compulsiva* que origina el vicio del consentimiento necesita siempre una prueba irrefutable, pues la libertad del consentimiento ha de presumirse. (ST5 de 21 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. G., director de una sucursal de la entidad financiera *BEC, S. A.*, se apropió indebidamente de cuarenta millones de pesetas. Como consecuencia de este comportamiento, don A. G. fue despedido y la entidad bancaria llegó a un acuerdo con su antiguo empleado y su esposa (doña M. F. G.) para la devolución en varios plazos de la citada cantidad de dinero

Doña M. F. G. constituyó hipoteca unilateral en concepto de hipotecante no deudora sobre la mitad indivisa de la propiedad de la vivienda familiar para garantizar el pago de las deudas que su marido había contraído con la entidad financiera *BEC, S. A.*

Doña M. F. G. interpuso demanda contra la entidad financiera *BEC, S. A.*, suplicando se dicte sentencia por la que se declare la nulidad o anulación de la garantía hipotecaria otorgada por la parte demandante a favor de la demandada en marzo de 1992, pues alega que actuó coaccionada por las amenazas recibidas de la entidad financiera, en el sentido de que iba a ejercitar acciones penales contra su marido y a despedirla a ella (que también era empleada de la citada entidad financiera, aunque en una oficina distinta).

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

16. Conformidad a la entrega del inmueble. Buena fe contractual.—«No se ajusta a la buena fe tratar de incluir en una cláusula genérica defectos que contradicen el proyecto de construcción, y cuando menos dificultan la utilización del objeto comprado en relación con su destino». Los

compradores son simples consumidores, no expertos o profesionales, por lo que es razonable el criterio del juzgador de instancia de no apreciar negligencia en los mismos. Es más, «no se observó la protección especial de los consumidores en materia de adquisición de viviendas, pues no hay constancia que en la oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta se hayan expresado los datos, características y condiciones relativas a la construcción, lo que es una exigencia indeclinable cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado conforme al artículo 3.2 del RD de 21 de abril de 1989». (STS de 17 de octubre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Varios particulares interpusieron demanda de juicio ordinario contra *Fomento Inmobiliario de Viviendas Sociales, S. A.* en reclamación de una indemnización por incumplimiento contractual, dado que la volumetría de los techos de los pisos que les fueron entregados por la sociedad demandada no se adecuaba al proyecto de construcción. La demandada alegaba en su defensa que los demandantes habían suscrito escritura pública de tales transacciones, por la que, según una cláusula de la misma, «tomaban posesión en ese acto de las fincas transigidas, después de haberlas examinado y haberlas encontrado de su conformidad». Las pretensiones de los actores fueron estimadas en primera instancia, y ratificadas en apelación. Finalmente el recurso de casación interpuesto por la demandada es igualmente desestimado. (E. C. V.)

17. Resolución por incumplimiento: ejercicio extrajudicial. Efectos *ex tunc*.—Como señala la S de esta Sala de 27 de octubre de 2004, con cita de la de 19 de noviembre de 1984, «no cabe desconocer la existencia de poderes que permiten al sujeto en una situación singular prevista en la norma legal o establecida por los contratantes en lícito ejercicio del principio de autonomía negocial, ocasionar por su exclusiva voluntad un determinado efecto jurídico, sea constitutivo, modificativo o cancelatorio de la relación, poniendo término a la misma en este último caso», y añade que «el ejercicio en el aspecto funcional de tales derechos o facultades de modificación jurídica mediante una declaración de voluntad unilateral y recepticia, sin necesidad de pretensión ante los Tribunales, que en caso de conflicto se limitarán a proclamar un efecto ya producido, cobra todo su relieve en las hipótesis de denuncia de la relación obligatoria como facultad atribuida para extinguirla por la sola voluntad de una o de cualquiera de las partes, según lo estipulado en el contrato básico, pacto frecuente en las relaciones basadas en la recíproca confianza y con prevista larga duración. Análogamente enseña la jurisprudencia que la facultad resolutoria del contrato, tanto la expresa como la implícita, puede utilizarse mediante declaración no sujeta a forma dirigida a la otra parte, aunque a reserva de que sean los Tribunales los que examinen y sancionen su procedencia cuando sea impugnada, lo que significa que la decisión pronunciada en vía judicial no causa la resolución sino que se limita a proclamar la procedencia de la ya operada (en similar sentido las SS de 17 de enero de 1986 y 15 de noviembre de 1999)». Por ello ha de reconocerse que los efectos de la resolución han de estimarse producidos desde el momento en que la parte facultada para ello así lo manifestó a la contraria.

El incumplimiento total excluye la moderación de la cláusula penal.–

La cláusula octava del contrato de arrendamiento, anteriormente transcrita, establecía que en caso de resolución del contrato «el retraso en dejar libre la estación de servicio devengará a partir del día quinto, una penalidad de 200.000 pesetas por día, y serán de su cargo todos los gastos que se generen». Efectivamente, la facultad moderadora de los Tribunales requiere que la obligación garantizada con cláusula penal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor (art. 1154 CC), sin que pueda operar cuando, como ocurre en el caso, se ha dado un incumplimiento total de la obligación al permanecer Radial 4 en la explotación de la gasolinera con suministro de otros proveedores y obteniendo los beneficios propios de la industria de titularidad ajena cuya posesión mantuvo injustamente. En consecuencia, ha de acogerse dicha pretensión de condena. (STS de 3 de octubre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.–Con el fin de realizar la explotación comercial de una gasolinera, el día 24 de marzo de 1993 *Texaco Petrolífera, S. A.*, celebró un contrato de arrendamiento de industria y se comprometió a suministrar combustible a *Radial 4 de Combustibles, S. L.* Esa empresa además fue franquiciada para distribuir artículos de bazar de un establecimiento y otros comercializados en una cafetería durante un período de cinco años. Frente a las demandas judiciales de resolución por incumplimiento contractual interpuestas por ambas empresas, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Valdepeñas dictó sentencia el día 18 de marzo de 1998, las estimó parcialmente: declaró no procedente la resolución de los contratos celebrados al considerar que ninguna de ambas partes había incumplido sus obligaciones y condenó a *Texaco Petrolífera, S. A.*, a abonar a *Radial 4 de Combustibles, S. L.* la cantidad de 19.652.560 pesetas, tras declarar el derecho de ésta a percibir unas «comisiones». Interpuesto recurso de apelación, la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Ciudad Real dictó sentencia desestimatoria con fecha 18 de noviembre de 1998. *Texaco Petrolífera, S. A.*, recurrió en casación al entender que la misma no había asumido el deber de pagar comisiones, puesto que el beneficio de *Radial 4 de Combustibles, S. L.*, se encontraba en la aplicación de descuentos en el suministro de combustible. Además, la recurrente solicitó que el Alto Tribunal declarara la validez de la resolución de los contratos realizada por medio de requerimiento notarial el día 12 de julio de 1996, así como una penalización para *Radial 4 de Combustibles, S. L.*, por no haber restituido inmediatamente la gasolinera. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

18. Indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual. Necesidad de la existencia de un daño real para su apreciación.–

No se han acreditado dentro del procedimiento la existencia de daños y perjuicios a la actora en virtud de la resolución unilateral llevada a cabo por la demandada. Y es que también se acredita que por obligación legal la demandada ha continuado el suministro de energía y no se ha acreditado, por el contrario, sustancial modificación en la recepción por los abonados de la demandante; aunque, en efecto, el preaviso de finalización del contrato se haya hecho con incumplimiento del plazo previo de seis meses anterior a su

caducidad (se hace el 13 de enero de 1997 y tenía que estar vigente hasta el 19 de febrero de 1998). Y no se trata de un contrato de duración indefinida, que permite su resolución unilateral sin causa ni indemnización; pues se trata de un contrato de duración anual, prorrogable por un año a voluntad de las partes. La doctrina que mantiene la posibilidad de apreciar el efecto indemnizatorio por el simple incumplimiento, se refiere a supuestos en que el incumplimiento determina «por sí mismo» un daño o perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral (SS de 18 de julio de 1997 y 31 de diciembre de 1998 y 16 de marzo de 1999) lo que ocurre cuando se deduce necesaria y fatalmente la existencia (SS de 19 de octubre de 1994, 16 de marzo de 1995, 11 de julio de 1997, 16 de marzo y 28 de diciembre de 1999, y 10 de junio de 2000), o es una consecuencia forzosa (S de 25 de febrero de 2000), o natural e inevitable (SS de 22 de octubre y 18 de diciembre de 1995), o se trata de daños incontrovertibles (S de 30 de septiembre de 1989), evidentes (S de 23 de febrero de 1998) o patentes (S de 25 de marzo de 1998). Así resume la sentencia de 29 de marzo de 2001. Y esta Sala, de manera constante ha venido diciendo que la prueba de la existencia del daño ha de hacerse en la fase probatoria del proceso (STS de 31 de enero de 2001). La jurisprudencia es reiterada en la doctrina de que la indemnización por el incumplimiento total o parcial de las obligaciones derivadas del contrato requiere la constancia de la existencia de daños y perjuicios y la prueba de los mismos (SS de 24 de septiembre de 1994, 6 de abril de 1995, 22 de octubre de 1996, 13 de mayo de 1997 y 24 de mayo de 1999). (STS de 26 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—En fecha 19 de febrero de 1990, *Enher, S. A.* y *Electra Avellana, S. A.* firmaron un contrato de suministro. La duración del contrato se pactó por un año prorrogable por períodos de idéntica duración, si la otra parte no manifestaba su interés en rescindirlo, con un preaviso de seis meses. El 13 de enero de 1997, *Enher, S. A.* remitió un escrito a la otra compañía en que le comunicaba que, con efectos a partir de la fecha, daba por rescindido el contrato. Sin embargo, *Enher, S. A.* continuó suministrando energía eléctrica a *Electra Avellana, S. A.* hasta el 19 de febrero de 1998. Con todo, esta última sociedad interpuso demanda reclamando una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Girona estimó parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia de Girona revocó la sentencia de instancia y desestimó íntegramente la demanda interpuesta. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación de *Electra Avellana, S. A.* (A. S. C.)

19. Cláusula penal: liquidación del daño e interpretación restrictiva.—El motivo primero del recurso interpuesto por don L. C. y doña C. por interpretación errónea del artículo 1152 CC porque, entre otros motivos, no repara en que la cláusula penal contractualmente establecida lo es para la falta de cumplimiento por el comprador de su obligación de pago del precio determinante de la resolución del contrato, sin que quepa extender la aplicación de la cláusula penal a la inobservancia de otras obligaciones no previstas por ésta, e impedir que los daños producidos por los mismos sean indem-

nizados, se estima por las razones que se dicen seguidamente. Es doctrina reiterada de esta Sala que la cláusula penal, como obligación accesoria, generalmente pecuniaria y a cargo del deudor, que sanciona el cumplimiento o incumplimiento irregular de la obligación a la vez que valora anticipadamente los perjuicios, es una excepción al régimen normal de las obligaciones al sustituir la indemnización, lo cual obliga a su interpretación restrictiva (entre otras, SS de 10 de noviembre de 1983, 27 de diciembre de 1991, 14 de febrero de 1992 y 23 de marzo de 1997). La jurisprudencia concerniente a que las dudas sobre el alcance de la cláusula penal deben entenderse con carácter restrictivo es de aplicación al supuesto debatido, donde la sentencia recurrida ha rechazado la petición de la demanda sobre la condena a los compradores del inmueble por los daños y perjuicios causados por el no desalojo del mismo y la no restitución de la posesión a los vendedores tras la resolución del contrato de compraventa, con fundamento en que la cláusula penal convenida adquiere incidencia decisiva al resolverse la venta y viene a sustituir a la indemnización, sin tener en cuenta que la misma sólo alcanza a la resolución del contrato por falta de pago de las cantidades aplazadas a su vencimiento, con los efectos que para tal circunstancia se estipularon, pero no a la inobservancia mostrada por aquellos respecto a la no devolución del bien objeto del contrato tras su resolución y, en definitiva, a los daños y perjuicios ocasionados por tal incumplimiento. **(STS de 18 de julio de 2005; ha lugar.)**

HECHOS.—El día 23 de marzo de 1991, don D. T. T. y doña P. A. T. vendieron a don S. S. G. y don J. Z. M. un inmueble denominado «Hostal Loreto». Los compradores pagaron los primeros plazos del precio acordado pero no los que vencieron a partir del día 23 de marzo de 1994. Entonces el comprador don S. S. G. arrendó el «Hostal Loreto» a M. C. M., con fecha de 2 de junio de 1994, y otorgó a su favor un derecho de opción de compra sobre este inmueble por un plazo de dos años. Ante la situación creada, los vendedores notificaron a don S. S. G. y don J. Z. M. la resolución de la compraventa por vía notarial y, además, les requirieron para que restituyeran el inmueble. Interpuesta demanda por don D. T. T. y doña P. A. T., el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Torremolinos dictó sentencia el día 13 de enero de 1997, que declaró resuelto el contrato, el derecho de los demandantes a retener la mitad del importe pagado hasta el momento por los compradores y la extinción del arrendamiento y el derecho de opción de compra. Desestimados los recursos de apelación de los compradores y vendedores por la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, por medio de sentencia de fecha 14 de octubre de 1998, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación de S. S. G. y don J. Z. M., al considerar que las cargas y gravámenes que recaían sobre el inmueble no facultaron a los compradores a suspender el pago (art. 1502 CC), ni afectaron la eficacia del requerimiento judicial realizado por los vendedores (art. 1504 CC). En cambio, el Alto Tribunal estima el recurso de casación interpuesto por D. T. T. y doña P. A. T., relacionado con el alcance que cabe atribuir a una cláusula penal inserta en el contrato de compraventa, y condena a los compradores a indemnizar por el daño ocasionado por no restituir el «Hostal Loreto». (*J. M. B. S.*)

20. Naturaleza de la acción pauliana.—La acción pauliana tiene actualmente un carácter de cierta objetividad, a pesar de exigir un requisito tan subjetivo como es el *consilium fraudis*. Se configura en nuestro Derecho como acción de tipo rescisorio, puesto que deja sin efecto actos o contratos que originariamente fueron válidos, y derivado de ese carácter es de observar que la defraudación que comete el deudor al disponer de sus bienes en perjuicio de sus acreedores puede o no ser dolosa o intencional, bastando con que se produzca el perjuicio por mera negligencia o impremeditadamente. Y de ahí que, al no ser necesario un *animus nocendi* o de perjudicar a los acreedores, pueda concebirse desde un punto de vista objetivo el carácter de acción rescisoria de la acción pauliana.

Presupuestos de la acción rescisoria por frau de acreedores.—La nota más característica de la acción rescisoria es su subsidiariedad entendida cual remedio para el acreedor cuando se carezca de otro cauce para obtener la satisfacción de su crédito, lo que denota como presupuesto fáctico necesario, la concurrencia de una situación de insolvencia en el deudor, la que, atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial al respecto, no tiene que ser absoluta, sino que es suficiente la existencia de una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso. Junto a semejante presupuesto, coexiste otro correlativo, el referente a que la desaparición o minoración patrimonial es el consecuente resultado de una operación transmisiva de bienes por el deudor a favor de terceros, presupuesto éste al que se enlaza, por último, un determinado propósito que viene a determinar el llamado *consilium fraudis*, entendido, de manera amplia, como «conciencia» en el deudor del perjuicio que el empobrecimiento real o fingido causa al acreedor (S de 31 de diciembre de 2002). El fraude (*consilium fraudis*) es un presupuesto indispensable para que la enajenación llevada a cabo por el deudor pueda ser rescindida (arts. 1111.2.º, 1291.3.º y 1297 CC). Constituye un requisito subjetivo, cuya subjetividad, sin embargo, ha sido notablemente atenuada por la doctrina y la jurisprudencia para hacer factible en la práctica la operatividad de la acción revocatoria. Frente a la concepción rigurosa que configuraba la exigencia como la intención o propósito de perjudicar al acreedor, y por contra de quienes mantienen un criterio objetivista neto en el sentido de que habrá de estar-se al resultado producido con total abstracción del ánimo o intención del deudor, la doctrina predominante y la jurisprudencia siguen una orientación intermedia consistente en que basta demostrar el resultado producido y que éste fue conocido o debido conocer por el deudor (*scientia fraudis*). En esta línea se manifiestan entre otras las sentencias de 13 de febrero y 6 de abril de 1992, 31 de diciembre de 1997, 31 de diciembre de 1998, 25 de enero de 2000, 20 de febrero y 11 de octubre de 2001 y 15 de marzo de 2002) con arreglo a las que no es precisa la existencia de un *animus nocendi* y sí únicamente la *scientia fraudis*, esto es, una conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio, por lo que aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, sin embargo, basta una simple conciencia de causarlo, llegando a alcanzar cotas de cuasi objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación (STS de 31 de octubre de 2002). (STS de 19 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—En fecha 8 de marzo de 1994, el *Banco Central Hispanoamericano, S. A.* y la entidad constructora *Cosupa, S. L.* suscribieron una póliza de crédito mercantil que estaba afianzada

por los cónyuges don F. M. S. y doña P. R. C. En virtud de lo convenido en el contrato, las letras de cambio debían pagarse en distintas fechas comprendidas entre finales del año 1994 y principios de 1995. Sin embargo, al llegar al vencimiento de las letras, éstas resultaron impagadas. Asimismo, en fecha 31 de enero de 1995, los cónyuges anteriormente mencionados procedieron a la venta del único bien que constituía su patrimonio a favor de su hija, soltera y conviviente con sus padres. La venta se realizó por una suma muy inferior a la de su valor real. El *Banco Central Hispanoamericano, S. A.* interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Terrassa en la cual solicitaba la nulidad por simulación absoluta de la compraventa o, subsidiariamente, que se declarase que la compraventa había sido realizada en frau de acreedores. El Juzgado desestimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia de Barcelona la revocó totalmente y declaró la rescisión de la compraventa por frau de acreedores. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los cónyuges y su hija. (A. S. C.)

21. Frau de acreedores. Concepto de *consilium fraudis*.—La jurisprudencia que interpreta la acción rescisoria o pauliana es muy clara al respecto. El patrimonio del deudor es garantía común de los acreedores, pero conservando éste la facultad de disponer, esta disposición puede hacerse en frau de los legítimos intereses de sus acreedores. La acción tiende a hacer efectivo este derecho para proteger el crédito, desde el momento en que se produce, configurándose como una acción de tipo rescisorio, puesto que deja sin efecto actos o contratos que originariamente fueron válidos. Derivado de este carácter, la ha dotado de cierta objetividad, a pesar de exigir un requisito tan subjetivo como es el *consilium fraudis* (STS de 19 de julio 2005), habiendo precisado este Tribunal que la defraudación que comete el deudor al disponer de sus bienes en perjuicio de sus acreedores puede no ser dolosa o intencional, bastando con que se produzca el perjuicio por el hecho de conocer que con la enajenación no le quedan bienes bastantes para el pago de sus acreedores (SSTS de 23 octubre de 1990, 19 de septiembre y 31 de octubre de 2002). Ahora bien, por definición, el *consilium fraudis* implica la celebración de un negocio dispositivo celebrado por el deudor en frau de sus acreedores con la complicidad o conocimiento de la persona con la que contrata y hace suyos los bienes para dejarlos fuera de la acción de su acreedor, por lo que no basta por sí solo el perjuicio causado con el negocio en cuestión, sino que es preciso que vaya acompañado de este propósito defraudatorio, tanto del que enajena como del que adquiere la cosa objeto de la enajenación (SSTS de 17 de marzo de 1972, 28 octubre 1993, 28 noviembre 1997, entre otras), puesto que de otra forma se dejaría sin protección al adquirente, que es parte en el negocio perjudicial pero que puede ser ajeno a la deuda, desde la idea de que su interés es tan digno de tutela como el acreedor defraudado y de que goza de la protección de la apariencia.

Frau de acreedores. Presunción de fraude. Distinción según si los contratos son de carácter oneroso o gratuito.—Esta consideración sitúa el problema en una simple cuestión de prueba sobre la existencia del acuerdo, de la complicidad o del conocimiento defraudatorio, sujeta al arbitrio judi-

cial, cuyas apreciaciones deben respetarse en casación (SSTS de 28 de junio de 1912, 16 de marzo de 1989, 13 de febrero de 1992 y 14 de abril de 1998), pero que se simplifica a partir de la consideración legal de que la adquisición por contrato a título oneroso (art. 643, p. 2.º), a diferencia de la que se realiza a título gratuito (art. 1297.1.º CC), sólo se presume que es fraudulenta para ambas partes, cuando ya se hubiese dictado sentencia condenatoria para el deudor o expedido mandamiento de embargo, flexibilizando de esa forma la prueba que permita destruir la presunción de buena fe a partir de una suma coordinada de indicios, que no se da en el presente caso con los datos que tiene en cuenta y valora la sentencia, pues con anterioridad a la fecha del título que se esgrime en apoyo de la demanda, no se había dictado sentencia alguna condenatoria ni expedido mandamiento de embargo de bienes a que se refiere el indicado precepto, siendo doctrina reiterada de esta Sala que la presunción de fraude que establece el artículo 1292.2 CC 1.º desaparece cuando se acredita que las enajenaciones tuvieron por objeto satisfacer obligaciones anteriormente contraídas (SSTS de 2 de enero de 1912, 29 de diciembre de 1993 y 28 de octubre 1988), habiendo declarado asimismo que la constitución de hipoteca sobre bienes propios del deudor no tiene su causa en la mera liberalidad del bienhechor (art. 1274 CC), por lo que tampoco cabe aplicar en este caso la presunción de fraude del artículo 1297, párrafo primero, CC (STS de 28 de noviembre 1997). (STS de 20 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco Central Hispanoamericano, S. A.* interpuso demanda contra *Suministros Eléctricos de Mallorca, S. A.*, *Banca March, S. A.* y *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, así como a los matrimonios compuestos, de un lado, por los cónyuges don D. A. G. y doña P. C. G. y, de otro, por don F. P. R. y doña S. R. G. en la que se solicitaba la acción rescisoria por fraude de acreedores de determinados contratos celebrados por los demandados. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Palma de Mallorca desestimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, ésta fue confirmada por la Audiencia de Mallorca. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo al considerar que no había existido *consilium fraudis* entre las distintas partes contratantes. (A. S. C.)

22. Fraude de acreedores. Aplicación del artículo 1298 CC.—El artículo 1298 CC impone una eficacia revocatoria, en relación con los artículos 1111, 1291.3.º y concordantes CC, en aquellos casos en que el acreedor ataca el título del tercero para que las cosas reingresen en el patrimonio del deudor. De este modo, contempla una hipótesis diversa a la del artículo 1295 CC: alguien ha adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude, y no pudiéndolas devolver, ha de indemnizar los daños y perjuicios. En el caso, la hoy recurrente adquirió de su marido la administración de loterías en fraude del crédito que se le reconoció a su hermano por sentencia firme. Declarado el fraude y advertida la mala fe por las sentencias de instancia, cuya apreciación probatoria no ha sido desvirtuada, preciso es concluir que se ha de aplicar el precepto que acertadamente invoca la Sala.

Ausencia de nulidad civil en supuestos de infracción de normativas administrativas.—La legislación que se invoca sobre administraciones de

loterías, y en concreto la Instrucción de Loterías, D 23 de marzo de 1956 y del RD 1082/1985, de 11 de junio, sólo permite participar en los concursos para ser titulares de administraciones de la Lotería Nacional a personas físicas (art. 7.a II) y sólo se admite un nuevo titular, por renuncia del anterior, a propuesta del renunciante, a favor de su cónyuge, padres, hijos o nietos (art. 13.1) y, por fallecimiento, a los mismos, si hubieren colaborado efectivamente en las tareas de administración durante al menos cinco años, los inmediatamente anteriores (art. 14.1). Pero ya ha dicho esta Sala que cabe la titularidad plural en el orden civil, que es compatible con la titularidad administrativa acomodada a la normativa especial que rige las administraciones de Loterías del Estado, en el caso de comunidad hereditaria (STS de 22 de julio de 1997), pues decía esta sentencia, con cita de la de 26 de abril de 1995, entre otras, que «la prohibición que contiene el artículo 183, con relación al 302 de la Instrucción General de Loterías hay que referirla a la relación con terceros, ajenos a la titularidad dominical del negocio en cuestión y no cabe ser encuadrado en el artículo 6.3 CC, dado su carácter reglamentario administrativo, pues conforme a reiterada jurisprudencia, la sanción de nulidad no se reputa aplicable a supuestos de vulneración de normas administrativas» y la STS de 31 de diciembre de 1997, confirmaba este criterio, diciendo en «el supuesto de estancos, como en los similares de Administración de Loterías, que correspondan a la actuación monopolista del Estado, esta Sala de Casación Civil ha declarado que la titularidad que se atribuye a quien figura al frente del establecimiento es meramente administrativa, acomodada a la normativa especial que rige los estancos y por tanto se trata más bien de tipo formal impuesta por exigencias de la Administración, que no excluye la civil», apoyándose en las SSTs de 22 de julio de 1997, que cita las de 19 de julio de 1991 y 9 de julio de 1993, entre otras. (STS de 20 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don F. P. A. regentaba una administración de loterías cuando, en fecha 6 de marzo de 1981, celebró un contrato de sociedad civil con don J. S. S. según el cual ambos contratantes se comprometían a llevar de forma conjunta el mencionado negocio. Sin embargo, a partir de 1987, surgieron desavenencias entre ellos que determinaron la interposición de un pleito que terminó en sentencia firme de la Audiencia de Valencia de fecha 1 de octubre de 1991. En dicha resolución, se declaró la obligación de don F. de abonar la mitad de las ganancias de la administración de loterías a don J., fijándose la deuda en unos quince millones de pesetas. Con todo, don J. sólo pudo embargar pequeñas cantidades y no las rentas del negocio, puesto que en febrero de 1992, don F. renunció a la administración de loterías a favor de su esposa, doña J. S. S. siendo ésta nombrada con carácter definitivo por el Organismo Nacional de Loterías en octubre de 1992. En base a ello, don J. interpone demanda contra don F., doña J. y el Organismo Nacional de Loterías solicitando que se declarara que doña J. había adquirido de mala fe y en frau de acreedores la administración de loterías y se la condenara al pago de los quince millones de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alicante estimó íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Alicante confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

23. Acción subrogatoria: congruencia de la sentencia que mantiene la condena a la sociedad cooperativa demandada, no recurrida por la condenada, y acoge la petición subsidiaria de la demanda y condena a los socios cooperativistas a satisfacer lo que cada uno adeuda a la cooperativa.—La sentencia es congruente con las peticiones de las partes (en este caso, de la actora), pues a través de la acumulación de acciones (expresamente aducida) hecha en demanda, y partiendo de que la condena de la sociedad es inocua, por su insolvencia, de los que se trata es de que se condene a los socios, que son los adjudicatarios de las viviendas, que las disfrutaban, y esto es lo que aquélla, en definitiva, determina, y el punto de partida es esa declaración de insolvencia, que dice la sentencia que está patentizada. La condena a las cantidades individualmente debidas es la más justa, por estar perfectamente determinadas, no siendo factible, en justicia, hacerlo igualitariamente, porque se daría un enriquecimiento injusto de unos frente a otros.

Los socios de una cooperativa de vivienda son copromotores y adeudan a la constructora las cantidades invertidas en cada vivienda o local.—Tratándose, como ocurre en el presente caso, de una obra de viviendas y locales (construcción de un bloque, perteneciente a una urbanización más amplia), siendo promotora la cooperativa, y cumpliéndose el objeto social de la misma en la adjudicación y entrega de tales unidades de obra, a los cooperativistas (o, en su caso, a los que les sucedieran, por subrogación autorizada por la cooperativa, tras la previa adquisición, por traspaso, de esa condición de socios), la jurisprudencia de esta Sala considera que éstos son copromotores, y que adeudan, para evitar un enriquecimiento injusto a su favor, a la constructora las cantidades no pagadas, por los trabajos y materiales que se invirtieron en la misma, es decir, en cada una de las unidades (viviendas o locales) de los que los mismos, como adjudicatarios, obtienen provecho, al llegar a ser propietarios y poseedores de ellos. (STS de 19 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La constructora de unas viviendas demandó a una cooperativa de viviendas y a diecisiete personas físicas en reclamación de cantidad, articulando su demanda de forma sucesiva, es decir: solicitando la condena de todos los demandados pero supeditando la condena de las persona físicas por partes iguales a que la cooperativa careciera de bienes; y subsidiariamente se solicitaba la condena de las personas físicas demandadas a satisfacer las cantidades que cada una de ellas adeudaba a la cooperativa. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la sociedad cooperativa a pagar la cantidad reclamada, absolviendo a los demás demandados. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la actora, estimando la demanda en el sentido de condenar a los demandados a satisfacer a la constructora las cantidades que cada uno de ellos adeudara a la cooperativa. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (L. F. R. S.)

24. Liquidez de la deuda documentada en póliza de préstamo desde la fecha que figura en dicha póliza.—Dice la S de 30 de octubre de 1995 que «la póliza de préstamo documenta fehacientemente una cantidad ya recibida

o que se recibe por el prestatario, naciendo desde la perfección del contrato su obligación de restituir, bien toda la cantidad, bien en la cuantía y plazo que se hayan pactado», y continúa diciendo que «aunque en la póliza de préstamo se hubiere pactado el reintegro parcial de lo prestado, ello no empece a la fijación desde el momento de la perfección del contrato de lo debido. No se precisa más que una simple operación matemática posterior, por lo que no puede afirmarse, y si en la póliza de crédito (*sic*), que la cuantía esté indeterminada». Criterio mantenido igualmente en la S de 6 de junio de 1995 y en la de 2 de noviembre de 2002 que cita las anteriores, así como la de 30 de abril de 2002 que trata de un supuesto en que en la póliza de préstamo se contenía una estipulación del mismo contenido que la duodécima de la póliza en que se funda esta tercera; dice la S de 30 de abril de 2002 que «la reseñada estipulación presenta la naturaleza de un pacto procesal con finalidad de favorecer el acreditamiento de uno de los requisitos procesales del despacho de ejecución, cual es la liquidez de la deuda reclamada, y previene algo que si bien en este caso resulta superfluo, habida cuenta de la liquidez que por sí misma genera esta operación de préstamo, redundará en la demostración y concreción de la deuda para el caso de formular reclamación judicial de su importe, sin embargo lo debatido en este juicio de tercera es el mejor derecho dimanante de un negocio jurídico, que no nace de la certificación, sino de la póliza de préstamo donde fue formalizado, de manera que, al no resultar legalmente necesario, no puede afectar a la determinación de la preferencia del crédito aquí discutida; en definitiva, esta obligación es líquida, toda vez que se perfecciona por la entrega de la cosa, y no precisa de ulterior liquidación, sin que le sean aplicables los dos últimos párrafos del artículo 1435 LEC, y ello con independencia de la inclusión en las cláusulas de la póliza de préstamo del aludido pacto de liquidación, que es inocuo en este contrato por la propia naturaleza líquida de la obligación que contiene». (STS de 21 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja* interpuso demanda de tercera de mejor derecho contra otro acreedor y el deudor común. Solicitaba la tercerista la declaración de que su crédito, representado por un préstamo documentado en póliza intervenida por Agente de Cambio y Bolsa en 1993, era preferente al de la codemandada, representado por letras de cambio. El acreedor demandado alegaba que el crédito del tercerista sólo fue líquido a partir de la liquidación efectuada por la Caja de Ahorros, pero no desde la fecha de la póliza. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de la apelación y estimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (L. F. R. S.)

25. Tercera de mejor derecho. Diferencias entre la póliza de préstamo y la póliza de crédito.—El contrato de préstamo, por sí mismo, es título de ejecución y su fecha, según el artículo 1924.3.º, determina la preferencia frente a otros del mismo tipo: por el orden de antigüedad y al tiempo de ejecutarse, precisa que se determinen (se liquide) la parte pagada y la parte impagada, de capital e intereses, lo cual no empece a aquella preferencia por razón de antigüedad de la fecha del contrato y no la altera, ya que es un trámite aritmético que debe necesariamente hacerse, háyase o no pactado en

una estipulación en el contrato de préstamo. La póliza de crédito, precontrato consensual de préstamo, por el contrario, no queda materializado como crédito determinado y exigible hasta que no se completa aquella póliza con la liquidación pertinente y es a partir de ese momento cuando su fecha queda determinada y puede prevalecer por el orden de antigüedad de ésta, no antes (STS de 2 de noviembre de 2002).

La condena en costas es una decisión confiada al discrecional y prudente arbitrio del juzgador, no susceptible de casación.—Según doctrina jurisprudencial (S de 15 de octubre de 1984), la apreciación de la temeridad o de la mala fe a efectos de la imposición de todas las costas producidas a uno de los litigantes, esté o no fundada tal apreciación en el artículo 1902 CC, no se halla sometida a preceptos específicos o de doctrina legal, sino enteramente confiada al discrecional y prudente arbitrio del mismo juzgador, por lo que no es susceptible de casación (S de 17 de febrero de 1986). (STS de 22 de septiembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad de crédito demandante formuló una tercería de mejor derecho contra otra entidad de crédito y los ejecutados en un procedimiento, solicitando la preferencia de su crédito, documentado en una póliza de préstamo, sobre el crédito del ejecutante, documentado en una póliza de crédito de fecha anterior a la póliza de préstamo antes citada, pero cuya liquidación fue posterior a la de dicha póliza de préstamo. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial dieron la razón al tercerista. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. C. B.)

26. La expromisión efectuada no liberó a la entidad bancaria deudora del reintegro del importe de las letras de cambio indebidamente cargadas en la cuenta corriente del acreedor.—Los actos a que se refiere el motivo no tenían la finalidad de exonerar al Banco Popular de la deuda renegociada ya que el hecho de que se hubieran librado unas nuevas letras o de que el representante de la actora hubiera declarado que sólo reclamaba los intereses de las que fueron impagadas no es un acto concluyente del que pueda entenderse renunciado al derecho al cobro derivado de la conducta que se imputa al Banco. La renuncia de derechos, como establece la doctrina de esta Sala (13 de junio de 1942, 16 de octubre de 1987, 4 de mayo de 1976, 5 de mayo de 1989 y 30 de octubre de 2001), no tiene requisitos propios, distintos de los que corresponden en cada caso en relación con la naturaleza del acto que se realiza y la materia sobre la que recaiga y está sin duda admitida tanto en la forma expresa como en la tácita, cuando se infiera necesariamente de una actitud o conducta, la voluntad de renunciar puesto que tales actos suponen una dejación clara, terminante e inequívoca, circunstancias que no se dan en el supuesto enjuiciado. (STS de 19 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad actora formuló demanda contra el *Banco Popular*, reclamando el reintegro del nominal de dos letras de cambio libradas por otra entidad siendo librada la demandante, cuyo importe hizo efectivo la demandada contra la cuenta corriente de la demandante, habiéndose acreditado que la firma del librado aceptante estaba falsificada. El Juez de Primera Instancia desestimó la

demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y con ello la demanda. El demandado formuló recurso de casación sosteniendo fundamentalmente que el nuevo acuerdo entre la demandante y la libradora de las letras de cambio había liberado de responsabilidad a la entidad bancaria demandada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (*L. F. R. S.*)

27. Perfección del contrato de compraventa.—«Si se trata de una venta sujeta a condición, se ha producido un acuerdo de voluntades que no afecta a la perfección del contrato ni desnaturaliza el concepto jurídico de la compraventa permitiendo a los contratantes exigirse recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones esenciales de la misma, pues el crédito existía al hacerse la cesión, estando únicamente pendiente de pago. Desde el momento en que se suscribe el acta de recepción y liquidación de alcohol entre *Vinibasa* y el *Sempa*, hay que entender que se produjo un acuerdo de voluntades sobre la cosa y el precio del contrato, perfeccionándose la compraventa, conforme al artículo 1450 CC, lo que daba derecho al vendedor para cobrar el crédito y transmitirlo, como hizo *Vinibasa* al *BEE* cuando emite la factura, toda vez que el crédito estaba perfectamente nacido y no era más que el derecho a exigir el precio del contrato».

Exigibilidad de las obligaciones.—«Si la condición es suspensiva, una vez cumplida, los efectos de la obligación condicional se retrotraen al día de su constitución, pues desde la perfección son queridos y el cumplimiento de la condición confirma el derecho que existía en estado latente o expectante desde la celebración del contrato, todo lo cual implica que la consolidación de los efectos se produce en quien era titular al momento de la perfección del contrato sometido a condición suspensiva». Siendo resolutoria la condición, la solución sería la misma puesto que el contrato produciría todos sus efectos desde su celebración como si se tratara de una obligación pura y como tal exigible desde el momento en que queda constituida, como así resulta del artículo 1113 CC, sin perjuicio de los efectos de la resolución.

Cesión del derecho de crédito.—Nos encontramos ante una gestión de cobro en la que el banco retiene los documentos en comisión de cobro pero su propiedad sigue siendo de la entidad actora. Admitiendo, por tanto, que el contrato de descuento tiene eficacia traslativa de los créditos que son objeto de descuento y que para obtener éste y la consiguiente percepción anticipada del crédito se instrumentó esta operación a iniciativa de la actora, el motivo se rechaza como consecuencia lógica de la estimación de los anteriores puesto que si *Vinibasa* cumplió lo contratado y de ello nació su derecho a la contraprestación por el *Sempa*, que duda cabe que estamos ante un crédito nacido y como tal susceptible de ser transmitido con plena validez y eficacia jurídica, como existente antes de la suspensión de pagos, con el simple concurso del consentimiento del titular cedente y del cesionario, con independencia de la fecha en que el banco lo notificó fehacientemente al deudor. Consecuentemente, en el presente caso, la cesión ya se había producido cuando se admitió a trámite la solicitud de suspensión de pagos, por lo que no deben tales créditos entrar a formar parte del activo de la suspensión y no se ve vulnerado con ello el principio *par conditio creditorum* (**STS de 18 de julio de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad actora *Vinialcoholera de Badajoz, S. A.* (en adelante, *Vinibasa*) interpuso demanda de juicio ordinario contra *Banco Exterior de España, S. A.* (en adelante, *BEE*), con la pretensión de que se condenara al demandado a pagarle la suma de 49.030.968 pesetas, basándose en el hecho que éste último había cargado en su cuenta dicha cantidad para cancelar un crédito que con anterioridad le había concedido, y todo ello de resultas de unos documentos en los que, en opinión de *Vinibasa*, se reflejaban unas simples ofertas hechas por la misma a otra sociedad, *Sempa*, después de encontrarse en suspensión de pagos. Según la actora, el cargo de esa cantidad a su cuenta por parte del Banco para cancelar el crédito suponía una vulneración del principio *par conditio creditorum*. El Juzgado de Primera Instancia rechazó la pretensión de la actora, porque entendió que antes de que ésta fuera declarada en suspensión de pagos, ya se había producido la cesión al *BEE* del derecho de crédito que ella tenía contra el *Sempa*, y que por lo tanto dichos documentos no reflejaban una simple oferta, sino que el derecho de crédito había efectivamente nacido. Sin embargo la Audiencia Provincial estimó parcialmente el pedimento de la actora, rebajando la cantidad demandada, y argumentando que se trataba de una venta sometida a condición, considerándola una simple oferta, por lo que no puede transmitirse un derecho que todavía no ha nacido. Posteriormente el *BEE* interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que es estimado. (E. C. V.)

28. Opción de compra. Ejercicio: perfección del contrato de compraventa.—Dice la S de 14 de noviembre de 2002 que «ejercitada la opción por el optante en tiempo y forma, su efecto es el de la perfección del contrato de compraventa»; así la S de 22 de diciembre de 1992 afirma que «una vez ejercitada la opción por el optante, dentro del plazo señalado, y comunicada al concedente, se extingue o queda consumada la opción, y nace y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa, al producirse en relación a éste, el concurso del consentimiento exigido por la Ley, sin que el optatario o concedente pueda hacer nada para frustrar su efectividad, pues como acaba de decirse, y se repite, basta para la perfección de la compraventa con que el optante haya comunicado su voluntad de ejercitar su derecho de opción» y, en el mismo sentido, la S de 22 de noviembre de 1993, dice que «una vez que el optante ejercita la opción de compra dentro del plazo estipulado, y lo comunica al optatario o concedente, la opción queda plenamente extinguida o consumada y, desde ese mismo momento y por ese único hecho, nace y se perfecciona automáticamente el correspondiente contrato de compraventa (SS de 6 de abril de 1987, 23 de diciembre de 1991, 22 de diciembre de 1992 y 17 de marzo y 21 de julio de 1993, por citar algunas de las más recientes)». En el presente caso, la opción fue ejercitada dentro del plazo estipulado, como resulta de la prueba aportada a los autos y así lo reconoce el propio demandante en cuanto ejercita acción resolutoria del contrato de compraventa consecuencia del ejercicio de la opción de compra. Se perfeccionó así el contrato de compraventa sobre el local objeto del contrato de arrendamiento al que se adicionó la opción de compra; a partir de ese momento, todas las discrepancias posteriores al ejercicio

de la opción que puedan surgir entre las partes hay que residenciarlas en el ámbito del incumplimiento del contrato de compraventa. Al no entenderlo así la sentencia recurrida infringe los preceptos legales citados en el motivo que se estima.

Inaplicación de la condición resolutoria tácita.—Ha sido resuelto en forma contradictoria por la jurisprudencia la cuestión referida a la posibilidad de aplicación de la condición resolutoria tácita del artículo 1124 CC dado el carácter unilateral del contrato de opción de compra; la doctrina jurisprudencial más moderna y consolidada se pronuncia por esa inaplicabilidad y cuando ha admitido la aplicación del artículo 1124 CC lo ha sido en razón a la existencia de prestaciones accesorias; incluso cuando existe precio en la opción de compra, su impago «sólo cabe operar como derecho a su percibo y a su reclamación caso de no haberse abonado, a fin de que la opción persista en el período de su vigencia, por ser lo más adecuado y procedente en razón a su propio contenido y especial naturaleza», dice la S de 29 de marzo de 1993. La S de 29 de julio de 1987 dice: «en el tercer considerando de la sentencia de la Audiencia se sostiene la inaplicabilidad del artículo 1124 en base al carácter unilateral del contrato de opción de compra, lo cual, si bien es cierto en la generalidad de los casos, no deja de ser dudoso en el contrato de autos en que la asignación de un precio a la opción de compra, parece configurarle la bilateral e incluirle en el ámbito del artículo 1124 CC»; más rotundamente se pronuncia la S de 22 de noviembre de 1993 al decir: «sin que a la denominada opción de compra pueda serle de aplicación el artículo 1124 regulador como se sabe de la denominada condición resolutoria tácita, pues dicho (precepto, se entiende) es de exclusiva aplicación a las obligaciones bilaterales lo que excluye su aplicación a la convención jurídica que hoy nos ocupa que es de naturaleza unilateral (cfr. S de 30 de septiembre de 1989) y mucho menos el artículo 1504 CC»; y en el mismo sentido se manifiesta la S de 31 de julio de 1996, «dada la inaplicabilidad del artículo 1124 CC en el contrato de opción —no hay obligación recíproca ni se trata de impago de la prima de la opción que no se pactó— y no haberse llegado a perfeccionar el contrato de compraventa [...] y, de proceder una resolución, la misma habrá de referirse a la compraventa». (STS de 15 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 1 de abril de 1988, el padre de don A. G. C. —la sentencia no especifica su nombre— arrendó un local de negocio a don J. J. G. H. y doña M. J. F. A., y otorgó a su favor un derecho de opción de compra sobre la finca arrendada por un plazo de cinco años. Al finalizar el último año de arrendamiento, don J. J. G. H. y doña M. J. F. A. ejercieron la opción. Impagado el precio de ésta, don A. G. C. interpuso demanda con la que solicitó la resolución del contrato de compraventa. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Murcia dictó sentencia el 22 de julio de 1997, en que estimó la demanda y declaró resuelto el contrato de opción de compra. Tras ser desestimado el recurso de apelación interpuesto por don J. J. G. H. y doña M. J. F. A., por medio de sentencia dictada el 2 de diciembre de 1998 por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, el Tribunal Supremo declara que, si bien la resolución debe ser referida a la compraventa perfeccionada con el ejercicio de la opción, no ha lugar al recurso de casación. (J. M. B. S.)

29. La resolución de la compraventa de inmuebles regulada en el artículo 1504 CC no deriva del incumplimiento sino del requerimiento resolutorio efectuado por el vendedor.—Y como el comprador pudo pagar hasta ser requerido (en los términos en que se interpreta, al respecto, el art. 1504 CC), la resolución de la relación contractual nacida del contrato de compraventa de inmueble no se entiende producida sólo por el incumplimiento (en todo caso necesario, dada la relación existente entre dicho artículo y el 1124 CC, destacada por la jurisprudencia: SS de 5 de mayo de 1983, 15 de octubre, 6 de noviembre de 1984, 29 de abril, 22 de marzo, 10 de junio de 1985, 18 de marzo y 29 de abril de 1994 y 21 de junio de 1996), sino, supuesto aquél, por el requerimiento del vendedor (SS de 27 de abril de 1988, 15 de noviembre de 1989, 2 de febrero de 1990, 27 de noviembre de 1995 y 21 de junio de 1996).

Se produce la compensación cuando sus requisitos se cumplen con anterioridad al requerimiento resolutorio de la compraventa.—La compensación legal de deudas, medio de neutralización de las mismas que, como se dijo, fue oportunamente opuesto por la compradora demandada, produce sus efectos desde el momento en que concurrieron los requisitos que la norma exige, aunque lo desconocieran las partes (art. 1202 CC) y ello sucedió, como se declara en la sentencia recurrida, con anterioridad al requerimiento contemplado en el artículo 1504 CC (y a la propia venta). (**STS de 4 de julio de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante interpuso una acción para resolver una compraventa de un inmueble por falta de pago, pero el demandado opuso la compensación de la deuda, por adeudar el vendedor al comprador diversas letras de cambio y pagarés completos, que habían vencido con anterioridad a que se cumpliera el supuesto resolutorio. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por el demandado y desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (*L. F. R. S.*)

30. Validez del contrato de permuta de inmuebles perfeccionado en contrato privado.—Se trata de un pronunciamiento del Juzgado firme, pues como queda anticipado la sentencia de apelación lo asumió desde el momento en que no fue impugnado.

El artículo 1225 CC se refiere a la eficacia de los documentos privados entre los que los suscribieron y sus causahabientes.—El Ayuntamiento recurrente para nada intervino en dicha permuta, afectándole como tercero la fecha del documento desde la presentación en la Oficina Liquidadora (art. 1227 CC).

Declarada la expropiación con conocimiento suficiente por la Junta Vecinal entra en juego el artículo 24 de la Ley de Expropiación Forzosa.—Que autoriza a la entidad expropiante y a los afectados por la expropiación para que puedan convenir la adquisición de los bienes libremente y por mutuo acuerdo, con lo que está permitiendo su venta, en cuyo caso, una vez concertados los términos de la adquisición amistosa, se dará por concluso el expediente, que es lo que ha ocurrido en el caso que nos ocupa.

La normativa expropiatoria permite ser interpretada con flexibilidad necesaria y no restrictivamente.—En aras de que el proceso expropiato-

rio pueda llegar a una solución conveniente para todos los interesados sin que, cuando concurre acuerdo, se haga preciso agotar el expediente hasta llegar a la ocupación forzosa. De esta manera la venta llevada a cabo por la Junta Vecinal ha de ser reputada válida y eficaz. (STS de 10 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Una comunidad hereditaria ejercitó la acción declarativa de dominio contra el Ayuntamiento de Cernadilla, en relación con unas fincas que la actora había adquirido mediante permuta perfeccionada con una compañía eléctrica que, a su vez, había accedido a la propiedad de las fincas litigiosas cuando las mismas formaban parte de unos montes vecinales en mano común, como consecuencia de un acuerdo de venta integrado en un procedimiento de expropiación forzosa y cuya beneficiaria era la citada compañía. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por la demandante y declaró su propiedad sobre las fincas en cuestión. El Ayuntamiento interpuso recurso de casación alegando que la permuta no constituía título legítimo de dominio, porque estaba formalizada en contrato privado y con invocación de los artículos 348 y 1225 CC, y que la causante de la actora no ostentaba la propiedad de las fincas litigiosas, porque los montes vecinales en mano común son inalienables aunque puedan ser objeto de expropiación forzosa, habiéndose vulnerado por la sentencia recurrida los artículos 2, 3 y concordantes de la Ley 50/1980, de 11 de noviembre, reguladora de dichos montes.

NOTA.—La doctrina administrativista viene intentando diferenciar entre la figura del contrato (civil o administrativo) y los actos administrativos que se producen con la aceptación o consentimiento de los interesados pero sin llegar a desnaturalizarse hasta convertirse en relaciones puramente contractuales. La situación viene agravándose cuantitativamente por el enorme auge que va tomando la «ejecución concertada de los planes urbanísticos», que en buena medida supone la huída por parte de las administraciones públicas de la actuación reglada mediante el recurso a mecanismos de Derecho privado para el desarrollo de su actividad; al margen de la valoración que a cada cual merezca este proceso, lo cierto es que supone un incremento exponencial de las situaciones «mixtas», cuya adscripción al mundo del acto administrativo o del contrato es tan difícil como necesaria, aunque sólo sea porque el acto administrativo se impone en virtud del *imperium* de la Administración y sobre la base de la mera notificación a los afectados, mientras que el contrato apoya sus efectos en el consentimiento de esos interesados.

El caso resuelto en esta sentencia se refiere a un convenio sobre el justiprecio expropiatorio que el Alto Tribunal convierte automáticamente en un contrato de compraventa, tras invocar la flexibilidad que ha de concurrir en la interpretación de la normativa expropiatoria y entender que la iniciación del expediente implica la posibilidad de que las partes puedan pactar libremente la venta de los bienes afectados, aunque los mismos sean inalienables de acuerdo con la legislación que les resulte aplicable, llegando a concluir que «la venta de la Junta Vecinal... ha de ser reputada válida y efi-

caz», y admitiendo implícitamente que la prueba de esa «compraventa» puede consistir en la testifical practicada por el Tribunal de Primera Instancia.

Sin embargo no parece que el acuerdo sobre el justiprecio, producido en el seno de una actuación expropiatoria, pueda ir más allá de simplificar la fijación de ese justiprecio, evitando el procedimiento establecido para ello en ausencia de acuerdo pero sin convertir la expropiación en compraventa; entre otras cosas porque el acuerdo no se extiende a vender o no vender (ya que la venta sigue siendo forzosa), el precio no se fija libremente entre comprador y vendedor (ya que a falta de acuerdo ese precio se decidirá por criterios objetivos), y los intereses tutelados no son disponibles por las partes (ya que el destino de la cosa sigue influido por la *causa expropriandi* de interés general).

Obviamente la titularidad de la compañía es la base de la alegada por la actora, de acuerdo con el principio general *nemo dat quod non habet*, pero no parece tan claro que dicha propiedad fuera adquirida por una imposible compraventa, sino en todo caso por expropiación forzosa. Una vez acreditada la consumación del procedimiento expropiatorio, la presunción de validez de los actos administrativos, proclamada por el artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, podría utilizarse por los tribunales civiles para estimar acreditada la titularidad del causante del actor; sólo quedaría el problema sobre si un acto administrativo puede acreditarse mediante prueba testifical (tratándose, en el caso que nos ocupa, del acuerdo sobre el justiprecio, su efectivo pago, y la toma de posesión de las fincas por el beneficiario de la expropiación), o si sería precisa la certificación administrativa de tales actuaciones, dado el formalismo que inspira toda la actuación administrativa en garantía de los derechos de los administrados. Superado este difícil escollo, y acreditada la consumación de la actividad expropiatoria (quizá sobre la base de que el recurso no se extendió a la ausencia de esas actuaciones), el fallo de la sentencia podría haber sido idéntico, en cuanto declarase la propiedad del demandante a partir de la previa titularidad de su causante y de la validez de la permuta perfeccionada en contrato privado, pero sin contradecir el eventual ejercicio del derecho de reversión por el expropiado (si no se instalara el servicio que motivó la expropiación, como parece que sucedió en el caso objeto de la sentencia comentada), o sin admitir que la simple fijación voluntaria del justiprecio permita alegar ante la Jurisdicción ordinaria todas las causas de ineficacia del negocio traslativo procedentes del Derecho privado, y que por tanto no consideran el interés general subyacente a toda actuación expropiatoria (como la nulidad por vicio del consentimiento, resolución, rescisión y un larguísimo etcétera, derivado de transformar la expropiación en compraventa civil). Naturalmente, y si tales cuestiones se plantearan, el Tribunal Supremo afirmaría su falta de competencia (en caso del derecho de reversión), o bien matizaría que no estamos ante un contrato de compraventa puro, sino ante una figura «mixta» o «compleja», a mitad de camino entre la expropiación y la compraventa, ya que este es el

precio que hemos de pagar, en moneda de seguridad jurídica, por un exceso de especialización en el ámbito indivisible del derecho y por unas resoluciones judiciales que, cada vez en mayor medida, se van alejando de la dogmática jurídica para poner su atención en los intereses de quienes intervienen como parte en el litigio concreto. En el caso, el demandante tendrá ya abierta la puerta del Registro de la Propiedad, al cual sin duda no pudo acceder ante la indefinición en que quedó la actuación expropiatoria «de resultado cortado», y en virtud de la cual su causante adquirió unas fincas integrantes de un Monte Vecinal en mano común para la instalación de un embalse que, al parecer, nunca llegó a construirse efectivamente (*L. M. L. F.*)

31. No existe derecho de retracto cuando el arrendamiento de industria de hotel que le serviría de base ya se había extinguido con anterioridad a la venta del establecimiento hotelero.—Todos los motivos que se refieren a la nulidad (*rectius*, inexistencia) por simulación absoluta del contrato de compraventa por el que los propietarios vendieron a la demandante Kesa Hotel B.V. el hotel Don Rolf deben ser desestimados, en primer lugar, porque el derecho de tanteo que se alega y que estaba previsto en los contratos de arrendamiento cuya cláusula se ha transcrito se refieren al arrendamiento y a la arrendataria y cuando se celebró la compraventa ya había aquél terminado por el transcurso del plazo previsto y tras el requerimiento de extinción, así que el tanteo de la arrendataria no existía pues ya no era tal; en segundo lugar, porque no puede hacerse en sentencia dictada en juicio declarativo de menor cuantía una declaración de nulidad de un contrato que corresponde al de mayor cuantía; en tercer lugar, porque en ningún caso puede declararse la nulidad de un contrato en que uno de los contratantes —los vendedores— no es parte en el proceso. (**STS de 27 de octubre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad demandante, compradora de un hotel, demandó a otra entidad en reclamación de una indemnización por el lucro cesante, por ocupación del hotel arrendado desde la fecha de expiración del plazo del contrato hasta la fecha del lanzamiento judicial derivado del juicio de desahucio. Alegaba la demandada que la venta del hotel efectuada por la arrendadora a la demandante era nula por simulación absoluta. El Juez de Primera Instancia estimó esencialmente la demanda y la Audiencia Provincial confirmó esa decisión. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. B.*)

32. El arrendatario deja de ser cultivador personal en un arrendamiento histórico cuando es sustituido plenamente por su hijo.—No se considera cultivador personal a aquel arrendatario que no realiza actividad de cultivo de las tierras (SS de 27 de enero de 1993 y 26 de febrero de 1994) y, como aquí ocurre, al haber sido sustituido de forma plena por su hijo, por lo que permanece al margen de la explotación, no responsabilizándose de la misma.

La invalidez absoluta no impi de modo automático que el cultivador sea personal.—Efectivamente las situaciones de invalidez absoluta no determinan que de modo automático haya de declararse que se trata de cultivador no personal, pues cuando concurre dicha circunstancia debe la parte demandante probar de modo convincente que la invalidez absoluta que afecta al arrendatario no le imposibilita para llevar personal y directamente la dirección de la explotación, como excepción a la regla general de la invalidez (S de 28 de abril de 1994).

Distinción entre ser auxiliado y ser sustituido en el cultivo.—Son supuestos distintos el de ser auxiliado y el de ser sustituido y al no haberse acreditado, conforme a lo que se deja estudiado, que el cultivo de las tierras sea debido a la actividad del actor, falta el presupuesto de asistirle la condición de efectivo cultivador personal necesario, por lo que la acción ejercitada de acceso a la propiedad (DT 1.ª, regla 3, de la Ley de Arrendamientos Rústicos) no procede y el motivo ha de ser desestimado. (STS de 18 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante y recurrente, persona de avanzada edad, solicitó que el juez declarase su derecho de acceso a la propiedad de las fincas objeto del pleito, por tratarse de un arrendamiento histórico y cumplir el requisito de cultivo personal de las fincas por un plazo mínimo de seis años. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda, decisión que fue mantenida por el Tribunal Supremo, que declaró no haber lugar al recurso de casación. (L. F. R. S.)

33. Arrendamiento rústico histórico. Acceso a la propiedad. Finca cuyo valor no supera el doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o zona a las de su misma calidad y cultivo.—Aunque en ese informe pericial se afirma que, por esa situación limítrofe a las zonas de influencia que describe, no puede valorarse como suelo rústico, sin mayor concreción de ese superior valor, no se cumple con el parámetro que establece el artículo 7.1.3.ª de la Ley 83/1980, es decir, que el valor en venta sea superior al doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o zona a las de su misma calidad y cultivo.

El ejercicio del derecho de acceso a la propiedad no es de mala fe ni constituye abuso del derecho.—La argumentación no es sino reproducción de parte del motivo primero que, por lo dicho en el anterior fundamento de esta resolución, ha de rechazarse al no existir prueba alguna de que esas circunstancias vayan a alterar la condición de rústica de la finca; no puede admitirse que exista un ejercicio del derecho de acceso a la propiedad por el arrendatario contrario a la buena fe o que tal ejercicio constituya abuso del derecho, al haberlo ejercitado dentro del plazo legal para ello. (STS de 13 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante ejercitó una acción solicitando que se declarase su derecho de acceso a la propiedad de la finca que tenía arrendada por tratarse de un arrendamiento rústico histórico y cumplirse todos los requisitos exigidos por la ley. El demandado opuso que la finca objeto del litigio ya no tenía carácter rústico y que su valoración excedía de la que permite la normativa aplicable

para que pueda producirse el acceso a la propiedad. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial dieron la razón al demandante. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. C. B.)

34. Responsabilidad profesional del abogado: naturaleza contractual: inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina: fundamentación defectuosa.—En el auto de inadmisión se declara que el recurrente no ha cumplido, en forma alguna, el esencial requisito de recoger y expresar la relación precisa y circunstanciada de la contradicción jurisprudencial alegada, pues se limitó a enumerar una serie de sentencias (así STS, Sala de lo Social de 12 de febrero de 1972, SSTSJ del País Vasco de 23 de enero de 1991, y 10 de marzo de 1992, y STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de junio de 1992), estructurando el recurso en un único motivo, relativo al planteamiento de considerar que su relación era de carácter laboral y no mercantil, pero sin que haya llevado a cabo un examen comparativo de los hechos, fundamentos y pretensiones de todas y cada una de esas sentencias y de la recurrida, lo que condujo al rechazo *a limine* del recurso interpuesto. Se aprecia culpa contractual en el letrado demandado, infringiéndose los artículos. 1101, 1103 y 1104 CC, y la jurisprudencia que interpreta los mismos a estos efectos.

Cuantía de la indemnización procedente.—No puede fijarse, como inicialmente postula el recurrente, en la valoración del hipotético daño sufrido al no llegar a obtener sentencia favorable a sus intereses por la resolución de fondo del recurso, sino en el perjuicio o daño moral sufrido por la pérdida de la oportunidad procesal que comporta la posibilidad legal de acudir a una instancia superior para mantener determinadas pretensiones que se consideran de justicia, y que la Sala valora prudencialmente en doce mil euros. (STS de 11 de julio de 2005; ha lugar.)

NOTA.—Esta sentencia va consolidando una línea jurisprudencial de los últimos años ampliamente estudiada en la monografía de M.^a Carmen Crespo Mora *La responsabilidad del Abogado en el derecho civil* (Cizur Menor, 2005) pp. 388 ss y 401 ss, y que origina frecuentes decisiones del Tribunal Supremo (últimamente STS de 14 de julio de 2005, extractada en este ADC; curiosamente en ambos casos coincide el sujeto pasivo de la acción ejercitada, si bien varía el resultado final de la demanda de responsabilidad, sin éxito en el último caso y estimatorio en la sentencia ahora extractada). La solución ahora adoptada parece razonable y equitativa frente a desmesuradas reclamaciones del cliente decepcionado (los cincuenta millones solicitados se reducen a dos en la sentencia extractada). En el FD 4.º se utiliza un argumento *ad hominem* carente, a mi juicio, al menos de *elegantia iuris*, pues se resalta que el abogado demandado es co-autor de una obra científica sobre Derecho procesal laboral en el que se exige al recurso de unificación de doctrina en materia laboral, los mismos requisitos que la Sala de lo Social ha utilizado ahora para inadmitir su recurso; en cambio, de mayor peso es la circunstancia de que dicho letrado facturó a su cliente una minuta de 795.000 pesetas por estudio e interposición del recurso inadmitido. (G. G. C.)

35. Culpa médica: cirugía estética: medicina satisfactiva: secuelas derivadas de tratamiento por láser: responsabilidad por incumplimiento del deber de informar: doctrina general.—El deber de información en la medicina satisfactiva —en el caso, cirugía estética—, en la perspectiva de la información dirigida a la obtención del consentimiento para la intervención, con los caracteres de información objetiva, veraz, completa y asequible, no sólo comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, sino que también se debe advertir de cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, y con independencia de su frecuencia y de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica. Por lo tanto, debe advertirse de la posibilidad de dichos eventos aunque sean remotos, poco probables o se produzcan excepcionalmente, y ello tanto más si el evento previsible no es la no obtención del resultado sino una complicación severa, o agravación del estado estético como ocurre con el queloide. La información de riesgos preVISIBLES es independiente de su probabilidad o porcentaje de casos, y sólo quedan excluidos los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención.

Intervención dermo-abrasador por láser quirúrgico CO2 para eliminar pequeñas cicatrices provenientes de depilación eléctrica: graves secuelas con cicatrices queloideas y neurosis de angustia.—Existe una infracción del deber de información al producirse graves secuelas consistentes en cicatrices queloideas —poros abiertos— que originan tumores formados por el tejido fibroso que aparece en personas predispuestas genéticamente a producir excesiva respuesta tisular ante un trauma cutáneo. La ciencia médica conoce tal posibilidad como consecuencia de una intervención, con independencia de la técnica quirúrgica utilizada, y el médico demandado no sólo, obviamente, conocía la misma, sino que le había sucedido en su quehacer profesional con anterioridad, por lo que se añadía su propia experiencia personal. Se trata de un riesgo previsible, que, aunque muy improbable, lo que excluye la responsabilidad en la práctica de la intervención, no excusaba del deber de información, a cuyo efecto el médico podía y debía haber hecho saber a la paciente la pequeña posibilidad de que ocurriera el suceso, para asumir el riesgo de las eventuales dificultades de cicatrización defectuosa.

Cuantía de la indemnización.—Se condena a la suma solicitada por la actora de diez millones pesetas para cuya ponderación se toman en cuenta como factores determinantes la entidad de la secuela producida, con su trascendencia tanto física como psíquica —neurosis de angustia—, condición de la paciente, edad y sobre todo la parte del cuerpo especialmente visible —rostro— en que se produjo el queloide, y la naturaleza de la deuda de valor de la indemnización, cuyo importe se declara actualizado a este momento procesal, lo que supone la exclusión de intereses procesales, y de cualquier otra índole hasta la fecha. (STS de 21 de octubre de 2005; ha lugar.)

NOTA.—Aunque se trata de un supuesto de cirugía estética, se excluye expresamente que la obligación asumida por el médico fuera de resultado; asimismo, todas las instancias judiciales son concordes en que la actuación del demandado en la aplicación del láser fue conforme con la *lex artis*. No obstante lo cual el Tribunal Supremo estima el recurso (Pte.: Seijas Quintana) por infracción del deber de información. Es notable el esfuerzo de clarificación que se realiza en los FD 3.º y 4.º; en el primero se afirma con rotun-

didad que *no cabe cargar en la actuación del agente las circunstancias que tienen carácter excepcional, dependen de condiciones genéticas del paciente y no hay posibilidad normal de conocer con anterioridad a la intervención*, de modo que se produce ausencia de causalidad jurídica y culpabilidad; sin embargo en el segundo la sentencia extractada profundiza en el deber de información que recaía sobre el médico, aportando una razón para ser más rigurosos en su exigibilidad (la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención), y en el caso se da una predisposición de la paciente a la aparición de queloides que, en realidad, ha producido en la paciente graves secuelas; y como sobre este punto no se informó a la paciente se declara la responsabilidad del médico. No debe olvidarse, a la hora de fijar la cuantía de la indemnización, en conformidad con lo pedido, que la sentencia del Tribunal Supremo se pronuncia dieciocho años después de la intervención quirúrgica. *¿Se habrá curado la neurosis de angustia al cabo de ese tiempo? (G. G. C.)*

36. Lesiones por atentado terrorista sufrido por viajero que contrata con agencia turística: culpas compartidas: responsabilidad contractual y extracontractual.—La culpa que se atribuye al cliente no deriva del incumplimiento de una obligación contractual, pues la única que asumió y cumplió fue la de pagar el precio del viaje; por tanto respecto a él sólo cabe hablar de culpa extracontractual, siendo inaplicable al viajero las normas contenidas en la regulación de la culpa contractual. La aceptación por éste de la realización del viaje en autobús por la zona en que se produjo el ataque terrorista, sabiendo la conflictividad que existía en ella, públicamente conocida, impide calificar de ilógico o arbitrario el juicio de valor que hace la Sala de instancia sobre la contribución causal de la conducta del demandante a la producción del daño así como la entidad de su conducta en relación con la imputada a las empresas turísticas codemandadas; es correcta asimismo la calificación como negligente de la conducta de aquél, quien no obstante conocer esa situación de inestabilidad en la zona, asume realizar el viaje en autobús y el riesgo, efectivamente materializado, que ello implicaba.

Protección de consumidores: artículo. 25 LGDCU.—La sentencia recurrida de la Audiencia Provincial, igual que la del Juzgado de Primera Instancia, reconoce la condición de consumidor de los servicios turísticos prestados por las empresas demandadas, así como el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la defectuosa prestación del servicio contratado. Si bien el artículo 23 LGDCU de 1984 tiene un carácter netamente administrativo, en cambio el artículo 25 lo tiene indudablemente civil pues reconoce el derecho del consumidor y usuario a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos por la utilización de servicios, salvo que estén causados por su culpa exclusiva o por las personas de que deba responder civilmente, lo que implica establecer un principio de inversión de la carga de la prueba; en el presente caso no se ha realizado ésta y sí únicamente la concurrencia de culpas.

Caso fortuito.—Se entiende por caso fortuito todo suceso imposible de prever, o que previsto sea inevitable y, por tanto, realizado sin culpa del agente, por lo que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el

daño sin que en él intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente. El artículo 1105 CC exige que conste acreditada la imprevisibilidad que tiene la cualidad de hecho. En el presente caso, declarada en la instancia la previsibilidad de los acontecimientos acaecidos sin que tal declaración fáctica haya sido desvirtuada a través del error de derecho en la apreciación de la prueba, no puede prosperar el recurso.

Culpa de la agencia.—En el momento de contratar no se trató la cuestión de la seguridad, y ambas partes contratantes sabían de la situación inestable del país, no con detalle, pero conociendo a través de los medios de comunicación que en el momento del viaje, agosto de 1994, Egipto llevaba más de dos años con actos intermitentes de violencia; tal conducta no puede menos de calificarse de negligente al no poner en conocimiento de sus clientes las circunstancias de seguridad existentes en la zona, información que, sin necesidad de suspender el viaje, hubiera evitado o podido evitar el desplazamiento en autobús durante el cual se produjo el ataque terrorista. (**STS de 11 de octubre de 2005**; no ha lugar.)

NOTA.—Aunque la cuantía de la indemnización reclamada (8.400.000 ptas. solicitada en la demanda que el Juzgado de Primera Instancia concede sólo en el 15 por 100, la Audiencia Provincial eleva a la mitad y confirma el Tribunal Supremo) es modesta, la doctrina sentada (Pte.: señor González Poveda) tiene interés ante la desgraciada repetición de hechos similares a los aquí enjuiciados. Sustancialmente consisten en un viaje turístico a Egipto concertado en 1994, siendo objeto de ataque terrorista el autobús en que viajaba el cliente, resultando lesionado; la demanda se dirige contra cuatro entidades aunque, en definitiva sólo dos empresas, —a saber, la agencia que expidió el billete turístico y su mayorista—, resultan condenadas. Si bien en la base está un contrato turístico con los caracteres habituales, la condena se basa en el artículo 25 LGDCU de 1984, del que parece derivar una responsabilidad legal por daños y perjuicios que se añade a la contractual (art. 7.º). Pero ¿existe hoy algún país del mundo exento del riesgo de atentados terroristas? Claro que actualmente —escribo en enero de 2007— ninguna agencia se comprometería a viajar a Irak o Afganistán. Pero la situación no parece idéntica ni similar a la de Egipto durante 1994. Lo cierto es que, al formalizar el contrato, se omite de hecho toda referencia a las condiciones de seguridad del país, y por ello resulta convincente la declaración de responsabilidad de las agencias, cuestión en la que coinciden todas las instancias judiciales. En cambio, la culpa o negligencia del cliente lesionado aparece, a mi juicio, más difuminada, indeterminada e indeterminable; en la sentencia extractada se valora una conducta omisiva por su parte; sin duda, otra valoración merecería si aquél hubiera hecho alguna manifestación expresa de conocer la situación de riesgo en el país, asumiéndola, o si el cliente hubiera «forzado» de alguna manera, a la agencia turística a suscribir un compromiso que, en principio, aquélla hubiera rechazado (hipótesis poco verosímil: salvo que se tratara de un experto internacional a quien se le ha encomendado realizar una difícil misión, o si participa en trabajos arqueológicos o técnicos de gran trascendencia). Me parece, sin embargo, excesivo dar por conocido, como notorio, que el viajar por determinado lugar de Egipto era peligroso

en el momento de formalizar el contrato, de modo que el cliente *sabía o debía saber* que la zona era inestable, y que era desaconsejable viajar en autobús. Si lo enfocamos contractualmente, el dato formaría parte del deber de información general que recae sobre la empresa que oferta viajes turísticos. Ahora bien, no parece, en principio, que similar deber recaiga sobre el cliente quien sólo excepcionalmente será un experto conocedor de los concretos avatares de la política interna del país al que se propone viajar. Al tratarse de un caso que afecta a un sector económico de alcance, no sólo nacional sino internacional, ¿se habrá buscado una *solución de equidad*? Parece claro que la sentencia estimulará a las agencias de viajes para que, en el futuro, se protejan eficazmente contra ese riesgo, aunque también los clientes deberán ser más precavidos, a la hora de contratar viajes turísticos a países de alguna manera *dudosos*, no obstante contar con la tutela que la Ley de 1984 dispensa a los consumidores de servicios. (G. G. C.)

37. Vicios ruínógenos en el contrato de obra: requisitos para que prospere la reclamación de una indemnización pecuniaria en lugar de la reparación de los defectos.—El derecho a pedir el cumplimiento *in natura* no excluye la posibilidad de la reclamación directa de la indemnización en su lugar. Pero esta es una excepción a la regla general del artículo 1098 CC y para ello se requiere: *a*) que el demandante haya requerido por cualquier medio que debe ser probado la realización de las reparaciones exigidas según el estado de la obra; *b*) que el demandado haya incumplido la obligación voluntariamente «por haber incurrido en dolo o culpa o con contravención del tenor de las obligaciones pactadas (art. 1101 CC)» (SS de 3 de julio de 1989 y 12 de diciembre de 1990), y *c*) que el demandante prefiera la indemnización, dado el constatado incumplimiento del deudor, por depender el cumplimiento de una relación personal que se ha demostrado contraria a las reglas de conducta propias de las relaciones contractuales.

El propietario puede efectuar por su cuenta las obras necesarias, sin tener que esperar a que finalice el litigio.—Estas condiciones se han cumplido en la presente reclamación, a lo que se añade que algunos de los propietarios afectados han realizado a su costa la reparación de los deterioros que afectaban a sus viviendas, debido al tiempo transcurrido sin respuesta por parte de la constructora, porque nadie puede ser obligado a vivir constantemente con las incomodidades derivadas de los defectos en la construcción que produce una defectuosa ejecución del contrato de obra, razón que amplía las que hasta ahora se vienen considerando. (STS de 13 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio demandó a la constructora del mismo reclamando una cantidad en concepto de indemnización por los defectos constructivos que presentaba en diversas partes. Opuso la demandada que estaba mal formulada la demanda, puesto que tendría que haberse pedido que se reparase el edificio y no una indemnización pecuniaria. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron la demanda y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso formulado por la demandada. (M. C. B.)

38. Contrato de obra. Aunque la regla general es la reclamación de la reparación de los vicios, ha de admitirse su sustitución por una indemnización cuando se cumplan determinados requisitos.—Si bien el derecho a pedir una indemnización *in natura* no excluye la posibilidad de la reclamación directa de la indemnización en su lugar, hay que entender que ésta es una excepción a la regla general del artículo 1098 CC, requiriéndose para ello de determinadas actuaciones o situaciones, como son el requerimiento previo de realización al deudor, que éste lo incumpla voluntariamente, y «que el demandante prefiera la indemnización, dado el constatado incumplimiento del deudor, por depender el cumplimiento de una relación personal que se ha demostrado contraria a las reglas de conducta propias de las relaciones contractuales». Este supuesto se da en el presente caso, no sólo porque el primer requerimiento es ya de hace más de diez años (15 de diciembre de 1995), lo que demuestra ya la dificultad de que las partes acepten esa ejecución *in natura*, y por la existencia también, en el presente caso (que podría prolongarse, en ejecución, con el incidente de los arts. 928 ss. LEC), de un interés actual y exigible de liquidación de las respectivas deudas por ambas partes.

Las reclamaciones por vicios ruinosos y por incumplimiento contractual deben ser tratadas por separado.—Debe ser acogido este tema, por infracción del referido precepto, ya que el mismo no puede ser aplicado, como se ha hecho, al segundo supuesto, ya que en la referida demanda conjunta, con la que se inician las actuaciones, se delimitan claramente los dos conceptos o reclamaciones, atribuyéndose en ella la ruina, con aplicación del artículo 1591 CC, sólo al primer supuesto, y la incorrecta entrega de la cosa (incumplimiento contractual) al segundo, encajándolo en el artículo 1469 CC, por lo que se da, en tal escrito rector de la parte, una autorizada acumulación de acciones, las que deben ser tratadas por separado, por las normas respectivas que las regulan, ya que así está planteado el debate, incurriendo el Juzgador de instancia, al forzarlo en su unificación, en un incorrecto tratamiento, que vulnera los principios de la «tutela judicial efectiva» (art. 24 CE), al transgredir el de «seguridad jurídica» implícito en él, y el de «congruencia» y «contradicción» denunciados.

Prescripción de la acción para reclamar por no haber realizado determinados elementos constructivos.—Sí debe ser, aparte, acogido también el motivo 3.º, por no haber aplicado la sentencia la prescripción de seis meses del artículo 1472 CC, constantemente pedida por la hoy recurrente, ya que tal prescripción efectivamente se ha dado, por el tiempo pasado desde la ocupación de las viviendas, en 1991, en más de 4 años, hasta el primer requerimiento, de 1995. (STS de 27 de septiembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Los dos demandantes compradores formularon demanda de reclamación de cantidad contra la promotora vendedora de unas viviendas. Reclamaban dos conceptos diversos: responsabilidad por vicios ruinosos en la construcción y por no haber realizado determinados elementos constructivos. Como la promotora demandada, a su vez, había reclamado las cantidades que los dos compradores le adeudaban, se acordó la acumulación de los tres procedimientos. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente las tres demandas y condenó a los compradores a pagar a la vendedora determinada cantidad, habiendo restado del precio no satisfecho los conceptos reclamados por los compradores. Asimismo—

mo, condenó a la vendedora a otorgar las correspondientes escrituras públicas de compraventa. La vendedora interpuso recurso de apelación, que fue desestimado. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso estimando que habían prescrito las acciones para reclamar por la no realización de determinados elementos constructivos, por lo que no podían descontarse de las cantidades adeudadas a la vendedora recurrente. (M. C. B.)

39. Desistimiento unilateral en el contrato de obra. Indemnización a favor del contratista ex artículo 1594 CC: no cabe una moderación basada en los motivos del desistimiento o la conducta del comitente.—La S de esta Sala de 4 de febrero de 2002 cita la de 24 de enero de 1970 que ya establecía que «el derecho del contratista a percibir la indemnización a que se refiere el artículo 1594 CC, no depende en absoluto de los móviles o razones que hayan inducido al propietario del terreno a desistir del contrato de obra concertado y mucho menos de que concurran o no los requisitos exigidos por el artículo 1124 CC y doctrina legal que lo desenvuelve para obtener la resolución de las obligaciones recíprocas, por tratarse de preceptos autónomos e independientes entre sí que contemplan figuras diferentes y se someten a distinto tratamiento al quedar la facultad que el primero otorga, al libre arbitrio de su titular, sin necesidad de justificación de ninguna clase y depender la eficacia de la acción conferida por el segundo de la conducta observada por ninguno de los contratantes», doctrina jurisprudencial recogida en SS de 5 de mayo de 1983, 19 de noviembre de 1984, 7 de octubre de 1986 y 20 de febrero de 1993 y que permanece inalterada. Las consecuencias indemnizatorias de la decisión del comitente de desistir de la ejecución o continuación de la obra se establecen en el artículo 1594 CC, comprendiendo esa indemnización al contratista en todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de la realización de la obra, sin que para su cuantificación puedan tenerse en cuenta circunstancias relativas al cumplimiento o incumplimiento por los contratantes de sus obligaciones, susceptibles de ser invocadas al amparo del artículo 1124 CC, o relativas a los móviles que impulsaron al comitente a desistir de la prosecución de la obra. La reducción de la indemnización que realiza la Sala de instancia en atención a las circunstancias que dice, infringe el artículo 1594 CC de acuerdo con la interpretación jurisprudencial del mismo expuesta y, en consecuencia procede la estimación del motivo. (STS de 29 de septiembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don X. D. y doña M. D. interpusieron demanda judicial en la que reclamaron, entre otros pedimentos, la resolución de un contrato en cuya virtud habían encargado la ejecución de una obra —la sentencia no especifica— a la promotora-constructora *Promociones Villascasa, S. L.* Ésta reclamó a los demandantes indemnización por un importe de 84.861,84 francos suizos (52.478,56 euros) por el daño sufrido por vía de reconvención. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Denia dictó sentencia el día 13 de febrero de 1995 en que desestimó ambas demandas. Recurrida la sentencia por los comitentes y la contratista, la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Alicante dictó sentencia el 17 de diciembre de 1998, en la que estimó parcialmente los recursos y, tras declarar extinguido el contrato por desistimiento de don X. D. y doña M. D., condenó a la

contratista a abonar a los comitentes la cantidad de 39.116,16 francos suizos (24.181,61 euros). Además, la misma sentencia declaró el derecho de *Promociones Villascasa, S. L.*, a ser indemnizada por un importe equivalente a la mitad del porcentaje que suele establecer la jurisprudencia cuando las partes no acuerdan nada en el contrato, esto es, la suma de 37.500 francos suizos (23.182,50 euros) o, lo que es lo mismo, el siete y medio por ciento del precio total convenido por la obra. La contratista recurrió en casación para impugnar la indemnización concedida y el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

40. Validez de la fianza perfeccionada antes de la venta fuente de la deuda afianzada.—El artículo 1825 CC, como antes el 1736 del Proyecto de 1851 (de contenido sustancialmente igual) y las Partidas y, posteriormente los artículos 1938 CC italiano 1942 (que exige la *previsione... dell'importo massimo garantito*) y 628.2 CC portugués de 1966, admite la posibilidad de que las partes de un contrato que va a originar una deuda exijan una fianza que esté ya perfeccionada en el momento de celebrarlo. El precepto tolera expresamente, no sólo que un tercero garantice el cumplimiento de una obligación existente pero ilíquida, sino también el de una obligación no nacida todavía cuando el afianzamiento se constituye, con tal que quede en ese acto consentimientada o sea susceptible de serlo en el futuro sin necesidad de un nuevo consentimiento entre el fiador y quien con él hubiera contratado (al respecto, SS de 27 de septiembre de 1993 y 23 de febrero de 2000); por más que ello implique referir la accesoriadad no al momento de celebración del contrato de fianza, sino a aquel en que el acreedor pretenda exigir al fiador el cumplimiento de su prestación. Por lo expuesto, el hecho de que la fianza se perfeccionara un día antes de hacerlo la venta fuente de la deuda afianzada (y, en contemplación de ella) no priva, por sí solo, de validez a la garantía ni, al fin, de exigibilidad al crédito de la demandante contra la fiadora, que no ha denunciado desvío alguno en el posterior contrato principal que pueda repercutir en su prestación, determinada por remisión a la debida por la compradora de ganado. Realmente, el afianzamiento de deudas futuras no es incompatible con la posibilidad de que las mismas venzan después de cumplido un plazo establecido por el fiador. Todo dependerá de las funciones que cumpla ese plazo. Lo primero lo admite, en los términos indicados antes, el artículo 1825 CC. Lo segundo depen de la interpretación de la voluntad de las partes que celebren el contrato de fianza, en ejercicio de la potestad normativa creadora que les reconoce el artículo 1255 CC. (**STS de 13 de octubre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—*Agropecuaria Navarra, Sociedad Cooperativa* se comprometió a suministrar a *Fricuenca, S. A.* mil ochocientas reses mensuales durante un año en virtud de contrato celebrado en fecha 6 de marzo de 1997. Asimismo, el día anterior a la celebración de este contrato, *Fricuenca, S. A.* celebró un contrato de fianza con la *Caja de Ahorros de Castilla La Mancha* en virtud del cual ésta garantizaba la deuda de *Fricuenca, S. A.* a favor de *Agropecuaria Navarra* por la compra de ganado. La parte compradora no pagó el precio del ganado suministrado. Por ello, *Agropecuaria Navarra* interpuso demanda contra la *Caja de Ahorros* en reclamación del

pago de la suma a que alcanzaba la fianza. La fiadora se negó al pago alegando que la fianza no era válida, puesto que se había perfeccionado un día antes de hacerlo el contrato que originó la obligación afianzada. Sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cuenca estimó íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Cuenca confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

41. Calificación de los contratos.—No se ha de estar únicamente a lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que, según la naturaleza de la relación creada, sean conformes con la buena fe, los usos y la ley, lo que, en el presente caso, significa que se ha de entender el convenio establecido entre las partes, que los interesados llamaron «cuentas de participación», como una sociedad, pues la modularon de tal manera que habría de ser calificado como una sociedad. «La relación convenida fue la de *sociedad*, y buena prueba de ello es que se formó un fondo común con aportaciones de los interesados y se previó la distribución de los resultados positivos o negativos, es decir, se *pusieron en común bienes, dinero o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias*, tal y como establece el artículo 1665 CC al delinear el tipo básico y general del contrato de sociedad».

Supuesto de novación modificativa.—«La administración del negocio se confirió al demandado mediante un pacto verbal, que constituye una novación modificativa, y que fue unánimemente acordado por los socios, y así ha sido admitido por el propio actor hoy recurrente en la misma demanda, aparte de ser lo coherente con la solicitud de rendición de cuentas, que se realiza con referencia al momento en que se efectuó tal designación». (STS de 15 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor R. A., era copropietario del tercio de un local comercial en el que explotaba un restaurante, con su otro socio, el demandado J. B., que tenía una participación de dos tercios. La relación arrancó de un contrato denominado de «cuentas de participación», suscrito entre ambas partes, en el cual se especificaba que el ejercicio de la actividad del negocio estaría a cargo del actor. Más tarde, la llevanza del negocio se atribuyó al demandado, a su solicitud y por acuerdo verbal. El negocio entró en mala situación económica, habiendo sufrido un incendio y generándose reclamaciones por impago a la Seguridad Social, que en alguna ocasión repercutieron al actor, hecho por el cual las partes entraron en conflicto, y el actor formuló requerimientos para que el demandado rindiera cuentas y se abstuviera de administrar y gestionar el restaurante. La sentencia de primera instancia calificó el contrato como una sociedad mercantil irregular y estimó la demanda en todos sus pedimentos, confirmando al actor la administración del negocio. Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial aunque ratificó la calificación del contrato como sociedad mercantil irregular, declaró haber lugar al recurso interpuesto por el demandado en cuanto a los pronunciamientos sobre gestión y administración del negocio, que entendió, le correspondían por razón de la novación acordada entre ambos socios de forma verbal, y además

por cuanto la función de administrador venía avalada, en el caso, por la mayoría social que el demandado ostentaba. La Audiencia entendió que la mala situación del negocio no permitía concluir que obedeciera al incumplimiento de las obligaciones por el demandado, por lo que no habiéndose solicitado la disolución de la sociedad, no procedía imponer el cese del demandado. El recurso de casación interpuesto por el actor es finalmente desestimado. (E. C. V.)

42. Contrato de arbitraje. Expresión de la voluntad de las partes de someterse a la decisión arbitral.—El artículo 5.1 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje expresa dicha obligación del siguiente modo: «el convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas [...] a la decisión de uno o más árbitros [...]». Este precepto ha sido interpretado por la jurisprudencia (SSTS de 1 de junio de 1999 y 13 de julio de 2000) en el sentido de identificarlo con el consentimiento contractual, «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». Así pues, la «obligación de cumplir la decisión» no es una frase sacramental que deba constar en el convenio arbitral, sino que va implícita e integrada en el consentimiento. Esta interpretación es la más ajustada al espíritu de la mencionada ley, que buscaba la simplificación de formas y la facilitación del arbitraje, en sintonía con su función y respeto al principio de la autonomía privada.

Renuncia al arbitraje. Artículo 11 de la Ley de arbitraje.—La proposición de excepción de arbitraje junto a un incidente de cuantía planteado con carácter subsidiario y simplemente *ad cautelam* no supone la renuncia al arbitraje.

La Sala Primera ha superado la jurisprudencia anterior que mantenía una línea contraria, admitiendo así en el juicio de menor cuantía sin reserva y de forma clara la posibilidad de deducir la excepción de sumisión a arbitraje en el escrito de contestación a la demanda y seguidamente y *ad cautelam* contestar a la cuestión de fondo por si aquella no fuese apreciada (SSTS de 7 y 12 de julio de 2005), sin que dicho proceder procesal implique renunciar a aquella ni someterse a la jurisdicción ordinaria. La tesis contraria, tal y como afirma la STS de 18 de marzo de 2002, atentaría a la tutela judicial efectiva y produciría indefensión a la parte demandada. (STS de 13 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El litigio tiene su origen en un convenio arbitral, contenido en un contrato de opción, del siguiente tenor literal: «Para cualquier discrepancia que pudiera surgir en el otorgamiento del presente contrato, las partes intervinientes, con renuncia al fuero que pudiera corresponderles, se someten a arbitraje de derecho de la Corte de Arbitraje de Valencia».

NOTA.—La presente sentencia resuelve el caso conforme a la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, derogada por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (DD Única).

Los preceptos utilizados por el Tribunal Supremo, artículos 5.1 y 11 de la ley derogada, se corresponden con los artículos 9.1 y 11 de la ley vigente, respectivamente. Las diferencias más significati-

vas, a efectos del presente caso, son: por un lado, que el artículo 9.1 de la ley vigente ha suprimido el adjetivo «inequívoca» que el artículo 5 de la ley derogada acompañaba al sustantivo «voluntad» (de las partes de someterse a arbitraje); por otro lado, mientras que el artículo 11 de la ley derogada establecía que la parte interesada en el arbitraje debía hacerlo valer invocando «la oportuna excepción», el precepto vigente establece que dicha invocación deberá hacerse mediante declinatoria. (B. F. G.)

43. Renuncia al arbitraje.—Conforme a la jurisprudencia más reciente, no existe sumisión tácita a los tribunales aun contestando y reconviniendo si en el mismo escrito se plantea previamente la excepción y se articulan *ad cautelam* las otras peticiones de fondo, pues no aceptar esto sería mermar los derechos de la parte, concertados con la contraria, causándole indefensión y privándole del derecho a la tutela judicial efectiva. (STS de 25 de octubre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La demandada opone la excepción de falta de jurisdicción por sometimiento de las partes a arbitraje y reconviene. El Juzgado acoge la excepción, mientras que la Audiencia la rechaza entrando a conocer la cuestión de fondo.

NOTA.—La presente sentencia resuelve el caso conforme a la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, derogada por la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje (DD Única).

El artículo 11.1 de la ley derogada, utilizado por el Tribunal Supremo para resolver el presente litigio, se corresponde con el artículo 11 de la ley vigente: mientras que aquél establecía que la parte interesada en el arbitraje debía hacerlo valer invocando «la oportuna excepción», el precepto vigente establece que dicha invocación deberá hacerse mediante declinatoria. (B. F. G.)

44. Responsabilidad extracontractual. Competencia de la jurisdicción civil cuando la demanda se dirige contra un Ayuntamiento y otras personas físicas.—Como se trata de reclamación de una indemnización por daños a repercutir en el Ayuntamiento, por causa de las graves deficiencias de los servicios, control y vigilancia de almacenes conteniendo materias peligrosas traducidos en infracciones reglamentarias y de los medios exigidos para el cuidado y vigilancia del almacenamiento de dicho material pirotécnico, reclamación que se hace extensiva a otras personas físicas o jurídicas particulares, debe hacerse una declaración de atribución de la competencia para solventar la presente contienda judicial, a la jurisdicción del orden civil.

La responsabilidad del Ayuntamiento es por conducta omisiva, al no haber actuado con diligencia frente a una actividad peligrosa y notoria.—Ya en el plano de la subsunción jurídica, aquí surge una responsabilidad, derivada de una conducta —la del Ayuntamiento— omisiva puesto que no se ha actuado ajustadamente a una diligencia exigible ante una situación tan peligrosa como es el almacenamiento notorio de material pirotécnico dentro del núcleo urbano, la cual tiene como consecuencia la producción de un evento dañoso el cual ha sido debidamente cuantificado. Con ello se cumplen todos

los requisitos que exige la responsabilidad extracontractual regulada en el emblemático artículo 1902 CC. (STS de 14 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Una compañía aseguradora demandó a varias personas físicas y al Ayuntamiento de Terrassa, en reclamación de cantidad y en virtud de la subrogación por pago al asegurado a consecuencia de la explosión de un almacén de material pirotécnico. Más concretamente, se solicitaba la indemnización por responsabilidad extracontractual por omisión, puesto que los demandados conocían el peligro generado por el almacenamiento de los materiales y no hicieron nada para evitar los daños. Los demandados se opusieron y el Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, absolviendo a una de las demandadas. Interpuesto recurso de apelación, fue desestimado. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación formulado por el Ayuntamiento de Terrassa, que consideraba que la cuestión debería haber sido enjuiciada por la jurisdicción contencioso-administrativa. (*M. C. B.*)

45. Culpa extracontractual: muerte por incendio: recurso de aseguradoras: falta de motivación de la sentencia.—La respuesta judicial guarda plena coherencia con lo pedido en la demanda, consecuencia del debate contradictorio, sin que pueda achacarse a la misma falta de motivación, ya que la Sala no atribuyó al incumplimiento de disposiciones oficiales la causalidad del accidente, sino a la conducta negligente del asegurado; carece de relevancia la cuestión sobre «límites de cobertura», pues la condena se ajusta a los mismos según resulta de los fundamentos de contestación a la demanda, siendo improcedente pedir una explicación de lo que implícitamente resulta del alcance de la condena.

Motivación de la sentencia.—La motivación de la sentencia en abstracto significa dar los argumentos correspondientes al fallo, es decir, la explicación jurídica de la resolución acordada, sin necesidad de una especial extensión, ni de dar respuestas a cada una de las razones que en apoyo de sus pretensiones da la parte (así, SSTC de 10 de julio y 18 de septiembre de 2000, y SSTS de 2 de noviembre de 2001; 1 de febrero y 8 de julio de 2002). Tal motivación concurre en este caso pues basta con expresar los fundamentos fácticos y jurídicos de su decisión, habiéndose declarado por el Tribunal Constitucional que una motivación lacónica y por remisión puede cumplir la exigencia constitucional, siendo doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que las sentencias civiles no han de tener necesariamente un apartado específico de hechos probados, no siendo imprescindible tampoco la cita expresa de preceptos legales.

Muertes por incendio seguido de explosión por causa de claraboya cerrada: relación de causalidad.—Tanto aplicando la teoría de la equivalencia de condiciones, seguida muchas veces por el Tribunal Supremo, como aplicando la teoría de la causalidad eficiente —que ha venido a sustituir en su aplicación a la anterior en la más moderna jurisprudencia—, llegaríamos a la conclusión de que la existencia de la claraboya fue causa de la producción de la explosión; en efecto, aplicando la primera vendríamos a decir que tanto el incendio como la claraboya actúan como causa-condición de la producción del resultado, y de tener en cuenta la segunda habrá que reconocer que el incendio es mera condición sin la cual no se hubiera producido el resultado,

pero no es, por sí mismo, causa del mismo, ya que la causa eficiente es la claraboya cerrada, pues en las plantas del edificio en las que también hubo incendio, pero no acumulación de gases, no se produjo el resultado de muerte. (STS de 27 de septiembre de 2005; no ha lugar.) (G. G. C.)

46. Culpa extracontractual: menor de cuatro años ahogado en alberca no cercada: concurrencia de culpas: responsabilidad del propietario que había arrendado la finca: imputación objetiva.—La Sala de instancia encuentra culposa la conducta omisiva del demandado, pues la alberca se encontraba construida a nivel del terreno, careciendo de todo tipo de vallas protectoras, no existiendo tampoco ninguna valla u otro elemento que circunde y delimite la finca en que se halla situada y que impida el acceso a la misma, la cual queda libre y descubierta en toda su extensión, y aunque reconoce que no existe obligación legal o reglamentaria de protección de la alberca, estima que el propietario está obligado a adoptar todas las precauciones necesarias en evitación de daños. Pero de este modo se acentúa hasta el extremo la diligencia en la previsión de daños y en las medidas o cautelas para evitarlo, más allá de lo que sería exigible en una persona prudente y diligente, sobre todo cuando hay una relación de causalidad difusa entre el comportamiento del presunto agente y el daño, ya se mire a la equivalencia de las condiciones o tratando de establecer la condición ajustada a las leyes de la experiencia jurídica. En este lamentabilísimo suceso, un niño de cuatro años que deambulaba por el campo sin vigilancia alguna, apareció ahogado en una alberca de riego parcialmente llena. La Sala de instancia construye una concurrencia de culpas con un tratamiento causal, como la coincidencia de dos comportamientos susceptibles de un juicio de reprobabilidad; pero esta conclusión está aquí obstaculizada por problemas de imputación objetiva; de una parte, por cuanto no parece darse en el caso una *causalidad adecuada* entre la omisión que se reprocha al demandado y el resultado dañoso; pero, sobre todo, por cuanto no cabría poner el daño a cargo del dueño de la finca en que se hallaba la alberca, puesto que lo impide el grado de comportamiento imprudente o negligente de la víctima, ya que en la configuración del hecho dañoso el control de la situación correspondía la víctima; estaríamos en una hipótesis cercana a la que se ha denominado en la doctrina *competencia de la víctima* (SSTS de 22 de septiembre de 1997, 13 de abril y 25 de septiembre de 1998, 8 de noviembre de 1999, 5 de julio de 2001, 24 de julio de 2002 etc.), dicho sea entendiendo como *víctima*, no al menor sólo, que ha sufrido el daño en su persona, sino a quienes están legitimados para reclamar la indemnización por ser partícipes del dolor, a cuyo *pretium* estamos refiriéndonos. (STS de 6 de septiembre de 2005; ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia (Pte.: Sr. Montés Penadés) que, de una parte, parece suponer un *freno* a la aplicación extensiva de la culpa extracontractual que parecía detectarse en la jurisprudencia de la Sala Primera, y, de otra, parece introducir nuevos parámetros en orden a la imputación causal de los hechos, muchas veces solapada con el requisito de la culpa. Los hechos descarnados de este hecho tan lamentable son que los padres de la víctima eran trabajadores eventuales de un cortijo vecino en que radicaba la alberca; el día de autos todos los familiares fueron a trabajar, y dejaron al niño en casa de unos vecinos en donde se alojaba una señora de edad y

su hijo mayor que recomendó al menor que no saliera solo, no obstante lo cual el menor se ausentó y apareció ahogado en la alberca del mencionado cortijo. El dueño de la alberca aparece como único demandado, lo que probablemente es un fallo de la dirección letrada; consta que había arrendado parcialmente su finca, si bien no quedan claras las obligaciones del arrendatario respecto de la alberca. Parece excesivo, en principio, exigir al propietario, que residía fuera, una previsibilidad total y absoluta sobre eventuales y posibles accidentes susceptibles de producirse en campo abierto. ¿Pero es justo exonerarle de cualquier negligencia, incluso mínima? Por otra parte el descuido de los padres de la víctima en cumplimiento de su deber de vigilancia, resulta evidente, aunque en su descargo cabe observar que nada consta de si trabajaban a destajo, forzados por una apurada situación económica familiar. (G. G. C.)

47. Culpa extracontractual: muerte de peón en obras de asfaltado: culpa exclusiva de la empresa.—Los hechos probados permiten sentar las siguientes apreciaciones: *a)* Ha habido una omisión de medidas de seguridad, vigilancia y cuidado, que de haberse adoptado, con absoluta certeza o al menos gran probabilidad, habrían podido evitar el accidente; *b)* Hay causalidad física o material por cuanto el fallecimiento del operario se produjo como consecuencias de las lesiones producidas al ser arrollado por la máquina compactadora; *c)* Hay causalidad jurídica —atribuibilidad— pues se creó el riesgo del resultado jurídicamente desaprobado y que era previsible dadas las características de las máquinas y forma de desarrollarse el trabajo de las mismas y del operario accidentado, por lo que la falta de las medidas de seguridad aparece como causa próxima y adecuada para producir el daño; y *d)* El juicio de reproche subjetivo recae sobre la empresa demandada, dueña o concesionaria de la obra, y para quien trabajan la máquina compactadora y el operario fallecido, y, por consiguiente, la que incurrió en la falta de diligencia de no ordenar las medidas de seguridad, bien en la máquina, o bien mediante la vigilancia de otro operario que avisase al conductor de aquella o al operario que hacía la labor de relleno de las oquedades o baches de la situación específica de peligro.

Se rechaza la culpa exclusiva de la víctima.—Es equivocada la conclusión de la sentencia de instancia de que el accidente se produjo por la culpa exclusiva del operario accidentado, no resultando acertada la apreciación de estimar suficientes las medidas de vigilancia y que las circunstancias no aconsejaban un tercer empleado: esta afirmación pertenece al ámbito de la *quaestio iuris*, de modo que las circunstancias tomadas en cuenta por el juzgador de instancia no permiten sostener la conclusión a que llega; la intervención del compañero de trabajo del accidentado —que gritó y trató de cogerle por el chaquetón— no aporta ningún elemento elocuente porque se dedicaba a otro trabajo; y el hecho de que el accidente transcurrió después de dos horas de iniciarse la jornada laboral, incidiendo en el rutinario ejercicio de tareas habituales permiten, más bien una valoración en contra del recurrente, porque cabe muy razonablemente entender que precisamente en la rutina, y cuando se lleva tiempo de trabajo y acecha el cansancio es cuando más se deben extremar las medidas de seguridad y vigilancia, especialmente cuando se opera con máquinas susceptibles de causar daños, y tanto más si lo hace marcha atrás y sin control de su piloto respecto de dicha zona.

Concurrencia de culpas: moderación de la indemnización.—Ha habido también una importante contribución al evento por descuido y falta de atención del trabajador accidentado, por lo cual se reduce la cuantía de veinticinco millones de pesetas a diez millones, distribuyéndose en cuatro millones para la viuda y seis entre los hijos a repartir por partes iguales. (STS de 28 de octubre de 2005; ha lugar.)

NOTA.—La sentencia extractada ha sido muy cuidada en su redacción (Pte.: Corbal Fernández) que ofrece la siguiente descripción de los hechos probados en el FD 2.º: «El trabajo del operario señor M.A. se desarrollaba en el espacio de terreno que se iba produciendo entre dos máquinas en movimiento, una de ellas extendidora de conglomerado asfáltico y la otra un rodillo compactador, y consistía en ir recogiendo con una pala de mano conglomerado para ponerlo en las oquedades del firme a fin de ser compactadas seguidamente por el rodillo, quedando de tal manera allanada y lisa la superficie del asfaltado. El rodillo circulaba marcha atrás, sin control visual alguno de su conductor respecto de la zona de circulación que iba invadiendo, pues el mismo debía prestar toda su atención a que la máquina se deslizará correctamente por la línea lateral del arcén a fin de evitar el vuelco, no existiendo más mecanismo de visión que el acústico —un pitido—, y sin que ninguna persona controlara el desarrollo del trabajo de las máquinas, entre las que sólo había una distancia de tres o cuatro metros, con el consiguiente riesgo de que en un descuido pudiera ser arrollado el operario, como así sucedió».

La demanda interpuesta por la viuda en nombre propio y de sus hijos menores, en reclamación de veinticinco millones pesetas en contra de la empresa concesionaria de las obras, su aseguradora, el capataz y el conductor de la máquina que arrolló a la víctima, fue desestimada íntegramente en ambas instancias. El Tribunal Supremo estima sólo en parte el recurso, condenando a la empresa y a su aseguradora. Es plenamente de aprobar la argumentación utilizada para eliminar la responsabilidad *exclusiva* por parte de la víctima, pero lo es menos convincente la breve caracterización que se hace de la conducta de ésta como *importante descuido y falta de atención*, en esa penosa y desacertada actividad laboral que se ha descrito tan gráficamente y que, no se demuestra, haya sido planificada y organizada por la víctima, sino que debe presumirse impuesta por el capataz. Justicia tardía (al cabo de doce años después del accidente), pero ¿completa? (G. G. C.)

48. Culpa extracontractual: muerte del obrero en accidente laboral: defectos del recurso.—Aunque el principio de la unidad del ordenamiento permita la utilización de las normas vigentes, sea cual sea su naturaleza, para lograr una interpretación coherente del mismo, el recurso de casación se funda en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico que sean aplicables para resolver el concreto litigio (art. 1692 LEC derogada), de manera que constituye doctrina jurisprudencial que los motivos del recurso debe fundamentarse en la infracción de normas civiles o mercantiles (SSTS de 18 de febrero de 1993 y 6 de marzo de 2003), por lo que tratándose de una deman-

da sobre responsabilidad extracontractual deben aplicarse los artículos 1902 y 1903 CC.

Responsabilidad del empresario subcontratista: dependencia: artículo 1903 CC.—La STS de 31 de diciembre de 2003 ha declarado que la Sala tiende a objetivar la responsabilidad civil del empresario, aproximándola a una responsabilidad fundada casi sin más en el riesgo, lo que no evita la exigencia de una rigurosa prueba del nexo causal al enjuiciar la responsabilidad civil del empresario (STS de 9 de julio de 2003). Es doctrina reiterada que para poder atribuir la obligación de responder por el hecho de los empleados, debe poder imputarse al contratista la responsabilidad en la producción del daño cuando existe una relación de dependencia, de modo que el subcontratista no era autónomo sino que el contratista se había reservado la vigilancia o la participación en los trabajos encargados a aquél (SSTS de 20 de diciembre de 2006, 12 de marzo de 2001, 16 de mayo y 22 de julio de 2003, entre otras). En el presente caso se considera probado que en el contrato celebrado por el primer subcontratista con el segundo, constaba una cláusula en cuya virtud éstos asumían la responsabilidad en cuanto la realización de las obras, y se preocuparían de las medidas de seguridad e higiene; por ello hay que excluir la responsabilidad de los primeros subcontratistas demandados al faltar claramente la relación de dependencia exigida en el artículo 1903 CC.

Responsabilidad del subcontratista por culpa *in eligendo*: subcontratación.—En los modernos tratamientos sobre responsabilidad por daños causados por actividades empresariales se tiende a considerar que el riesgo inherente a determinadas actividades debe ser asumido por quien recibe el provecho o la utilidad del contrato y más cuando para la realización de las actividades a que se haya comprometido, elige a un subcontratista sin controlar la capacidad y aptitud del mismo para llevar a cabo de forma adecuada y segura las actividades que se había comprometido a ejecutar en virtud del contrato. La contratación de otras empresas sirve para que el contratista pueda cumplir con la obligación asumida frente al dueño de la obra, y de ahí el concepto de subcontrato que ha expresado esta Sala en S de 27 de noviembre de 2003. En el presente caso la subcontratista-contratante debió obrar con la diligencia propia del empresario, y al optar por una empresa que ni tan sólo tenía asegurados a sus empleados, que dejó de observar las medidas de seguridad exigidas por tratarse de una obra de riesgo (reparación de cubierta de nave industrial), y que, además, era insolvente, incumplió su obligación *in eligendo*; de ahí que responda solidariamente con la comunidad de bienes que ejecutó las obras. Esta responsabilidad no se comunica al dueño de la obra que no tenía ninguna capacidad ni poder de decisión sobre forma de realización de la misma, ni al primer contratista al no existir relación de causalidad entre su actuación con el primer subcontratista y el daño ocasionado a los actores por muerte de su padre y esposo, habiendo declarado esta Sala que aquél ha de ser objeto de prueba rigurosa. (STS de 18 de julio de 2005; ha lugar.)

NOTA.—Solución jurisprudencial plenamente de aprobar (Pte.: Encarnación Roca Trías) por salir al paso de un clamoroso fraude laboral en perjuicio de las víctimas de accidentes laborales. En la cadena de subcontrataciones aparece una *singular* empresa (en forma de comunidad de bienes) que realiza las obras y asume todas las responsabilidades de la ejecución ... pero que ni siquiera da de alta a sus operarios en la Seguridad Social y resulta insolvente;

inútil para los perjudicados resultará que aquélla acumule sentencias condenatorias penales y laborales sobre los mismos hechos. Al cabo de dieciseis años del hecho luctuoso la viuda y la hija van a recibir, cada una de ellas, la modesta indemnización de seis millones de las antiguas pesetas Justicia tardía ¿sigue siendo justicia? (G. G. C.)

49. Culpa extracontractual: paseo turístico a caballo: lesiones graves de clienta alemana por caída: actividad de riesgo.—Los hechos básicos consisten en el ejercicio del paseo a caballo del que derivó el accidente, alquilándose dos yeguas para ser montadas durante dicho paseo, ofrecidos a sus huéspedes como una de las actividades del complejo hotelero, una de aquéllas para ser montada por la actora que resultó accidentada, y la otra por una compañera suya, mostrando la primera un mayor conocimiento sobre la monta, del que carecía la última, lo que así se hizo saber, estando concertado el paseo con guía o monitor ocurriendo el accidente en un camino preparado para esta actividad al tropezar la yegua con alguna piedra o piedras, cayendo al suelo su montura, produciendo a la actora traumatismo cráneo-encefálico grave, con edema cerebral importante, precisando intervención urgente, sin que todavía haya sido dada de alta. La monta de caballos en recorrido constituye una actividad deportivo-festiva de cierta peligrosidad, por lo que el centro turístico que la ofrece impone animales suficientemente domesticados y preparados, siendo el recorrido por camino privado acotado y con la vigilancia de un guía. Está probado que la yegua que montaba la lesionada se adelantó, marchando sólo por propia voluntad, mientras que el guía cumplió con su deber de atender preferentemente a la persona que carecía de experiencia.

Falta de prueba.—No puede aceptarse, tras partir de los escasos hechos probados, el recurso a la objetivación de la culpa, pues en este caso no nos movemos en el ámbito del artículo 1905 CC, ya que el poseedor del animal responsable no lo sería el dueño que lo arrendó sino el que lo montaba, que es el que lo debe dirigir, por sí o compartiendo tal actuar con el guía. No debe olvidarse que entre las partes medió un contrato de arrendamiento de cosa y de servicios, aunque esta Sala viene a anudar a ambas clases de responsabilidades unas mismas pautas y exigencias, si bien cabría menos en la contractual, la responsabilidad objetiva o por riesgo, que en la extracontractual. Ahora bien, en ningún caso se autoriza o exige el carácter inicial objetivista total de la culpa exigible, por lo que en este caso no se aprecian motivos de responsabilidad civil para los demandados participantes en el evento, sin que quepa aplicar la teoría de la asunción del riesgo que se da en ciertas pruebas deportivas de excesivo riesgo, que no concurre aquí. (STS de 10 de octubre de 2005; ha lugar.)

NOTA.—Los hechos ocurren en Palma de Mallorca en el verano de 1993 y la sentencia firme se dicta pasados doce años de sucedidos aquéllos, cuando se ignora, incluso, si ha curado la turista alemana lesionada (carece de representación procesal ante el Tribunal Supremo por jubilación del procurador), o, eventualmente, si pudiera haber fallecido (aunque no consta su edad). A la vista de este fallo, cabría interrogarse: ¿es verdaderamente una *jurisprudencia europea* la que está dictando la Sala Primera...? ¿no sería más bien,

un mal ejemplo para animar a los turistas extranjeros a no veranear en nuestro país? Por lo demás los hechos versan sobre una actividad facultativa que, junto a otras, se ofrece abundantemente en nuestros complejos hoteleros a los millones de turistas que cada verano visitan nuestro país. Pese a lo que dice la sentencia extractada, un recorrido a caballo, por itinerario acotado con guía, no parece actividad de riesgo, ya que si un único monitor se revela insuficiente, es obvio que el empresario debe proporcionar los necesarios (esta modalidad de responsabilidad no se incluye, por ej., entre las analizadas por Orti Vallejo, *Responsabilidad en la explotación y prácticas de actividades de riesgo*, en el *Tratado de responsabilidad civil* [coord. Reglero Campos], 2002, pp. 1357 ss.) Por lo demás se echa de menos la invocación y aplicación al caso de la Ley de 1984 pues se trataba sin duda de un contrato de servicio ofrecido a consumidores. (G. G. C.)

50. Culpa extracontractual del Notario autorizante: infracción del artículo 175 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado.—La sentencia de la Audiencia Provincial condenó al Notario demandado, en uno de los dos procesos acumulados, a indemnizar a la demandante en ambos, como acreedora del vendedor de un inmueble, en los daños causados a la misma por haber autorizado la escritura de compraventa sin cumplir previamente el deber de solicitar del Registro de la Propiedad, dando lugar con ello a que los compradores hubieran sido considerados terceros protegidos por la fe pública registral, en aplicación del artículo 34 LH, y les hubiera sido inoponible un embargo constituido sobre el inmueble vendido, antes de la venta y en garantía de la satisfacción del crédito de la actora. El RD 2537/1994, de 29 de diciembre, con la finalidad de evitar los fraudes de la contratación inmobiliaria y alcanzar la mayor seguridad jurídica en ese ámbito, potenció la colaboración entre Notarías y Registros de la Propiedad, para lo que dio nueva redacción al artículo 175 del RN de 1944, e incorporó al RH de 1947 el artículo 354.a. El artículo 175.1 RN dispone que el Notario, antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de bienes inmuebles o de constitución de un derecho real sobre ellos, deberá solicitar del Registro de la Propiedad que corresponda la información adecuada, mediante un escrito con su sello que podrá remitirse por cualquier procedimiento, incluso telefax. El otorgamiento de la escritura deberá realizarse dentro de los diez días naturales siguientes a la recepción por el Notario de la información registral. La prueba de la relación causal entre la acción omitida por el Notario y el daño causado a la demandante se ha logrado en el proceso, dado que: *a*) la información registral debía haberla pedido el recurrente antes del otorgamiento de la escritura, acto éste que tendría que haberse realizado dentro de los diez días naturales siguientes a la recepción por el Notario de aquella información; *b*) en ese espacio y tiempo en el que debería haber pedido el Notario la información registral, el asiento de presentación, con el contenido que establece el artículo 249 LH, no había caducado; y *c*) el Registrador de la Propiedad, de haber sido requerido, hubiera dado, bajo su responsabilidad, información no sólo de los datos del folio registral de la finca, sino también del contenido de los asientos de presentación concernientes a ella y practicados en el Libro Diario antes de la remisión, según el artículo 354.

a.2 RH. Es evidente que, de haber conocido esa información, los adquirentes no hubieran podido ser considerados terceros hipotecarios, al faltarles la buena fe, que, como recuerda la STS de 18 de febrero de 2005, consiste en el desconocimiento de la inexactitud registral (elemento psicológico) y en no haber podido conocer la situación real desplegando la diligencia exigible en el caso (elemento ético). (STS de 26 de octubre de 2005; no ha lugar.) (G. G. C.)

51. Culpa médica: omisión de la prueba de toxoplasmosis: *lex artis ad hoc*: falta de prueba.—La demanda se basa en las gravísimas secuelas que afectaron a la hija de los actores como consecuencia de la asistencia médica prestada durante el embarazo por el demandado, estando de acuerdo ambas partes en que aquéllas fueron consecuencia de la *toxoplasmosis* contraída durante dicho período y transmitida al feto; controversia que las sentencias de ambas instancias resuelven en sentido contrario a los demandantes al estimar acreditado que no era posible llegar a una conclusión razonable sobre si en el actuar profesional del demandado ha ocurrido algún tipo de culpa o negligencia, dado el hecho y sus consecuencias, los informes y premisas obrantes en autos y la falta de datos que evidencien de una forma objetiva la concurrencia del elemento culpabilístico, con especial mención del informe pericial emitido por un especialista en obstetricia y ginecología, que con rotundidad y contundencia dictaminó que la atención durante el embarazo se ajustó a la *lex artis* y su actuación fue correcta desde el punto de vista profesional. El recurso se basa en una errónea valoración de la prueba, sin citar ninguna norma legal que lo fundamente, y sin la revisión del elemento fáctico que toma en consideración la resolución recurrida no es posible concluir que el médico no respetó dicha ley para establecer en su vista un criterio de imputación, sea con base en el artículo 1902, o en el artículo 1104 CC.

Confesión del demandado: falta de práctica por culpa de la misma parte.—Se denuncia que no fue practicada la prueba de confesión judicial del médico demandado, pero ello lo fue por no hallarse en su domicilio, sin que ninguna falta de diligencia pudo achacarse a la Audiencia desde el momento en que se dejaron inactivos siete de los diez días concedidos para su práctica por causa exclusivamente imputable a la parte que ahora denuncia la infracción; no puede alegarse indefensión porque ésta tiene que ser material, real y efectiva, y no meramente formal, y nada se alega que hubiera resultado decisiva en orden a modificar el sentido del fallo, o, acaso, otro si la prueba se hubiera practicado. (STS de 19 de julio de 2005; no ha lugar.) (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

52. Derecho de propiedad. Contenido.—El derecho de propiedad, según se desprende de lo dispuesto por el artículo 348 CC, presenta como caracteres propios ser un derecho: *a)* unitario; *b)* general y abstracto, en cuanto comporta la existencia de facultades indeterminadas sobre la cosa pues abarca todas las que no hayan sido excluidas, sin que consista en una mera suma de facultades (S de 2 de octubre de 1975); *c)* elástico, ya que, en caso de existir algún derecho real que la limite, la facultad que el mismo

comporta la recupera el propietario cuando dicho derecho real se extingue (S de 27 de junio de 1991); *d*) exclusivo, pues permite excluir del goce a los demás incluso si su uso es inocuo; y *e*) perpetuo, pues dura mientras exista el objeto (S de 20 de mayo de 1993).

Acción reivindicatoria. Efectos.—La acción reivindicatoria permite al propietario exigir del mero poseedor o detentador sin título, o con título que haya de decaer frente al del actor, la restitución de la cosa en condiciones tales que no comporten limitación alguna en el ejercicio del derecho de uso y goce característico de la propiedad, cuando tal limitación no está amparada en la Ley, como pueden serlo elementos e instalaciones que indebidamente se han colocado sobre ella. (STS de 24 de octubre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Interpuesta acción reivindicatoria por don J. P. M. contra el Ayuntamiento de Bermeo, se solicita la declaración de propiedad y posesión en concepto de dueño, a favor del actor, de determinados locales y planta baja de un edificio, y la condena a la parte demandada a cesar en la ocupación y el uso de determinadas partes de dichos locales, a reintegrar al demandante la posesión de las mismas y a deshacer todas las obras y construcciones realizadas en ellas, reponiéndolas al estado anterior a la ocupación.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, y la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la demandada, revocando en su totalidad la sentencia apelada, ante el hecho constatado del cese, por ésta, en la posesión y ocupación de los terrenos en litigio, aunque no se hayan reintegrado en su estado originario por mantenerse las obras e instalaciones realizadas.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declara haber lugar, casando y anulando la sentencia recurrida. (R. D. R.)

53. Naturaleza y función de la tercería de dominio.—La tercería de dominio es una incidencia del juicio ejecutivo principal —no un proceso autónomo—, a instancia de tercero y frente al ejecutante y ejecutado, que persigue de modo exclusivo la liberación del derecho embargado en virtud de un título con idoneidad y entidad bastante para obtener el alzamiento total o parcial de la traba. Como consecuencia de tal naturaleza y función, no cabe acumular a la tercería, o pretender a través de la misma, pretensiones ajenas a su finalidad única y exclusiva; y así lo ha declarado la Sala Primera del Supremo en relación con la acción destinada a lograr la nulidad del procedimiento de embargo, o cuando se ha tratado de discutir en la tercería la naturaleza y caracteres del aval prestado por el ejecutado o de impugnar la existencia de una hipoteca sobre el inmueble controvertido.

El contrato privado de compraventa no transmite por sí solo el dominio.—Si bien es cierto que la fecha de un documento privado queda advenida por su presentación en una oficina pública, sin embargo, el contrato privado de compraventa carece de efecto traslativo del dominio si no media la tradición o entrega de la cosa, pues sólo genera un título obligacional de entrega, un *ius ad rem* que no resulta protegido por la tercería de dominio. (STS de 18 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Compañía Española, J.N.K.* promueve ante el Juzgado de Primera Instancia procedimiento de embargo preventivo respecto de dos viviendas de la tercera planta de un edificio que están inscritas en el Registro de la Propiedad a favor de don B. M. A. En el mismo Juzgado de Primera Instancia se incoa juicio ejecutivo en el que se ratifica dicho embargo preventivo y se despacha ejecución. Don J. M. T. N. y doña A. M. H. promueven demanda de tercería de dominio en cuanto a los bienes embargados en los autos de embargo preventivo y, con carácter previo, también formulan recurso de nulidad de actuaciones respecto de dicho procedimiento, por considerar que en el mismo se ha incurrido en diversas irregularidades en relación con la prestación de fianza y en relación con los terceros poseedores de buena fe. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y declara no haber lugar a alzar el embargo, ya que, por una parte, ni el contrato privado de compraventa de dichas viviendas de 4 de noviembre de 1991, entre el deudor ejecutado y los terceristas, ni su presentación a Oficina Pública a efectos de obtener la autorización gubernativa el 6 del mismo mes, suponen tradición determinante de la adquisición del dominio por parte de los compradores posteriormente terceristas. Además la escritura pública de compraventa se otorga en la tarde del 24 de enero de 1992, y el embargo se practica a las doce horas treinta minutos del mismo día, e incluso la anotación preventiva es anterior a la escritura pública pues tuvo entrada en el Registro de la Propiedad a las trece horas veinte minutos. La sentencia de la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por los compradores terceristas, confirmando íntegramente la resolución de primera instancia. Los terceristas interponen recurso de casación articulado en dos motivos, el primero relativo a la nulidad de actuaciones y el segundo a la tercería de dominio. (A R. G.)

54. Naturaleza y función de la tercería de dominio.—Durante tiempo se ha venido manteniendo por la jurisprudencia que la tercería de dominio es una acción reivindicatoria en la que se sustituye la recuperación de la posesión por el alzamiento del embargo. Pero la verdadera naturaleza de la tercería de dominio es de acción declarativa de propiedad cuyo objeto es tanto la declaración de propiedad a favor del demandante-tercerista como el levantamiento del embargo.

Función de la casación.—Una reiterada jurisprudencia señala que la casación no tiene la función de revisar los hechos y analizar la prueba practicada; no es una tercera instancia y por ello no revisa el soporte fáctico declarado en la sentencia de instancia, sino que su función es controlar la correcta aplicación del ordenamiento jurídico. Derivado de lo anterior, no cabe en casación partir de hechos distintos de los que ha declarado acreditados la sentencia de instancia, pues ello sería tanto como pretender la revisión de la actividad probatoria y, en especial, de la valoración de la prueba practicada en la instancia, que corresponde exclusivamente a ésta. (STS de 20 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña A. M. X. B. ejercita acción de tercería de dominio respecto a una finca rústica que adquiere en escritura pública de compraventa de fecha de 7 de abril de 1993 (que inscribe en el Registro de la Propiedad el 27 de septiembre de 1993) y sobre la que se traba embargo en fecha de 8 de junio del mismo año. La tercería de dominio se ejercita frente a la entidad que promueve el embargo en juicio ejecutivo, *Auxiliar Ibérica, S. A.* y frente a la parte ejecutada en el mismo, un particular casado en aquel momento con la tercerista, a la que transmite la finca, aunque después consta su separación legal por sentencia de 29 de enero de 1999. La sociedad anónima contesta a la demanda de tercería y formula reconvencción en la que, además de ejercitar la acción pauliana, solicita la declaración de nulidad de la compraventa por simulación absoluta. La sentencia de la Audiencia Provincial, revocando totalmente la dictada en primera instancia, emplea la prueba de presunciones (basada en hechos tales como la relación conyugal entre la tercerista y el transmitente, la inmediatez de fechas entre la transmisión y el vencimiento de letras de cambio de que era avalista el transmitente, la falta de cambio real de situación posesoria, la ausencia de prueba del pago por la esposa), y llega a la conclusión de que el título en que el tercerista funda su acción carece de validez por ser simulado, por lo que desestima la demanda de tercería y estima la reconvencción. Contra la sentencia de la Audiencia se formulan sendos recursos de casación por la tercerista y el transmitente del bien codemandado en la tercería, y los motivos alegados en uno y otro se reducen a idénticas cuestiones: la valoración de la prueba de presunciones, la validez de la compraventa y la no existencia de la simulación.

NOTA.—Reiterada doctrina jurisprudencial suele calificar la acción de tercería de dominio como una acción declarativa de dominio cuyo objeto es doble: por una parte, la declaración de propiedad a favor del tercerista y, por otra, el levantamiento del embargo. Pero esta concepción de la tercería de dominio no cabe ya mantenerla en la actualidad tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000. En la propia Exposición de Motivos se advierte que «*la tercería de dominio no se concibe ya como proceso ordinario definitorio del dominio y con el efecto secundario del alzamiento del embargo del bien objeto de la tercería, sino como incidente, en sentido estricto, de la ejecución, encaminado directa y exclusivamente a decidir si procede la desafección o el mantenimiento del embargo*». Además el artículo 595 de la citada ley establece que la legitimación activa en la acción de tercería de dominio ya no se circunscribe a quien es propietario del bien embargado, sino que se extiende al titular de otros derechos, distintos al de propiedad, que por disposición legal expresa puedan oponerse al embargo del bien. Pese a ello, el Tribunal Supremo, y un ejemplo claro es la presente resolución, sigue afirmando en muchos pronunciamientos, tras la LEC 2000, que la acción de tercería es una acción declarativa de dominio (véase sobre el particular la monografía de Montero Aroca, J. y Flors, J.: *La tercería de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 57 ss.). (A. R. G.)

55. Condición de tercero del tercerista como presupuesto inexcusable para el éxito de la tercería de dominio.—Reiterada doctrina jurisprudencial señala que un presupuesto imprescindible para la estimación de la tercería de dominio es que el tercerista sea verdaderamente un tercero, es decir, una persona distinta de la embargada y que sea el titular del derecho de propiedad de la cosa embargada, de manera que si no es tal tercero, sino que viene a ser la misma persona ejecutada en el propio juicio ejecutivo, no tiene el menor sentido la tercería. (STS de 18 de octubre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Doña S. Q. R. promueve acción de tercería de dominio contra la entidad *Hazcan, S. A.* y contra don J. N. R., pidiendo que se declare que el inmueble embargado en el juicio ejecutivo iniciado por la entidad mercantil es de su exclusiva propiedad y que se decrete el levantamiento y cancelación del embargo sobre el citado inmueble. El acreedor ejecutante y codemandado en la tercería, la entidad *Hazcan, S. A.*, formula reconvencción pidiendo que se declare la nulidad de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por el matrimonio formado por la tercerista y don J. N. R. (codemandado en la tercería). El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta por la tercerista y también la demanda reconvenzional presentada por la entidad mercantil. Contra dicha sentencia tanto doña S. Q. R. como la entidad *Hazcan, S. A.* interponen recurso de apelación. La Audiencia estima la demanda interpuesta por la tercerista, declarando su dominio sobre el inmueble y alzando el embargo, pero desestima el recurso interpuesto por la entidad mercantil. Esta última interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo. (A. R. G.)

56. No toda infracción formal es susceptible de producir indefensión.—En este caso no se consigue deducir la lesión del derecho fundamental alegado (tutela judicial efectiva) de la falta de una prueba que no resulta decisiva por no aportar nada que pueda considerarse definitivo para la resolución de la presente litis, ni permite tampoco deducir consecuencias distintas de las que se han puesto de relieve por la Sala de apelación.

Los contratos de compraventa otorgados por Urbesa no transmitieron la propiedad de los diferentes pisos y locales.—Sino que sólo generaron obligaciones por parte de los vendedores y de los compradores, puesto que los pisos aún no existían en el momento del otorgamiento de los mencionados contratos (art. 1450 CC).

No habiéndose producido la entrega de la posesión porque no se ha otorgado aún la escritura pública.—Hay que estar de acuerdo con la sentencia de la Audiencia cuando señala que «mediante esos contratos privados de compraventa, los compradores no adquirían la propiedad sino que sólo podían exigir al vendedor que se las entregaran en las condiciones pactadas en los mismos».

Al tiempo del otorgamiento de las escrituras de segregación, obra nueva y división horizontal y su modificación, la otorgante Urbesa era la única propietaria, de manera que estaba facultada para efectuar «las rectificaciones que tuviere por conveniente».—Y ello sin perjuicio de los derechos que correspondían a los compradores según las cláusulas específicas de los contratos de compraventa, que afectaban solamente al piso o local

objeto del contrato (S de 23 de marzo de 2004 en un caso muy parecido al que es objeto del recurso).

Además, los propios contratos privados autorizaban a Urbesa para determinar aquella parte del objeto de la compraventa que era indeterminada cuando se otorgaron los mencionados contratos.

No puede considerarse infringida la doctrina que deriva de las sentencias que se refieren a alteraciones producidas unilateralmente por el vendedor cuando estaba ya constituido el régimen de propiedad horizontal en el momento en que empezaron a venderse los diferentes pisos.— Cosa que no sucede en el presente caso por las razones aducidas en los anteriores Fundamentos. (STS de 22 de septiembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Urbesa vendió, mediante documento privado y antes de hacer declaración de obra nueva y constituir el régimen de propiedad horizontal, los pisos futuros de un edificio que se proponía construir. En los contratos privados se incluía la cláusula habitual mediante la cual los adquirentes autorizaban a la promotora a otorgar por sí sola declaración de obra nueva y división horizontal, modificarlas si fuera necesario, fijar las cuotas, constituir servidumbres para el mejor disfrute del inmueble, redactar los Estatutos, y delimitar los elementos comunes que estimara conveniente. Otorgada la mencionada escritura y modificada luego, por ser necesaria una segregación al alterarse el proyecto constructivo, la promotora procedió a otorgar las escrituras de venta, con aceptación de todos los propietarios excepto uno que se negó por entender que las características del inmueble no coincidían con las constantes en el contrato privado. En reunión de la comunidad de propietarios, celebrada a instancia del comprador que rechazó el otorgamiento de escritura a su favor, se decidió demandar a la promotora para que adaptara lo construido al proyecto originario subsanando todos los defectos de construcción, y al acreedor hipotecario en cuanto se viera afectado por esas obras. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, planteada por la comunidad y el comprador que rechazó la escritura, la Audiencia Provincial confirmó la decisión del Juzgado, porque la promotora había sido autorizada por los compradores para hacer las modificaciones objeto de litigio y porque las mismas sólo afectaban a los elementos comunes y estaban justificadas por las vicisitudes de la obra. Contra esta última resolución los demandantes interpusieron recurso de casación.

NOTA.—La sentencia presentada contiene lo que podríamos denominar, con los debidos respetos y comprendiendo el volumen de trabajo que nuestros tribunales han de afrontar y el reducido tiempo de que disponen para ello, una acumulación de argumentos en buena medida descoordinados e, incluso, claramente contradictorios, hasta el punto de convertir en imposible empresa la deducción de cuál es su verdadera *ratio decidendi*, o el grupo de casos al cual resulta aplicable su doctrina.

Para comenzar se afirma que los contratos otorgados por la promotora no transmitieron la propiedad a los compradores porque los pisos aún no existían en el momento de su otorgamiento; pero luego se atribuye esa falta de transmisión de propiedad a la falta de entrega derivada de que no se hubiera otorgado aún la escritura pública;

¿en qué quedamos?, ¿es la falta de escritura, o la inexistencia actual de la cosa futura, lo que determina que el contrato no transmita la propiedad? La cuestión no es baladí, porque la consideración de los adquirentes de pisos futuros como propietarios, ante la falta de privilegio alguno para sus créditos, tortura a la doctrina; y la admisión de tal «propiedad» en los tres primeros párrafos del artículo 13 del RH, cuando se trataba de la inscripción registral de la permuta de suelo por obra, provocó la declaración de ilegalidad de dichos párrafos en la STS de (Sala 3.^a), de 31 de enero de 2001, por ser solución contraria a nuestro sistema legal de transmisión de la propiedad y derechos reales.

Afirmada la propiedad de Urbesa pese a las ventas formalizadas en documento privado (aunque no sepamos si por falta de escritura o falta de piso), tampoco llegamos a saber si su legitimación para otorgar y modificar la obra nueva y división horizontal se debe a que sigue siendo propietaria, a la autorización que le confieren los compradores en los contratos privados de compraventa, o a la acumulación de ambos requisitos. Imposible, por consiguiente, otorgar carácter de Jurisprudencia a la sentencia comentada, salvo cuando concurren las mismas circunstancias: permanencia de la condición de propietario único porque los pisos eran futuros y porque, además, la venta no se documentó en escritura pública (de otro modo quizá hubiera propiedad sobre cosas futuras transmitidas en documento público), y autorización expresa a la promotora para realizar esas actuaciones (porque sin ella quizá no bastara su condición de «propietaria única»).

Pero aún hay que añadir otro requisito para que la promotora pueda hacer esas cosas sin consentimiento de los compradores: que las ventas se perfeccionen antes de otorgar el título constitutivo de la Propiedad Horizontal, porque si las ventas se hacen después, la autorización para que la promotora lo modifique por sí misma no sería, al parecer, eficaz. Naturalmente no se indica si basta el previo otorgamiento del título constitutivo o también se requiere su inscripción registral (para que pueda generar alguna expectativa calificada en los compradores), ni cuál puede ser la razón lógica que niega virtualidad a la autorización expresa para modificar un título preexistente a la perfección del contrato de compraventa, al tiempo que otorga eficacia a la que se confiere también para modificar el título que sea otorgado tras dicha perfección (en ambos casos se trata de modificar un título constitutivo previo); ni, por supuesto, qué solución aplicar cuando una parte de las ventas se perfeccionan antes de otorgar el título constitutivo y otra parte de ellas se perfeccionan después.

Podríamos continuar y apuntar soluciones acerca de la necesidad de diferenciar entre las modificaciones impuestas por el planeamiento urbanístico y la normativa sobre edificación y las que no lo son, en lugar de hacer hincapié en que las planteadas sólo se referían a elementos comunes, especialmente cuando los modernos complejos inmobiliarios pueden hacer que esas zonas comunes incidan fundamentalmente en el valor de los elementos privativos: piénsese en las piscinas y gimnasios comunitarios, atribución del uso privativo de toda o parte de la cubierta a determinados propie-

tarios, etc. Pero cuando las sentencias carecen de cierta lógica argumentativa, su análisis en profundidad siempre resultará insatisfactorio. (*L. M. L. F.*)

57. Precario. Liquidación por mejoras útiles.—Cuando los propietarios permiten la posesión por un tercero de sus bienes y la realización por éste de mejoras en dichos bienes, sin existir ninguna relación contractual entre ambos y sin que ninguna actuación judicial se produzca contra dicha situación, el régimen de liquidación del estado posesorio que se aplica, para abonar dichas mejoras al poseedor, es el establecido en el artículo 453 CC. Por tanto, los gastos necesarios se abonan a todo poseedor, pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan, teniendo también ese derecho de retención el poseedor de buena fe en cuanto al abono de los gastos útiles o mejoras. Pues bien, es un hecho evidente que las obras ejecutadas tienen el carácter que se demanda de mejoras útiles y de acondicionamiento, ya que, de conformidad con lo estipulado verbalmente por las partes, se hicieron para transformar lo que la sentencia califica de «destartalado local» en un restaurante en pleno funcionamiento y como tal redundan en utilidad de la propiedad, que incorpora a la finca un instrumento nuevo y provechoso de explotación que sin duda va a aumentar su utilidad y rendimiento económico más allá del que obtenía con la simple explotación agraria una vez que la recupere, de tal forma que si no fuese indemnizado se produciría una situación de enriquecimiento injusto en perjuicio de quien acometió dichos gastos. (**STS de 25 de octubre de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—Interpuesta demanda por los actores, don P. G. R y don M. G. G., contra doña I. LL. M y doña E. LL. M., se solicita: por el primer actor, liquidación por mejoras efectuadas en una finca rústica, tras el término de arrendamiento rústico, y el derecho de retención de la finca hasta el abono de dicha indemnización, y por el segundo actor indemnización por mejoras útiles efectuadas en la misma finca, con consentimiento de los propietarios, pero sin relación contractual alguna entre ellos, e, igualmente, derecho de retención hasta el efectivo abono de la indemnización.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación y condena a la parte demandada a abonar como indemnización por mejoras, la suma de 850.000 pesetas previa compensación de las rentas, que, en su caso, procedan por la explotación de la finca, con el límite del valor de los alquileres adeudados, respecto del primer actor. Asimismo, condena a los demandados a abonar, al segundo actor, la cantidad de 24.633.500 pesetas previa deducción del valor correspondiente al alquiler de mercado hasta la fecha en que se produzca la devolución de la posesión de la totalidad de la finca, desestimando el resto de los pedimentos.

Interpuesto recurso de casación por el segundo actor, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, declarando el derecho a retener la posesión de la finca hasta el abono del importe de la indemnización por mejoras. (*R. D. R.*)

58. Procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria (art. 131 LH): incumplimiento de requisitos formales que no provocan la nulidad del procedimiento.—El Tribunal Supremo señala que cuando no pueda acompañarse la demanda con la primera copia de la escritura pública de constitución de la hipoteca, dicho requisito formal se cumplimentará presentando una certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca. (STS de 13 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Las entidades *B., S. A.*, e *IB, S. A.*, en su condición de deudores de un préstamo, constituyeron una hipoteca sobre una finca a favor de la entidad financiera, *BCI, S. A.* (acreedor).

En noviembre de 1975 el citado crédito fue cedido por el acreedor (*BCI, S. A.*) a la entidad *FCM, S. L.*, y ésta a su vez lo cedió a doña *A. F. D.*

En octubre de 1990, don *J. A. O. M.* adquiere el dominio de la finca hipotecada, en virtud de un contrato de compraventa.

Don *J. A. O. M.* interpone una demanda contra doña *A. F. D.*, solicitando se dicte sentencia por la que se declaren, entre otras cuestiones, las siguientes: *a)* la nulidad del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Amposta (Tarragona), y en su caso, la nulidad del Auto aprobatorio del remate y adjudicación; *b)* que se declare la nulidad de cualquier inscripción registral que, teniendo su origen en el citado procedimiento judicial de ejecución, se practique en el Registro de la Propiedad núm. 2 de Amposta (Tarragona) respecto de la finca registral núm. 9.329; y *c)* que se fije en la sentencia la cantidad adeudada del préstamo garantizado con la hipoteca que se pretende ejecutar.

La parte demandada contesta a la demanda y formula reconvencción, suplicando se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de la compraventa contenida en la escritura pública de octubre de 1990, así como la nulidad y cancelación de la inscripción 8.^a de la finca registral núm. 9.329 del Registro de la Propiedad núm. 2 de Amposta (Tarragona).

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y la reconvencción formulada por la parte demandada. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Provincial lo desestima. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante.

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

En relación con los documentos que en la actualidad hay que acompañar a la demanda de ejecución hipotecaria, el artículo 685.2 LEC establece que «a la demanda se acompañará el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de la ejecución, [...]». En el caso de ejecución sobre bienes hipotecados o sobre bienes en régimen de prenda sin desplazamiento, si no pudiese presentarse el título inscrito, deberá acompañarse con el que se pre-

sente certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca». (M. J. P. G.)

59. Contraposición entre la presunción *iuris tantum* del artículo 38 LH y la presunción inatacable derivada del artículo 34 LH a favor del tercero hipotecario.—En el caso opera la presunción *iuris tantum*, que razonablemente se destruye en la sentencia impugnada al acreditarse que el edificio en cuestión no forma parte de los colegios transferidos a la Comunidad Autónoma.

No puede alegarse la usucapión *secundum tabulas*.—Porque la inscripción posesoria no produce esos efectos y la de dominio no se produce hasta el año 1991, porque los bienes de dominio público son imprescriptibles, y porque la posesión la ha tenido y la mantiene el Estado desde hace más de cuarenta años.

El Estado, al tratarse de bienes de dominio público.—Es titular del bien en cuestión y es poseedor del mismo y por ello está amparado para el ejercicio de la acción declarativa comprendida en el artículo 348 CC.

El requisito del título adquisitivo no se identifica necesariamente con la constancia documental del hecho generador.—Sino que equivale a prueba de la propiedad de la cosa en virtud de causa idónea para dar nacimiento a la relación en que el derecho real consiste. (STS de 19 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El Abogado del Estado planteó demanda contra la Universidad de Santiago de Compostela, solicitando la declaración de que determinada finca era propiedad del Estado adscrita al Consejo Superior de Investigaciones Científicas, así como la modificación de las inscripciones dominicales, practicadas a favor de la demandada en 1991 y por transformación de una inscripción posesoria verificada en 1870. La finca litigiosa es un edificio construido a principios del siglo XVIII como Biblioteca anexa del Palacio de Fonseca, integrando ambos edificios una sola finca registral y habiendo sido incluido el mencionado Palacio de Fonseca en la relación de bienes y derechos transferidos a la Comunidad Autónoma de Galicia en virtud del Real Decreto 1754/1987; sin embargo desde «hace muchos años» el edificio litigioso viene funcionando como edificio independiente destinado a servicios estatales no universitarios, habiéndose comprobado la supresión «no reciente» de toda comunicación con el Palacio de Fonseca. En primera instancia se desestimó la declarativa de dominio, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado. La Universidad de Santiago de Compostela interpuso recurso de casación alegando, fundamentalmente, la vulneración de la presunción de veracidad de la inscripción registral, ya que el edificio litigioso forma una sola finca registral con el Palacio de Fonseca, y la carencia de título del Estado para interponer la acción ejercitada.

NOTA.—El litigio se plantea entre dos administraciones públicas, afecta a dos intereses también públicos, versa sobre la titularidad de un bien de dominio público, y, por si todo ello fuera poco, la «referencia fundamental» para resolver la cuestión sometida a

debate consiste en interpretar el alcance de un acto administrativo: el Real Decreto 1754/1987, de 18 de diciembre, de traspaso de competencias y servicios; naturalmente, la situación posesoria existente en el momento de la promulgación del mencionado Real Decreto podrá ser considerada, entre otros aspectos, como criterio orientador de su correcta hermenéutica, pero todas las coordenadas sitúan el conflicto en el ámbito de la Jurisdicción contencioso-administrativa, al menos si se piensa que la sistematización del Poder Judicial en órdenes jurisdiccionales diversos sigue teniendo algún sentido; el hecho de que existan inscripciones registrales que hayan de modificarse en virtud de la resolución judicial no puede utilizarse como argumento para resolver las cuestiones sobre Jurisdicción competente, porque dichas inscripciones están bajo la salvaguardia de los Tribunales que tengan competencia para resolver la cuestión litigiosa sustantiva, no solamente de los integrantes del Orden Jurisdiccional Civil. Por todo ello resulta chocante que nadie alegara la incompetencia de jurisdicción, pero creemos que debería haber sido estimada de oficio por los tribunales. (L. M. L. F.)

60. Rectificación del asiento registral: legitimación pasiva (art. 40 LH).—Cuando la rectificación registral se solicite judicialmente es preciso que la demanda se dirija «contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho». En relación con esta cuestión, el Tribunal Supremo señala que no se encuentran en la situación del antepenúltimo párrafo del artículo 40 LH, los sujetos que con anterioridad hubieran sido propietarios de la finca cuyo asiento registral se pretende rectificar (en este sentido, STS de 7 de febrero de 1998).

Litisconsorcio pasivo necesario: fundamento.—Reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 8 de noviembre de 2002, 6 de mayo de 2003 y 1 de abril de 2004) afirma que el fundamento del litisconsorcio pasivo necesario se encuentra en que la decisión ha de afectar a terceros con un interés legítimo y directo y que no se da el litisconsorcio respecto de terceros que puedan verse afectados con carácter reflejo. (STS de 13 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *CCB, S. A.*, adquirió el 71 por 100 de la finca registral núm. 22.213, sita en la Parroquia de Nuestra Señora de Jesús, del término municipal de Santa Eulalia del Río, en la isla de Ibiza, junto con la entidad *KTV, S. L.*, que adquirió el 29 por 100 del dominio restante. La adquisición de la propiedad por ambas entidades se realizó mediante Auto de adjudicación dictado por un Juzgado de Primera Instancia de Barcelona en un procedimiento sumario de ejecución de la hipoteca constituida unilateralmente por la entidad *K., S. A.*, a favor de varias entidades financieras.

K., S. A., mediante escritura pública había agrupado varias fincas hasta dar lugar a la mencionada finca registral núm. 22.213. Una de las fincas agrupadas había sido objeto de un expediente de dominio, determinándose que la extensión de la finca era de 122.980 m², y no de 29.049 m², extensión consignada en la inscripción registral.

Posteriormente, las entidades *CCB, S. A.*, y *KTV, S. L.*, mediante escritura pública extinguieron el condominio sobre la finca registral núm. 22.213, que se habían adjudicado en el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, mediante la segregación de una parcela, que recibió la entidad *KTV, S. L.*, quedando el resto de la finca en poder de la entidad *CCB, S. A.*

La compañía mercantil *CCB, S. A.*, interpone una demanda contra la entidad *K. S. A.*, y contra cualquier otra persona que se considere con cualquier derecho de propiedad sobre los terrenos que componen la mencionada finca registral núm. 22.213, con la finalidad de que se declare, entre otras cuestiones, las siguientes: a) la existencia de un error en la inscripción 1.ª de la citada finca registral, en concreto en lo que se refiere a la cabida, pues la suma de las superficies de las seis fincas agrupadas era de 334.141 m² en el momento de realizarse la agrupación y se asignaron únicamente 240.210 m²; b) la procedencia de la modificación de la superficie, ajustándola a la existente en la actualidad en 93.931 m²; y c) la procedencia de expedir mandamiento judicial al Registro de la Propiedad, para que tengan acceso al Registro las mencionadas modificaciones.

La entidad demandada fue declarada en rebeldía, aunque compareció en los Autos don E. L. L., contestando a la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia estimó de oficio la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, y sin entrar en el fondo del asunto, desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial lo estima y revocando la sentencia de primera instancia, estima la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don E. L. L. (*M. J. P. G.*)

DERECHO DE FAMILIA

61. Presunción de ganancialidad: prueba en contra.—La jurisprudencia de esta Sala ha insistido de forma reiterada en el rigor de la presunción de ganancialidad contenida en el artículo 1361 CC. Ahora bien, ello no quiere decir que dicha presunción no pueda ceder ante la prueba en contrario, según dispone el artículo 1251 del propio texto legal, y por ello declarado por el Tribunal de instancia, a partir de la valoración de los documentos bancarios que analiza, con el complemento de los actos propios de la recurrente, que la misma refiere, haciendo suya la de instancia, que no aparece acreditado que las sumas inventariadas en la testamentería de doña C. F. proceden de las imposiciones a plazo fijo y cuentas corrientes de ahorro de quien fue su esposo, don S., y que aun admitiéndolo existe un conjunto de elementos de prueba indiciarios, que permiten entender que las sumas de las referidas cuentas no tenían carácter ganancial o de tenerlo, la recurrente y su madre decidieron excluirlas del acervo ganancial y atribuir las como propiedad exclusiva de la segunda, estos hechos son vinculantes para este Tribunal porque no han sido atacados de la forma adecuada (hipotético error en la valora-

ción de la prueba con indicación del precepto probatorio que se estima infringido), razón por la que no se ha cometido la infracción denunciada en el primer motivo formulado al amparo del artículo 1692.4 LEC, por infracción de los artículos 1361, 1249 y 1250, todos ellos del CC, procediendo por ello su desestimación.

Omisión de bienes en partición: doctrina de los actos propios.—Con reiteración ha señalado esta Sala que 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 autolimita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (SSTS de 16 de septiembre de 2004, 25 de octubre y 28 de noviembre de 2000; SSTC 73 y 1987, 1988), declarando asimismo que sólo pueden merecer aquella 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 (SSTS de 10 de mayo de 1989, 28 de enero y 9 de mayo de 2000, 13 de marzo de 2003 y 30 de enero de 2004), lo que no puede predicarse en los supuestos de error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia (SSTS de 22 de septiembre y 10 de octubre de 1988), habiendo señalado la S de 16 de marzo de 2001, citando la de 14 de julio de 1997, que en casos de no inclusión de bienes gananciales en las operaciones liquidatorias de los mismos tal circunstancia carece de intensidad jurídica suficiente para destruir la presunción de ganancialidad establecida, ya que ni siquiera constituye acto propio vinculante, pues procede en todo caso su complemento o adición. Y es el caso, también, que al margen de la valoración que merezcan los actos de quien casi ocho años después de liquidar conjuntamente con su madre los bienes existentes al fallecimiento de su padre, viene a reclamar los depósitos bancarios de los que éste era titular y que no fueron objeto de inventario y partición en su día, el motivo prescinde de la base fáctica de la sentencia de instancia, en donde se acude a los actos propios como simple complemento resolutivo, pues no son sólo estos actos los que sirven para destruir la presunción de ganancialidad, sino los demás a los que se ha hecho referencia, en conjunción con otras deducciones sobre la falta de una convincente justificación por parte de la demandante de la omisión en el inventario de una partida tan importante de dinero como la que se reclama. (**STS de 27 de octubre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña C. R. F. era hija de don S. R., casado con doña C. F., ésta viuda y con una hija, doña M. T. F. Falleció don S. habiendo instituido heredera universal a su hija, doña C., y a su esposa usufructuaria universal. Doña C. R. F. y su madre suscribieron escrituras de liquidación de la sociedad de gananciales y de manifestación de herencia respecto de su esposo y padre, respectivamente, que completaron con otra posterior por olvido involuntario de algunos bienes. Fallecida su madre, doña C. R. F. litiga contra su medio hermana, doña M. T. F., con la pretensión de que se excluya del caudal relicto la parte que correspondía a su padre del dinero existente en las cuentas bancarias de la difunta al tiempo de su muerte. Las sentencias de primera y segunda instancia desestimaron la demanda al entender que la suma de dinero en cuestión o bien no tenía naturaleza ganancial o bien, teniéndola, debía ser excluida del acervo ganancial para atribuirla a doña C. F. —la

madre— mediante las precedentes transacciones y compensaciones con los demás bienes, siendo especialmente significativo que ni en la relación de bienes hecha por madre e hija para el pago del impuesto de sucesiones, ni en las escrituras ya vistas se incluyeran las partidas reclamadas. No hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

62. Gananciales: responsabilidad de los bienes comunes por obligaciones extracontractuales de los cónyuges: artículo 1366 CC.—Don A.,

administrador de la sociedad *Discuber, S. A.* se puso en contacto con el hoy actor, don Oscar para informarle que la mencionada sociedad iba a ampliar capital, ofreciéndole adquirir la cualidad de socio mediante la aportación de quince millones de pesetas cosa que el actor efectuó, sin que después se cumpliera dicho ofrecimiento ni se le reintegrara la cantidad. El acreedor obtuvo sentencia condenatoria contra la sociedad en 1992, que devino firme si bien no pudo ejecutarse por ser insolvente. Don O. demandó individualmente a los administradores de *Discuber*, que fueron condenados solidariamente por la Audiencia Provincial de Burgos en 1995. En diciembre de 1991 don A. y su esposa disuelven la sociedad de gananciales y pactan la separación de bienes. Acto seguido la esposa constituye hipotecas por supuestas deudas a favor de su madre y de una cuñada sobre inmueble recibidos en aquella. Don O. demanda a don A., a su esposa doña L., y a los otros parientes intervinientes, para que se declarase que esta última respondía del pago de las obligaciones a que su marido fue condenado, y asimismo que se declarasen simulados los préstamos y subsiguientes hipotecas por ser negocios fraudulentos. La pretensión fue estimada en ambas instancias, recurriendo en casación. La Sala Primera estima más adecuado considerar que la obligación de don A. como responsable solidario de la deuda de la sociedad *Discuber, S. A.* debe regirse por el artículo 1366 CC, pues se trata de una responsabilidad extracontractual en sentido amplio, al no tener su origen en un contrato, sino que se trata de una indemnización de daños y perjuicios originada por los artículos 133 y 135 LSA, y que, además, ha sido beneficiosa para la sociedad de gananciales puesto que su importe ha servido para pagar deudas anteriores surgidas de préstamos a la sociedad, consistente en avales asumidos por los referidos esposos.

La excepción representada por el dolo o la culpa grave.—No es válido hacer valer el dolo o culpa grave del marido para exonerar a la sociedad de gananciales, pues el artículo 1366 CC no permite disminuir las garantías del acreedor, sino que frente al tercero funcionará la responsabilidad de la sociedad de gananciales con independencia de las acciones que los cónyuges tengan entre ellos para el reembolso de lo pagado que no debiera ir a cargo de la sociedad. La conclusión es que el patrimonio ganancial resulta responsable de la deuda contraída por el marido frente al actor porque la actuación que la ha generado ha sido beneficiosa para la propia sociedad conyugal.

Aplicación del artículo 1401 CC.—Tratándose de una deuda de la sociedad de gananciales contraída antes de su disolución, los capítulos matrimoniales que disuelven la sociedad de gananciales y establecen la separación de bienes entre los cónyuges no son oponibles a los terceros acreedores, que, de acuerdo con el artículo 1401 CC, podrán dirigirse contra los bienes adjudicados al cónyuge no deudor.

Actos en fraude de acreedores: legitimación del perjudicado.—El actor está interesado por ser acreedor en virtud de obligación contraída antes de la celebración de los contratos que han sido declarados nulos y rescindibles por fraude, por lo cual debe considerársele legitimado a los efectos del ejercicio de las correspondientes acciones de nulidad. (STS de 25 de octubre de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—El supuesto de hecho posee cuantos ingredientes precisa un caso práctico ilustrativo de la responsabilidad de los bienes gananciales por las deudas contraídas por uno de los cónyuges en interés y beneficio de la comunidad. Se parte de una empresa que tiene dificultades financieras, y un caballeroso *mirlo blanco* a quien, con malas artes, convence uno de los administradores de aquella para que aporte quince millones de pesetas, a principios de los años 90 del siglo pasado, con el compromiso de integrarle como miembro en la misma. Es previsible lo sucesivo: la aportación se hace efectiva pero no así el compromiso de la contraparte; la demanda contra la sociedad beneficiaria es estimada pero infructuosamente por declararse ésta insolvente; la acción dirigida contra el administrador avisado logra igualmente éxito, pero se demora lo suficiente (con apelación incluida) para darle tiempo a intentar *salvar de la quema* su patrimonio inmobiliario adjudicándose a su esposa en sospechosa escritura de separación de bienes, la cual se apresura a hipotecarlo a favor de familiares próximos por deudas inexistentes. Parece justo que el *benefactor* ingenuo recupere su aportación, al cabo de más de trece años y tener que interponer tres demandas (Pte.: Encarnación Roca Trías). Sentencia plenamente de aprobar en ajustada argumentación que, sin embargo, deja abiertas a la discusión doctrinal algunas cuestiones.

En relación con el artículo 1366 CC nos dicen Lacruz y sus continuadores que la oscuridad del propio texto y el indudable, aunque desdibujado, parentesco de este precepto con la interpretación jurisprudencial del derogado artículo 1410.3 CC, favorecen las profundas discrepancias doctrinales que se manifiestan en torno a este artículo 1366 CC. No hay acuerdo en cuanto al ámbito material mismo de la expresión *obligaciones extracontractuales*, pues en tanto que para una corriente deben entenderse comprendidas las nacidas de culpa o negligencia (*ex art. 1902*) y las derivadas de responsabilidad objetiva (*ex art. 1903*) (De Los Mozos); para otra, la idea del legislador ha sido incluir en este precepto todas aquellas obligaciones que no tienen su origen en un contrato (Torralla Soriano). El contexto normativo y la referencia en el precepto no sólo a la actuación en ámbito de la administración de los bienes, sino también en beneficio de la sociedad conyugal, propician el mantenimiento de la tesis ampliada (Rams Albesa en Lacruz *ed altri, Elementos*, IV [Madrid 2002] p. 216). Orientación que sigue también la sentencia extractada en el 2.º FD.

En relación con el inciso final del artículo 1366 CC nos dicen aquellos autores que tampoco es pacífico el alcance que debe reconocerse al dolo o culpa grave del deudor; para unos juega como verdadera excepción subjetiva respecto de la responsabilidad del patrimonio ganancial (Díez-Picazo y Gullón; también Peña y Ber-

naldo De Quirós, en *Com. Ministerio Justicia*, II, p. 699), en tanto que para otros sólo tiene relevancia en la distinción entre cargo-responsabilidad definitiva y responsabilidad provisional: el dolo o culpa grave excluyen el cargo, pero no la responsabilidad provisional de los bienes gananciales (Giménez Duart), lo que, concluyen Rams Albesa-Lacruz (*op. et loc. cit.*), parece verosímil a la vista de los antecedentes inmediatos del precepto. Doctrina esta última que asume igualmente el fallo. (G. G. C.)

63. Gananciales: aval prestado por la esposa: el marido carece de la cualidad de tercero en acción de tercería sobre bienes embargados de carácter ganancial y por deudas gananciales.—La tercería fue interpuesta por el marido, a quien por fallecimiento sustituyó una hija, alegando que no había intervenido en la operación de afianzamiento efectuada por su esposa, ni tuvo conocimiento de la misma, ni fue notificado de la interposición del procedimiento ejecutivo, ni de la traba de bienes gananciales que en el mismo se practicó. El núcleo de la cuestión litigiosa se contrae a resolver si procede, o no, alzar dicha traba en el procedimiento ejecutivo seguido contra la esposa como fiadora solidaria en una póliza de préstamo mercantil. Es doctrina reiterada que la tercería de dominio se basa en el dominio de los bienes embargados al deudor que han de corresponder al tercero que demanda. Esta condición no puede predicarse del demandante inicial en esta causa, habida cuenta de la composición del capital social de la entidad afianzada y de la finalidad del préstamo que se establece en la sentencia impugnada. El caso es idéntico al resuelto por STS de 28 de septiembre de 2001, en el que la sociedad avalada era una compañía familiar que desenvolvía su negocio en la órbita de la sociedad ganancial de la que resultaba beneficiaria de las actividades negociales positivas que se desarrollaban; en el presente caso se trata de deuda derivada de la actividad comercial desplegada por el marido, en su condición de administrador único y socio mayoritario de la sociedad familiar dicha, vigente el régimen de gananciales, lo que la hace deuda común, pues la esposa conocía perfectamente las actividades comerciales que desarrollaba su esposo, constituyendo medio económico para el sustento de la familia. En la misma línea SSTS de 11 de abril de 1972, 2 de julio de 1990 y 14 de septiembre de 2001. (STS de 7 de julio de 2005; no ha lugar.) (G. G. C.)

64. Gananciales: extinción por divorcio: comunidad postganancial: inaplicabilidad de los artículos 1375 y 1377 CC.—Presupuesto para solicitar autorización judicial de enajenación de la vivienda de ambos cónyuges es que sea titularidad conjunta de ambos y que se encuentre vigente el régimen de gananciales; lo que no es el caso, puesto que si bien el piso pertenece en copropiedad a ambos y su uso fue atribuido a la actora en sentencia previa de divorcio que produjo la disolución del régimen matrimonial vigente hasta dicho momento, se trata de una sociedad de gananciales disuelta y no liquidada y, en concreto, de un bien que dejó de integrar dicha sociedad para formar parte de lo que se conoce como comunidad postganancial, la cual dejó de regirse en cuanto a la disposición de los bienes por las normas propias de la misma, para hacerlo por las de la comunidad de bienes, por lo que no cabe entender infringidos los artículos 1375 y 1377 CC.

Invocación irrelevante de los artículos 404, 1062 y 1410 CC.—La disolución acordada por sentencia de divorcio no es nula por no ir seguida de la

liquidación, pero aquí la contienda no surge en las operaciones liquidatorias de la sociedad, ni como consecuencia de la acción de división, que no se ejercita, por lo que no es posible denunciar la inaplicación de unas normas que no fueron invocadas en la demanda y que tampoco tienen incidencia directa en la cuestión litigiosa, por lo que resulta intrascendente que la recurrente haga referencia a ellas. El artículo 1410 CC no puede aplicarse al período transitorio de la llamada comunidad postganancial, que constituye una comunidad distinta integrada por una serie de bienes de la que son titulares ambos ex cónyuges, para la que no se contempla ninguna suerte de autorización judicial supletoria para su enajenación. (STS de 10 de julio de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar (Pte.: Auger Liñán) que acoge la doctrina mayoritaria. Lacruz y sus colaboradores han profundizado en esa situación – más frecuente de lo que cabría imaginar – en la que, disuelta la sociedad, no se procede a la disolución, aunque probablemente se da menos después de un divorcio que por muerte de un cónyuge. En este caso la pretensión fue desestimada en ambas instancias además de rechazarse la casación; parece más bien un defecto de dirección letrada (últimamente Lacruz *ed altri*, *Elementos*, IV, nueva ed. a cargo de Rams Albesa, Madrid 2002, pp. 257-261, esp. p. 259). (G. G. C.)

65. Filiación no matrimonial: inscripción realizada en 1935: valor de la misma como acta de nacimiento y como reconocimiento de filiación no matrimonial: legislación material vigente al tiempo de la inscripción.—Hay que distinguir entre la eficacia de la inscripción como acreditativa del hecho del nacimiento y la que se le haya de atribuir en orden a la determinación de la filiación no matrimonial. La redacción del artículo 131 CC, vigente al tiempo de la inscripción, disponía que *el reconocimiento de un hijo natural deberá hacerse en el acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público*, y el artículo 51 de la Ley de Registro Civil de 15 de junio de 1870 señalaba que *respecto de los recién nacidos de origen ilegítimo [entre los que se integraban los llamados hijos naturales] no se expresará en el Registro quienes sean el padre ni los abuelos paternos, a no ser que el mismo padre, por sí o por medio de apoderado con poder especial y auténtico, haga la presentación del niño y la declaración de su paternidad*. En el presente caso consta en la inscripción de nacimiento que la misma se practica en el Registro Civil del Distrito de la Inclusa, que el alumbramiento tuvo lugar en el inmueble núm. 66, piso 2.º, de la calle Mesón de Paredes de Madrid, y que la inscripción se practica *en virtud del oficio del Director del benéfico establecimiento en dicha finca instalado*.

Ausencia de reconocimiento paterno: infracción del artículo 132 CC. El reconocimiento de un hijo extramatrimonial constituye un negocio jurídico unilateral, irrevocable, formal y constitutivo del *status* de hijo; y siendo así que en el caso presente, no efectuado el reconocimiento por testamento o por otro documento público, dicho reconocimiento únicamente podría derivarse de la constancia en la inscripción de nacimiento de la filiación paterna, lo que requería que se efectuara por el propio padre ante el Encargado del Registro Civil la declaración correspondiente, que no consta efectuada. Así la inscripción, en cuanto expresiva de la filiación paterna, resultaba contraria a lo dis-

puesto en el artículo 132 CC (redacción originaria) puesto que el mismo impedía al padre o a la madre, que hicieran reconocimiento separado del hijo, revelar el nombre de la persona con la que lo hubieran tenido ni expresar ninguna circunstancia por donde pueda ser reconocida, prohibiéndose a los funcionarios públicos la autorización de documento alguno en que se faltara a dicho precepto. En consecuencia, no cabe reconocer valor a tal constancia registral en cuanto a la determinación de la filiación paterna como se sostiene en la demanda –que no interesa la declaración en base a otros medios y sí únicamente en base a los propios datos de la inscripción– y se reconoce en la sentencia impugnada, lo que conduce a estimar los motivos del recurso, casando la citada sentencia. (STS de 19 de octubre de 2005; ha lugar.)

NOTA.–Fallecido el presunto padre en la década de los noventa sólo cabe atribuir a una deficiente dirección letrada el fracaso de la acción dirigida al reconocimiento de un hijo, llamado entonces natural, nacido en 1935. Una deficiente inscripción del supuesto reconocimiento paterno –dado por bueno, sin embargo, en ambas instancias– debió ser sustituida por la prueba del ADN sobre los restos del difunto cuyo resultado puede resultar concluyente a efectos de reconocer la paternidad no matrimonial. El Ponente (señor Salas Carceller) parece haber prescindido del criterio interpretativo amplio que estableció la STS de 7 de julio de 2004 en relación con la legislación preconstitucional en materia de filiación; en todo caso, parece difícil dar al texto original del artículo 132, párrafo 1.º, CC un sentido más favorable a las pretensiones de la parte actora para dar por probado el reconocimiento. Véase también la STS de 16 de marzo de 2005, en un caso extremo con mínimo apoyo fáctico (hija nacida de una supuesta relación sentimental en los años veinte del siglo pasado). (G. G. C.)

66. Filiación no matrimonial: declaración de paternidad: menor abandonada bajo la tutela de la Comunidad de Madrid, entregada en adopción: negativa a la práctica de pruebas biológicas: valoración conjunta de indicios.–Ha existido una evidente obstrucción, tanto por parte de la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, como de los padres adoptivos, a que tuviera lugar la prueba hematológica, no concurriendo ninguna causa que justifique la negativa a tal práctica. Es cierto que la doctrina del Tribunal Constitucional requiere que la medida judicial que ordena realizar las pruebas biológicas, debe guardar una debida proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad y en la integridad a la que sirve, sin olvidar que la investigación de la paternidad es un fin constitucionalmente protegido (art. 39.2 CE), pero se puede concluir que en este caso no se da una desproporcionalidad, so pena, en caso contrario, de hacer estéril el sistema. La negativa no constituye una *ficta confessio*, pero la doctrina de esta Sala ha sido recogida en el artículo 767.4 LEC. 2000 en el sentido de permitir al tribunal declarar la filiación reclamada siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios; tales indicios deben ser reveladores de la existencia de relaciones íntimas entre los padres al tiempo de la concepción o que permitan, en el orden natural y social de las cosas, formar una convicción razonable para declarar la realidad de la paternidad-filiación. En el presente caso se

exponen ampliamente en la sentencia del Juzgado, asumidos en la de la Audiencia, a lo que debe añadirse que los padres de la menor (el actor y la supuesta madre) son de origen africano –nigeriano y angoleño–, y que el actor poseía la certificación del facultativo que asistió al parto, así como fotos en que aparece con una menor, todo lo cual muestra la conveniencia de practicar la prueba biológica, con la que se habría conseguido una certeza que a nadie puede causar perjuicio. La consideración aislada de cada uno de los medios probatorios antes citados no permitirían concluir con la declaración de paternidad reclamada, pero la conjunción de todos estos elementos indiciarios hace entrar en juego el artículo 135 en relación con el 127 del derogado texto del CC, y actualmente recogido en los apartados 3 y 2 del artículo 767 LEC. 2000, y con ello el éxito de la acción mediante la realización de un proceso deductivo lógico, apreciación que pertenece al ámbito de la función soberana de la instancia y que no sólo no resulta arbitrario o irrazonable, sino que es coherente y conforme al recto sentido de entender y suceder las cosas.

Nullidad de actuaciones suscitada por los padres adoptivos: mal planteada y ausencia de indefensión.—El recurso interpuesto por los adoptantes de la menor está mal planteado y debió ser inadmitido. En todo caso cabe decir que en el proceso no se produjo la más mínima indefensión, y sus derechos e intereses resultaron plenamente protegidos por las actuaciones del Ministerio Fiscal, de la Comisión de Tutela de la Comunidad Autónoma de Madrid y del propio órgano jurisdiccional. (STS de 27 de octubre de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia llamativa por la solución aparentemente en contradicción con el artículo 180.4 CC, cuyo supuesto de hecho en los autos adolece de no pocas lagunas que obligan a una penosa y difícil reconstrucción. Es cierto que la menor nació el 20 de septiembre de 1989, habiendo cumplido, por tanto, los 16 años al pronunciarse sentencia firme. Surge la pregunta: ¿con quien ha convivido hasta ahora? Se intuye verosímelmente que fue abandonada al nacer por sus progenitores, pasando a la tutela *ex lege* de la Comisión de Tutela de la Comunidad Autónoma de Madrid, sin que el padre haya convivido en algún momento durante ese período con la hija. No consta la fecha de la constitución de la tutela, pero cabe inferir que fue anterior a 1996, fecha de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en este proceso. En ningún momento procesal comparece la presunta madre, siendo declarada su rebeldía. Resulta extraño acusar a un organismo oficial de un propósito obstruccionista a la justicia para que no se practique en el caso la prueba hematológica ¿no se debería presumir que actúa siempre en interés del menor? No consta la prueba de ser la madre una mujer angoleña, más bien parece que a la demandada se le atribuye una identidad ficticia o aproximativa. El origen africano de los progenitores parece también una deducción gratuita ¿por qué la madre no podía ser ecuato-guineana con nacionalidad española, o acaso hispano-americana?

Pero ¿se ha producido, en realidad, inaplicación del artículo 180.4 CC? No afectar a la adopción previamente constituida significa que ésta subsiste con todos sus efectos en el Registro Civil. La doctrina aclara que la subsiguiente determinación legal de la filia-

ción biológica del adoptado no creará vínculos familiares con la familia de sangre así conocida (así Lacruz op. et vol. cit. p. 404). Tal situación es ciertamente la que se deduce de la eficacia de los pronunciamientos judiciales aquí recaídos. En efecto, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia se limita a declarar el vínculo de filiación no matrimonial entre el actor y la menor, rechazando expresamente las restantes peticiones (entrega de la menor a su padre biológico; nueva inscripción en el Registro). Triunfo pírrico pues el actor recibe una satisfacción moral con esta sentencia, pero sin trascendencia efectiva, pues se le niega la entrega de la hija, y parece que ni siquiera podrá solicitar un derecho de visita respecto de ella ¿Está justificado haber roto la paz de la familia adoptante y de la propia hija que la sentencia declara serlo biológica del actor? Con todo, al llegar a la mayoría de edad la hija podrá decidir mantener, o no, relaciones de trato con su progenitor legal, además las que ha mantenido con sus adoptantes. El artículo 180.4 CC merecería, sin duda, mayor atención por parte de la doctrina. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

67. Interpretación del testamento. Testamento ológrafo posterior que complementa el testamento notarial anterior: determinación de las cuotas de los herederos.—Abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo considera: *a*) que en la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador (SS de 1 de febrero de 1988 y 9 de octubre de 2003, entre otras muchas); *b*) que la interpretación de los testamentos es competencia de los tribunales de instancia siempre que se mantenga dentro de límites racionales y no sea arbitraria, y que sólo puede ser revisada en casación cuando las conclusiones son ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la ley (SS de 14 de mayo de 1996, 30 de enero de 1997, 21 de enero de 2003, entre otras); *c*) que en la interpretación del testamento debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador, y que sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto (como ya anunciaban las SS de 9 de junio de 1962 y 23 de septiembre de 1971 y que continúan las SS de 18 de julio de 1991, 18 de julio de 1998 y 23 de febrero de 2002, entre otras).

Con relación a la discutida cláusula del testamento ológrafo, la Sala de instancia llega a conclusión lógica utilizando el elemento gramatical a que viene obligada (art. 675 CC): interpreta que la institución de heredero se refiere a los bienes inmediatamente descritos anteriormente, y no a otros que poseyera la testadora, y que hay una distribución en seis partes, porque a sus sobrinos, hijos de sus hermanas F., A. y E., no los llama por estirpes, sino individualmente (lo que se deduce de la expresión «a las personas siguientes»), mientras que la séptima parte se atribuye a la estirpe de su hermano P. (lo que se deduce de la expresión «Y la parte correspondiente a mi hermano P.»).

No ofrece dudas la atribución por parte de la Audiencia de naturaleza codicilar al testamento ológrafo, puesto que pueden mantenerse ambos testamentos en el momento en que en el ológrafo figura claramente la expresa voluntad de la testadora de la subsistencia del anterior y se hace referencia a grupos de bienes distintos (S de 7 de mayo de 1990).

Si alguien pretende que el sentido literal del testamento no coincide con la voluntad del testador, debe acreditar cumplidamente esta circunstancia, porque el artículo 675 CC y la jurisprudencia parten de la presunción de que las palabras empleadas por el testador reproducen fielmente su voluntad. (STS de 18 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. C. S. R. otorgó testamento abierto ante Notario en 1984, en el que instituía herederos en todos sus bienes por séptimas e iguales partes a las siguientes personas: 1) su cuñada, viuda de su hermano P., en usufructo vitalicio, y los seis hijos de éstos, por iguales partes en la nuda propiedad; 2) su sobrino P., hijo de su hermana F.; 3) su sobrino Pablo, hijo de su hermana Francisca; 4) su sobrino J. A., hijo de su hermana E.; 5) su sobrina A., hija de su hermana A.; 6) su sobrino Jerónimo, hijo de su hermana A.

La misma causante otorgó un testamento ológrafo en 1986, que fue debidamente protocolizado. En él se refería a las cantidades, valores y objetos depositados en un determinado Banco de Suiza, consignando el número de cuenta y de la caja fuerte, y ordenaba que se distribuyeran a partes iguales entre las siguientes personas: P. y P., hijos de su hermana F.; A. y J., hijos de su hermana A.; E. y J. A., hijos de su hermana E.; y la parte correspondiente a su hermano P. habría de repartirse entre sus hijos que son: Á., P., M.^a J., P., B. y M.^a Á.

Los seis sobrinos (P., P., A., J., E. y J. A.), hijos de F., A. y E., interponen demanda contra los otros seis, los hijos de P., pretendiendo que se declare la existencia de siete partes respecto de los bienes referidos en el testamento ológrafo. Los demandados formulan reconvencción, alegando la existencia de doce partes en dichos bienes, tantas como personas son nombradas en el testamento ológrafo como herederos.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima la reconvencción, declarando la existencia de doce partes. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación, disponiendo la existencia de siete partes, que corresponden a cada uno de los apelantes y la séptima conjuntamente a los seis hijos de P. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. E. R. M.)

68. Sucesión intestada aplicando el *Codice civile* italiano: la legítima («reserva» en el Derecho italiano) está embebida en la herencia intestada: muerta la causante, cónyuge del demandante y recurrente, éste percibe, no la «reserva» sino dos tercios de la herencia como heredero intestado al concurrir con la hermana de la fallecida.—La cuestión que ha llegado a la casación es la sucesión que le corresponde al demandante y recurrente don V. P., teniendo en cuenta que la causante, su esposa, falleció quedando ineficaz su institución de heredero, ya que la heredera había premuerto

y permaneciendo válido el legado en pago de legítima. La sucesión, pues, que se plantea es la intestada, que tanto el Código civil español como el *Codice civile* italiano llaman legítima; y no la forzosa, formada por la llamada legítima que corresponde a los herederos forzosos (*rectius* legitimarios) como denomina el Código civil español y reserva la llama el *Codice civile italiano*. La legítima, en España, o la reserva, en Italia, no es más que la limitación a la facultad de disponer en beneficio de ciertos parientes o cónyuges, que son los legitimarios, que gozan de un llamamiento legal a la herencia del causante. Por lo cual, cuando uno de ellos es heredero intestato, la legítima o reserva que le pudiera corresponder queda embebida en la herencia. Lo cual no significa que pueda obviarse tal legítima, porque siempre podrá exigir lo que le corresponde por ella si no alcanza su cuantía la herencia intestada que recibe (por ejemplo, por cuantiosas donaciones, que no es el caso), ni se puede prescindir de la misma si hay una atribución (por ejemplo, por un legado que sí es el caso) en pago de ella. Por tanto, no se le aplican los artículos 536 y siguientes (del capítulo, *dei legitimari*) ni, desde luego, el 540 (*riserva a favore del coniuge*), sino los artículos 565 y siguientes (del título, *Delle successioni legittime*, que quiere decir intestada) y esencialmente, el 582 que dispone que la herencia intestada del cónyuge viudo en concurrencia con hermanos del causante es de dos tercios de la herencia.

Así, el caso que se enjuicia es de una sucesión intestada, *legittime* dice el *Codice civile* italiano, que la atribuye en todo caso al cónyuge supérstite (art. 565) en cuota variable según concurra con ciertos parientes (arts. 581 y ss.) y si concurre con hermanos de su cónyuge premuerto, le corresponden dos tercios, siendo el tercio resultante (*sic*) para tales hermanos (art. 582).

Este es el caso presente. La herencia de la causante doña M. M. ha quedado intestada por razón de la premoriencia de la heredera testamentaria, su tía doña V. P. El heredero *ab intestato*, en dos tercios de la herencia es el demandante y recurrente en casación don V. P., correspondiendo la parte residual (como dice literalmente dicho art. 582) a la hermana demandada doña M. L. M. y por su fallecimiento, a sus tres hijos, sucesores procesales. Sobre la *riserva*, como la llama el *Codice civile*, legítima en Derecho español, que en ambos derechos no se debe confundir con la sucesión intestada (a la que llaman sucesión «legítima») propiamente sucesión forzosa, nada procede declarar porque queda embebida dentro de la herencia intestada del cónyuge.

Por tanto debe acogerse el motivo primero del recurso de casación. Éste se había formulado al amparo del núm. 4.º del artículo 1692 LEC por infracción del artículo 582 del *Codice civile* italiano. La sentencia de instancia, de la Audiencia Provincial, Sección 4.ª de Barcelona, lo ha infringido porque, en vez de aplicarlo al recurrente como heredero *abintestato*, le ha aplicado el artículo 540 que se refiere a la reserva, es decir, a la sucesión forzosa y le ha atribuido erróneamente la mitad de la herencia. Se debe aplicar el artículo 582 relativo a la sucesión intestada y le corresponde, al concurrir con la hermana de su cónyuge causante de la herencia, dos tercios de ésta.

Al estimarse este motivo, esta Sala asume la instancia y debe dictar la resolución que proceda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, conforme dispone el artículo 1715.1.3.º LEC, sin necesidad de entrar en el motivo segundo que [...] denuncia la infracción del artículo 551 del mismo *Codice civile* italiano que establece la imputación del legado en sustitución o pago de la legítima (o reserva del Derecho italiano); esta norma prevé su renuncia y la reclamación de legítima de valor superior o su acep-

tación perdiendo el derecho a reclamar un posible suplemento de legítima. No se aplica al presente caso, ya que la legítima ha quedado embebida en su herencia que alcanza los dos tercios del caudal hereditario. Sin embargo, el legado atribuido por la causante al esposo «en pago de los derechos legitimarios que pudieran corresponderle» debe imputarse, como ordenó la causante, a la legítima (o reserva) embebida en la herencia. Es decir, que al cónyuge demandante y recurrente en casación se le debe atribuir dos tercios de la herencia de su esposa, causante de la misma, como heredero *ab intestato*, a cuya porción debe imputarse el legado que se atribuyó en pago de la legítima.

Por ello, el demandante en la instancia y recurrente casacional, don V. P. debe ser declarado heredero *ab intestato* de su cónyuge doña M. M. atribuyéndosele dos tercios de la herencia en virtud de lo dispuesto en el artículo 582 del *Codice civile*; a cuya porción se le imputa el contenido del legado, sin aplicársele el artículo 551 y sin el derecho de morada familiar y de uso de los muebles, ya que tampoco es aplicable el artículo 540, norma relativa a la legítima, no a la sucesión intestada.

Asimismo, a la demandante reconvenicional, doña M. L. M. –hoy sus hijos y herederos en sucesión procesal– le corresponde la parte residual, es decir, un tercio de la herencia de su hermana, la causante de la herencia. (STS de 13 de octubre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don V. P. ejercitó acción declarativa de su derecho respecto a la herencia de su esposa, doña M. M., quien había fallecido sin descendencia, habiéndole premuerto sus ascendientes, y sobreviviéndole su hermana de doble vínculo doña M. L., demandada en la instancia y, por su posterior fallecimiento, sustituida procesalmente por sus hijos. Doña M. M. había fallecido bajo testamento abierto por el que legaba a su marido una finca urbana y la mitad indivisa de otra «en pago de los derechos legitimarios que pudieran corresponderle» e instituía heredera universal a su tía carnal, doña V. P., quien le había premuerto. Aunque en principio se había discutido la normativa aplicable a la cuestión, siendo la causante de nacionalidad italiana y mediando aquiescencia entre las partes, se admitió incuestionadamente la aplicación CC italiano de 1942, conforme al artículo 9.1 CC. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda y declaró la condición de heredero legítimo del actor desestimando la reconvenición de la demandada que apeló la sentencia. La Audiencia Provincial revoco parcialmente la resolución estimando en parte la demanda reconvenicional. Interpuso recurso de casación el actor y el Tribunal Supremo declaró haber lugar. (R. G. S.)

69. Herederos legitimarios. Carácter inoficioso de las donaciones *inter vivos*: la declaración procede en el momento de la partición.—El Tribunal Supremo afirma que, según el artículo 636 CC, la donación es inoficiosa únicamente cuando excede en su cuantía de lo que el donante podía dar al donatario por testamento y tal determinación hay que remitirla al momento de la partición, a la que habrá de traerse el valor de los bienes donados al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios (art. 1045 CC), a fin de integrar la masa hereditaria con el *relictum* más el *donatum* a efectos de poder

calcular las legítimas de los restantes herederos forzosos y comprobar si la donación las ha perjudicado causando su minoración (S de 21 de abril de 1997, entre otras). **(STS de 11 de octubre de 2005;** ha lugar.)

HECHOS.—Don J. J. P. C. y doña D. F. P., hijo y esposa del causante, interpusieron demanda contra las hermanas P. B., hijas también del causante pero de distinta madre que el demandante. Solicitan que se declare que son legitimarios y, entre otros pedidos, la reducción de donaciones realizadas a las demandadas al valor del tercio de libre disposición, a lo que acompañan diversas reclamaciones subsidiarias. Las demandadas formularon reconvencción solicitando, entre otras cosas, que se anule la institución de heredero a favor del actor por haber sido preteridas no intencionalmente en el testamento del padre común, y se declare herederos abintestato por iguales terceras partes a los tres hijos, sin perjuicio de la cuota viudal de la esposa.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, ordenando la reducción de las donaciones al valor del tercio de libre disposición, y parcialmente la reconvencción, declarando la preterición no intencional de las hijas. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por los actores y estima parcialmente el planteado por las demandadas, disponiendo la reducción de donaciones por inoficiosas no sólo al valor del tercio de disposición, sino también a las partes proporcionales de los tercios de legítima y mejora. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación planteado por los demandantes, centrado en cuestiones procesales y probatorias, y estima el interpuesto por las hermanas demandadas. *(M. E. R. M.)*

70. Adición de la partición. Acción imprescriptible. Posibilidad de usucapión a favor de algún coheredero.—El Tribunal Supremo comparte la calificación del Juzgado de Primera Instancia, que entendió que la acción ejercitada era la de complemento o adición de operaciones particionales que regula el artículo 1.079 CC. Supuesto lo anterior, afirma que la prescripción extintiva de esta acción no está regulada por el artículo 1964 CC, sino por el artículo 1965 CC, dada su identidad con la acción de partición de la herencia; por tanto, mientras se mantenga la comunidad hereditaria, no hay justificación para declarar prescrita la acción para poner fin a la indivisión, aunque sea de una parte de los bienes. Por otro lado, según la sentencia, para que la posesión convierta a un comunero en propietario de la cosa común, mediante la usucapión, es preciso que la posea a título de dueño único, por lo que si el señorío de hecho se comenzó a ejercer como coposesión, al presumirse que continuó ejerciéndose en el mismo concepto (art. 436 CC), se hace necesaria una inversión del mismo, esto es, un cambio de aquella posesión en exclusiva. La decisión de la Audiencia Provincial, que declaró probada la usucapión, reafirmada por el hecho de que la poseedora llegó a donar los bienes muebles, lleva a afirmar que los actores no tienen derecho a completar la partición, pero no por haber opuesto los demandados la prescripción extintiva de la acción, sino porque se entiende probado en la instancia que éstos adquirieron por usucapión la propiedad de los bienes omitidos. **(STS de 18 de julio de 2005;** no ha lugar.)

HECHOS.—Los hermanos M. C. interpusieron demanda contra doña E. M. R.-A. y las hermanas M. R., solicitando fueran condenadas conjunta y solidariamente a pagar a los actores cierta cantidad. Los demandantes alegaron que cuando se realizaron las operaciones de partición de la herencia de la abuela común en 1959, no se incluyó el mobiliario de la vivienda de la causante, y éste había pasado a manos de otros herederos, los demandados, que los habían enajenado a terceros en su mayor parte. De ahí que pretendieran la condena al pago de la parte que a ellos correspondía en el valor de los bienes omitidos.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pues entendió ejercitada la acción de partición adicional (art. 1079 CC) y la declaró prescrita en virtud del artículo 1964 CC, negando la aplicabilidad del artículo 1965 CC por no tratarse de la acción de división de herencia. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, considerando que una de las demandadas había adquirido los bienes por usucapión. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. E. R. M.*)

DERECHO MERCANTIL

71. Acciones judiciales de la Ley General de Publicidad.—Las acciones judiciales contempladas en la Ley General de Publicidad exigen que quien las ejercite resulte afectado o sea titular de un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda sufrir un perjuicio real, aunque éste no se hubiera consumado.

Publicidad ilícita.—No se produce un supuesto de ilicitud publicitaria cuando se ensalza el producto ajeno tomándolo como referencia de calidad. (STS de 5 de mayo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil C., S. A. es una empresa dedicada al diseño, fabricación, comercialización y venta de muebles de todas clases y estilos, de alta calidad. En una revista de *El Corte Inglés* se publicó un anuncio de un modelo de televisor de la empresa Sony, comparándolo con un mueble fabricado y comercializado por la actora. La entidad C., S. A. interpone demanda contra S., S. A. y ECI, S. A., solicitando que se condene solidariamente a ambas a insertar en la revista «Novedades del hogar» un anuncio rectificatorio, en el que se haga constar que el mueble que aparece en el mismo no es de «estilo neoclásico» sino de diseño propio y exclusivo de Creaciones Giménez, y que se las condene al pago de una indemnización por daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda planteada, al considerar que el anuncio constituía publicidad ilícita. Dicha decisión es recurrida por ambas demandadas en apelación. En la Audiencia Provincial, ésta estima el recurso, entendiendo que pese al conjunto de errores y omisiones en la información sobre un ele-

mento ajeno (el mueble) utilizado en la publicidad propia (de televisores), no cabía sostener que el contenido del anuncio fuera engañoso ni denigratorio.

La actora interpone recurso de casación. En cuanto a la infracción del artículo 4 LGP como supuestos constitutivos de publicidad engañosa que contempla este precepto, debe descartarse por completo cualquier posible perjuicio a un competidor, pues la actora y las demandadas ofrecían en el mercado productos, actividades o servicios totalmente dispares. Además, el producto anunciado era el televisor junto con el mueble para equipo audiovisual avanzado que le servía de base, no el mueble diseñado, fabricado y comercializado por la actora. Por otro lado, el anuncio no induce a error a los posibles destinatarios, pues al margen de consideraciones propias de entendidos o especialistas acerca de si el estilo del mueble de la actora era o no neoclásico, lo evidente es que no es de estilo contemporáneo, como se pretende en la demanda, pues la contemplación de su imagen en la revista despierta inmediatamente en cualquiera la sensación de hallarse ante un mueble antiguo. Respecto a la infracción de la Ley de Publicidad Desleal, considera el Alto Tribunal que difícilmente cabe encuadrar el anuncio litigioso en la modalidad comparativa de publicidad desleal. Si bien es cierto que la redacción del artículo 6.c no presupone la alusión explícita o implícita a un competidor, no lo es menos, de un lado, que tal requisito podía considerarse latente en el espíritu del precepto y, por otro, que en cualquier caso la comparación del anuncio nunca buscaba ensalzar las ventajas del producto propio sobre el ajeno, sino ensalzar aquél resaltando las excelencias de éste. Por todo esto, el Tribunal Supremo termina desestimando el recurso de casación. (S. L. M.)

72. Competencia desleal. Para su examen, debe partirse del principio constitucional de libertad de empresa y del principio económico de libre competencia.—Se parte del principio que expuso la S de esta Sala de 11 de octubre de 1999, reiterado por la del día 29 del mismo mes y año: «hay que partir del principio constitucional de libertad de empresa y del principio económico de libre competencia, uno y otro de acuerdo con la ley, con las limitaciones que ésta pueda imponer. La sociedad demandante y recurrente en casación no puede impedir a un empleado suyo —codemandado— que deje su trabajo y desarrolle una actividad semejante, para la que precisamente estaba profesionalmente preparado: no había previsto en su contrato de trabajo una cláusula de no concurrencia y no es posible jurídicamente coartar la profesión ajena; tampoco puede impedir que se constituya una sociedad que tenga una actividad en parte coincidente con la suya; por último, no puede evitar que aquel empleado pase a desarrollar su actividad profesional en esta nueva empresa». (STS de 28 de septiembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad demandante interpuso una demanda contra otra entidad y algunas personas físicas solicitando que, al amparo de la Ley de Competencia Desleal, se declarase que las actividades de los demandados eran actos de confusión, de denigración, de imitación, de inducción a la infracción contractual, que

constituían un comportamiento contrario a la buena fe, y que se les condenase a abonar una indemnización por los daños y perjuicios originados. Alegaba la actora que los demandados, antiguos empleados suyos, habían fundado una sociedad dedicada a la misma actividad, realizando la maniobra de incrementar los precios de las ofertas de la actora para después captar sus clientes. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (M. C. B.)

73. Doctrina de los actos propios.—El principio general de derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos ha sido sancionado de antiguo por la jurisprudencia de esta Sala que tiene declarado en cuanto a su alcance que los actos propios contra los cuales no es lícito accionar son aquellos que, por su carácter trascendental o por constituir convención causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, por lo que el citado principio sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que hubiere creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quién se hallaba obligado a respetarla (SS, entre otras, de 16 de junio y 5 de octubre de 1984, 22 de junio, 25 de septiembre y 5 de octubre de 1987; 25 de enero, 4 y 10 de mayo de 1989). (STS de 20 de febrero de 1990). En igual sentido las SS de 13 de junio de 2000, 30 de marzo de 1999, 24 de octubre y 19 de mayo de 1998, 31 de diciembre y 6 de mayo de 1997, 29 de noviembre de 1996, 22 de junio de 1995, 27 de julio de 1993, 13 de junio de 1992, 26 de diciembre, 27 de noviembre y 11 de marzo de 1991 y 12 de julio de 1990.

Teniendo en cuenta la general, conocida y consolidada doctrina jurisprudencial citada, no parece inoportuna a los efectos de la cuestión litigiosa sometida a consideración en este proceso, en el sentido de que no puede ser atendible una demanda de competencia desleal cuando aparece que la formula sociedad que termina por formar parte de una nueva sociedad con el administrador de la sociedad demandada en el pleito (supuesto de constitución de C) y también cuando la formula sociedad, de la que forma parte primero por mitad y luego por mayoría la sociedad demandada en el pleito (supuesto de constitución de la sociedad demandante A) en la que la sociedad demandada B figura en el capital en las cuantías referidas. Y esto ocurre en un único domicilio social común de las sociedades intervinientes y con empleados comunes.

Competencia desleal.—En el artículo 1 LCD se establece que tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado y a tal fin establece la protección de los actos de la competencia desleal.

Desde su constitución en 1988 han pertenecido al Consejo de Administración de A (hoy demandante) don J. M. P. y don F. A. G., junto a representantes de B (hoy demandada).

En 1990 se otorgaron poderes para representación de A a los referidos señores M. P. y G.

En 1995, los señores M. P. y G. causaron baja en sus cargos en A. Pero causaron alta con las mismas categorías en C (constituida en 1994, no demandada en este pleito y de la que es socia A).

En estas circunstancias, no parece razonable admitir la calificación de continuada conducta fraudulenta desde 1989 por parte de la sociedad demandada B a la que alude la sentencia impugnada.

En el suplico de la demanda se solicita genéricamente, sin precisión del tiempo en el que se ha producido la conducta pretendida hoy por la demandante de competencia desleal, y se remite la fijación de la posible y solicitada indemnización de daños y perjuicios a ejecución de sentencia; si bien en la sentencia impugnada en su fallo se manifiesta que se partirá de la facturación realizada por la demandada en 1995 a clientes que hasta 1994 lo habían sido de A. Y es que en el cuerpo del escrito de demanda y al final de la exposición de hechos se indica lo siguiente: «es indiscutible, en definitiva, que el perjuicio ocasionado a A se concreta en la pérdida de su clientela, esto es, tanto la clientela que ya tenía A durante 1994 como aquella clientela que no ha podido adquirir durante los años 1995 y siguientes como consecuencia de la paralización o salida de mercado de A en el año 1995».

Parece conveniente subrayar que en estas circunstancias los mayoristas clientes actúan con libertad en sus adquisiciones, sin que pueda razonablemente aceptarse que han sido confundidos en su captación; pues lo lógico es que su actuación quedara referida al grupo ya señalado y no exclusivamente a una de las tres empresas en cuestión (A, B y C).

El trabajo conjunto de las empresas citadas hasta el año 1995 no permite razonablemente tipificar la conducta de la sociedad hoy demandada dentro de la explotación de la reputación ajena (art. 12) ni dentro de la discriminación y dependencia económica. La demanda pretende ignorar la realidad social de la actuación en el mercado de lo que coloquialmente en la actualidad se denomina «grupo»; entre las empresas que forman éste se produce una actuación conjunta que puede dar lugar a exigencia de liquidación mutua en orden a créditos pendientes, pero todo ello alejado de la concepción de la competencia desleal.

A tal efecto conviene recordar las manifestaciones de la exposición de motivos de la ley: la ley introduce un cambio radical en la concepción tradicional del derecho de la competencia desleal. Este deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado. La institución de la competencia pasa a ser así el objeto directo de protección. Significativo a este respecto es, entre otros muchos, el artículo 1. También, y muy especialmente, el artículo 5 en el que, implícitamente al menos, se consagra la noción de abuso de la competencia. Esta nueva orientación de la disciplina trae consigo una apertura de la misma hacia la tutela de intereses que tradicionalmente habían escapado a la atención del legislador mercantil. La nueva ley, en efecto, se hace portadora no sólo de los intereses privados de los empresarios en conflicto, sino también de los intereses colectivos del consumo. Esta ampliación y reordenación de los intereses protegidos está presente a lo largo de todos los preceptos de la ley. Particularmente ilustrativo resulta el artículo 19, que atribuye la legitimación activa para el ejercicio de las acciones derivadas de la competencia desleal a los consumidores (individual o colectivamente considerados). **(STS de 13 de octubre de 2005; ha lugar.)**

HECHOS.—La mercantil A demanda por la comisión de actos de competencia desleal consistentes en la confusión y captación ilegítima de clientela a la sociedad limitada B y a don C. S. O. La sentencia dictada en primera instancia estimó parcialmente la demanda, declarando la deslealtad de la captación de clientes de la actora llevada a cabo por los demandados y condenando a éstos a que solidariamente la indemnizaran por los daños y perjuicios sufridos, en cantidad a determinar en el trámite de ejecución de sentencia fijando, a tal efecto, los parámetros a considerar. Apelaron las partes en litigio y la Audiencia Provincial resolvió desestimando el recurso de la actora y estimando parcialmente el de los demandados, en el sentido de modificar los parámetros que servirían de base para fijar el monto de la indemnización. Aún no satisfechos, formularon recurso de casación los demandados. El Tribunal Supremo lo estima, asumiendo la instancia y desestimando la demanda. (R. G. S.)

74. Contratos de agencia y de «servicio oficial». Efectos del contrato entre las partes.—El artículo 1091 CC dispone que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos, artículo que tiene su complemento en el artículo 1257.1, del mismo Código, al decir que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, lo que se conoce como la relatividad y límite personal de los contratos, por más que en ocasiones estos contratos produzcan una cierta eficacia indirecta o refleja en relación a terceros, de la que pudiera derivarse a favor de estas consecuencias distintas a las que aquí se contemplan. Y es lo cierto que los documentos en los que se plasmaron los contratos están únicamente suscritos por los que fueron en realidad las partes contratantes, con la consecuencia de comprometer a uno y otro de acuerdo con los artículos citados, y de impedir que el agente comisionista tenga acción frente al fabricante. Admitir lo contrario no sólo contradice los términos del contrato, y produce infracción de las reglas de interpretación literal y sistemática que consagran respectivamente los artículos 1281, párrafo primero, y 1285 CC, sino que viene a convertir en innecesario el contrato suscrito con el concesionario desde el momento en que se autoriza al agente a dirigirse frente al concedente, liberando a aquél como simple testaferro o intermediario de mera apariencia en las relaciones mantenidas con el demandante, poco conforme con un contrato, como el de concesión mercantil, dentro de la categoría jurídica de los contratos de colaboración, que tiene como particularidad el que el concesionario actúa en su nombre y por cuenta propia, en la zona geográfica asignada, asumiendo para sí los riesgos de las operaciones comerciales que realiza con los clientes, desde la idea de que actúa con capital propio e independencia negocial del concedente, sin perjuicio de que las actividades se lleven a cabo en interés de aquél y también en el propio (SS de 12 de julio de 1999 y 31 de octubre de 2001).

Los efectos de la resolución del contrato no afectan al tercero.—Por lo que se refiere a la aplicación indebida de lo dispuesto en el artículo 1124 CC, si la acción ejercitada en la demanda resulta de un incumplimiento contractual, y este deriva del contrato de 30 de junio de 1986, parece evidente que no podrá desplegar sus efectos respecto a la recurrente en casación por ser ajeno

a una relación que se extinguió, sin preaviso y de forma automática, a partir de la conclusión del contrato de comisión mercantil que vinculaba a *Ford* con la codemandada, *Talleres Castro, S. L.*; razones todas ellas que conducen, de modo ineludible, a concluir que en ambas instancias se aplicaron de forma indebida los artículos que se citan, lo que origina, por tanto, la procedencia de los motivos formulados por la entidad *Ford España, S. A.* y la consecuente casación de la sentencia objeto de impugnación. (STS de 6 de octubre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 30 de junio de 1986, la concesionaria *Talleres Castro, S. L.*, celebró un contrato de agencia con don J. C. R. con el fin de promover la venta de vehículos de la marca *Ford* y otro de «servicio oficial». Según lo convenido, la extinción del primero tendría lugar «automáticamente y con efecto inmediato simultáneamente con la terminación de cualquier contrato de servicio oficial entre el concesionario y el agente al que *Ford* haya consentido»; mientras que el segundo contrato también dejaría de producir efectos sin necesidad de preaviso al extinguirse el contrato de concesión. La concedente *Ford España, S. A.*, vinculada mediante contrato de distribución con *Talleres Castro, S. L.*, autorizó expresamente la celebración de ambos contratos. Al parecer, el contrato de «servicio oficial» sustituyó a otro de las mismas características suscrito por *Ford España, S. A.*, *Talleres Castro, S. L.*, y don J. C. R., de fecha 12 de julio de 1984, que concluía el día 31 de diciembre de 1985. Con fecha 31 de diciembre de 1992, se extinguió por mutuo disenso el contrato de concesión entre *Ford España, S. A.*, y *Talleres Castro, S. L.*, y, en el mismo año, la primera de esas empresas otorgó la concesión a favor de otra empresa, *Gonzacar, S. L.* Don J. C. R. interpuso demanda contra *Ford España, S. A.*, *Talleres Castro, S. L.*, y *Gonzacar, S. L.* por la que solicitó una declaración judicial de que la «resolución» del contrato de «servicio oficial» había sido «contraria a derecho», por ser una continuación del celebrado el día 12 de julio de 1984, e indemnización del daño producido. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santiago de Compostela estimó la demanda, aunque absolvió a *Gonzacar, S. L.*, mediante sentencia de 6 de mayo de 1996. Desestimado el recurso de apelación de *Ford España, S. A.*, y *Talleres Castro, S. L.*, por sentencia de 29 de octubre de 1998 de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de La Coruña, *Ford España, S. A.*, recurre en casación, entre otros motivos, por infracción de la regla de la eficacia relativa de los contratos. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso.

NOTA.—El Alto Tribunal no aclara cuál fue el incumplimiento que facultó a don J. C. R. a resolver el contrato de «servicio oficial» y, de hecho, no está claro que aquél tuviera lugar. Al parecer, la extinción de la relación obligatoria sólo obedece a la concurrencia de una circunstancia prevista expresamente en el contrato: la extinción del contrato de concesión suscrito por *Ford España, S. A.*, y *Talleres Castro, S. L.* Así las cosas, tal vez hubiera sido de interés concretar las características de aquel contrato mercantil atípico y analizar su eventual vinculación con los demás contratos. El Tribunal Supremo podía haber efectuado dicho análisis desde la perspectiva de la tutela del interés contractual de don J. C. R., afectada por el principio de relatividad de los contratos, así como de la inciden-

cia que la ineficacia –en sentido amplio– de los intercambios realizados pudo tener sobre los siguientes en la cadena de distribución. Véase, por todos, Ana López Frías, *Los contratos conexos (Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal)*, J. M.^a Bosch, Barcelona, 1994, pp. 171-173 y 292-301. En ese sentido, el tenor de las cláusulas eran claras en cuanto a la extinción del contrato de «servicio oficial». Sin embargo, la sentencia pudo plantearse si éste perdió su causa al extinguirse el contrato de concesión, o si la ineficacia de este último arrastró al contrato accesorio (*accessorium sequitur principale*). En todo caso, ese razonamiento también hubiera llevado al Tribunal a declarar improcedente la pretensión indemnizatoria del recurrido don J. C. R. Por lo demás, el FD 5.º de la sentencia declara que *Ford España, S. A.*, se hallaba vinculada con *Talleres Castro, S. L.*, por medio de un contrato de comisión mercantil. Si se había celebrado dicho contrato y no –como en realidad nos parece– uno de concesión o distribución comercial, entonces no ofrecería ninguna duda la vinculación de la comitente *Ford España, S. A.*, con los contratos suscritos entre *Talleres Castro, S. L.*, y don J. C. R. Sobre los contratos de distribución y su principal distinción con respecto a los de comisión mercantil y agencia, véase Martijn W. Hesselink/ Jacobien W. Rutgers/ Odavia Bueno Díaz/ Manola Scotton/ Muriel Veldmann, *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (Principles of European Law)*, München, Sellier European Law Publishers, 2006, pp. 257-264. (*J. M. B. S.*)

75. Naturaleza mercantil de la compraventa de empresa a empresa.—Cuando la cosa vendida de una empresa a otra, que se dedican al mismo tráfico, no para consumo del comprador, ni siquiera para uso empresarial, sino para ser integrados en la actividad de ésta y ser objeto de comercio posterior, tal compraventa tiene naturaleza mercantil. En estos casos, el plazo de prescripción de la acción para reclamar el pago del precio es de quince años (art. 943 CCO).

Distinción entre perfección y consumación del contrato.—Es necesario distinguir entre la perfección y la consumación del contrato. La primera se produce cuando se dan los elementos esenciales (consentimiento, objeto y causa), y es el nacimiento del contrato a la vida jurídica, constituyéndose las obligaciones. La segunda es el cumplimiento de éstas.

Exceptio non adimpleti contractus.—Por la *exceptio non adimpleti contractus*, no puede el acreedor de una obligación recíproca exigir el cumplimiento si él no cumple la otra obligación recíproca de la que es deudor (sería el caso en el que el vendedor no entrega la cosa y exige el pago del precio). (STS de 7 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—*Fábricas Agrupadas de Muñecas de Onil, S. A.* vende una serie de cabezas de ganado lanar para la explotación quesera a *Albavi*, que no abona el precio. Así, la primera interpuso demanda contra *Albavi, S. A.*, solicitando que se condene a *Albavi* a pagarle el precio de dicha compraventa, o, alternativamente, se condene a la demandada a devolver las cabezas de ganado que se llevó de la finca mencionada así como las crías producidas por las

mismas o indemnice por el valor de las mismas si no puede hacerlo. *Albavi* contesta a la demanda, interponiendo la excepción de prescripción, por la que se declare extinguido el hipotético derecho de la actora a reclamar ese precio.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, estimando parcialmente la demanda reconvencional y declarando resuelto el contrato entre las partes por incumplimiento de la actora, debiendo *Albavi* devolver las ovejas que recibió o su equivalente. Ambas partes interponen sendos recursos de apelación, estimando la Audiencia Provincial únicamente el interpuesto por la actora. Declara la existencia del contrato de compraventa de las cabezas de ganado y condena a la demandada a pagar por ellas.

Albavi recurre en casación, alegando la infracción de los artículos 1697.4.º, 1450, 1124.I y 1101 CC. El Tribunal Supremo señala que la compraventa objeto del litigio es de tipo mercantil, interpretando extensivamente el artículo 325 CCO, ya que el ganado se integró en la actividad empresarial de venta de queso producido por aquél. Por resolución del artículo 944 del CCO, el plazo de prescripción es de quince años, según el artículo 1964 CC. En cuanto a la infracción del artículo 1450 CC, aquí se perfeccionó un contrato de compraventa en el que la parte vendedora cumplió su obligación de entrega, sin que la parte vendedora haya pagado el precio. Por otro lado, en virtud del artículo 1124 CC, no puede la recurrente que no ha cumplido su obligación de pago del precio, exigir la resolución ni la indemnización que prevé la misma norma. Por todo esto es por que el Alto Tribunal termina por desestimar el recurso. (*S. L. M.*)

76. Contrato de transporte. Obligación del transportista de realizar por su parte la carga y descarga de la mercancía.—El recurrente dice que, siendo considerado como mercantil el contrato entre el recurrente y *Danzas, S. A.* el mencionado contrato no se incumplió porque el transportista señor *L.* nunca había tenido la obligación de cargar la mercancía que debía transportar. Ciertamente, no aparece explícitamente pactada la mencionada obligación, pero se ha probado en este procedimiento la costumbre existente en los contratos concluidos por *Danzas, S. A.* con otros transportistas, en el sentido de que sólo cuando se trataba de camiones de gran tonelaje (más de 24 toneladas), se ponía a disposición del transportista una ayuda para cargar la mercancía. Por ello, no debe admitirse la alegación del recurrente de que se trataba de una obligación introducida de forma sobrevenida y unilateralmente por la compañía *Danzas, S. A.* Pero, además, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, aplicable como antes se ha dicho, al presente contrato, «en los servicios de carga fraccionada [...] en todo caso la colocación y estiba de las mercancías, serán por cuenta del porteador» norma que se repite textualmente en el artículo 4.2 del Reglamento antes citado. Por tanto, no sólo la alegada costumbre obligaba al transportista a hacerse cargo de la carga y descarga de las mercancías, sino que en definitiva, la empresa contratante cumplía el régimen jurídico de este contrato fijado en la Ley 16/1987, que establece expresamente esta obligación.

Requisitos para que pueda operar la resolución de contrato ex artículo 1124 CC.—De acuerdo con estos datos, el razonamiento de la sentencia apelada de que se trata de un contrato con obligaciones bilaterales o recípro-

cas, cuya resolución ha sido pedida por la parte que ha cumplido las obligaciones que le incumben, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1124 CC, es absolutamente correcto. Así nuestra jurisprudencia ha venido interpretando el mencionado artículo 1124 CC en el sentido que para que pueda ser resuelto el contrato por la vía del artículo 1124 CC se requiere: *a)* que el contrato contenga prestaciones recíprocas; *b)* que sean exigibles; *c)* el cumplimiento por quien ejerce la acción de las obligaciones que le incumbían y *d)* un incumplimiento intencional por la parte incumplidora (SS de 16 de mayo de 1996, además de otras como las de 21 de marzo de 1986, 27 de noviembre de 1992, 17 de febrero y 10 de julio de 2003), de manera que «dé a la parte lesionada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte» [art. 8:103, *c)* Principios del Derecho europeo de contratos]. (STS de 10 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. J. L. prestaba servicios de transportista en la empresa *Danzas, S. A.* desde diciembre de 1992. El contrato se regía por la legislación laboral. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor de la Ley 11/1994, de modificación de determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, se excluyó del ámbito laboral la actividad realizada por un transportista, con vehículos de su propiedad, al amparo de autorizaciones administrativas de las que fuere titular. Ello era así aún cuando dichos servicios se realizaran de forma continuada por un mismo cargador. En consecuencia, el contrato de don J. J. pasó a ser mercantil. A raíz de estos cambios, J. J. exigió a la sociedad *Danzas, S. A.* un mozo para las tareas de carga y descarga del camión de su propiedad. Al no acceder la empresa, J. J. se negó a realizar los servicios. Ante ello, *Danzas, S. A.* resolvió el contrato mercantil alegando incumplimiento de las obligaciones contractuales. J. J. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Valladolid solicitando una indemnización por daños y perjuicios. El Juzgado desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Valladolid confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

77. Contrato de seguro. Procedimiento del artículo 38 LCS.—Este precepto parte de la base de que las partes están de acuerdo en que el siniestro está cubierto por el contrato y se limita a facilitar una vía para su rápida liquidación. Se trata de un procedimiento opcional para las partes, que busca facilitar la resolución de los litigios relativos al pago de siniestros producidos. De modo que, si las partes deciden no acudir a este procedimiento o no están conformes con cuestiones relativas al fondo de su discrepancia, la vía judicial queda abierta. (STS de 19 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—*Vidriera Rovira, S. A.* contrató un seguro con Aegon, compañía aseguradora, para cubrir los riesgos de su actividad industrial, fabricación de vidrio. En las cláusulas particulares del mencionado contrato de seguro se pactaron unas garantías específicas para los daños producidos por el derrame de material fundido, estableciéndose unas franquicias y otras indemnizaciones por pérdida de beneficios.

El 5 de junio de 1993 se produjo la rotura de un horno, con el consiguiente derrame del material fundido. Tras dirigirse la compañía asegurada a la compañía aseguradora solicitando la cobertura de las indemnizaciones establecidas en la póliza, la aseguradora consideró que no resultaban cubiertas.

Demandada la compañía aseguradora por la asegurada, su demanda fue estimada en ambas instancias. (B. F. G.)

78. Seguro de responsabilidad civil. Daños causados por mala fe del asegurado.—El artículo 19 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, relativa al contrato de seguro (LCS) exime al asegurador del pago de la indemnización cuando el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado: los delitos cometidos por el tomador del seguro, siendo éste el propio asegurado, no pueden asegurarse ya que el dolo conlleva la intención de obtener una ganancia a través del delito o del acto ilícito producido.

Sin embargo, en el seguro especial de responsabilidad civil, el artículo 76 de la citada ley señala que el asegurador tiene derecho a repetir contra el asegurado cuando el daño causado se deba a «conducta dolosa» del asegurado.

El Alto Tribunal considera que entre los dos contradictorios preceptos, debe prevalecer el segundo, por tratarse de una norma especial. El Alto Tribunal trae también a colación «como simple apoyo a esta tesis, aquí desarrollada [...] aunque aquí no directamente aplicable» [FJ 2.º G)], el artículo 117 CP que, en consonancia con el artículo 76 LCS, establece que «los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda».

Seguro de responsabilidad civil. Eficacia.—El Tribunal Supremo enuncia dos frentes en los que despliega eficacia: por un lado, frente al propio asegurado, en relación con la preservación o protección de su particular patrimonio; por otro lado, se trata de un instrumento de tutela de los derechos de las víctimas o de los perjudicados.

Valor de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en los procesos civiles.—No es jurisprudencia para resolver las cuestiones promovidas en los procesos civiles, pero sí constituye un punto de partida a tener muy en cuenta, como doctrina, a la hora de interpretar los preceptos aplicados para resolver las cuestiones de responsabilidad civil originadas en los procesos penales de condena por delito. (STS de 20 de julio de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Un vigilante de seguridad de la empresa *Servicios de Seguridad del Este*, es condenado por dos delitos de asesinato cometidos contra el hijo de los demandantes y su compañera. La sentencia penal condena al vigilante al pago de una indemnización civil a los padres de los fallecidos, y declara responsable civil subsidiaria a la empresa de vigilancia. Ésta, declarada totalmente insolvente, tenía concertada una póliza de seguro de responsabilidad civil, vigente en el momento en que ocurrieron los hechos.

De las condiciones de la citada póliza, interesa destacar las relativas a los siguientes extremos: *a)* Acción directa: se recoge la acción de regreso del asegurador frente al asegurado, por el importe satisfecho como consecuencia del ejercicio de la acción directa por parte del perjudicado; *b)* Asegurado: además de la propia empresa, se incluye a sus directivos y asalariados; *c)* Riesgo cubierto: la responsabilidad civil del asegurado por actos y omisiones propios y de las personas de quienes deba responder; *d)* Alcance del seguro: se comprende la responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados por el personal al servicio de la empresa con motivo de la ejecución autorizada de la misión de vigilancia.

Los padres de una de las víctimas ejercitan la acción directa del artículo 76 LCS contra la compañía aseguradora, siendo desestimada su demanda en ambas instancias. Recurren, por ello, en casación. (*B. F. G.*)

79. Indemnización de seguro de vida a favor del cónyuge. Aplicación de las normas de la legítima en caso de cónyuge separado de mutuo acuerdo.—Si existía separación legal al momento del fallecimiento del asegurado, parece que, en atención a la letra del artículo 85 LCS, el cónyuge sigue siendo beneficiario hasta que no se produzca la efectiva disolución del matrimonio; no obstante, si bien el régimen del seguro de vida en cuanto al capital debido por el asegurador es autónomo respecto a las reglas del Derecho sucesorio, lo cierto es que guardan entre sí una estrecha relación, y, en este sentido, el artículo 834 CC, que consagra los derechos hereditarios del cónyuge siempre que al morir su causante no se hallare separado o lo estuviera por culpa del difunto, nos proporciona una pauta interpretativa que resulta útil, en atención a que se habrá de determinar a cual de los esposos le corresponde la culpa de la separación.

En definitiva, procede sentar que el cónyuge viudo, separado, y por tanto sin matrimonio vigente, no tiene derecho a la legítima; sólo la mantiene si consta que la separación se ha producido por culpa del difunto, lo que es difícil de precisar, ya que de ordinario en las sentencias de separación no se hacen declaraciones de culpabilidad o inocencia.

El esposo separado carece de legítima si los dos son inocentes, o los dos son culpables o el premuerto es inocente; en todo caso, inocencia o culpabilidad deben constar en la sentencia de separación, que es un supuesto improbable, como antes se ha indicado.

En el caso debatido, la sentencia de separación se ha dictado de mutuo acuerdo, de manera que procede determinar que ambos cónyuges son inocentes y, por consiguiente, la viuda no tiene derecho a la legítima; sólo conservaría este derecho si antes del fallecimiento de su marido, hubiere mediado perdón o reconciliación, como dispone el párrafo segundo del artículo 835, lo que aquí no ha ocurrido.

Desde la óptica mencionada, la demandante no es beneficiaria del contrato de seguro que nos ocupa. (**STS de 15 de julio de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—El marido de la demandante había fallecido víctima de un atentado terrorista. Tenía suscritas dos pólizas de seguro colectivo de accidente con cobertura de suceso de muerte, en la que designaba como beneficiaria a su esposa y, subsidiariamente, a sus

hijos. Cuando falleció el marido, el matrimonio estaba separado judicialmente de mutuo acuerdo. La viuda reclamó al Consorcio de compensación de seguros y a la pareja conviviente de su marido, en su calidad de representante de sus dos hijos menores, para que le abonaran el importe íntegro de las indemnizaciones. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, en el sentido de distribuir la indemnización entre los dos hijos de la demandante y los dos hijos de la demandada. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandante. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—No deja de ser chocante que se aplique al seguro de vida una norma que regula una institución completamente diferente y que obedece a parámetros opuestos. La legítima se impone aun en contra de la voluntad del causante, mientras que el beneficiario de un seguro de vida es una persona designada voluntariamente por el asegurado. El asegurado pudo eliminar fácilmente a su cónyuge como beneficiaria del seguro por el simple expediente de comunicar al asegurador su deseo. Si no lo hizo, habría que estar a su voluntad de mantener a su cónyuge—separada, pero cónyuge— como beneficiaria. Aplicar por analogía, aunque se disfrace de interpretación sistemática, una institución que no responde a la misma identidad de razón es incorrecto. El asegurado dispuso de más de siete años para alterar la designación de la persona asegurada o para obtener el divorcio de su cónyuge, pero no hizo una cosa ni otra. Que los tribunales suplan esa voluntad nos parece muy grave. (L. F. R. S.)

80. Derecho de información del administrador y de socios que representan el veinticinco por ciento del capital social: artículo 127 LSA.—Denuncia el motivo la infracción del artículo 127 LSA y el desarrollo de la impugnación casacional se concreta a que una de las demandantes, doña N. M. P., ostentaba la condición de socio de la mercantil demandada y al tiempo la de integrante del Consejo de Administración de la misma y conjuntamente con sus cuatro hermanas impugnó en la demanda que creó el pleito la Junta General ordinaria celebrada el 23 de junio de 1997 de la entidad A (demandada-recurrente), habiendo la sentencia de apelación decretado la nulidad de los acuerdos tomados, el primero que se refiere a la aprobación de las cuentas correspondientes al ejercicio 1996 y el segundo a la aprobación de la gestión de los administradores.

Se sostiene en el motivo que el derecho de información que asiste a los socios opera de modo distinto cuando se trata de socios-administradores, ya que éstos tienen limitado dicho derecho al presumirse que cuentan con medios para conocer la marcha de la sociedad y la información que pudieran tener le está vedado suministrarla a los otros accionistas, por la prohibición que contiene el artículo 127, el que de modo concreto sólo se refiere a los datos de carácter confidencial y no es extensivo a otros aspectos.

El Tribunal de instancia tuvo en cuenta y sentó como hechos probados que doña N. M. P. se negó a firmar las cuentas, en reunión del Consejo de Administración, y que éste no se reunía con la periodicidad mensual prevista en los Estatutos. A su vez doña N. se ha visto privada continuamente de infor-

mación que por razón de su cargo le correspondía acceder por lo que la infracción del artículo 127 no aparece por ningún lado.

De esta manera el derecho a obtener la información que no se le suministró en momento oportuno se presenta como derecho legítimo y válido, dada su condición de socio y en modo alguno limitado. El artículo 48 LSA consagra este derecho como individual del accionista, de condición inderogable y sucede que no se estableció como acreditado que hubiera hecho un mal uso de su cargo ni haber utilizado cualquier clase de información para causar algún perjuicio al interés social de la mercantil que recurre. Su integración en el Consejo de Administración resulta más bien nominal que efectiva al no poder ejercer el cargo conforme a la normativa legal correspondiente.

El motivo no puede prosperar y conviene tener en cuenta la integración de la sociedad en la que las demandantes reunían el 25 por 100 del capital social y el 75 por 100 restante correspondía a don F. y don M. G. P. y don A. S. G., los que con doña N. M. P. conformaban el Consejo de Administración que se renovó en la Junta de 23 de junio de 1993, conforme consta el acta notarial que los refleja. Por otra parte, los tres primeros también ostentaban la condición de Consejeros y el acuerdo del Consejo de Administración de 12 de agosto de 1992 delegó para que de forma conjunta y mancomunada pudieran ejercitar las facultades que legal y estatutariamente correspondían al Consejo, con lo que prácticamente ostentaban toda la gestión y control de la empresa y eran los reales y efectivos encargados de la administración, pero ello no les relevaba de la obligación de rendir cuentas de su actuación y presentar los estados de cuentas y balances al Consejo de Administración, como paso previo para que éste pudiera cumplir con el artículo 171 LSA, que impone a los administradores la obligación de rendición de las juntas anuales a la Junta General, siendo dicha función indelegable conforme al artículo 141 (S de 6 de febrero de 2003).

Derecho del socio a obtener información contable: artículo 212 LSA.—La infracción que denuncia el motivo es la del artículo 112 LSA para argumentar que no procedía la nulidad de los acuerdos que decretó la sentencia que se recurre, pues el derecho de información tiene unos límites, referidos a que las demandantes son competidoras de la mercantil recurrente al ser propietarias de la compañía B con coincidencia del objeto social (comercialización de zapatos) y la información que pudiera obtener sobre todo en materia de listado de clientes se presenta como posibilidad cierta de poder ser aprovechada en perjuicio de A, por lo que los socios que demandan son en realidad socios competidores de la recurrente y actúan como propietarios de la marca licenciada a favor de la misma.

El artículo 112 LSA consagra el derecho de los accionistas a solicitar tanto en tiempo anterior a la celebración de la Junta como en el transcurso de la misma, los informes que estimen convenientes, relacionados con los comprendidos en el orden del día, siendo obligación de los administradores la de suministrarlos, salvo que, a juicio del presidente, la publicidad perjudique los intereses sociales. Este derecho a la información se presenta cualificado, como aquí ocurre, al tratarse de accionistas que representen al menos la cuarta parte del capital social, por lo que no cabía la negativa. Cuando el derecho ha sido ejercitado ha de obtener la correspondiente respuesta, no valiendo el silencio o las omisiones, ya que tal derecho es eminentemente sustancial y complementario del voto (SS de 2 de noviembre de 1993, 23 de junio de 1995, 21 de octubre de 1996 y 19 de julio de 2000).

Los hechos sentados como probados ponen de manifiesto que las actoras solicitaron por escrito con anterioridad a la Junta, información respecto a las sumas y saldos del libro mayor y balance y no recibieron respuesta alguna, sin perjuicio de que durante la celebración de la Junta el contable de la sociedad hubiera hecho aclaraciones sobre ciertas partidas y anotaciones de cuentas.

No cabe acoger la cuestión que presenta el motivo y ya referida, de ejercicio abusivo del derecho para perjudicar los intereses de la recurrente por ser las demandantes titulares de una empresa competidora, al haber decretado el Tribunal de Apelación que no ha existido causa alguna para denegar la información solicitada, no habiéndose acreditado la causación de perjuicio alguno a los intereses sociales de la recurrente, para lo que los juzgadores de instancia dan razones suficientes, que han de reputarse válidas, ya que tampoco se integró en el *factum* actuación alguna que fuera contraria a los intereses sociales.

La S de 15 de octubre de 1992 contempla el supuesto de información solicitada por socios-consejeros y declara que cabe suponer que tienen conocimiento de los libros de cuentas y documentos de la sociedad, tratándose de una presunción que es posible destruir por prueba en contrario, que efectivamente ha tenido lugar en el caso que nos ocupa, atendiendo a que la gestión de la sociedad era llevada realmente por los tres socios-consejeros, que representaban la mayoría del capital social. (STS de 26 de septiembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Las demandantes reclaman del Juzgado sentencia por la que se declare la nulidad de los acuerdos relativos a la aprobación de cuentas anuales y gestión de los administradores adoptados en la Junta General de accionistas de la mercantil A. El Juzgado desestimó la demanda pero la Audiencia acogió el recurso de apelación declarando nulos los acuerdos impugnados. Interpone recurso de casación la sociedad anónima demandada y el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R. G. S.)

81. Principio de irretroactividad de las leyes.—El primer motivo del recurso de casación denuncia la violación del artículo 2.3 CC, puesto en relación con el principio de seguridad jurídica y con el artículo 9.3 CE por considerar que se aplica la Ley de Sociedades Anónimas retroactivamente. El motivo segundo abunda en la misma cuestión, por lo que pueden acumularse y argumentarse conjuntamente.

Los argumentos del recurrente se refieren a que la deuda de la sociedad *Lanza Tropical, S. A.* fue contraída en el año 1989, fecha en la que, al no estar vigente la Ley de Sociedades Anónimas, no podía aplicarse la regla establecida posteriormente, relativa a la responsabilidad solidaria de los administradores de las mencionadas sociedades y que al hacerlo así, la sentencia incurre en el vicio de aplicar retroactivamente a la relación creada en aquel momento, una regla introducida posteriormente. Según el propio recurrente, un acontecimiento posterior produce una modificación de la relación jurídica, introduciendo la regla de la solidaridad de los administradores.

La vulneración del principio constitucional de seguridad jurídica e irretroactividad ha sido interpretada de forma restrictiva por la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha considerado, en la S 27/1981, de 20 de julio, que el artículo 9.3 CE «alude a los derechos fundamentales del título I»,

interpretación confirmada por otras sentencias posteriores (STC 6/1983, de 4 de febrero, 159/1990, de 4 de octubre y 173/1996, de 31 de octubre), doctrina que resume la STC de 104/2000, de 13 de abril, en el sentido de que en el artículo 9.3 CE «la restricción de los derechos individuales ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerarlo como referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas».

Pero es que, además, la DT 3.^a LSA establece que antes del 30 de junio de 1992, las sociedades anónimas debían haber adaptado sus estatutos a las disposiciones de la Ley, diciendo expresamente el párrafo 3 de la mencionada DT que, «transcurridos los plazos a que se refieren los apartados anteriores sin haberse adoptado e inscrito las medidas en ellos previstas, los administradores, [...], responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales». Por ello, el recurrente no puede alegar que se le haya aplicado retroactivamente una ley, a capricho del tribunal de apelación, porque en este punto, se ha limitado a aplicar las disposiciones que regulaban el supuesto de hecho alegado en el momento en que se produjo.

Responsabilidad solidaria del administrador de la sociedad anónima.—[...] el demandante considera aplicable el artículo 262.5 LSA por haber incumplido el administrador la obligación de convocar junta general para que acuerde la disolución, en el plazo de dos meses establecido en el artículo 262.2 LSA, cuando la sociedad vea reducido su patrimonio «a una cantidad inferior a la mitad del capital social», como dispone el artículo 260.4 LSA. Al no cumplir la mencionada obligación, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 262.5 LSA, de manera que el administrador que incumpla esta obligación responderá solidariamente de las obligaciones sociales. Como afirma la S de 23 de febrero de 2004, «es obvio que el artículo 262.5 sanciona una obligación impuesta en el precepto de convocar la Junta», de manera que como dice la S de 16 de diciembre de 2004, «la responsabilidad solidaria que impone el artículo 262.5 LSA a los administradores sociales, no requiere más que la prueba de los hechos que son presupuestos de la efectividad de la sanción, es una responsabilidad *ex lege* (SS de 3 de abril de 1998 y 26 de octubre de 2001, entre otras), configurada ésta como una responsabilidad «quasi objetiva» y entendida desde luego, como una responsabilidad *ex lege* (SS de 12 de noviembre de 1999 y 20 de octubre y 20 de diciembre de 2000 y 18 de julio de 2002)».

Siendo así que el recurrente era administrador en el momento en que debía haber convocado a la junta o solicitado la disolución judicial, resulta responsable solidario con la sociedad por haber incumplido las disposiciones que le obligaban según se ha argumentado en este fundamento, siendo indiferente la fecha de nacimiento de la deuda social, cuyo cumplimiento demanda ahora el señor M. (**STS de 25 de octubre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La demanda que origina el pleito llevado a la casa-ción trae causa de una previa reclamación de cantidad instada por el demandante, don Ch. M., contra la sociedad anónima A en la que esta última fue condenada a pagar alrededor de casi doce millones de pesetas. La sentencia devino firme y en su ejecución se trabó embargo sobre unas fincas de la sociedad demandada. Posteriormente, el Señor M. demandó a uno de los administradores de A por razón del incumplimiento de las obligaciones prescritas en el artículo 262.3 en relación con el artículo 260.1.4.^a LSA —relativos al aumento del capi-

tal mínimo de la sociedad— con la consecuencia de considerarlo responsable solidario —junto con la sociedad y el otro administrador— de las deudas de la entidad, entre las que se encontraba la del propio señor M. El Juzgador de instancia no entró en el fondo de la demanda al acoger la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. La Audiencia Provincial rechazó la excepción y condenó al administrador demandado al pago de la deuda. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. (R. G. S.)

82. Inhabilitación del comerciante quebrado: naturaleza. Retroacción de los efectos.—Uno de los efectos de la declaración de quiebra es la inhabilitación del comerciante quebrado para la administración de sus bienes. Aunque esta inhabilitación tiene acceso al Registro Civil y al Registro de la Propiedad, no es un estado civil, ni equivale a una incapacitación, sino que constituye una prohibición legal que implica la nulidad de los actos de administración y disposición que realice el quebrado a partir de la fecha de la declaración, así como de los que pueda haber llevado a cabo desde aquella otra anterior a la que se retrotraigan sus efectos.

Nulidad radical de los actos del quebrado.—Los actos realizados por el quebrado después de la fecha de retroacción de la quiebra son radicalmente nulos *ope legis*, con independencia de la buena o mala fe de los terceros que contrataron con el quebrado. Se afirma la nulidad radical, sin perjuicio de que existan decisiones jurisprudenciales en sentido contrario fundadas en la evidencia de que los actos excluidos de la nulidad o eran beneficiosos o no eran perjudiciales. La nulidad radical no queda sanada por el transcurso del tiempo. (STS de 14 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La sindicatura de la quiebra de una sociedad interpuso demanda de reclamación de cantidad frente a varias entidades bancarias que recibieron pagos de la quebrada en el período de retroacción de la quiebra. En ambas instancias se estimó la demanda. En casación se alegó, entre otros motivos, la caducidad de la acción ejercitada.

NOTA.—Es de aplicación el artículo 878 CCO, actualmente derogado por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (C. J. D.)

83. Quiebra: legitimación de la comisión liquidadora para el ejercicio de acciones de impugnación de actos posteriores a la fecha de retroacción.—La comisión liquidadora puede estar expresamente legitimada por el convenio celebrado entre el quebrado y la masa de acreedores, para el ejercicio de acciones propias del procedimiento de quiebra (argumento *a mayor abundamiento*; el fallo de la sentencia se remite a jurisprudencia anterior, que declara —para un caso análogo— que «la liquidación terminará cuando la Comisión Liquidadora haya ejercitado cuantas acciones de retroacción a la masa sean legítimas y oportunas y hayan concluido los litigios promovidos o actualmente en curso y se haya dispuesto de todo el producto de los bienes reintegrados a la masa para el pago de los acreedores»). (STS de 18 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—En ambas instancias se estimó la existencia de simulación con intervención de testaferros por parte de la empresa quebrada, y la ineficacia de los negocios realizados por la misma, desde la fecha de retroacción de la quiebra en adelante. Entre los contratos impugnados se incluía una transacción celebrada entre la Sindicatura de la quiebra y una entidad bancaria acreedora. Esta última interpuso recurso de casación argumentando, entre otros motivos, la falta de legitimación de la Comisión Liquidadora de la quiebra para el ejercicio de las acciones comprendidas en la demanda. (C. J. D.)

DERECHO PROCESAL

84. Calificación como administrativo del contrato que sirve de base a la reclamación.—Estos razonamientos no desvirtúan la naturaleza de contrato administrativo que ha de atribuirse a la relación jurídica litigiosa, de acuerdo con la DA 4.^a de la Ley de Contratos del Estado de 1965, aplicable según la legislación de Régimen Local a las Corporaciones Locales, que literalmente expresa que «los contratos de estudios y servicios que se celebren para la elaboración de proyectos, memorias y otros trabajos de índole técnica, económica o social tienen el carácter de contratos administrativos y continuarán regulándose por el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, que deberá ser modificado con el fin de adaptar sus preceptos a las normas de la presente ley», normativa que se sustituyó por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995, que parte también de la calificación expresa como contrato administrativo de estos supuestos. En la mencionada línea, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas citada, establece [art. 5.a)] el carácter administrativo de aquellos contratos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras y los de consultoría, entre los que se incluyen (art. 197) aquellos que tienen por objeto «estudiar y elaborar informes..., anteproyectos o proyectos de carácter técnico». Precisamente, además, la Ley de 27 de diciembre de 1956 determina [art. 3.a)] la pertenencia a su ámbito, de los contratos, de cualquier naturaleza jurídica, que tuvieran por finalidad obras y servicios públicos de toda especie. No cabe duda que, en el caso, se dan las notas exigibles para entender que el conocimiento de estos temas corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. (STS de 20 de septiembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—El Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos demandó al Ayuntamiento de Fargas en reclamación de la cantidad que el demandado le adeudaba por la elaboración de dos proyectos que había encargado en su día al demandante. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron íntegramente la demanda, pero el Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación y estimó la incompetencia de la jurisdicción civil, al tener por base la reclamación un contrato administrativo y corresponder el conocimiento del litigio a la jurisdicción contencioso-administrativa. (L. F. R. S.)