

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Rocío DIÉ-GUEZ OLIVA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Carmen JEREZ DELGADO, Carlos LÉRIDA NAVARRO, Sara MARTÍN SALAMANCA, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, África VICIANA GARCÍA, Laura ZUMAQUERO GIL**

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. Innecesaria alegación del derecho extranjero en el proceso.

«Para que el derecho extranjero pueda ser aplicado en el proceso, su vigencia y contenido han de quedar probados. Se trata de una consecuencia de que al Tribunal y a las partes no se les puede exigir conocerlo, a diferencia de lo que sucede con el Derecho español, conforme a la regla *iura novit curia*». Sin embargo, «[...] el Tribunal está facultado para valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para la aplicación del derecho extranjero, lo que significa tanto que debe aplicarlo si es que lo conoce y, al fin, que de hecho la aportación de parte sólo es necesaria para suplir aquella información. Por otro lado, la norma jurídica extranjera viene designada por la de conflicto del foro, que pertenece al ordenamiento que el Tribunal debe aplicar de oficio» (FJ 1.º STS de 10 de junio de 2005).

Aplicación de la *lex fori* como norma subsidiariamente competente.—«Cuando el contenido y vigencia del derecho extranjero no ha resultado probado por las partes ni averiguados por el Tribunal en la medida que sería precisa para resolver el conflicto de intereses planteado y la regla de conflicto no impone otra cosa, resulta aplicable la *lex fori* como norma subsidiariamente competente (SSTS de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990, 23 de marzo de 1994, 25 de enero de 1999, 5 de junio de 2000 y 13 de diciembre de 2000; STC de 2 de julio de 2001)» (FJ 1.º, STS de 10 de junio de 2005). (STS de 10 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña G. P. E. interpone demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra doña A. M. B. solicitando se condene a la demandada al desalojo de la vivienda y parcela de terreno hasta tanto se realicen las operaciones particionales correspondientes a la disolución de la sociedad de gananciales del matrimonio formado por la actora con don F. E. R., así como de la herencia correspondiente a este último. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La parte actora interpone recurso de apelación que también resulta desestimado. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Es jurisprudencia reiterada del Supremo que para que el derecho extranjero pueda ser aplicado, su contenido y vigencia han de ser probados, sin que resulte posible exigir al Tribunal su conocimiento (SSTS de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990, 23 de marzo de 1994 y 25 de enero de 1999). Sin embargo, el Supremo viene a considerar en esta sentencia que el Juez deberá aplicar el derecho extranjero si lo conoce, sin que deba ser alegado por las partes. Esta sentencia supone un cambio en la línea jurisprudencial seguida en relación a la necesidad de prueba del derecho extranjero por las partes del proceso. Tradicionalmente el Supremo ha venido considerando que la carga de la prueba del derecho extranjero aplicable corresponde a la parte actora que lo invocó y pretende hacerlo valer (SSTS de 12 de enero y 21 de noviembre de 1989, 7 de septiembre de 1990, 19 de junio y 17 de diciembre de 1991, 13 de abril de 1992, 10 de marzo de 1993 y 31 de diciembre de 1994). La aplicación del derecho extranjero venía a ser una cuestión de hecho y como tal debía ser alegado y probado por la parte que lo invoca, siendo necesario acreditar, no sólo la exacta entidad del derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente (SSTS de 30 de junio de 1962, 4 de octubre de 1982 y 11 de mayo de 1989). La anterior regulación del artículo 12.6.2 CC llevó a la doctrina a entender que el derecho extranjero debía ser tratado como un hecho, y, por ello, debía ser objeto de alegación y prueba.

En sentencia más reciente, concretamente de 4 de julio de 2006, el Tribunal Supremo considera que, en virtud del artículo 12.6.1 CC, el derecho extranjero se aplica, no porque lo haya alegado una parte, sino porque lo exige la norma de conflicto. Ello supone un cambio radical en la línea jurisprudencial seguida por el Supremo en tema de aplicación del derecho extranjero por los Jueces y Tribunales.

En el supuesto que el derecho extranjero no pueda ser probado por las partes ni averiguado por el Tribunal, se aplicará como norma subsidiariamente competente la *lex fori*. De aplicarse la legislación española al caso concreto, se trataría de un supuesto de sociedad postganancial, de modo que la demandante sería titular de una cuota disponible sobre todo el patrimonio antes consorcial, el cual al disolverse el vínculo cambia el régimen y queda sometido al de coposesión. En base a estos razonamientos, no puede excluirse a la demandada el derecho a poseer como coposedora hasta que tengan lugar las operaciones particionales. A ello se añade el derecho de usufructo de la demandada en la sociedad del causante. (L. Z. G.)

2. Desarrollo jurisprudencial de la doctrina de los actos propios.

El fundamento se encuentra en la necesidad de protección de la buena fe y la confianza, así como de la apariencia de las situaciones jurídicas. El autor de dichos actos ha de quedar ligado cuando se produzca una contradicción entre lo primeramente realizado y la acción que el propio interesado ejercita, existiendo un nexo de causalidad entre ambos. La aplicación de la doctrina tiene lugar cuando exista oposición entre lo realizado y los actos que hubiesen creado una situación de derecho, sin posibilidad de alteración unilateral.

Exclusión jurisprudencial de la doctrina de los actos propios.—La jurisprudencia excluye de tal calificación los actos que «no dan lugar a derechos y obligaciones o no se ejecuten con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho» (F 2.º). La situación jurídica o de hecho es inalterable por quien se hallaba obligado a respetarla (STS de 16 de febrero y 10 de octubre de 1988, 5 de abril de 1991).

Prueba del quebrantamiento del deber de coherencia de los comportamientos.—Es necesaria su prueba para la aplicación de la doctrina, que encuentra su base en el artículo 7.1 CC. Ha de probarse la existencia de actos inequívocos, «en el sentido de crear, definir, fijar, modificar o extinguir» una determinada situación jurídica (F 2.º). (SS de 10 de junio y 17 de diciembre de 1994, 30 de octubre de 1995, 24 de junio de 1996, 30 de enero de 1999, 25 de julio de 2000 y 5 de julio de 2002). (STS de 27 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Entre la sociedad H. S. e I. Revilla se celebraron dos contratos de representación comercial para zonas determinadas, de duración indefinida y sin exclusividad. La representada y demandada I. Revilla propuso a la demandante la modificación de las condiciones pactadas para que trabajase en exclusividad con dicha marca, propuesta que fue rechazada. Posteriormente, la mencionada sociedad demandada, mediante carta, procedió a la resolución de los contratos pactados alegando como motivos que los precios marcados sobrepasaban las directrices aconsejadas, la disminución de las ventas y la disposición de dinero de la demandada. La sociedad H. S. demanda a la sociedad representada por ir contra sus propios actos, solicitando su condena a abonar cantidad determinada en concepto de indemnización de daños y perjuicios, como consecuencia de la resolución unilateral de los contratos, en atención al lucro cesante y daño emergente. En primera instancia se

desestimó la demanda, de igual manera que en la Audiencia Provincial de Soria, ésta por falta de acreditación de daños y perjuicios. Se presentó recurso de casación por parte de la sociedad H. S. fundado en la inaplicación de la doctrina legal y jurisprudencial de los actos propios, y de los contratos de donación indefinida por tracto sucesivo y de agencia, comisión y corretaje. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (P. S. S.)

3. Adjudicación de fincas por cooperativa entre sus socios: Sistema de baremos y no de sorteo. No vulnera el principio de igualdad. Infracción del principio *venire contra proprium factum, non potest*: los actores conocían el sistema utilizado en estos casos, del que resultaron beneficiarios y no pueden oponerse ahora al mismo.—El examen de las actas de Asambleas Generales precedentes a la que es objeto de la actual impugnación, en cuanto marcan la política al respecto seguida por la cooperativa muestra un reiterado criterio de adjudicación por baremos, aprobado al efecto en cada caso. En la Asamblea aquí objeto de impugnación se acordó que las parcelas de «Montecanal» se adjudicarían, según el orden de prioridad, como adecuado a los «principios de la Cooperativa», o sea, a los que se han indicado, es decir, con arreglo a los que se hizo el reparto de las mismas, no correspondiéndoles a los actores ninguna, ya que, desde 1990, dejaron de realizar aportaciones económicas a las mismas. Los actores no pueden ignorar que conocían el sistema utilizado en estos casos, del que resultaron beneficiarios, y no pueden oponerse ahora al mismo (*venire contra proprium factum, non potest*). El criterio de la Audiencia, que entiende que es prioritario el de igualdad mediante sorteo, que eleva a categoría fundamental, cae por su base ante la aceptación por los socios e implantación de otro, como el utilizado en el caso de autos, que no es arbitrario y que se adopta con criterios también sociales (mayor aportación de cargas sociales, antigüedad, y mayor beneficio a los miembros de familia con más descendencia). (STS de 5 de abril de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Doña C. formula demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía frente a la *Cooperativa de Viviendas San Cosme y San Damián*, en solicitud de que se declarase la nulidad de pleno derecho del acuerdo adoptado por la Asamblea General de la misma, celebrada el 30 de marzo de 1995, por el que se aprobó la prioridad de la adjudicación de parcelas propuestas por la Junta Rectora, así como la de todos los acuerdos sociales que se hubiesen tomado con posterioridad y trajesen causa del mentado acuerdo. Argumenta la demandante que se vulnera el principio de igualdad de derechos de los socios al no atenerse al sistema de sorteo entre los mismos, para la adjudicación de las mencionadas parcelas, sino las aportaciones dinerarias efectuadas voluntariamente por aquéllos para sufragar los gastos de urbanización del referido sector en el que se ubican aquéllas. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda deducida por la señora C y declara la nulidad de pleno derecho de la Asamblea General demandada. La Audiencia Provincial confirma el fallo de instancia. La cooperativa demandada interpone recurso de casación. (S. M. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

4. Títulos nobiliarios: orden sucesorio. Legalidad aplicable. Principio de propinquidad: preferencia del mejor grado y mayor edad.—Habiéndose suspendido la legalidad anterior a 1931, en lo afectante a esta materia, como consecuencia de la Guerra Civil española, no obstante la Ley de 4 de mayo de 1948 restableció esa legalidad en lo referente a Grandezas y Títulos del Reino, Ley que se desarrolló por Decreto de 4 de junio de 1948, estableciéndose una tramitación administrativa de los expedientes de rehabilitación igual para los demás territorios pertenecientes a la Corona de España, que la que se aplicaba a los Títulos de Castilla. Y en el artículo 5.º se disponía que el orden de suceder de todas las dignidades nobiliarias se acomodaría al dispuesto en el Título de concesión, y, en su defecto, al que «tradicionalmente se ha seguido en esta materia». La legalidad restablecida está contenida, principalmente, en el RD de 27 de mayo de 1912 y, en orden a la caducidad de los Títulos, en la RO de 29 de mayo de 1915.

La aplicación de la Partida II y de la Ley 5.ª de la Novísima Recopilación, que rigen la Sucesión en la Corona de España, y que se aplica a la de los Títulos Nobiliarios en línea regular (carentes de regulación propia sobre la sucesión en la Carta de Concesión), parte, en la descendencia colateral, del «principio de propinquidad» o de mayor proximidad (mejor grado y mayor edad, y, según la Ley, en la línea de descendencia, entre ellos, a falta, en uno de los grados, de varón, se permite la de la mujer). (STS de 15 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña C. interpone demanda con objeto de que se declare es mejor y preferente el derecho genealógico del mismo frente al demandado, D. R., y frente a las posibles personas que comparezcan, para usar, poseer y disfrutar de título, basado en el principio de propinquidad, que rige para las sucesiones nobiliarias entre parientes, colaterales del mismo grado, en cuyo supuesto ostenta el mejor derecho el de mayor edad, en este supuesto el actor que, al tiempo de interponer la demanda tenía 68 años, frente a los 59 del demandado. La oposición del demandado, D. R., se fundamenta, esencialmente, en negar la interpretación y alcance que pretende dar al principio de propinquidad, toda vez que la Partida II, que menciona, no habla de que una mujer colateral pueda suceder, por lo que, establecida y reconocida, por STC de 3 de julio de 1997, la preferencia del varón sobre la mujer al derecho nobiliario, resulta que el demandante trae su derecho de una mujer, mientras que el demandado lo trae de un varón, además de otras consideraciones acerca de que la piedra angular en las sucesiones nobiliarias no es la propinquidad, sino la representación, y, sobre que, en el supuesto de que la Carta de concesión del título nada establezca sobre la sucesión haya de regirse por la Ley XI de Toro, integrada en la Novísima Recopilación, y, restablecida, como toda la Legislación Tradicional al respecto, por la Ley de 4 de mayo de 1948 y Decreto de 4 de junio del mismo año.

La sentencia del Juzgado desestima la demanda. Contra este fallo se interpuso recurso de casación por D. C. (S. M. S.)

5. Intromisión ilegítima en el derecho al honor. Imposibilidad de alegar inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor por aplicación de la doctrina del reportaje neutral.—Tiene declarado el Tribunal Constitucional sobre el reportaje neutral que el objeto de la noticia ha de estar constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser noticia por sí mismos y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas, y que el medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia ni realizar valoración alguna (SSTC de 15 de febrero de 1994 y 16 de diciembre de 1996; STS de 24 de enero de 1997). Es así que el reportaje neutral ha sido caracterizado por la jurisprudencia de las siguientes notas: *a)* El objeto de la noticia debe comprender declaraciones que imputan hechos lesivos al honor, pero que son noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellos; *b)* El medio informativo debe limitarse a transmitir tales declaraciones sin que la noticia sea reelaborada; *c)* La veracidad se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de la responsabilidad respecto a su contenido (STC de 8 de abril de 2002; SSTS de 16 de diciembre de 1996, 24 de enero, 20 de febrero y 20 de marzo de 1997, 25 de septiembre de 1998, 5 de febrero, 16 de febrero y 19 de febrero de 1999, 18 de abril, 8 de julio y 26 de julio de 2000, 11 de abril, 7 de mayo y 1 de octubre de 2002, 6 de junio, 19 de junio y 22 de diciembre de 2003 y 12 de julio de 2004). (STS de 22 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora formula demanda contra don F. F. A. y don J. M. M. en la que solicita se condene a los demandados por intromisión ilegítima en el derecho al honor, al haber difamado su honestidad y buen nombre con la noticia publicada. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima en parte, condenando a los demandados de forma solidaria a satisfacer con determinado importe a la parte demandante en concepto de indemnización de daños y perjuicios. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—La sentencia que anotamos se centra en la problemática de determinar si resulta posible, en este caso, entender que no existe intromisión ilegítima en el derecho al honor de la parte actora por aplicación de la doctrina del reportaje neutral. Considera el Supremo que el autor del reportaje periodístico parece haberse limitado a transcribir las declaraciones efectuadas en relación a la forma en que las demandantes obtuvieron sus puestos de trabajo, tratándose, además, de una noticia de interés público, cumpliéndose así, en principio, los requisitos del reportaje neutral. Sin embargo, la diligencia mínima exigible al medio de comunicación la impone la identificación necesaria del sujeto que emite las opiniones o noticias, cosa que aquí no sucede. A ello se une la evidente existencia de intromisión cuando de forma irónica se advierte que la obtención de sus puestos de trabajo se debía a causas distintas a sus méritos profesionales, además de la inconcreción de la autoría, lo cual causa indefensión al no poder conocer la persona de la que partieron los datos de la noticia. (L. Z. G.)

6. Colisión entre el derecho fundamental a informar y a opinar y el derecho al honor.—El derecho fundamental a la libertad de expresión en relación con el derecho a la libertad de información se muestra indispensable en un Estado social democrático de Derecho. Sin embargo, este derecho no puede considerarse absoluto. Es así que la Constitución Española, en su artículo 20.4, establece como límite de este derecho el respeto, entre otros derechos, al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. (STS de 9 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don E. B. L. formula demanda contra don J. J. M. R. y la entidad mercantil «P. I., S. L.», con objeto de poner fin a lo que considera intromisiones que atentan contra su derecho al honor por la publicación de una serie de artículos en un conocido diario, en los cuales se hace referencia a la actividad profesional que desempeña la parte actora. El Juez de Primera Instancia estima la demanda y declara que los demandados han cometido una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante, por lo que condena al demandado a que indemnice al actor en los perjuicios y daños morales que le haya ocasionado. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial estima el citado recurso al entender que no existe intromisión ilegítima. Esta sentencia es recurrida por don E. B. L. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por tratarse de una información que versa sobre hechos de interés general, veraces, los cuales no han sido descritos con el propósito de ofender o menospreciar, sino con objeto de denunciar unos hechos de interés para los lectores.

NOTA.—Es doctrina reiterada del Supremo que, en casos de colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión, de un lado, y el derecho fundamental al honor, de otro, deben seguirse las siguientes directrices: *a)* La no fijación *a priori* de los límites entre ambos derechos, siendo necesario realizar una delimitación de la colisión en el caso concreto; *b)* La tarea de ponderación debe llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, del derecho a la libertad de expresión y de información (SSTS de 6 de junio de 2003 y 11 de febrero de 2004). Es necesario tener en cuenta que cuando el objetivo es suministrar información sobre hechos, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz [art. 20.1.d) CE], lo cual impone al comunicador un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales. Cuando se trate de expresar juicios o evaluaciones personales, éstas deben someterse al canon propio de la libertad de expresión, ya que el ejercicio del derecho de crítica no permite emplear expresiones injuriosas o innecesarias que pueden constituir intromisiones ilegítimas en el honor ajeno. Hay que tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión comprende la crítica de la conducta de otro aun cuando la misma sea desabrida y pueda disgustar a quien se dirige (SSTC de 17 de enero de 2000, 20 de febrero y 5 de octubre de 2001, 28 de enero de 2002 y 15 de septiembre de 2003). Sin embargo, ello no supone que resulte posible emitir expresiones desvinculadas de la información y proferidas

gratuitamente, en cuyo caso nos hallamos ante la descalificación y el insulto (SSTC de 6 de junio de 1990, 21 de noviembre de 1995, 14 de octubre de 1998, 11 de octubre de 1999, 5 de mayo y 30 de diciembre de 2000, 6 de mayo de 2002, 9 de mayo y 15 de septiembre de 2003; STS de 9 de julio de 2004). En conclusión, para poder dar preeminencia al derecho fundamental a expresar opiniones y a informar es necesario que exista un interés general sobre la información divulgada, debiendo tratarse de una información veraz, entendiéndose por tal aquella comprobada y contrastada según los cánones de la profesionalidad informativa (STC de 5 de mayo de 2000; SSTS de 5 de junio de 2003, 11 de febrero y 13 de febrero de 2004).

En la sentencia que anotamos, el conflicto gira en torno a una serie de artículos publicados en un conocido diario en los que parece cuestionarse la ética profesional del demandante, al emplearse frases como: «... Espero que no me condene por sacar la conclusión de que usted, Sr. B., pudiera ser un ladrón...». El Tribunal Supremo considera que, aunque estos artículos se corresponden con lo que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos denomina «términos duros», dichas opiniones o información hubieran producido el mismo efecto aun no utilizando una terminología tan dura. Por lo que se refiere a la expresión citada en la que utiliza el término «ladrón», estima el Supremo que no puede entenderse la misma como imputación de un delito, ya que no contiene una afirmación, sino una potencialidad, no resultando posible considerarlo un insulto o descalificación, sino que, tras esta expresión, subyace la voluntad de denunciar unos hechos que han sido objeto de múltiples críticas (FJ 1.º STS de 9 de junio de 2005). (*L. Z. G.*)

7. Tercería de dominio y doctrina del levantamiento del velo. Supuesto de tercerista aparente. Coincidencia de personalidades entre el deudor embargado y la sociedad tercerista. Sociedades familiares.—En el conflicto entre la seguridad jurídica (reconocimiento de personalidad jurídica a una determinada entidad mercantil) y la justicia, ambos valores consagrados en la Constitución Española (arts. 1.1 y 9.3 CE), corresponde, según los casos y las circunstancias, por vía de la equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7 CC), penetrar «... en el substrato personal de las entidades o sociedades, a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal, se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4 CC)» (SSTS de 24 de marzo de 1997, reiterando la doctrina de las sentencias de 28 de mayo de 1984, 12 de febrero y 1 de abril de 1993, 11 de diciembre de 1995, 25 de octubre de 1997, 31 de enero, 30 de mayo y 9 de noviembre de 1998, 11 de octubre de 1999, entre otras). El Tribunal Supremo ha declarado, en reiteradas ocasiones, que la función de la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas, expresión adaptada de la palabra anglosajona «disgread» y de la germana «Durchgrift», es desvelar la realidad fáctica de distintos entes con personalidad jurídica creada para ficciones fraudulentas, que puedan implicar «... la frustración de los derechos de terceros,... pretendiendo evitar con ello simulación en la constitución de una sociedad que signifique elusión en el cumplimiento de un contrato así como la burla de

la Ley como protectora de derechos ajenos...» (FD 3.º de la STS de 22 de noviembre de 2000). Como técnica busca penetrar en la realidad económica de la personalidad jurídica de los entes sociales, tratando de descubrir sus efectivas relaciones sociales y responsabilidades ante los terceros con los que contrata, intentando aflorar *ad extra* la verdad material subyacente, cuando la misma se encubre bajo la apariencia de un ente con personalidad jurídica.

La tercería de dominio regulada en los artículos 1532 a 1543 LEC 1881 es una acción declarativa de dominio cuyo objeto es la declaración de propiedad del tercerista y el levantamiento del embargo trabado sobre el bien litigioso, en este caso, un grupo de abrigos de pieles. Para ello, el actor debe no sólo acreditar su dominio pleno y excluyente sobre dicho bien, sino igualmente su condición de tercerista. Así pues, se entiende que no puede prosperar el ejercicio de la tercería de dominio sobre los bienes litigiosos en aquellos casos en los que, en función de la realidad fáctica del supuesto, se constata la existencia de una confusión de personalidades y de patrimonios entre las entidades terceristas y ejecutadas, como en el caso que nos ocupa, y que, por tanto, no concurre en la persona del actor la condición de tercero (*vid.* al respecto, SSTS 22 de febrero de 1991, 16 de marzo de 1992, 11 de noviembre de 1995, 11 de octubre y 13 de noviembre de 1999 y 22 de noviembre de 2000, entre otras). Existe, por tanto, una confusión entre la persona jurídica actora y la persona física demandada, el cual utiliza la sociedad familiar con personalidad jurídica distinta para, mediante la aportación de bienes a la misma, «eludir sus propias responsabilidades personales, sirviéndose de la persona jurídica para incumplir sus obligaciones con sus acreedores y causándoles un perjuicio, al impedirles o disminuirles las garantías de cobrar sus créditos (FD 1.º). (STS de 20 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 17 de octubre de 1995, se dictó providencia despachando la ejecución y ordenando el embargo de los bienes de don J. B. A. por las deudas que tenía frente a la mercantil *Zurich Seguros y Reaseguros*, en concreto dos fincas cuyo embargo se practicó el día 30 de octubre de 1995. En el lapso temporal entre ambas actuaciones, en concreto el día 24 de octubre de 1995, don J. otorgó escritura pública de ampliación de capital de la mercantil *Caypre, S. L.*, entidad de carácter familiar cuyo capital pertenece casi en su totalidad a don J. B. A., correspondiendo el resto a su hijo y su yerno. La representación legal de la entidad *Caypre* ejercitó una tercería de dominio en el procedimiento de ejecución de dichas fincas, solicitando la declaración de su titularidad dominical sobre la misma. La demanda fue desestimada en primera instancia, así como el recurso de apelación interpuesto ante la misma. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

NOTA.—En el supuesto que anotamos el Tribunal Supremo viene a reiterar su jurisprudencia acerca de la denominada doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas, en un supuesto de utilización de la personalidad jurídica de una sociedad, en este caso una empresa familiar, para eludir el deudor responsabilidad, empresa cuyo capital estaba suscrito por el deudor ejecutado, su hijo y su yerno. Aunque no estemos ante un claro supuesto de comunicabilidad de responsabilidad y de confusión de patrimonios que se aprecia con mayor facilidad en los supuestos de sociedades

unipersonales, el Tribunal Supremo entiende que estamos ante una sociedad pantalla, aun cuando el deudor ejecutado no es socio único, sino que también son socios de la entidad tercerista su hijo y su yerno, operando sobre el carácter de socio mayoritario de aquél. La aportación de los bienes objetos del embargo a la operación de aumento de capital de la sociedad tercerista por parte del deudor en el íter temporal que discurrió entre el embargo y su anotación perseguía la única finalidad de eludir la responsabilidad patrimonial del deudor frente a sus deudores, puesto que no existe independencia patrimonial entre el deudor ejecutado y la sociedad tercerista. (R. D. O.)

8. Indebida aplicación de las doctrinas sobre fraude de ley, abuso del derecho y levantamiento del velo y la conculcación del principio de la buena fe.—La contratista de la obra conocía perfectamente las circunstancias económicas y financieras de la entidad mercantil con quien contrataba. Tanto el capital social, como la hipoteca de la finca sobre la que se iba a construir, eran datos que gozaban de la publicidad registral, por lo que no cabe imaginar que haya podido haber engaño de ningún tipo, ni una apariencia de mayor solvencia determinante del contrato. La constructora sabía con quién contrataba, en qué condiciones lo hacía y, en suma, la entidad del riesgo asumido. No resulta razonable considerar que la constitución de una sociedad mercantil con responsabilidad limitada responde a una finalidad defraudatoria o torticera, cuando los que la integran no tienen un patrimonio importante que poner a salvo mediante la instrumentación de aquella limitación societaria de responsabilidad, que en la modalidad de sociedad anónima tiene carácter esencial. No es ilícito tratar de circunscribir la responsabilidad al importe de la aportación social, con exclusión de la personal, por las deudas del ente. Puede ser que los codemandados personas individuales hayan actuado con cierta dosis de imprevisión, inconsciencia e ingenuidad, pero no existe constancia alguna de que se hayan lucrado en nada, pues no existe información procesalmente valorable sobre el destino que tuvo el total dinerario procedente del préstamo hipotecario. Por otro lado, y sobre todo teniendo en cuenta lo repetido acerca del conocimiento de la situación por la entidad contratista, tampoco cabe entender que se haya conculcado el principio de la buena fe (*ex art. 7.1 CC*), en la perspectiva de haberse suscitado una confianza, o apariencia de solvencia, posteriormente defraudada. En definitiva, no cabe apreciar una situación de fraude de ley o de abuso de derecho, porque no se evidencia una situación abusiva mediante una instrumentación fraudulenta de la autonomía patrimonial societaria que deba traducirse en una sanción para los integrantes de la sociedad, mediante la aplicación de la técnica anglosajona del desentendimiento de la personalidad jurídica autónoma (cfr. doctrina jurisprudencial mencionada en la sentencia, sobre fraude de ley y abuso de derecho).

Requisitos de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo: evidencia significativa de actuación fraudulenta.—En todo caso ha requerido la jurisprudencia la existencia de datos claros —significativos— que demuestren la actuación fraudulenta. Y éstos no concurren en el caso por las razones ya expuestas, sin que quepa deducirla de la circunstancia de que, en un momento dado, la sociedad quedó sin medios económicos para pagar a un acreedor, ni siquiera en el hecho de haber emprendido una obra importante con un capital exiguo, cuando, como se dijo, las condiciones económicas del

ente societario eran plenamente conocidas o debían serlo, por la contratista de la obra, ni, por lo demás tampoco consta que los cinco socios constituyentes de *Jadad, S. A.*, pretendieran sustraer a las resultancias de la operación inmobiliaria más patrimonio que el proveniente de su condición de empleados y que constituye el medio normal de su subsistencia propio y de sus familias. (STS de 28 de enero de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Mafal, S. L.*, deduce demanda sobre extinción de contrato de obra con suministro de materiales y reclamación de cantidad contra la entidad mercantil *Jadad, S. A.* y las personas individuales don L. M., don G., don E., don L. A. y don R., solicitando la resolución del contrato referido, celebrado entre las dos sociedades litigantes, el 15 de agosto de 1988, por incumplimiento de la codemandada *Jadad, S. A.* —pagadas las cinco primeras certificaciones de obra, según el sistema pactado de libramiento mensual con obligación de abono mensual, dentro de los cinco primeros días de su recibo, siempre que concurriera la aprobación de la dirección facultativa, se dejó de pagar la sexta—; y, en su caso, la extinción del referido contrato por imposibilidad de terminación, por causa imputable a *Jadad, S. A.*, así como la condena de esta entidad al pago de las cantidades que se expresan por diversos conceptos y, por último, «se declare la responsabilidad de los condenados, personas físicas, como socios únicos de la también codemandada, que lo serán de forma solidaria, con aquella entidad, y condenándoseles, asimismo, a las responsabilidades económicas correspondientes». La responsabilidad de las personas físicas se fundamenta en la doctrina del levantamiento del velo, a cuyo efecto, se argumenta: 1) la existencia de hipoteca constituida por los demandados sobre la edificación, a favor del *Banco Hipotecario*, que hace ilusoria cualquier acción de la actora sobre la finca, para hacer valer el crédito refaccionario del que goza, a la luz de las responsabilidades de aquel derecho real y del precio de la finca en subasta; esto evidenciaría la actuación fraudulenta de los codemandados, personas físicas, al constituir la mercantil demandada, con exiguo capital social, a fin de cubrir sus responsabilidades patrimoniales con cobertura de persona jurídica, eludiendo así el pago a la misma, que no a la Entidad de crédito, que tiene asegurada la suya a través de la garantía real. Los codemandados aludidos son los únicos socios de la mercantil demandada, que a ese solo fin constituyeron y participan por igual en las acciones suscritas y desembolsadas, y 2) Comisión de fraude de ley y ejercicio abusivo y de mala fe de derecho subjetivo. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y la Audiencia Provincial desestima los recursos interpuesto por los demandados. Contra la sentencia de la Audiencia se interponen dos recursos de casación. Uno por don G., basado en infracción de la Ley de Sociedades Anónimas (arts. 1, 129 y 133) y de los artículos 6.4 y 7 CC, así como de la doctrina jurisprudencial sobre levantamiento del velo. Y, otro, por don L. M., alegando infracción de la doctrina jurisprudencial relativa al levantamiento del velo en las sociedades anónimas y del artículo 1253 CC (S. M. S.)

9. Teoría del levantamiento del velo. Requisitos de aplicación. Aplicación excepcional y sólo para aquellos casos de probado fraude, en los que las formas societarias se hayan creado o utilizado con el fin de perjudicar a los acreedores.—En el supuesto enjuiciado no pueden ignorarse las

fechas en que se generaron las deudas, por las que se ha reclamado, ni las de constitución de las distintas sociedades, ni los períodos de actividad de éstas, todo lo cual lleva a estimar que no ha quedado acreditada la existencia de ese fin fraudulento que exige la jurisprudencia para que pueda desplegar sus efectos el pretendido «levantamiento del velo». Por las distintas fechas de sus constituciones no consta probado que lo hicieran con el ánimo de defraudar entonces o para el futuro, ni que, cuando surge la deuda aquí reclamada, se aprovechen de nada, por no asumirla, por ser diferenciadas y no haberse probado lo contrario. Partiendo de los hechos probados no puede entenderse que de ellos deba deducirse que unas sociedades, diferenciadas, aunque tengan las coincidencias o similitudes que se expresan, deban responder por otras, ya que no aparece que su patrimonio sea único (global) y no esté diferenciado, y, en cuanto a sus socios componentes, en cuanto administradores, el no ejercicio de la acción de responsabilidad social frente a ellos por sus acreedores, les impide que tengan que ser declarados deudores.

No se admite fraude alguno frente a los acreedores por el hecho de que las deudas de *Almacenes Prieto Padilla, S. A.*, las haya pagado siempre ella; y, en cuanto que ésta las ha pagado siempre, y sólo a ella se limitan las relaciones de autos, no deben ser asumidas por compañías con personalidad distinta, en principio, (no aparece prevalencia direccional de una respecto a otras), pues tampoco consta probado que, en otras ocasiones, haya existido una confusión de pagos y reclamaciones que afecten a unas u otras. Y el hecho de que existiese algún pago aislado hecho por *Mayton, S. A.*, o de parte del mismo, a alguno de los acreedores de *Almacenes Prieto Padilla, S. A.*, no supone esa confusión, pues no se referían a deudas de *Almacenes Prieto Padilla* y, en cualquier caso, cualquier acto aislado de esta clase, mientras no se dé la confusión dicha, sólo tendrá el carácter de «pago hecho por tercero», ajeno a la obligación, pero liberador de la deuda, conforme al artículo 1158 CC. (STS de 10 de marzo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Seis entidades mercantiles interponen demanda de juicio declarativo de menor cuantía, en reclamación del precio de unas mercancías servidas, contra la entidad *Almacenes Prieto Padilla, S. A.*, a quien se le suministraron. Pero, además, se solicita que, solidariamente, abonen la cantidad adeudada, «*Mayton, S. A.*»; «*Confecciones Mayton, S. L.*»; don D.; doña M. D.; doña E.; don S. D. E., y doña F., alegando que el primer demandado y el resto de sus familiares codemandados han utilizado las formas societarias constituidas para defraudar los legítimos intereses de los acreedores, que verían satisfechos sus créditos si no hubiera la separación de patrimonios que se ha logrado con dicha constitución de sociedades. Más concretamente, se argumenta que, tanto «*Almacenes Prieto Padilla, S. A.*, como *Mayton S. A.*, y *Confecciones Mayton S. L.*, han sido constituidas por miembros de dicha familia, que las tres tienen el mismo objeto social y comparten locales de negocio, e, incluso, dos de ellas *Mayton, S. A.*, y *Confecciones Mayton S. L.*, tienen el mismo domicilio social. Todo ello facilitaría la compra, por parte de una sociedad insolvente (*Almacenes Prieto*

Padilla, S. A.), distribuyéndose esa misma mercancía a través de las otras sociedades. De tal modo, las personas físicas que han constituido esas sociedades obtendrían un lucro a costa de sus acreedores, comercializando una mercancía que no puede llegar a ser cobrada por éstos que la han suministrado.

El Juzgado de Primera Instancia admite, parcialmente, la petición de la demanda, y condena únicamente a *Almacenes Prieto Padilla, S. A.* Contra dicha sentencia, todos los demandantes interponen recurso de apelación, que fue desestimado, confirmando la sentencia recaída en instancia. (*S. M. S.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

10. Nulidad de contrato. Artículo 1303 CC.—El Tribunal Supremo establece que conforme al artículo 1303 CC los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses. Su finalidad, señala, es evitar el enriquecimiento injusto consiguiendo que las partes vuelvan a la situación anterior a la contratación. En consecuencia, si el contrato ha sido ejecutado en todo o en parte, procede la reposición de las cosas al estado que tenían cuando se celebró el contrato. (**STS de 6 de julio de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—*BESAYA, S. A.*, y *R. E. I. B.* otorgaron escritura pública de traspaso de local de negocio referido al total local comercial ocupado por la primera en calidad de arrendataria, si bien estaba integrado por tres fincas independientes pertenecientes a dos propietarios distintos. *R. E. I. B.* abonó una cantidad a *BESAYA, S. A.*, reteniendo la cuantía que les correspondía a los dos propietarios del local traspasado. Los propietarios de los locales resuelven el contrato de arrendamiento y los diversos contratos objeto del traspaso quedan en consecuencia resueltos. El actor *R. E. I. B.* interpone demanda contra *BESAYA, S. L.*, solicitando, entre otros pronunciamientos, se declare el crédito que tiene frente a la sociedad por el dinero abonado en el momento de escrituración del contrato de cesión.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda del actor. *BESAYA, S. L.* y *R. E. I. B.* recurren en apelación.

La Audiencia Provincial estima parcialmente ambos recursos. *BESAYA, S. L.*, recurre en casación. (*A. V. G.*)

11. Apreciación del daño.—En relación con el artículo 1902 CC, si la existencia del daño se desprende de los hechos probados, se hace innecesario acreditar la verdad (S de 19 de octubre de 1996.)

Aplicación de las reglas de la hermenéutica.—Cabe la posibilidad de aplicar analógicamente las reglas de la hermenéutica contractual, que se aplica a todo el tracto contractual, a otros actos jurídicos, previos o posteriores al contrato.

Distinción entre la interpretación del contrato y la apreciación de los hechos.—La interpretación recae sobre hechos ya fijados por el órgano judicial, «por lo que no puede intentar acreditarse un error en la apreciación probatoria mediante la denuncia de un error de calificación jurídica» (F 2.º) (SS de 16 y 23 de octubre de 1982 y 12 de mayo de 1987). La interpretación queda desdoblada en dos momentos: en primer lugar, a través de la valoración de las pruebas practicadas el Tribunal fija los hechos; en segundo lugar, la aplicación de las normas contenidas en los artículos sobre hermenéutica (SS de 6 de febrero, 14 de junio y 20 de octubre de 1981 y 23 de diciembre de 1982).

Matización de la preferencia del sentido literal de los términos del contrato.—La doctrina jurisprudencial, aún partiendo de priorizar el sentido literal del contrato, sin embargo muestra la obligación de tener en cuenta otros datos, así como la conducta de los contratantes, de manera que se consideren los actos previos, coetáneos y posteriores, aplicando el artículo 1282 CC (SS de 17 de mayo y 28 de junio de 1976 y 28 de noviembre y 28 de junio de 1997). Máxime cuando existan dudas fundadas sobre la intención de los contratantes, que exige la utilización de los restantes medios hermenéuticos que ofrece el ordenamiento. (STS de 16 de junio de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *Obras y Urbanizaciones L. P.* formuló demanda con la empresa *Hidroeléctrica ENHER* y *FECSA* por la que solicitaba se condenara a las demandadas solidariamente a efectuar las instalaciones precisas para dotar a las parcelas existentes de la urbanización Las Palmeras de suministro eléctrico, en cumplimiento del compromiso adquirido por la primera demandada. Tras una serie de escritos por los que *ENHER* se disponía a suministrar energía a la Urbanización, tras las pertinentes informaciones por parte de los usuarios, posteriormente *FECSA* se subrogó en sus obligaciones. En primera instancia se desestimó la demanda interpuesta contra *ENHER*, estimándose parcialmente contra *FECSA*. En la Audiencia Provincial formularon recurso de apelación el demandante y *FECSA*, desestimando el del demandante y suprimiendo únicamente la condena de indemnizar de los daños de la demandada. Se declara haber lugar al recurso de casación, afirmando el Tribunal que de la interpretación del documento aparece clara la intención de realizar las obras necesarias por parte de las demandadas del transporte de energía de baja tensión a cada parcela.

NOTA.—La sentencia anotada continua la línea jurisprudencial, comenzada hace una década aproximadamente, por la que se relativiza la regla «in claris non fit interpretatio». Tal y como aclara Coca Payeras (voz «Interpretación de los contratos», *Enciclopedia Jurídica Básica*, pp. 3694 ss., vol. III, Civitas, 1995), se debe afirmar que los términos contractuales son claros únicamente cuando se haya averiguado la intención de las partes. La presunción a favor del sentido literal se debe interpretar en la medida en que tales términos en general responden a la intención de los sujetos intervinientes. (*P. S. S.*)

12. Compensación de créditos. Efectos. Automatismo de la compensación.—El artículo 1202 CC dispone que el efecto de la compensación es

extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores. Ese llamado automatismo de la compensación significa que la neutralización de deudas se produce desde el momento en que concurren los requisitos precisos, pero no que no sea necesario, para compensar, que lo quiera, al menos, uno de los deudores. Exigencia de declaración (cumplida en el caso) que deriva del principio dispositivo rector del proceso civil. Ello no impide, en cambio, como ha reiterado esta sala del Tribunal Supremo, en defensa de un criterio espiritualista, que la compensación legal (la que se produce por aplicación de las normas legales, una vez cumplidos todos los requisitos que las mismas exigen) se oponga, como excepción, aunque no sea nominalmente, al ser bastante con que se invoquen los hechos de los que resulte.

Compensación judicial.—El artículo 1196.4.º CC exige, para que proceda la compensación, que las deudas sean exigibles. Pero es cierto también que la jurisprudencia no impone que todos los requisitos de la compensación (entre ellos, la exigibilidad) concurren al interponer la demanda, pues admite la llamada compensación judicial, la cual se produce cuando no procede la legal solicitada por alguno de sus requisitos y éste se logra durante la tramitación del proceso (SS de 16 de noviembre de 1993, 9 de abril de 1994, 27 de diciembre de 1995 y 17 de julio de 2000). El crédito de la compradora, por los defectos de las mercancías, cuya compensación pretende, no pudo nacer directamente de la reglamentación contractual, sino de su alegada y supuesta infracción por la vendedora, la cual no la ha admitido, razón por la que la exigibilidad de la deuda a la indemnización de daños reclamaba una condena previa u obtenida en el propio proceso, y, por tanto, el ejercicio de una acción declarativa de la violación del contrato por la vendedora.

Resolución contractual.—Tratándose de obligaciones de dar, el deudor ha de entregar la misma cosa convenida y no otra diferente (art. 1166 CC), de modo que incumple cuando falta la necesaria identidad entre la prestación ejecutada y la debida (*aliud pro alio invito creditori solvi non potest*), cual sucede, cuando la calidad quedó suficientemente determinada en el contrato o norma legal (art. 1167 CC). En tales supuestos, el comprador perjudicado puede reaccionar sin someterse a los breves plazos de las acciones edilicias (S de 26 de octubre de 1990), previstas para otros supuestos. Pero, en el caso enjuiciado, que el plazo de ejercicio de las acciones por saneamiento y por incumplimiento sean distintos, no varía la inadmisión de la compensación de un crédito discutible, no admitido por la deudora y, por tanto, inexigible sin una sentencia declarativa de la infracción contractual. (STS de 15 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—*Trust Inmobiliario Isleño, S. A.*, cesionaria de un crédito de diez millones de pesetas, del que había sido titular *Superlandia, S. A.*, contra *Elephant, S. A.*, pretende la condena de la deudora a cumplir la prestación objeto del derecho cedido. El derecho de crédito de *Trust Inmobiliario, S. A.*, había surgido de un contrato oneroso celebrado por *Superlandia, S. A.*, dueña de negocio establecido en unos locales que usaba como arrendataria, y *Elephant, S. A.*, interesada en continuar en el mismo tipo de negocio en dichos locales. La primera se obligó a transmitir a la segunda su posición contractual en el arrendamiento y la propiedad del conjunto de maquinaria, instalaciones, mobiliario y mercancías que constituían el medio para la obtención del resultado económico de

la explotación del negocio. *Elephant, S. A.*, demandada por *Trust Inmobiliario Isleño, S. A.*, opuso la excepción de su deuda con determinados créditos de los que afirmó ser titular contra la sociedad cedente. Alega como crédito contra la vendedora su derecho a una indemnización por las mercancías existentes en el supermercado que le vendió *Superlandia, S. A.*, y que estaban caducadas y en mal estado, por lo que no resultaron aptas para ser revendidas. El Juzgado de Primera Instancia declaró compensables sólo algunos de los créditos que había opuesto *Elephant S. A.*, contra *Superlandia, S. A.*, y condenó a la primera a pagar a la cesionaria demandante, *Trust Inmobiliario Isleño, S. A.*, una parte de la suma reclamada en la demanda. La demandada apela ante la Audiencia Provincial y su recurso es desestimado. Ante ello, *Elephant, S. A.*, recurre en casación la sentencia de apelación. (S. M. S.)

13. Improcedencia de la compensación de créditos. Necesario cumplimiento de los requisitos que para la compensación exige el artículo 1196 CC.

—Establece el artículo 1196 CC que para que proceda la compensación es preciso que: *a)* cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro; *b)* que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado; *c)* que las dos deudas estén vencidas; *d)* que sean líquidas y exigibles; *e)* que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificadas oportunamente al deudor.

Innecesario consentimiento del deudor cedido para que la cesión opere.—El contrato de cesión no requiere para su validez y eficacia ni el consentimiento del deudor ni el conocimiento del mismo.

Efectos de la cesión respecto al deudor originario.—El artículo 1527 CC establece que el deudor quedará liberado de la obligación si antes de tener conocimiento de la cesión satisface al acreedor. De este modo si el deudor originario, no teniendo conocimiento de la cesión, paga al acreedor, la deuda queda extinguida, quedando obligado respecto al cesionario desde que tiene conocimiento de la cesión. (STS de 11 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora formula demanda contra la mercantil *T.C., S. A.*, solicitando se le condene al pago de 62.901.733 pesetas, en virtud del crédito que ostenta a su favor derivado de las relaciones comerciales existentes entre ambas sociedades. La sociedad demandada formula reconvencción a través de la cual solicita que se desestime la demanda por quedar extinguida la deuda que se reclama por la actora como consecuencia de la aplicación de la compensación legal, a la vez que solicita se reconozca a su favor un saldo tras la compensación de 2.796.719 pesetas. Las compañías *PTI, S. A.; A., S. A.; C.A., S. A.*, y *K.A., S. A.*, cedieron su créditos contra la sociedad demandante a favor de la sociedad demandada, lo que supone una cuantía de 65.698.352 pesetas, cesión que tuvo lugar mediante documento privado el 3 de julio de 1992. Tres días más tarde, las cesiones fueron incorporadas a la escritura pública, no siendo notificadas a la sociedad actora hasta el 29 de julio de 1992. Entre tanto, el 10 de julio de 1992, la sociedad demandan-

te instó suspensión de pagos, teniéndose por solicitada la declaración judicial de suspensión de pagos. En la lista definitiva de acreedores se incluyó el crédito cedido a favor de la sociedad demandada por importe de 65.698.352 pesetas, y mediante auto de 29 de enero de 1993 se desestimó la pretensión deducida de la compensación de este crédito con la deuda que mantenía con la sociedad actora por 62.901.733 pesetas, lo que representaba un saldo a su favor de 2.796.619 pesetas, saldo reclamado en la demanda reconvenida presentada.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta por la parte actora y estima parcialmente la reconvenición, declarando extinguida por compensación la deuda que reclamaba la sociedad demandante, reconociendo un saldo a favor de la demandada de 2.796.619 pesetas. Interpuesto recurso de apelación por la sociedad actora, la Audiencia Provincial acuerda estimar el recurso y condena a la sociedad *T.C., S. A.*, a abonar a la actora la suma de 62.901.733 pesetas. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—Es doctrina reiterada del Supremo que el contrato de cesión no requiere para su validez y eficacia, ni el consentimiento del deudor, ni el conocimiento del mismo, de suerte que el deudor que quedara al margen de esa operación, podría oponer la compensación que le correspondiere (SSTS de 27 de septiembre de 1991, 5 de noviembre de 1993 y 15 de julio de 2002). La sentencia objeto de anotación no parece interpretar de forma adecuada la doctrina de esta Sala, al considerar que no procede la compensación de créditos al precisar la cesión operada del consentimiento del deudor cedido.

Por lo que respecta a la compensación, consideramos acertada la interpretación de la Sala en relación a la imposibilidad de que opere la compensación de créditos pretendida por la cesionaria con motivo de la declaración judicial de la suspensión de pagos, la cual tiene lugar con anterioridad a la notificación de la cesión, no cumpliéndose el requisito exigido por el artículo 1196 CC de que el demandado fuera real acreedor del demandante, ya que ello se produjo con posterioridad a la notificación notarial referida. No procederá, por tanto, la compensación si, como en este caso, no han quedado cumplidos, con anterioridad a la suspensión, los requisitos que el artículo 1196 CC exige para su operatividad. (*L. Z. G.*)

14. Desistimiento unilateral de contrato oneroso y ejercicio de la resolución.—Se ha de distinguir entre el desistimiento unilateral del contrato y el ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria contractual. Para determinar la diferencia, es imprescindible formular de manera correcta los hechos que han de tomarse en consideración.

Posibilidad de formulación extrajudicial de la facultad resolutoria. La jurisprudencia considera efectuada la resolución extrajudicial sin que sea necesaria sujeción a forma alguna. Esto no es obstáculo para la necesidad de declaración judicial, postulada por vía de acción (demanda o reconvenición), pero nunca por excepción (SS de 6 de octubre de 2000, 1 de diciembre de 2001, 19 de abril de 2002, 12 de febrero y 10 de junio de 2004). El conte-

nido de dicha declaración judicial determina la conformidad al derecho de la resolución efectuada, concurriendo los requisitos exigibles. Como consecuencia, la decisión judicial «no causa la resolución sino que se limita a proclamar la procedencia de la ya operada» (F 2.º) (SS de 17 de enero de 1986, 15 de noviembre de 1999 y 27 de octubre de 2004.)

Efectos *ex tunc* de la resolución.—Cabe la posibilidad de un reintegro de las partes a la situación inmediata anterior al contrato en los casos distintos a contratos de tracto sucesivo. (STS de 22 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Por la entidad EMISA se presentó demanda contra RTVA solicitando se condenase a ésta al pago de cantidad así como devolución del aval constituido como garantía de cumplimiento de contrato. Por la entidad demandada se formuló reconvención en la que se solicitaba se declarase resuelto el contrato suscrito por ambas partes para la instalación de los sistemas de alimentación de la red digital de transportes de programas de RTVA, abonando a la reconviente RTVA una cantidad en concepto de daños y perjuicios, así como la posibilidad de EMISA de retirar los equipos. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda de EMISA y estimó la reconvención, declarando resuelto el contrato suscrito por ambas partes, con la obligación de abonar la cantidad solicitada, así como el retiro de los equipos y sistemas. La Audiencia revocó la sentencia apelada en extremos concretos de la suma abonada. Por EMISA se presentó recurso de casación fundado en la infracción del artículo 1124 CC, así como de la doctrina de la inadmisibilidad del desistimiento unilateral de los contratos onerosos. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

NOTA.—Se determina en la sentencia anotada la tesis clásica en torno a la cual la resolución posee efectos *ex tunc*, entendiendo que alcanza a los negocios anteriores, con efecto retroactivo, en relaciones obligatorias con efecto instantáneo, pero no así en los casos de tracto sucesivo, donde la resolución tendrá un efecto *ex nunc*. (P. S. S.)

15. Previsión de la solicitud y concesión de los permisos administrativos.—En el supuesto del arrendamiento de obras no son aplicables los artículos 1583 y 1184 CC, en el caso en que sea imputable al deudor no haber actuado con la diligencia exigible para la obtención de la licencia urbanística.

Interpretación del artículo 1272 CC en supuestos de no obtención de permiso administrativo.—En el supuesto de arrendamiento de obra, el hecho de no haber obtenido la licencia urbanística no determina la ilicitud o inexistencia del objeto, ya que el mismo existe y es lícito siempre que se respete la normativa urbanística.

Imposibilidad jurídica provocada.—La imposibilidad se origina en un momento anterior al contrato, por lo que se aceptan todos los riesgos, y este hecho determina la imputabilidad al que encarga la ejecución de la obra.

Posibilidad de desistimiento del comitente.—No constituye en el caso de la no obtención del permiso por circunstancia conocida anteriormente a la celebración contractual un supuesto de aplicación del artículo 1124 CC. El desistimiento es un acto voluntario, pleno y recepticio, cuya principal conse-

cuencia es la extinción de la relación obligatoria y la indemnización de los daños al contratista (SS de 5 de mayo de 1987, 3 de octubre de 1986, 29 de diciembre de 1995 y 20 de mayo de 1998.)

Diferencia existente entre los artículos 1124 y 1594 CC.—Es inexistente la relación entre el artículo 1124 y el 1594 CC, sin que sea posible su asimilación en cuanto a las consecuencias jurídicas (SS de 7 de octubre de 1982, 8 de junio de 1983 y 4 de febrero de 1997.)

Concepto de gastos en el artículo 1594 CC.—Se determina en este artículo la obligación de indemnizar al contratista de «los desembolsos realizados en la obtención de elementos incorporados o incorporables a la construcción, así como el precio de la obra» (F 2.º) (SS de 13 de mayo de 1995 y 20 de febrero de 1994). Es necesaria la prueba de tales gastos. La finalidad del precepto es combinar la posibilidad de desistimiento del comitente con la imposibilidad de originar daño a la otra parte. (STS de 26 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Entre las sociedades demandantes *Radio Club 21 y Radio Cataluña* y la sociedad demandada *Construcciones y Excavaciones C.* se celebró un contrato por el que se obligaba a la segunda a la construcción de una torre de comunicaciones, con suministro de materiales. Sin embargo, la obra no pudo ejecutarse al no haberse obtenido la licencia administrativa de instalación, al impedirlo la normativa urbanística, puesto que los terrenos donde iba a ser construida ya existía otra torre, con lo que resultaba zona limitada. La demandante exige a la sociedad constructora demandada el pago de determinada cantidad correspondiente a lo entregado de acuerdo con el contrato no llevado a cabo, basándose en la negligencia de la constructora por no haber realizado gestión alguna para la obtención de la licencia. La demandada reconvinó solicitando el pago de los gastos realizados, indemnización de daños y perjuicios y la existencia de un derecho de retención. En primera instancia se desestimó la demanda, porque del clausulado del contrato no se hacía referencia a obligación alguna, estimando parcialmente la reconvención, obligando al pago de cantidad. En la Audiencia se desestimó el recurso de apelación. Se presentó recurso de casación con base en la interpretación errónea de los artículos 1184, 1258 y 1272, y 1544, 1583, 1588 y 1594 CC. Por el Tribunal Supremo se declaró no ha lugar.

NOTA.—La presente sentencia resuelve atendiendo a un contrato perfecto, y parece trasladar el perjuicio de la no concesión de licencia al comitente. Este caso se ha resuelto de muy diversas formas en situaciones parecidas o similares. En la S de 17 de febrero de 1997 se alegaba la existencia de causa ilícita por la no obtención de la licencia administrativa de apertura de local, rechazada por el Tribunal que determinó la acción de resolución como la pertinente en el caso. Por otro lado, el Tribunal no alude a la problemática en torno al objeto del contrato, a su extracomercialidad o licitud, afirmando sin planteamiento alguno la existencia del mismo. (P. S. S.)

16. Resolución de contrato de compraventa. Calificación como mejora del aumento del valor del terreno como consecuencia de la modi-

ficación del planeamiento urbanístico.—Junto a los efectos liberatorios de la resolución, es necesario concretar los efectos restitutorios que, en caso de prestaciones ejecutadas, necesariamente conducen a restituir o reintegrar dichas prestaciones. En este punto es parco el tenor literal del artículo 1124 CC que sólo atiende a los efectos frente a los terceros (párrafo cuarto), de modo que el Tribunal Supremo procede a aplicar el artículo 1123 CC, previsto para las genuinas condiciones resolutorias, así como, por remisión, el artículo 1122 CC (SSTS de 24 de febrero de 1988 y de 5 de febrero de 2002). Puesto que las mejoras del solar no se han ejecutado a expensas del deudor, supuesto en el que le corresponderían los derechos que el artículo 487 CC reconoce al usufructuario, ni tampoco puede considerarse como un fruto civil o natural de ella, su régimen es el previsto en el número 5 del mencionado artículo 1123, conforme al cual dicho aumento del solar como resultado del planeamiento urbanístico ceden a favor del acreedor de la prestación de restitución, esto es del vendedor. Como ha señalado con anterioridad el Tribunal Supremo en supuestos de resolución, «supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido... en cuanto que la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal y como se halla establecido para los casos de rescisión en el artículo 1295 CC al que expresamente se remite el artículo 1124, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para los casos de nulidad en el artículo 1301, y para los supuestos de condición resolución expresa en el artículo 1123» (FD 2.º STS de 5 de febrero de 2002, con cita de la STS de 17 de junio de 1986).

Si bien con la condena al pago de una indemnización por daños y perjuicios el Juez de Primera Instancia intentó compensar el aumento del valor del solar como resultado del planeamiento urbanístico, con los intereses de la parte del precio ya recibido, el aumento del valor no es resultado de la actuación de la parte compradora, que «en nada se ha empobrecido, y de él, además no ha querido beneficiarse, pues ha incumplido voluntariamente la obligación de pago del precio aplazado» (FD 1.º). (STS de 1 de julio de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. y doña J. habían procedido a la venta de un solar a favor de la entidad mercantil *Construcciones M, S. A.* Tras ciertas vicisitudes, los vendedores demandaron a la parte compradora solicitando se declarase judicialmente la resolución del mencionado contrato de compraventa, solicitando al mismo tiempo la entrega de la posesión de la cosa, así como el pago de una indemnización, cuya cuantificación se deja a fase de ejecución, en concepto de daños y perjuicios, reteniendo los actores a cuenta de dichos preceptos los diez millones de pesetas recibidos hasta el momento a cuenta. Contestada la demanda por los demandados, estos formularon demanda reconventional solicitando de igual modo la resolución del contrato de compraventa, así como la condena a la devolución de la cantidad entregada a cuenta más los intereses legales, así como una indemnización en concepto de daños y perjuicios. El Juez de Primera Instancia declaró resuelto el contrato de compraventa, condenando, de una parte, a la parte compradora, a la restitución del solar y de otra, a la devolución de la cantidad entregada más los intereses legales desde que dicha cantidad se entregó. Recurrida en apelación, confirmó la de primera instancia en cuanto

a la resolución, pero desestimó íntegramente la demanda reconvenional. Los demandantes interpusieron recurso de casación alegando, entre otros motivos, la infracción del artículo 1124 CC y de la doctrina jurisprudencial relativa al enriquecimiento injusto.

NOTA.—En la sentencia que anotamos, el Tribunal Supremo viene a analizar y concretar los efectos restitutorios como consecuencia de la resolución de un contrato de compraventa sobre un solar que, en el momento de la resolución, ha incrementado considerablemente su valor como consecuencia de su calificación urbanística. El Tribunal Supremo califica como mejora de la cosa el aumento del valor del solar como consecuencia del planeamiento urbanístico, mejora que reconoce a favor del vendedor, por aplicación de los artículos 1123 CC y por remisión, del artículo 1122, en concreto del número 5, como ya hizo en otras sentencias anteriores como la de 5 de febrero de 2002. El término mejora en la sentencia que anotamos responde, tal y como la doctrina lo ha definido, «al resultado de aquella conducta o serie de operaciones jurídicas o materiales que tiene por objeto aumentar de manera estable y relevante el valor de la cosa» (*Cabanillas Sánchez, A.*, voz «Mejora», en la *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1991, pp. 4255-4257), sin que la misma, como sucede en este supuesto, haya sido necesariamente el resultado de la actuación de aquel que la posee (arts. 487-488 CC, en sede de usufructo; art. 1573 CC, con relación al contrato de arrendamiento, y art. 1652 CC, para los censos). (*R. D. O.*)

17. Los daños por lucro cesante. Requisitos que han de concurrir para que proceda la indemnización de los mismos.—Para el Tribunal Supremo el lucro cesante tiene una significación económica a través de la cual se pretende obtener la reparación de las ganancias dejadas de recibir, concepto distinto de los daños materiales, de modo que ambos conceptos deben cubrir el quebrantamiento patrimonial sufrido por el perjudicado. Pero en cualquier caso «el lucro cesante, como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es que sólo cabe incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber recibido y no ha sido así» (FD 2.º). En la reclamación de los daños por lucro cesante ha de probarse necesariamente el hecho con cuya base se reclama la indemnización, así como el nexo causal entre el «*hecho ilícito y el beneficio dejado de percibir –lucro cesante– y la realidad de éste, no con mayor rigor o criterio restrictivo, que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión (así, SS de 8 de julio y de 21 de octubre de 1996)*» (FD 2.º).

Admisión del recurso de casación sobre una cuantía inferior a seis millones.—Para la determinación de la cuantía a efectos de la admisión o inadmisión del recurso de casación, dos son los criterios con base a los cuales puede resolver la Sala de Admisión: bien atendiendo a la cuantía sobre la que versa el propio recurso de casación, como en las SSTS de 23 de abril de 1994, 10 de mayo de 1995, 25 de marzo y 21 de octubre de 1996, 15 de febrero y 23 de mayo de 1997). O entendiendo que la cuantía atendible es aquella sobre la que versó la segunda instancia, «para evitar así la anomalía de que una misma sentencia pueda ser recurrida en casación por una parte pero no

por la otra», lesionando así al principio de igualdad procesal entre las partes (FD 1.º). (STS de 7 de julio de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 19 de abril de 1996, don J. R. y don M. V., en calidad de Presidente y Secretario, respectivamente, de la *Orquesta Ciudad X*, suspendieron de sus funciones al entonces director de la misma don J. Z. por un período de ocho meses, el cual demandó a la mencionada formación musical solicitando la declaración de nulidad de dicho acuerdo, así como una indemnización por los daños y perjuicios que sufrió el demandante. Estimada parcialmente dicha demanda en Primera Instancia, se declaró la nulidad del mismo pero se desestimó la demanda en lo relativo a la indemnización. Recurrida en apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial confirmó el fallo en cuanto a la declaración de nulidad e igualmente condenó a la parte demandada a abonar a don J. Z. las retribuciones que le hubieren correspondido al demandante desde la fecha del acuerdo hasta el día 8 de junio de 1996, fecha en la que se celebró una reunión de la Asamblea General y se repuso al director en su puesto. La parte demandada interpuso recurso de casación alegando entre sus motivos la infracción del artículo 1106 CC, al considerar que las cantidades que hubiere recibido el demandante no era en modo alguno remuneratoria, dado el carácter altruista de la asociación y sus asociados, sino indemnizatorias por las molestias que se puedan ocasionar con motivo de la asistencia a los ensayos y conciertos, asumiendo en cualquier caso los que se deriven de desplazamiento, alojamiento o manutención cuando los mismos tenían lugar fuera de la localidad.

NOTA.—El Tribunal Supremo reitera su jurisprudencia rigorista y criterio restrictivo para apreciar el lucro cesante, siendo imprescindible en cualquier caso la prueba de «los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido» (FD 2.º). (R. D. O.)

18. Indemnización de daños y perjuicios. Artículo 1106 CC. Cálculo.

A la hora de calcular los daños indemnizables, deben tenerse en cuenta los realmente ocasionados. En virtud del artículo 1106 CC, los daños alcanzan tanto el valor de las pérdidas como el de las ganancias que se haya dejado de obtener.

En el caso concreto, las pérdidas eran evidentes, dado que los sótanos albergaban menos plazas disponibles de las proyectadas; en cuanto a los beneficios, se determinaron por la ganancia derivada de la comercialización de todos los aparcamientos proyectados. El Tribunal concluyó que la pérdida real que sufrió la mercantil demandante era el valor en el mercado de los garajes de los que no pudo disponer, atendiendo al precio medio de comercialización en el momento en que la obra fue finalizada y puesta a disposición de la propiedad para su utilización más conveniente. (STS de 13 de junio de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—*Intarem, S. L.* (demandante), encargó a un arquitecto (demandado) la edificación de un inmueble, adquirido por permuta de tres plantas y dos sótanos destinados a aparcamiento. En éstos se proyectó la ubicación de treinta plazas de garaje, quince en

cada una de las plantas. El arquitecto redactó el proyecto básico y el proyecto ejecutivo, ambos visados por el Colegio, y asumió la dirección de la obra.

Una vez ejecutada y entregada la obra, se comprobó que era materialmente imposible distribuir en cada sótano las quince plazas asignadas, ya que los vehículos no podían maniobrar cuando se producía la ocupación.

La sentencia de instancia determina la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del arquitecto, estableciendo como base del cálculo la diferencia entre la permuta realizada y la que hubiera podido tener lugar conociendo el número real de plazas que podía albergar cada sótano. La demandante recurre en casación alegando como único motivo incongruencia de la sentencia, debida a la mencionada fijación de las bases de cálculo. (B. F. G.)

19. Moderación de la pena por cumplimiento parcial. Cláusula penal moratoria.—«La jurisprudencia reiterada declara que la moderación procede cuando no se trata de incumplimiento total y sí cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida. El artículo 1154 CC contiene un mandato imperativo para el Juez en el sentido de proceder a moderar equitativamente la pena pactada por los contratantes en los supuestos de cumplimiento parcial, siendo conforme a la equidad, dadas las circunstancias del caso y apreciación discrecional de las concurrentes» (FJ 1.º, STS de 27 de abril de 2005). (STS de 27 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Construcciones J. V. Q., S. A.*, formula la demanda en virtud de la cual solicita se condene a la demandada a abonar a la parte actora la suma de 38.060.122 pesetas, parte del precio de las obras realizadas y materiales suministrados al demandado, más los intereses legales. La sociedad demandada *B. L. O., S. L.*, formula reconvencción a través de la cual solicita resolución del contrato de fecha 8 de enero de 1992 suscrito entre las partes e indemnización por daños y perjuicios ocasionados. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y desestima la reconvencción formulada de contrario, condenando a la parte demandada al abono de la suma de 20.060.122 pesetas, de la cual deberá deducirse el importe de las obras de urbanización que queden pendientes. Ambas partes procesales interponen recurso de apelación. La Audiencia Provincial estima en parte la demanda y la reconvencción, condenando a la entidad mercantil *B. L. O., S. L.*, al pago de la suma de 20.060.122 pesetas. La entidad mercantil *B. L. O. S. L.*, interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—Tradicionalmente se ha considerado que en los supuestos de retraso en el cumplimiento resulta posible hablar de cumplimiento irregular a efectos de la aplicación del artículo 1154 CC, siendo reiterados los casos en los que los Jueces y Tribunales han moderado las penas moratorias en base a dicho cumplimiento (SSTS de 29 de enero de 1992 y 2 de noviembre de 1994). Sin

embargo, en sentencias posteriores el Supremo deja de moderar las cláusulas penales moratorias al hallarse prevista la moderación solamente para los supuestos de cumplimiento parcial o irregular de la obligación, supuesto inconciliable con el mero retraso. En los supuestos de entrega fuera del plazo previsto en el contrato no cabe la posibilidad de aplicar a la cláusula penal pactada la facultad moderadora por tratarse de un supuesto de efectivo incumplimiento total (SSTS de 29 de noviembre de 1997, 10 de mayo de 2001, 7 de febrero de 2002 y 29 de marzo de 2004).

La sentencia que anotamos se pronuncia a favor de la moderación de la cláusula penal moratoria, al entender que nos encontramos ante un supuesto de cumplimiento irregular por tratarse de una obra ejecutada y debidamente aprovechada, volviendo así al criterio jurisprudencial tradicional que calificaba la conducta del deudor como un supuesto de cumplimiento irregular. Por tanto, el Supremo, en este supuesto, acogiendo al mandato imperativo contenido en el artículo 1154 CC procede a moderar la pena por tratarse, a su juicio, de un cumplimiento irregular.

Si tenemos en cuenta que la pena ha sido pactada para el caso de retraso, su reducción parece ir en contra de lo querido por las partes. A ello se une que, generalmente, la cuantía de la sanción suele fijarse en proporción a los días de retraso, por lo que puede entenderse que existe una base segura para determinar la cuantía de la indemnización, sin necesidad de aplicar la moderación establecida en el artículo 1154 CC (*cf.* Espín Alba, I., *La cláusula penal*, Madrid, 1997, p. 88). Las partes contemplan la pena pensando no en un incumplimiento total sino en atención al supuesto de mora, por lo que, en caso de moderarse la cláusula, podría infringirse el principio de autonomía privada (*cf.* Mas Badía, M., *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Valencia, 1995, p. 122; Espín Alba, I., *La cláusula penal, op. cit.*, p. 89). (L. Z. G.)

20. Moderación judicial: cláusula penal en contrato de obra. Inexistencia de incumplimiento total. Obra ejecutada y aprovechada por el arrendatario. Enriquecimiento sin causa.—La sentencia aceptó la fijación del importe de la cláusula penal que el Juzgado, con las facultades moderadoras que autoriza el artículo 1154 CC, estableció en dieciocho millones de pesetas y al efecto tuvo en cuenta que la obra fue entregada hace cinco años, sobre finales de 1994 y explotada por la recurrente, por lo que, si el contratista tuviera que abonar cien millones de pesetas, ello resultaría injusto y se presentaría como supuesto de claro enriquecimiento sin causa, a lo que cabe añadir que la propiedad no abonó el precio total de la obra y que, por ello, hubo de ser demandada. El motivo no procede, pues si la obra fue aceptada y se vienen utilizando con provecho las instalaciones, evidencia que no están afectadas de graves defectos estructurales ni esenciales y el contrato no se declaró resuelto, como se pidió en reconvencción. La jurisprudencia reiterada declara que la moderación procede cuando no se trata de incumplimiento total, sino que la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida, que es el caso de autos al tratarse de obra ejecutada y debidamente aprovechada.

El artículo 1154 CC contiene un mandato imperativo para el Juez, en el sentido de proceder a moderar equitativamente la pena pactada por los contratantes en los supuestos de cumplimiento parcial, siendo conforme a la equidad, dadas las circunstancias del caso y apreciación discrecional de las concurrentes (SSTS de 10 de marzo de 1995 y 22 de septiembre de 1997). **(STS de 27 de abril de 2005; no ha lugar.)**

HECHOS.—Construcciones *Jesús Villar Quintana, S. A.*, deduce demanda contra la *Cía. Mercantil López Ortiz, S. L.*, solicitando el pago de 38.060.122 pesetas como precio adeudado por la obra edificativa a favor de la recurrente, en virtud del contrato privado de 8 de febrero de 1992 y que consistía en la construcción de una nave industrial con dos viviendas e incluso oficinas. La sentencia recurrida estimó en parte la demanda y condenó a la demandada recurrente a satisfacer la cantidad adeudada de 20.060.122 pesetas. Recurren en apelación tanto demandante como demandada. El recurso de la demandada es desestimado y el de la demandante estimado parcialmente. La demandada formaliza recurso de casación contra la sentencia de apelación en base aun solo motivo en el que denuncia la aplicación indebida del artículo 1154 CC y doctrina jurisprudencial. Se solicita que se incremente la cantidad que corresponde en concepto de penalización por demora de la obra, de conformidad con la cláusula octava del contrato suscrito entre las partes el 8 de febrero de 1992 y según la cual: «A partir del 20 de abril de 1992, cada día que se retrase la terminación de la nave y la oficina se penaliza con 300.000 pts/día, salvo paralización por falta de personal o fuerza mayor». (S. M. S.)

21. Las indemnizaciones por despido no son equiparables a los créditos salariales.—En efecto, las indemnizaciones por despido no tienen el carácter de contraprestación laboral y, por tanto, no están amparadas por la garantía y privilegio que establece el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980. **(STS de 21 de junio de 2005; no ha lugar.)**

HECHOS.—El *Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)* ejercitó tercería de mejor derecho contra la *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba* y la *Compañía Española de Ingeniería, S. A.*, respecto de un crédito del tercerista. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y declaró el mejor derecho de *FOGASA* para hacer efectivo su crédito con preferencia al de la Caja de Ahorros. Ésta interpuso recurso de apelación ante el Tribunal provincial que fue estimado en el sentido de revocar la resolución dictada por el Juez de Primera Instancia. *FOGASA* formalizó recurso de casación ante el cual el Tribunal Supremo declaró no haber lugar.

NOTA.—El artículo 32 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, fue modificado por la Ley de 11 de mayo de 1994, en el sentido de atribuir a las indemnizaciones por despido la misma consideración que los créditos salariales. Actualmente, el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 25 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores que ha derogado el del año 1980, recoge esa equiparación en su artículo 32.3. (J. D. S. C.)

22. Novación contractual. Requisitos. Se desestima en el caso.—La recurrente alega que los contratos posteriores al de precio 215.000.000 suponen una novación consecutiva del primero. Y, por tanto, de aplicación preferente. Pero el Tribunal Supremo desestima la alegación y considera que no ha existido voluntad de novar al no haberse producido alteración esencial de los elementos estructurales del contrato donde se señalaba como precio la suma de 215.000.000 de pesetas, pues las modificaciones introducidas en el que marcaba la cantidad de 260.000.000 de pesetas para dicha finalidad no tienen virtualidad suficiente para originar el efecto aducido en el motivo.

Sobre la materia, el Tribunal Supremo afirma que esta Sala ha declarado: *a)* la voluntad tácita de novar se induce de la incompatibilidad entre ambas convenciones, que ha de ser apreciada por el Juzgador, según las circunstancias de cada caso; *b)* la novación, que es una renuncia de derechos, no se presume y debe constar de forma expresa o por incompatibilidad entre ambas obligaciones, tanto si es extintiva, como modificativa, por lo que no puede declararse en virtud de presunciones, por muy razonables que sean; *c)* la novación significa la sustitución de un convenio por otro, por lo que ha de constar con toda claridad la voluntad de llevar a cabo la extinción de la primitiva obligación, aunque también puede deducirse de la incompatibilidad de ambas obligaciones; *d)* corresponde a los Tribunales de instancia la determinación de si existe incompatibilidad entre ambas obligaciones, o, si no existe, habrá modificación de la obligación; *e)* las cuestiones relativas a los hechos determinantes de la novación son facultad del tribunal *a quo*; *f)* el artículo 1204 CC prevé la posibilidad de novación en forma tácita, fundada en la incompatibilidad de obligaciones, en tal manera que la primera contraría a la anterior de forma terminante o se produzca una variación muy acusada de las condiciones principales, atendándose en cada caso concreto a las circunstancias concurrentes, pero corresponde a los Tribunales de instancia decretar si se da la incompatibilidad que establece el referido precepto (*cf.* jurisprudencia citada al respecto). (STS de 4 de marzo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El 21 de enero de 1993 se concluyen tres contratos sobre los mismos objetos (fincas registrales urbanas sitas en jurisdicción de Barañain, Polígono III, solares 11, 12, 13, 14 y 20), vinculando a las sociedades mercantiles litigantes, *Golman, S. L.*, y *Promociones Alloz Vivienda, S. L.* Únicamente existe una variación sobre el contenido, relativa a una cláusula respecto a la «bajera» de unos 700 metros cuadrados, que habría de construirse sobre las fincas objeto de venta, de la cual, la sociedad vendedora, en todo caso, se reservará el 75% de su superficie, transmitiendo la cuarta parte restante a la sociedad compradora. El precio de los tres contratos, de iguales fecha y objeto, varía sustancialmente en el precio (215.000.000 de pesetas, en el primero de ellos; 150.000.000 en el segundo y 260.000.000 en el tercero). Como efectiva integración de la voluntad convencional, con igual fecha, los legales representantes de las sociedades mercantiles compradora y vendedora suscribieron un a modo de «recibo» o, más precisamente, «documento de constitución de depósito». Los reunidos indican que entregan en depósito a un tercero un sobre cerrado, lacrado y firmado por ellos, para que este tercero diese distintos destinos al sobre en caso de que se firmase escritura de compraventa de los locales antedichos o en

caso de que no fuese firmada por culpa de uno o de otro de los contratantes.

El recibo se incluyó sólo en el sobre que correspondía a uno de los contratos (el de precio 215.000.000 pesetas).

Promociones *Alloz Vivienda S. L.*, demandó a *Golman S. L.*, e interesa declaración de que el precio de la compraventa celebrada el 21 de enero de 1993 fue de 215.000.000 de pesetas o, subsidiariamente, de 150.000.000 de pesetas, de los que, en todo caso, fueron satisfechos 10.000.000 en el momento de otorgamiento del documento privado, con la condena a la demandada a otorgar escritura pública de compraventa de los solares descritos, en el precio que se fije en sentencia.

El Juzgado acoge la demanda y la sentencia fue confirmada en grado de apelación por la Audiencia. *Golman, S. L.*, interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia. (*S. M. S.*)

23. Existencia de novación de contrato por incompatibilidad de clausulados.—Señala el artículo 1203 CC que «Las obligaciones pueden modificarse: 1.º variando su objeto o condiciones principales; 2.º sustituyendo la persona del deudor; 3.º subrogando a un tercero en los derechos del acreedor». Sin embargo, para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, deberá declararse expresamente o existir total incompatibilidad entre la antigua obligación y la nueva (art. 1204 CC).

Imposibilidad de que el nuevo contrato obligue al fiador al no haber firmado la modificación.—Resultando el primer contrato denominado de «concesión de distribución», que había sido firmado por las partes que lo conciertan y el fiador, totalmente incompatible en lo que respecta a su período de vigencia y al objeto del mismo con el nuevo contrato (denominado «anexo del primero») firmado únicamente por las partes contratantes y no por el fiador, no puede entenderse que el nuevo contrato obligue al fiador, ya que la fianza no puede extenderse a más de lo contenido en ella (art. 1827.1 CC). (**STS de 21 de junio de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—El 26 de junio de 1986, la Compañía demandante celebra un contrato de «concesión de distribución» con la mercantil *H. L., S. A.*, siendo el mismo firmado por las partes que lo conciertan y por un fiador: la mercantil *L. C., S. A.* El 31 de diciembre de 1967 las partes contratantes celebran un segundo contrato («anexo del primero»), mediante el cual se modifica el clausulado relativo a la vigencia del contrato y al objeto del mismo. El fiador no firma esta modificación.

La parte actora interpone demanda contra la sociedad contratante *H. L., S. A.*, y la sociedad fiadora *L. C., S. A.*, sobre reclamación de cantidad. El Juzgado estima la demanda y condena a la demandada *H. L., S. A.*, al pago de de la cantidad reclamada más intereses legales, absolviendo a la codemandada *L. C., S. A.*, de los pedimentos formulados. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial condena a la codemandada *L. C., S. A.*, como obligada solidaria al pago de la cuantía solicitada. La mercantil *L. C., S. A.*, interpone recurso de casación, el cual viene a ser estimado.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea el problema de la posible responsabilidad solidaria de la sociedad fiadora, en un supuesto en el cual, producida una modificación en el clausulado del primer contrato a través de la celebración de un segundo contrato, el cual, a diferencia del primero, han firmado únicamente las partes contratantes y no la sociedad fiadora, dichas cláusulas estipuladas en el segundo contrato son del todo incompatibles con el primero. Hay que tener en cuenta que el objeto de la reclamación deriva de unas ventas de productos fuera de los plazos de vigencia del primer contrato, único que obliga al avalista, tratándose además de productos no especificados como contenidos en el objeto de primer contrato. Es por ello, que las obligaciones que han sido asumidas entre concedente y distribuidor, por tratarse de facturas impagadas en relación a productos suministrados por la actora que no figuran en el segundo contrato, no pueden afectar al fiador al no haber sido expresamente afianzadas por éste (art. 1827 CC). (L. Z. G.)

24. Novación extintiva. Inexistencia. Compromiso de no ejercitar acciones derivadas de condición resolutoria expresa e inscrita antes de una hipoteca hasta que el Banco se adjudique la finca en procedimiento de ejecución hipotecaria y pague el precio aplazado con sus intereses al vendedor favorecido por la cláusula.—El recurrente, en primer término, sostiene que la renuncia al ejercicio de las acciones resolutorias y la asunción de la deuda por el banco o el tercero adjudicatario de la finca habían producido la novación extintiva de la primitiva obligación, por sustitución de la persona del deudor. Según reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, para apreciar novación extintiva se exige la clara constancia de una voluntad en tal sentido o la evidencia de la incompatibilidad entre las obligaciones antigua y nueva y, además de haber distinguido, en S de 21 de mayo de 1997, la novación extintiva por cambio de deudor de la asunción de deuda, carente de efectos extintivos, lo cierto es que ni hubo renuncia incondicional al ejercicio de las acciones derivadas de la condición resolutoria de la venta, sino compromiso de no ejercitarlas a expensas de lo que sucediera en el procedimiento de ejecución hipotecaria, ni el compromiso del Banco determinaba la liberación del primitivo deudor, esto es, la compradora de la finca, sino la adición de un nuevo obligado que reforzaba la garantía del pago, a modo de asunción de deuda cumulativa y carente de efectos extintivos.

Obligación condicionada. Condición suspensiva. Condición positiva potestativa con indeterminación temporal. Diferencia con obligación sujeta a plazo. Transcurso del tiempo que verosimilmente se hubiera querido señalar, atendida la naturaleza de la obligación, sin que se produzca el acontecimiento futuro e incierto.—De los hechos probados no se desprende ninguna obligación a plazo del Banco, sino el compromiso de la vendedora de no ejercitar la acción resolutoria si reproducía un determinado acontecimiento, cual era una ejecución hipotecaria promovida por el Banco y cuyo resultado final fuera la adjudicación de la finca al propio Banco o a un tercero. Se trataba de un hecho incierto, en cuanto no podía asegurarse que llegara a producirse, y, en consecuencia, su errónea calificación por la recurrente como plazo, cuando lo correcto sería considerarlo condición. De ahí

que la perspectiva adecuada sea la de la condición positiva potestativa con indeterminación temporal a la que, según la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo también es aplicable el artículo 1118 CC y, por tanto, la consideración de no cumplida, si transcurre el tiempo que verosíblemente se hubiese querido señalar, atendida la naturaleza de la obligación, sin que se produzca el acontecimiento futuro e incierto; tiempo que, en el caso examinado, merece calificarse hasta de exagerado y cuyo transcurso fue debido a las sucesivas y clamorosas negligencias del Banco hoy recurrente, que quedan reflejadas en los hechos probados. (STS de 14 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco Exterior de España, S. A.*, pretende que se declare que una de las demandadas (*Asociación Mixta de Compensación del Polígono Industrial de Arinaga*), vendedora a la otra demandada (*Envases Metálicos Canarios*) de una finca bajo condición resolutoria expresa e inscrita en garantía del precio aplazado, al comprometerse, mediante convenio con el Banco, a no ejercer las acciones derivadas de las cláusulas resolutorias contenidas en el contrato de compraventa, había renunciado a ellas, y que, como consecuencia de tal renuncia, el Banco había asumido la obligación de pagar la deuda pendiente por la venta, aunque supeditando el pago a la adjudicación de la finca en el procedimiento hipotecario a iniciar por el propio Banco, de suerte que, una vez adjudicada ya la finca al Banco demandante, éste venía obligado a satisfacer a aquella vendedora la deuda pendiente, cuyo importe había consignado con los consiguientes efectos liberatorios, y la vendedora a otorgar la correspondiente escritura de cancelación de la condición resolutoria explícita contenida en la escritura de venta de 23 de junio de 1981. La petición es estimada en primera instancia. La sentencia es apelada por las demandadas y la Audiencia Provincial entiende que ha lugar y revoca la resolución del Juzgado de Primera Instancia. El Banco interpone recurso de casación. (S. M. S.)

25. Existencia de asunción de deuda acumulativa o de refuerzo.—Es doctrina reiterada del Supremo que la asunción de deuda se hace por la intromisión de un nuevo deudor en la relación obligacional de pago de un contrato en el que no es parte el que asume tal compromiso, lo que no requiere la liberación del primitivo deudor, sino que se adhiere con vínculo solidario a la obligación contraída por éste. La asunción de deuda acumulativa no se encuentra dentro de las previsiones del artículo 1205 CC, ni de las figuras delimitadas en los artículos 1203 y 1204 CC, ya que no se extingue ni modifica la obligación prístina, la cual se mantiene intacta, sino que lo que sucede es que se añade una nueva obligación contraída por un tercero que refuerza el resultado final del pago. Esta obligación precisa para su vinculación la aceptación expresa o tácita del acreedor (FJ 3.º, STS de 29 de abril de 2005). (STS de 29 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don E. A. C. demandó por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a don J. A. R. y don J. V. E., solicitando se condene a los demandados a abonar al demandante, con carácter solidario, la suma de 8.000.000 de pesetas más intereses

legales. La cuestión objeto de debate se centra principalmente en determinar si el codemandado, don J. V. E. adeuda o no al actor la citada suma, al figurar como aceptante, junto al otro demandado, de dos letras de cambio, en que figura como librador el demandante. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La sentencia es confirmada en grado de apelación por la de la Audiencia. Don J. V. E. interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea el problema de determinar si don J. V. E. adeuda al actor la cantidad de 8.000.000 de pesetas, al aceptar, junto al codemandado, dos letras de cambio en que figura como librador el demandante. Alega el recurrente que, al no haber expresado su voluntad de asumir acumulativamente la deuda, no es posible hablar de asunción acumulativa de deuda, tratándose, por tanto, de la firma de dos letras de favor o de complacencia. Sin embargo, hay que tener en cuenta que sólo podemos hablar de letras de complacencia cuando hubiera quedado demostrado que los librados aceptantes no mantenían relaciones comerciales directas con el librador, cosa que aquí no ocurre, ya que se prueba que existían relaciones comerciales entre los codemandados al existir otras letras de cambio firmadas por el recurrente. Queda claro que el recurrente firmó las letras de cambio objeto de autos con la finalidad de reforzar el crédito de que pudiera disfrutar el otro codemandado, lo que supone la existencia de una asunción acumulativa de deuda. (*L. Z. G.*)

26. Contrato de compraventa de solar. Cláusula contractual relativa al pago del Impuesto de Plusvalía por parte de los vendedores. Incumplimiento de la misma.—El Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que son lícitos, desde el punto de vista civil, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, aquellos pactos y acuerdos que tengan por objeto la traslación del pago del impuesto sobre Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana al adquirente, si bien la liquidación del mismo ha de notificarse al transmitente, por tratarse de la persona obligada al pago en concepto de contribuyente (SSTS de 23 de junio de 1986; de 16 de noviembre de 1988; de 20 de junio de 1994 y de 30 de diciembre de 1998), puesto que conforme al artículo 31 de la Ley General Tributaria, el contribuyente no pierde tal condición (SSTS de 5 de noviembre de 1991, 5 de noviembre de 1993 y 9 de julio de 1994).

El perjuicio a la imagen de la empresa como daño a la imagen o daño moral. Indemnización «global» por los daños derivados del embargo, y de la anotación preventiva de embargo.—Si bien el derecho al honor reconocido como derecho fundamental deriva de la dignidad humana, sin embargo su carácter eminentemente personalista no excluye la extensión de su garantía a las personas jurídicas, en concreto a las sociedades mercantiles, puesto que «admitido que el prestigio profesional de la persona física es objeto de protección, no existe razón para excluir de la misma a las sociedades mercantiles en el desenvolvimiento de sus actividades» (FD 1.º, STS de 15 de abril de 1992), así como la protección de las mismas a través de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar

y a la Propia Imagen (SSTS de 9 de diciembre de 1993, 5 de abril de 1994 y 9 de octubre de 1997, 11 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2005 y 9 de julio de 2006; en sentido contrario, excluyendo dicha protección por el carácter de ente público de la persona jurídica, STS de 21 de julio de 2006). Aun cuando la Constitución Española no contiene mención alguna a la protección más que del honor, del prestigio profesional, a diferencia de otras Cartas Magnas como la Ley Fundamental de Bonn, el Tribunal Constitucional igualmente se pronuncia a favor de la extensión de la protección constitucional de los derechos consagrados en el artículo 18 CE a las personas jurídicas (STC de 26 de septiembre de 1995). (STS de 29 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El 30 de diciembre de 1988, don M., don J. y don S. vendieron a la entidad A, S. A., cuatro fincas urbanas contiguas entre sí, tomando, en aquel momento, la parte compradora posesión de la misma, así como subrogándose en el préstamo hipotecario que gravaba la finca. Posteriormente, el día 28 de abril de 1989, las partes elevaron a escritura pública dicha compraventa, escritura en la que además se procedió por los titulares registrales a la agrupación de dichas fincas, formando una única finca registral, pactándose, entre otros extremos como la hipoteca anteriormente mencionada, que «todos los gastos que se ocasionaren con motivo de dicha escritura serán satisfechos con arreglo a ley, siendo, por tanto, el Impuesto de Plusvalía de cargo de los vendedores». La parte vendedora incumplió con dicha obligación, por lo que la entidad compradora tuvo que soportar la correspondiente reclamación de la Administración competente, el posterior embargo de la finca, así como la anotación preventiva del mismo, su levantamiento mediante la prestación de un aval por el adquirente, así como las correspondientes reclamaciones administrativa como jurisdiccional. La parte compradora demandó a los vendedores solicitando que se les indemnizara por dichos conceptos, así como por el daño que la imagen de la empresa sufrió con dicho embargo. Desestimada la demanda en primera instancia, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto frente a la misma, estimando parcialmente la demanda y condenando a los demandados al pago de la cantidad de un millón a tanto alzado en concepto de daños sufridos durante el embargo, dado el perjuicio que sufrió la entidad dedicada a los negocios inmobiliarios; los gastos judiciales abonados en los recursos administrativos y contencioso-administrativo. La parte demandada interpuso recurso de casación, alegando entre otros motivos, la infracción de los artículos 1091, 1101, 1281 y 1283 CC, así como la jurisprudencia de esta Sala relativa a la ausencia de daño como consecuencia de una anotación preventiva de embargo.

NOTA.—EL Tribunal Supremo en la sentencia que anotamos, vuelve a plantear el problema de la eficacia frente a la Administración de acuerdos entre las partes que vienen a determinar quién ha de asumir el pago de impuestos y tributos, en este caso, la denominada plusvalía, sobre la vigencia del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril. El hecho de que dicha cláusula sea

habitual o usual no representa en nuestra opinión ningún uso o costumbre como señala el ponente en el FD 3.º, ni que la cláusula contractual en virtud de la cual comprador y vendedor establecen que será este último el que asuma la plusvalía, «derogue así cualquier costumbre o uso en contrario». En materia de daños indemnizables, el Tribunal Supremo continúa con la línea jurisprudencial que ha mantenido en sentencias anteriores (entre otras, S de 9 de mayo y 25 de junio de 1984, 24 de septiembre de 1986, 31 de mayo de 2000 y 17 de febrero y 28 de marzo de 2005) favorable a indemnizar el daño moral que pudiera producirse por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una obligación contractual. Sin embargo, más que daño moral consideramos que el daño indemnizable es del descrédito o desmerecimiento que el nombre de dicha entidad sufre como del embargo y la anotación preventiva del mismo, más que el daño moral entendido, si el mismo lo entendemos referido, en un sentido estricto, a los sufrimientos o perturbaciones de carácter psicofísicos resultantes de lesiones a derechos de la personalidad (Díez-Picazo, *Derecho de Daños*, pp. 328-329; Rodríguez Guitián, «Comentario a la STC 139/1995, de 26 de septiembre», *ADC*, fascículo II, 1996, pp. 801 ss.) (*R. D. O.*)

27. Compraventa. Vicios ocultos.—El Tribunal Supremo determina que no procede acordar la resolución del contrato por la existencia de vicios ocultos cuando la parte demandante conocía o debía conocer el estado del material adquirido atendiendo a su pericia como especialista del sector. (**STS de 29 de junio de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Aspica Constructora, S. A.*, interpone juicio de menor cuantía contra la entidad *Carpintería Metálica Mayoral, S. L.*, solicitando se declare la resolución del contrato firmado entre ambas y que se condene a la demandada a abonar una determinada cuantía por incumplimiento de contrato.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimando parcialmente las pretensiones de la parte actora condenando a la parte demandada al abono de una determinada cantidad económica. *Carpintería Metálica Mayoral, S. L.*, recurre en apelación.

La Audiencia Provincial revoca la sentencia. *Aspica Constructora, S. A.*, recurre en casación. (*A. V. G.*)

28. Contrato de arrendamiento de local de negocio. Necesidad de obras de reparación del local e imposibilidad de disponibilidad del mismo hasta la finalización de las mismas. Reclamación de las rentas hasta dicho momento en concepto de indemnización por alquileres dejados de percibir.—Una vez finalizada la relación arrendaticia entre ambas partes, conforme al artículo 1561 CC, el arrendatario debe devolver la finca, una vez concluido el arriendo, tal y como la recibió, salvo que hubiere perecido si se hubiere menoscabado por el tiempo o por causa inevitable, al margen de la obligación convencionalmente asumida por la parte arrendataria en dicho sentido. Desde la fecha de finalización del contrato de arrendamiento

hasta la de entrega del local en el estado en que se recibió, si bien es cierto que no continúa la relación arrendaticia y por tanto no hay obligación de pago de renta en tal concepto, en la medida en que la parte arrendataria no ha podido volver a disponer del local, además de tener que asumir los gastos de comunidad del mismo, ha de ser indemnizada. La cuantificación de la indemnización procedente ha de ceñirse al importe que hubiera correspondido a las rentas de dichos meses pero «sin inclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido que igualmente incluía la parte actora como objeto de la reclamación [...], ya que el importe de las rentas se acepta exclusivamente como índice para determinar la cuantía del perjuicio sin que en realidad se hayan de satisfacer como precio del arriendo, lo que implica inexistencia de sujeción al artículo 4 de la Ley 37/992, de 28 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido» (FD 5.º).

Cuantificación de los intereses aplicables. Atenuación de la regla *in illiquidis non fit mora*.—La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido a suavizar la regla *in illiquidis non fit mora*, como medida de protección del crédito, reconociendo al acreedor el derecho a recibir desde el momento de la interposición de la demanda, además de aquello que se le adeuda, lo que en el momento que se le entregue «represente tal suma, no por tratarse de una deuda de valor, sino porque las cosas incluso fungibles y dinerarias son susceptibles de producir frutos civiles o intereses» (FD 6.º, con cita de las SSTs de 31 de enero, 10 de abril y 23 de mayo de 2001, 24 de septiembre de 2002, 12 de mayo de 2003 y 15 de diciembre de 2004).

Excepción de cosa juzgada.—No procede la excepción de cosa juzgada aun cuando existe sentencia firme en un pleito entre las mismas partes litigantes en el que la entidad arrendadora reclamó el pago de las rentas correspondientes desde el mes de mayo hasta la fecha de entrega del local, petición que fue desestimada al entender el órgano jurisdiccional que la relación arrendaticia había finalizado en el mes de abril. La causa de pedir en este nuevo pleito es distinta por cuanto se reclama la indemnización de daños por el retraso en el que incurrió el arrendador en el cumplimiento de la obligación de reposición del local al estado en el que lo recibió (entre otras, SST de 30 de septiembre de 2000, 20 de diciembre de 2001 y 9 de febrero de 2004, entre otras). **(STS de 11 de julio de 2005; ha lugar.)**

HECHOS.—Con fecha 1 de abril de 1984, la entidad Grupo C, alquiló a N. S.I., un local de negocio, acordándose, además de las pertinentes estipulaciones relativas al alquiler y a la fianza, que «el arrendatario reconoce recibir el local en perfecto estado de conservación, sus servicios en funcionamiento normal, obligándose a devolverlo en igual estado y, por consiguiente, a reparar por su cuenta los desperfectos y deterioros que puedan producirse durante la vigencia del contrato, con renuncia expresa de lo establecido en el artículo 107 LAU». Con fecha 26 de enero de 1993, la parte arrendataria notificó al arrendador su voluntad de dar por finalizado el contrato, procediendo al abandono del local el día 30 de abril de 1993. Por acta notarial se constató, a fecha de 6 de julio de 1993, el deficiente estado en el que se encontraba el local, estado que no permitía su alquiler. La parte arrendataria procedió a llevar a cabo las correspondientes obras de reposición que no finalizaron hasta el día 23 de septiembre de 1993, fecha hasta la que permanecieron los operarios en el local. La parte arrendadora demandó

al arrendatario solicitando que se le condenara por el incumplimiento de la cláusula anteriormente transcrita, o, alternativamente, al pago de las rentas dejadas de percibir en el período en el que no pudo disponer del local, deduciendo la fianza, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, más los intereses de dichas cantidades a fijar desde la fecha de la interposición de la demanda, así como las costas. Desestimada la demanda en primera instancia, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación frente a dicha resolución, obligando a la devolución del local tal y como lo recibió pero sin reconocer que procediera indemnización alguna. La parte demandante formuló recurso de casación fundado en quebrantamiento de las formas esenciales por infracción de los artículos 359 y 360 LEC; así como de los artículos 1101, 1103, 1104, 1106 y 1107 CC, así como la jurisprudencia relativa a los mismos.

NOTA.—Por todos es sabido que los principales obstáculos que encuentra el Tribunal Supremo a la hora de indemnizar por lucro cesante *ex* artículo 1106 CC son tanto la prueba de la pérdida de dicha ganancia (entre otras, SSTS de 30 de junio y 30 de noviembre de 1993, 8 de julio y 21 de octubre de 1996), de modo que sólo cabe incluir los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido, y no «los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna» (FD 2.º, STS de 7 de julio de 2005), así como la cuantificación del mismo, calificando ella misma su jurisprudencia rigorista y criterio restrictivo en la apreciación del mismo. En la sentencia que anotamos, el Tribunal Supremo no hace referencia alguna a la necesidad de prueba de las posibilidades reales de alquiler del local durante ese período de tiempo que transcurrió entre la finalización del contrato de arrendamiento y la devolución del local en el estado en el que se recibió. (R. D. O.)

29. Arrendamientos rústicos. Acción de acceso del arrendador a la propiedad. Requisitos. Cumplimiento del supuesto de hecho del artículo 7.1.3.ª LAR.—El aumento del valor deriva de circunstancias ajenas al destino agrario y no a una aportación del arrendatario, con lo que desaparece la función social protectora que constituye la *ratio* de la exclusión legal del artículo 7.1.3.ª LAR.

No ejercicio del derecho de resolución del contrato de arrendamiento. Es facultad del arrendador. No impide que prospere la acción de acceso a la propiedad.—El hecho de que se mantenga el arrendamiento no quiere decir que inevitablemente esté sujeto a la LAR, pues es de todo punto necesario que las fincas no se encuentren en cualquiera de las circunstancias que enumera el artículo 7 de la misma, dado que, en otro caso, no tendría sentido la locución del apartado 1 del artículo 7, que dice «tampoco [el art. 6 anterior se refiere a las hipótesis exceptuadas de la Ley especial] se aplicarán las normas de esta ley a los arrendamientos que tengan por objeto, inicial o posteriormente, fincas en las que concorra alguna de las circunstancias que especifica». Por tanto, el hecho de no ejercitar la resolución del artículo 83.3 en relación con el 7.2 LAR no supone evitar la aplicación del artículo 7.1.3.ª ni permite al arrendatario ejercitar el derecho de acceso a la propiedad cuyo primer presupuesto es que el arrendamiento sea rústico y sujeto a la LAR. (STS de 3 de marzo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don G., en calidad de arrendatario de dos fincas rústicas situadas en Álava, dedujo demanda de juicio de cognición en ejercicio de la acción de acceso de la propiedad del artículo 2.2.º de la Ley 1/1992, de 20 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos, contra los dueños de las mismas, don J. M. y don A., que las heredaron de su padre, don L. Los demandados se oponen a la pretensión de declaración del derecho de acceso, fijación del precio y otorgamiento de la escritura pública de compraventa, con base en que las fincas tienen un valor real actual muy superior al doble del que tendrían como afectas a explotación agraria, por lo que interesan que se declare la no aplicación de la legislación especial contenida en las Leyes 83/1980, de 31 de diciembre, 1/1987, de 12 de febrero, y 1/1992, de 10 de febrero, por no concurrir los requisitos necesarios para ello o como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 7.º, epígrafes 1.º y 3.º de la primera de las citadas leyes. En primera instancia, se desestima la demanda, por considerarse probado el supuesto de hecho del artículo 7.1.3 de la LAR, con arreglo al que está excluido de la legislación especial el arriendo sobre fondos que tengan «por cualquier circunstancia ajena al destino agrario, un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o zona a las de su misma calidad o cultivo». La Audiencia Provincial de Álava desestima el recurso de apelación y confirma la resolución apelada. Don G. interpone recurso de casación. (S. M. S.)

30. Equiparación del constructor-promotor con el contratista en el artículo 1591 CC.—En cuanto a los efectos de la asunción de responsabilidad, la equiparación de ambas figuras debe entenderse efectuada en el artículo 1591 CC. Esto no conlleva un diferendo en la responsabilidad decenal, sin que exista obligación alguna de la configuración del litisconsorcio necesario, sino «el ejercicio de una acción por incumplimiento contractual que obliga a trabar la relación jurídica procesal entre las partes contratantes» (FD 1.º).

Diferencia entre los preceptos 1124 y 1490 CC.—En el contrato de obra con suministro de materiales no es de aplicación el plazo de caducidad de los seis meses del artículo 1490 CC sino el de prescripción de quince años. (STS de 21 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia se presentó demanda por una comunidad de bienes contra la sociedad *Aluminio S.*, por la que se solicitaba que se condenase a la demandada a sustituir la carpintería de aluminio lacado en blanco suministrada e instalada en el edificio de la comunidad actora, reemplazándola por otra adecuada para tal fin, además de la indemnización de los daños. El Juzgado estimó la demanda, obligando a que se sustituyera toda la carpintería. En la Audiencia se estimó parte del recurso, condenando a sustituir sólo las piezas deterioradas por oxidación. Se formuló recurso de casación con base en la infracción de los artículos 1591, 1258 y 1490 CC. El Tribunal Supremo declaró no ha lugar.

NOTA.—Es relevante que la jurisprudencia, al tratar de la materia que resuelve la sentencia anotada, consagra la solidaridad entre

los distintos causantes del daño cuando no es posible la individualización. Según la sentencia de 31 de marzo de 2005, sólo se aplica el régimen de la solidaridad cuando no es posible determinar la proporción, grado o participación que cada uno de los agentes ha tenido en la producción de la ruina. Y, por otro lado, el concepto de responsabilidad por vicios se amplía, ya que existen casos en los que se responde aún sin ser responsable directo del daño. Así, en la S de 11 de febrero de 2005, se mezclan la acción de responsabilidad decenal con la acción de responsabilidad extracontractual. (P. S. S.)

31. Vicios en la construcción. Deber de reparación. Interpretación del artículo 1591 CC.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo la que admite que el artículo 1591 CC es de aplicación no sólo en los supuestos de ruina física del edificio (derrumbamiento total o parcial), sino también en aquellos de ruina funcional en sentido estricto (peligro de derrumbamiento total o parcial), o incluso en otro tipo de ruina funcional, concebida en sentido amplio (defectos de construcción que afectan a la idoneidad del objeto para su fin, o su utilidad), siempre que, en el último de los supuestos citados, se trate de defectos que excedan de las imperfecciones corrientes y que supongan un grave obstáculo para el normal disfrute del bien conforme a su destino. Tratándose de otro tipo de defectos de menor entidad, que no inciden en la habitabilidad de la vivienda ni en su normal utilización, y en ausencia de los anteriores, no puede hablarse de ruina, sino de imperfecciones técnicas en la ejecución definitiva. La acción para exigir la reparación de este tipo de defectos no puede ampararse en el artículo 1591 del CC, sino en la responsabilidad contractual conforme a lo dispuesto en los artículos 1101 a 1103 y 1258 CC. Esta responsabilidad contractual alcanza al promotor, pero no a los responsables de la construcción. (STS de 30 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio solicitó judicialmente que se condenase a la reparación de los defectos en la construcción del inmueble, siendo partes demandadas la sociedad promotora, la sociedad constructora, el arquitecto y el arquitecto técnico. En primera instancia se absolvió a parte de los demandados (la constructora, el arquitecto y el arquitecto técnico) y se condenó a la reparación a una de las mercantiles (la sociedad promotora). La demandante recurrió en apelación, pero la Audiencia Provincial confirmó la sentencia anterior. En casación, la comunidad de propietarios alegó, entre otros motivos, la infracción por interpretación errónea del artículo 1591 CC. (C. J. D.)

32. Responsabilidad civil de abogado: impericia profesional: inadmisión de recurso de casación en interés de la ley: defectos formales del recurso.—Constituye una patente contradicción interna del recurso el denunciar simultáneamente tanto el abuso o exceso en el ejercicio de la jurisdicción, como su defecto; el actor-recurrente ante la jurisdicción civil ha pedido ser indemnizado con base en normas de Derecho civil y por haber incurrido su abogado en responsabilidad civil profesional, y, en consecuen-

cia, el orden civil ha examinado el fondo de su pretensión, por lo cual no ha podido incurrir en defecto de jurisdicción, siendo improcedente invocar jurisprudencia recaída a propósito de los límites de la jurisdicción española con las extranjeras, así como los conflictos con la Administración, la jurisdicción militar u otros órganos jurisdiccionales de distinto orden o, en fin, derivados de la sumisión a arbitraje; el recurrente pueda tal vez no coincidir con el juicio del Tribunal de apelación sobre la naturaleza intrínseca de la causa de inadmisión apreciada en su día por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, pero tal discrepancia carece de relación alguna con cualquier defecto, abuso o exceso en el ejercicio de la jurisdicción. También constituye un defecto formal el citarse las normas infringidas mediante una fórmula genérica como «... y siguientes», reiteradísimamente considerada por esta Sala como incumplidora de las exigencias mínimas de claridad y precisión implícitas en el artículo 1707 LEC 1881, así como mezclar la norma relativa a la definición del contrato de arrendamiento de obras o servicios, con otras sobre la responsabilidad extracontractual y éstas, a su vez, con otras sobre responsabilidad contractual.

La responsabilidad del abogado no es objetiva.—La tesis del recurrente parece ser la responsabilidad objetiva del abogado por el solo hecho de la inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina, desconociendo el recurrente que la casación, según STEDH de 19 diciembre de 1997, tiene un grado de complejidad creciente y progresivo desde sus requisitos más simples y objetivos, como los plazos de preparación e interposición, hasta los de técnica más depurada (identificación precisa de la norma infringida respetando siempre los hechos probados, justificación de la contradicción o del interés casacional), pasando por otros de dificultad intermedia (recurribilidad de la resolución), complejidad que no se corresponde con el reduccionismo o extrema significación de la tesis del recurrente.

Cuantía de la indemnización.—El recurrente pide, en el escrito de interposición de este recurso, la estimación íntegra de los pedimentos de su inicial demanda, dando por sentado que su recurso de casación social para unificación de doctrina habría prosperado de haberse justificado la contradicción en el escrito de formalización redactado por el abogado demandado, y sin embargo prescinde por completo de mencionar siquiera en este motivo sentencias de contraste del orden social que por aquel tiempo autorizaran tan rotunda conclusión. (STS de 14 de julio de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—En su origen se trataba de una reclamación por despido ante la jurisdicción laboral, que fue desestimada en primera y segunda instancia por considerarse aquella de naturaleza civil. Se planteó por el abogado (profesor de Derecho del Trabajo) la posibilidad de interponer recurso de casación para unificar doctrina, estando de acuerdo el cliente en solicitar dictamen a un catedrático de Derecho del Trabajo, amigo de aquél, quien informó que la doctrina sostenida por los tribunales laborales era errónea y que aconsejaba interponer el indicado recurso, lo cual fue aceptado por el cliente y desarrollado por su abogado al redactar el recurso siguiendo dicho dictamen; la Sala de lo Social del Tribunal Supremo acordó su inadmisión. En la sentencia extractada, de la que ha sido Pte. Marín Castán, se hace especial énfasis en la sorprendente conducta del cliente, quien acepta primero la solicitud de dictamen a un

experto en el tema, y luego se muestra conforme con interponer el recurso, redactado siguiendo aquél, pero que fue inadmitido por patentes defectos. La argumentación utilizada en el proceso de responsabilidad civil parece carecer de todo fundamento, y lo corrobora la desestimación de la demanda en ambas instancias, igual que lo desproporcionado de su cuantía superior a los 94 millones de pesetas. El supuesto resulta novedoso en su planteamiento, y cabría equipararlo al caso de seguir el abogado para interponer cualquier recurso, de modo puntual y estricto, las instrucciones de su cliente, pues, en el caso de fracasar, no parece le sea exigible ninguna clase de responsabilidad civil. (G. G. C.)

33. Responsabilidad civil del procurador: recurso de suplicación presentado fuera de plazo: pérdida de oportunidad: daño moral: *quantum indemnizatorio*.—Frente a sentencia desestimatoria por despido impropcedente, el procurador presentó, fuera de plazo, el recurso de suplicación, que se tuvo como no anunciado por auto, siendo desestimado el recurso de queja, inadmitiendo el Tribunal Constitucional el recurso de amparo. El cliente ejerció contra el procurador la acción de responsabilidad, reclamando íntegramente lo pedido ante la jurisdicción laboral que superaba los trece millones de las antiguas pesetas, en razón a la reconocida negligencia del Procurador, siendo desestimada en primera instancia y estimada parcialmente en apelación, concediendo 200.000 pesetas. No es posible estimar tal pretensión, ni tenerse en cuenta para fijar el *quantum* indemnizatorio derivada de tal negligencia, ya que la misma supone un difícil juicio de ponderación que trata de relacionar el daño con el éxito de la expectativa iniciada y perseguida en el proceso, y todo ello conforme a la doctrina sentada por la STS de 29 de mayo de 2003. La determinación de la cuantía de la indemnización es función atribuida a la Sala de instancia y no revisable en casación salvo que se hayan modificado las bases fácticas contempladas en la cuantificación; las deudas indemnizatorias conducentes a la reparación de daños y perjuicios tienen el carácter de deudas de valor. La parte recurrente estima insuficiente la suma concedida como montante de los daños morales derivados de la negligencia profesional de procurador, atendiendo a las circunstancias en que se desarrolló el procedimiento ante la jurisdicción laboral, razonamiento que resulta correcto, debiendo recordarse la doctrina establecida en la STS de 28 de enero de 2005 según la cual la reparación del daño moral se funda acudiendo a la doctrina de la *pérdida de oportunidad*. (STS de 6 de julio de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—Supuesto, en cierto modo, *clásico* de responsabilidad civil por actuación del abogado o del procurador (escrito o recurso fuera de plazo, con resultado de pérdida o caducidad de la pretensión), respecto del cual ha recaído ya un importante *corpus* de doctrina jurisprudencial en vías de consolidación (entre otras, SSTS de 20 de mayo de 1996, 11 de noviembre de 1997, 25 de julio de 1998, 26 de noviembre de 1999, 23 de mayo de 2002, 29 de abril, 29 de mayo, 8 y 28 de julio de 2003 y 18 de junio de 2004). Añádase, en el campo doctrinal, la importante tesis doctoral de M.^a Carmen Crespo Mora, *La responsabilidad del Aboga-*

do en el Derecho civil (Madrid 2005), especialmente p. 349 ss., y 388 ss. (G. G. C.)

34. Representación indirecta. Artículo 1717 II CC: excepción «cosas propias del mandante». Supuesto de hecho y responsabilidad del mandatario.—En el caso de actuación del mandatario en nombre propio sobre cosas propias del mandante, el conocimiento de esta situación por los que contratan con el mandatario determina una *contemplatio in re* que hace desaparecer la *denegatio actionis* (típica del mandato puro —no representativo—) entre el mandante y aquellos contratantes. Es decir se produce, en tal perspectiva, los mismos efectos de la representación directa (mandato representativo).

No obstante, el precepto —«exceptuase el caso en que se trate de cosas propias del mandante»— no aclara cuál es la situación en que queda el mandatario respecto de las personas con quien contrató, pudiéndose llegar a diversas conclusiones, según que se le ponga en relación con el inciso que le precede, o con el conjunto del precepto. El criterio que parece más seguro es el de entender que el mandatario no queda desvinculado respecto de quienes celebraron el contrato. Se fundamenta en la manera de producirse exteriormente la intervención del mandatario en ejercicio de su propia personalidad —autonomía— jurídica y la perspectiva de los que con él contrataron, lógicamente interesados en su solvencia o responsabilidad.

Condiciones generales abusivas. Artículo 10.1.a), 2 y 4 LGDCU.—Se trata de cláusulas impuestas a los adquirentes sin tener intervención alguna en su confección, siendo compelidos a su aceptación como único medio de poder acceder a la propiedad deseada.

Deben considerarse abusivas aquellas cláusulas en las que se aprecia una absoluta indeterminación de las obligaciones asumidas en relación con la financiación de la construcción de las viviendas, puesto que se incumple el requisito de concreción, claridad y sencillez que exige la ley y que se sanciona con la nulidad de pleno derecho, teniéndola por no puesta.

Nulidad. Efectos jurídicos. Artículos 1303 y 1306.2.º CC.—La consecuencia económica de la nulidad es la reintegración de los desplazamientos patrimoniales producidos. La finalidad del artículo 1303 CC es conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador. Así resulta de la dogmática jurídica de la nulidad, que conlleva como consecuencia ineludible e implícita el restablecimiento de la situación económica previa a la misma; a idéntica conclusión conduce la aplicación del principio que veda el enriquecimiento injusto, complementario del sistema liquidatorio de las consecuencias de la nulidad negocial, pues de no acordarse el efecto examinado se aprovecharía la otra parte, precisamente que dio lugar a la patología contractual. (STS de 22 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don C. y otros interponen demanda contra *Promociones Aixa, S. A.*, y *Gestión 17, S. A.*, solicitando la declaración de nulidad de la cláusula séptima de los respectivos contratos de compraventa de vivienda y la devolución de las cantidades indebidamente abonadas.

Gestión 17 S. A., representante de *Promociones Aixa S. A.*, había firmado en los citados contratos de compraventa en el aparta-

do correspondiente al vendedor, así como en los recibos de entregas de dinero en concepto de intereses, sin hacer advertencia alguna o constancia de la actuación representativa. Los demandantes ignoraban, además, tal relación. Las viviendas objeto de los contratos pertenecían a *Promociones Aixa, S. A.*

En primera instancia se estima la demanda, declarando la nulidad de pleno derecho de la cláusula séptima contenida en los contratos suscritos por los actores y condenando a los demandados a pagar las cantidades y los intereses legales.

Ambos demandados interponen recurso de apelación, que es desestimado por la Audiencia Provincial, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la entidad mercantil *Gestión 17, S. A.*

NOTA.—Téngase en cuenta que los preceptos de la LGDCU aplicados por esta sentencia han sido modificados por la DA 1.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril. A partir de la entrada en vigor de dicha ley, la LGDCU se aplica a las cláusulas no negociadas individualmente siempre que no sean condiciones generales. Estas últimas se rigen por las disposiciones de la Ley 7/1998, tal y como establece, además, la propia LGDCU en su artículo 10.3: «Si las cláusulas tienen el carácter de condiciones generales, conforme a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, quedarán también sometidas a las prescripciones de ésta».

Esta sentencia ha sido objeto de un comentario, ceñido a los aspectos relativos a la representación indirecta, publicado en el *ADC*, 2006, Fascículo IV. (*B. F. G.*)

35. Contrato de fianza en garantía de crédito en cuenta corriente. Posterior constitución de hipoteca por el afianzado. Superposición de garantías.—Conforme al artículo 1851 CC, la prórroga concedida por el acreedor al deudor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza (entre otras, SSTS de 27 de febrero de 1981, 1 de marzo de 1983, 8 de mayo de 1984), extinción que se justifica, tal y como señala el Tribunal Supremo, en «la mayor onerosidad surgida de la prolongación, que afectaría a la obligación del fiador y por el juego de los principios generales en orden a los límites subjetivos de la eficacia de lo pactado, sin trascendencia a quien no ha sido parte en el contrato» (STS de 8 de octubre de 1986). El problema surge en la interpretación de la prórroga de la obligación garantizada como fianza, en el sentido de interpretar dicha prórroga como una simple prórroga del *dies a quo*, o, por el contrario, como prórroga del término de la relación garantizada. (STS de 28 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 22 de noviembre de 1990, la entidad Promociones X, suscribió con la entidad bancaria Y un crédito en cuenta corriente por un importe de doscientos cincuenta millones de pesetas, con fecha de vencimiento 22 de mayo de 1992, en la que la demandante, doña I., figuraba como fiadora solidaria junto con otras personas. El día 4 de febrero de 1994, Promociones X constituyó una hipoteca sobre un solar de su propiedad a favor de la misma entidad bancaria, hipoteca cuyo plazo inicial para su ejecu-

ción se fijó el día 4 de febrero de 1993 «si no se hubiese satisfecho todavía la deuda garantizada». En 1995, el Banco promovió juicio ejecutivo contra doña I., la entidad afianzada y los demás fiadores. Doña I. interpuso demanda contra la entidad bancaria, la mercantil afianzada y los demás fiadores, sobre reclamación de cantidad, solicitando que se declarara extinguida la fianza con anterioridad a la demanda ejecutiva, la condena a la entidad bancaria a todas las cantidades pagadas, así como al levantamiento del embargo y cancelación de las anotaciones de los mismo, así como a que la entidad bancaria desista del juicio ejecutivo seguido contra ella. Subsidiariamente, la reducción de la deuda a once treceavas partes del capital. EL Juez de Primera Instancia estimó la demanda únicamente en este último extremo. La Audiencia desestimó el recurso de apelación interpuesto contra dicha resolución. Doña I. interpuso recurso de casación sobre la infracción, entre otros, de los artículos 1257, 1259, 1281, 1282, 1857 y 1858 CC.

NOTA.—Nuevamente nos encontramos con el problema de determinar si la prórroga a la que se refiere el artículo 1851 CC hay que entenderla como una prórroga del *dies solutionis*, o como prórroga del término de la relación garantizada (SSTS de 24 de junio de 1940, 8 de mayo de 1984, 8 de octubre de 1986, 30 de diciembre de 1988 y 20 de septiembre de 2001). Con la desestimación en todas las instancias de la petición de la parte demandante, el Tribunal Supremo viene a reiterar su jurisprudencia en el sentido de llevar a cabo una interpretación reductora del artículo 1851 CC. El Tribunal Supremo exige para aplicar el artículo 1851 CC una voluntad patente de conceder un nuevo término, voluntad que ciertamente no se aprecia en este caso, si tenemos en cuenta que el ejercicio de acción hipotecaria precisamente se supeditó al advenimiento de una concreta fecha, para el caso de que «no hubiese sido satisfecha todavía la deuda garantizada». En el mismo sentido se pronuncia la doctrina, que justifica el artículo 1851 CC, señalando que no es un problema de incertidumbre o de empeoramiento de la posición del deudor, a efectos de la vía de regreso, sino en cuanto que se dificulta que el fiador «*solvens*» pueda «utilizar la subrogación en el derecho del acreedor para ejercer el regreso inmediato contra el deudor» (Carrasco, Cordero y Marín, *Tratado de los derechos de Garantía*, Pamplona, 2002, p. 189; Díez Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1996, pp. 456-457). (R. D. O.)

36. Pretensión de sometimiento judicial de una controversia, por renuncia al convenio de arbitraje por la otra parte contratante: criterio para su desestimación.—No supone renuncia al convenio de arbitraje la actuación procesal realizada por la demandada al oponerse al embargo preventivo promovido por la demandante, cuando simultáneamente opone —frente a la pretensión principal de la demandante— la excepción dilatoria de sumisión de la cuestión a arbitraje. Lo decisivo, para entender que no hubo renuncia al arbitraje (a efectos de lo dispuesto en el art. 11 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje), es que la excepción dilatoria de sumisión de la cuestión a arbitraje haya sido opuesta en el primer momento del proceso en que haya sido posible.

Arbitraje: materias de libre disposición (vicios del consentimiento).—La declaración de nulidad de ciertos negocios jurídicos por vicios del consentimiento, y la consiguiente condena que de ello pudiera derivarse para la parte demandada, son cuestiones de libre disposición para las partes y, por consiguiente, susceptibles de resolverse fuera de los tribunales y someterse a arbitraje (arts. 1 y 2 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje): Siendo esto evidente para la cuestión de la condena que pueda derivarse de ello, también resulta predicable de la cuestión de la nulidad por vicios del consentimiento, en tanto que de los artículos 1300 y siguientes CC se desprende que la acción de nulidad de los contratos queda, en cuanto a su ejercicio, a disposición de los interesados y, concretamente, cuando de vicios del consentimiento se trata. (STS de 12 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Una sociedad mercantil interpuso, frente a otra, una demanda en juicio declarativo de mayor cuantía ante el Juez de Primera Instancia. La entidad demandada opuso la excepción dilatoria de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, excepción que fue acogida por el Juez. Recurrido el Auto en apelación, fue confirmado por la Audiencia Provincial. La demandante recurrió en casación, alegando que la excepción debió rechazarse de oficio, dado que la demandada había realizado con anterioridad una actuación procesal (oponerse a un embargo preventivo, que había sido decretado en primera instancia en el mismo Auto de admisión a trámite de la demanda). A juicio de la demandante, dicha actuación procesal supuso una renuncia de la demandada al convenio de arbitraje, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje. A la vez, la demandante defendió el carácter indisponible de la materia objeto del proceso (nulidad por vicios del consentimiento), a fin de que se admitiera que la controversia debía resolverse judicialmente.

NOTA.—Como es sabido, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, fue derogada por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. La correlación de artículos objeto de la doctrina jurisprudencial que encontramos en la sentencia extractada es la siguiente: *a)* Los artículos 1 y 2 de la Ley derogada, se corresponden (en cuanto a la definición de las materias susceptibles de sometimiento a arbitraje, como *materias de libre disposición conforme a derecho*), con lo dispuesto en el artículo 2 de la nueva ley, por lo que entiendo que sería trasladable la doctrina de la sentencia; y *b)* En cuanto a la interpretación que se hace del artículo 11.2 de la Ley derogada, la misma doctrina de la sentencia la encontramos —a mi juicio— en la redacción del artículo 11.3 de la nueva Ley, más explícito al respecto. (C. J. D.)

37. Culpa extracontractual: accidente en piscina municipal con resultado de muerte: gastos abonados por INSALUD: reclamación al Ayuntamiento, al Encargado y al Socorrista: competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.—El accidente ocurrió el 6 agosto 1996, y tanto si se hubiera aplicado la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998, como la normativa ante-

rior, el resultado hubiera sido el mismo, a saber, la competencia de este orden jurisdiccional. En efecto, la Resolución del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción del TS, de fecha 20 de junio de 1994, dice expresamente que no debe operar la *vis atractiva* de la jurisdicción civil en caso de demandarse conjuntamente a la Administración y a un particular cuando éste no actúa propiamente en su condición de tal particular, sino como agente de la Administración titular del servicio público, o cuando la sociedad particular demandada figura incorporada a la esfera del servicio público en concepto de contratista del Ente administrativo demandado. En este caso, como bien dice la sentencia recurrida, existen argumentos que permiten sospechar fueron tenidos en cuenta por el INSALUD, al hacer las reclamaciones periódicas, durante seis años, por vía administrativa, y frente sólo al Ayuntamiento, para al final de éstos, y perdida la posibilidad de la vía contenciosa, tratar de crear una solidaridad con los dos empleados de la piscina que creyó más idóneos, a efectos de responsabilización, por sus funciones más directas, y así posibilitar en la medida que cabe la vía civil ordinaria como último remedio a su pasividad, pudiéndose ver en ello un caso claro del mero voluntarismo por la actora, al vincular a los citados empleados trayéndolos a juicio, cuando la propia naturaleza de la reclamación y extensión de las obligaciones no lo demandan. Por otro lado cabe decir la STS de 7 de febrero de 2001 que invoca la Ley de 26 de noviembre de 1992 sobre Régimen jurídico de las Administraciones públicas que ha impuesto un cambio legislativo al establecer la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para entender de todas las reclamaciones para exigir responsabilidad patrimonial a cualquiera de las Administraciones públicas, bien nazca de relaciones derecho público como de derecho privado, y así lo proclama la sentencia de esta Sala de 16 de diciembre de 1998. **(STS de 16 de junio de 2005;** no ha lugar.)

HECHOS.—Aunque se aportan escasos datos sobre el accidente ocurrido, y la sucesiva asistencia médica asumida y prestada por el INSALUD respecto de un menor, a partir de la fecha del accidente ocurrido el 28 de junio de 1990 en una piscina municipal, hasta su fallecimiento, el 6 de agosto 1996, el importe total de los gastos cuyo reembolso reclama aquél asciende a algo más de setenta y cuatro millones de las antiguas pesetas. Al parecer existe otra reclamación de los padres frente al Ayuntamiento, pendiente en vía contencioso-administrativa, pues éstos no se conformaron con la cuantía de ocho millones y medio de pesetas que aquél les asignó, reclamación pendiente todavía de resolver. (G. G. C.)

38. Culpa extracontractual derivada de accidente laboral: distribución de competencias entre la jurisdicción civil y laboral.—La responsabilidad contractual fundada en el incumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato sujeto a la legislación laboral es competencia de los órganos de la jurisdicción laboral, no pudiendo plantearse ante los juzgados y tribunales del orden civil tales cuestiones. Compete, en cambio, a estos últimos el conocimiento de las acciones civiles derivadas de un accidente de trabajo.

Culpa exclusiva del accidentado que ejerce funciones de encargado de obra.—Dada la función de encargado de obra que tenía el accidentado, ahora recurrente, y que los hechos ocurrieron mientras realizaba el replanteo

para el encofrado de la planta, es claro que el accidente se produjo, única y exclusivamente, por la falta de diligencia en el cumplimiento de su misión, no apreciando la defectuosa colocación de los tablonos o su mal estado; en efecto, debió de comprobar la correcta colocación de aquéllos y, de haber observado alguna anomalía, debió adoptar las medidas necesarias para subsanar esas deficiencias y ponerlas en conocimiento de la dirección facultativa; no puede hacerse derivar la responsabilidad por lo acaecido a la dirección facultativa cuando fue el propio recurrente quien omitió la diligencia debida en la realización de su trabajo. Su actuación negligente es de tal entidad que, en todo caso, absorbería la imputable a quienes tuvieran una función de vigilancia superior a la suya.

No hay responsabilidad del arquitecto superior director de la obra.—Es doctrina de esta Sala que al Arquitecto director del proyecto no le alcanza el deber de velar por el cumplimiento de las concretas medidas de seguridad durante la ejecución de la obra; el incumplimiento por parte del autor del proyecto, de realizar el estudio de Seguridad e Higiene en el Trabajo, no genera para él responsabilidad alguna por el accidente acaecido al no darse un nexo de causalidad necesario entre ese incumplimiento y el daño producido.

Omisión del estudio previo de seguridad.—La realización, o no, por el técnico competente del Estudio de Seguridad e Higiene que ha de acompañar al proyecto de obra, no constituye una omisión que pueda dar lugar a responsabilidad por culpa extracontractual en el ámbito civil, sin perjuicio de las consecuencias que en el orden laboral o administrativo pueda tener tal omisión.

Prueba: valoración del Informe de la Inspección del Trabajo.—En el Informe emitido por el Inspector del Trabajo respecto al accidente acaecido se dice que no se advierte claramente infracción de las normas de Seguridad e Higiene en el Trabajo, y tal presunción de veracidad derivada de dicho informe no resulta desvirtuada por prueba alguna. (**STS de 30 de junio de 2005**; no ha lugar.)

NOTA.—No convence esa total desvinculación entre el hecho de omitir en el Proyecto de la obra, del Estudio de Seguridad e Higiene, y los eventuales accidentes que pudieran producirse en la obra. No resulta difícil imaginar casos en los que aquella laguna venga a integrarse en el nexo causal del accidente. Parece, asimismo, excesivo afirmar tajantemente que la culpa del encargado de la obra absorbería la de cualquier vigilante de categoría superior. Por otra parte, la sentencia extractada no abunda en detalles sobre dicha, un tanto sorprendente, actuación, que, en cierto modo, puede calificarse de auto-lesiva o de daños propios. Véase, en este fascículo del *ADC*, un caso en parte similar contemplado por la *STS* de 14 de julio de 2005, con resultado final de imputación del daño a la empresa. (*G. G. C.*)

39. Culpa extracontractual: lesiones en accidente de trabajo: caída por ruptura de un elemento del encofrado mecánico: responsabilidad de la empresa suministradora del material defectuoso.—Aunque la responsabilidad civil en accidentes laborales ha evolucionado cada vez más hacia la objetivación de la misma (como destacan las *SSTS* de 15 de abril de 1999, 29 de enero de 2003 y 11 de marzo de 2004), sin embargo es preciso acreditar el

nexo causal, lo que no se da en el presente caso en el que la empresa demandada arrendó material de encofrado a la constructora y no consta que la pieza defectuosa formara parte de aquel arrendamiento y fuera causa adecuada de la caída del trabajador y de sus graves lesiones. Por el contrario se ha probado en la instancia el nexo causal de quien tenía la posesión, el disfrute y la disponibilidad del material de encofrado, por parte de quien era la empresa constructora, la cual se aprovechaba del mismo y asumía el riesgo que pudiera causar, habiendo sido condenada en la instancia sin que haya recurrido en casación. (STS de 14 de julio de 2005; ha lugar.) (G. G. C.)

40. Culpa extracontractual: muerte por accidente de trabajo: obrero que salta del andamio hacia el forjado y se precipita al suelo desde veinte metros de altura: culpa exclusiva de la víctima.—La víctima realizó, con plena conciencia y por decisión propia, prescindiendo de seguir el procedimiento regular y seguro, colocando el andamio a la altura del forjado, quizá por comodidad y por exceso de confianza, una operación inusual, de no razonable previsión y de peligro superlativo y máximo riesgo para su integridad, consistente en saltar del andamio para acceder, por la fuerza de su propio impulso, al forjado del edificio, comportamiento temerario que se erige en el caso como única causa eficiente y factor exclusivamente determinante del desgraciado resultado producido. Ha de concluirse que la cadena causal que determinó la producción del accidente no vino determinada por circunstancia distinta de la propia actuación de la víctima que acometió la descrita maniobra arriesgada, sin que la sentencia recurrida haya infringido el artículo 1902 CC. (STS de 15 de julio de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—Las crónicas luctuosas de los accidentes laborales en la construcción arrojan cada año un elevado porcentaje de los hechos que pueden calificarse como *desafío suicida a la ley de la gravedad*, y que en la sentencia extractada, el FD 3.º describe con exactitud tomándolo de las sentencias de instancia. La escasa distancia entre el andamio y el forjado, de apenas medio metro, no puede justificar la utilización del salto en el vacío, habiendo procedimientos normales y seguros para facilitar la descarga del andamio ocupado por los trabajadores. (G. G. C.)

41. Culpa extracontractual: lesiones por accidente de ferrocarril en interior de mina: responsabilidad por riesgo del dueño de la explotación.—Respecto del dueño de la explotación minera cabe la aplicación de un sistema de responsabilidad que sin llegar a los extremos de la objetivación total corrige el excesivo subjetivismo con el que se venía aplicando el artículo 1902 CC, a través del principio del riesgo, o su equivalente de la inversión de la carga de la prueba, según la cual, si bien no ha quedado acreditada la infracción de cualquier tipo de medida de seguridad, control y vigilancia, sí han quedado dudas sobre la concurrencia de determinados hechos, que podrían haberse podido evitar con una mayor diligencia *in vigilando*, aunque no constituyeran ninguna infracción de normas reglamentarias, pero que a pesar de ello, podrían haber concurrido a la producción del accidente. Además, no puede ignorarse que, dadas las características de la actividad minera,

existe un deber general de comprobar, con cierta constancia, el estado de la mina, con independencia de quien tenga encomendada dicha tarea y la forma de llevarla a cabo, máxime cuando, como en el caso que nos ocupa, los días anteriores al accidente habían sido festivos y no hubo actividad laboral en la mina; además ha habido contradicciones entre las partes y los testigos, en relación a si la locomotora llevaba encendida la iluminación, de la cual sí parece que estaba dotada y que podría haber permitido al accidentado ver la piedra que golpeó la locomotora; todo ello mantiene la incertidumbre de si se agotó toda la diligencia posible para evitar el accidente, incertidumbre que beneficia a la víctima del daño, como consecuencia de la inversión de la carga de la prueba.

La responsabilidad del director facultativo de la explotación, así como la del vigilante de la mina, es de naturaleza culposa.—Corresponde al accidentado acreditar la existencia de culpa o negligencia, tanto del director facultativo de la explotación como del vigilante de la mina que estaba de servicio al ocurrir el accidente, y la falta de dicha acreditación debe beneficiar a estos demandados que no son titulares de la explotación, por lo que no puede extenderse a ellos las consecuencias de la posible aplicación de la teoría del riesgo en materia de culpa extracontractual. (STS de 27 de junio de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—No es novedad la diversidad de trato, en el caso de accidentes mineros, entre el director facultativo (responsabilidad exclusivamente por culpa) y la del titular de la explotación (responsabilidad por riesgo). Últimamente se pronuncia en tal sentido la STS de 18 de junio de 2004 (extractada en ADC, 2006, p. 933 ss.) (G. G. C.)

42. Culpa extracontractual: lesiones de menor con amputación de extremidades y secuelas: responsabilidad del Ayuntamiento: explosión de petardos en la vía pública al día siguiente de celebrar festejo pirotécnico autorizado: irresponsabilidad del pirotécnico: prueba del nexo causal.—Para la imputación de la responsabilidad, cualquiera que sea el criterio que se utilice (subjetivo u objetivo), es requisito indispensable la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño (STS de 11 de febrero de 1998), el cual ha de basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba (SSTS de 17 de diciembre de 1988 y 2 de abril de 1996). Es preciso la existencia de una prueba terminante (SSTS de 3 de noviembre de 1993 y 31 de julio de 1999), sin que sean suficientes meras conjeturas, deducciones o probabilidades (SSTS de 4 de julio de 1998 y 31 de julio de 1939). El *cómo* y el *por qué* del accidente constituyen elementos indispensables para el examen de la causa eficiente del evento dañoso (SSTS de 17 de diciembre de 1988, 27 de octubre de 1990, 13 de febrero y 3 de noviembre de 1993). La prueba incumbe al actor, el cual debe acreditar la realidad del hecho imputable al demandado del que se hace surgir la obligación de reparar el daño causado (doctrina resumida como consolidada en la STS de 30 de octubre de 2000). La aplicación de esta doctrina a los hechos probados permite concluir que la Sala sentenciadora se ha basado en una pura conjetura o parecer para condenar al pirotécnico, ya que el menor lesionado, al día siguiente del

festejo pirotécnico organizado por el Ayuntamiento, hallándose en la plaza de la localidad, manipuló algún artefacto o material explosivo abandonado en el lugar, que explotó y causó lesiones en las manos que tardaron cien días en curar, con amputación de dedos y diversas secuelas. En el lugar de los hechos se observaron, según el atestado policial, restos de tracas explosionadas, así como una bolsa de plástico conteniendo trozos de mecha en perfecto estado y manchas de sangre, sin que existiera posibilidad de que el artefacto causante estuviera contenido en la bolsa, que no pertenecía a la víctima, ni a persona identificada, sino que se hallaba abandonado no inmediatamente antes del hecho; si bien dos años después la Guardia Civil añade, sin argumentación, que la bolsa, hoy desaparecida, pertenecía al pirotécnico. La prueba testifical constata que el material del pirotécnico se transportó en cajas de cartón y no en bolsas de plástico, y que durante las fiestas en la plaza se vendían petardos y se aportaban por otras personas. Por tanto, no se acredita la relación de causalidad entre la conducta del pirotécnico, que permita imputarle la autoría en algún grado del hecho ocurrido al día siguiente del festejo, y después de la limpieza del lugar a cargo del Ayuntamiento, durante la mañana de los hechos.

Cuantificación del daño: defecto de cálculo.—No se justifica debidamente por el Tribunal la notoria desproporción entre la indemnización pedida y la otorgada, para lo cual manifiesta carecer de criterios. En estos supuestos de desproporción cabe la pretensión casacional para la fijación de cuantía (STS de 23 de noviembre de 1999). Siguiendo lo declarado por STS de 5 de diciembre de 2000, las razones tenidas en cuenta no se presentan dotadas de la consistencia fáctica y jurídica necesarias y adolecen de desajustes relacionados con una racionalidad media, procediendo su revisión casacional en el aspecto cuantitativo (SSTS de 20 de octubre de 1988, 19 de febrero de 1990, 19 de diciembre de 1991, 25 de febrero de 1992 y 15 de diciembre de 1994). La razonabilidad recae sobre la valoración derivada del informe del actuario de seguros colegiado, que figura en la causa, ratificado y reconocido en el proceso, sin impugnación expresa de los demandados, atendiendo a las circunstancias que concurren en las lesiones del menor, a los efectos de su vida futura, sin perjuicio de moderar dicho importe en el 25 por 100 del mismo. (STS de 21 de abril de 2005; ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia de la que ha sido Ponente Auger Liñán, y ello por haber absuelto al pirotécnico, condenado por la Audiencia Provincial, y haber elevado notablemente la cuantía de la indemnización fijada en la instancia con base en la interesante doctrina que se ha extractado, manteniéndose la condena del Ayuntamiento, que se aquietó; aunque también triste ejemplo de justicia tardía (la explosión ocurre en 1989 cuando el lesionado tenía siete años de edad, y la S firme recae al cumplir veintitrés años). Los espectáculos pirotécnicos siguen formando parte, casi siempre, de los festejos más populares en España, por lo que su prohibición absoluta no sería medida eficaz ni adecuada, si bien la experiencia muestra que casi nunca parecen agotarse las medidas de seguridad que deben, reglamentariamente, adoptarse y mantenerse. La condena, aceptada por el Ayuntamiento, no es objeto de discusión, pero sí la cuantía de la indemnización que debe abonarse a un joven, ahora mayor de edad, que ha de enfrentarse a la vida con la amputación total o parcial de tres dedos de la mano

izquierda, y ciertas secuelas de los restantes. La demanda reclamaba casi veintinueve millones de las antiguas pesetas en compensación de la pérdida de capacidad de obtener ingresos futuros, y otra suma por daño moral a fijar en ejecución de sentencia. El Juzgado de Primera Instancia condenó a poco más de diez millones de pesetas. La Audiencia Provincial mantuvo la cifra invocando por analogía el baremo de 1995 para accidentes de circulación. El Tribunal Supremo, con base en la interesante doctrina extractada, la fija en poco más de veintidós millones de pesetas. Para absolver al pirotécnico responsable del festejo del día anterior, la Sala analiza minuciosamente la prueba para llegar a la conclusión de que falta la prueba convincente del nexo causal. Son de aprobar ambas determinaciones (G. G. C.)

43. Culpa extrcontractual: lesiones a menor que se introduce sin autorización en caseta abierta, por explosión de detonadores: responsabilidad de los propietarios: compensación de culpas: moderación.—Es notoria la negligencia, total desatención y descuido de los propietarios por tenerlos depositados en una caseta a la que se podía acceder con facilidad al carecer de puertas cerradas; y los detonadores, almacenados en el recinto, resultaban altamente sensibles al calor, choque o rozamiento, para que se produjera su explosión sin más. Tal supuesto de deficiente y hasta arriesgada custodia de dichos explosivos está previsto en el artículo 1908.1.º CC que establece la responsabilidad de los propietarios por los daños causados a consecuencia de inflamación de sustancias explosivas que no estuvieran colocadas en lugar seguro y adecuado; y una chabola en el campo, abierta del todo, no reúne las condiciones de seguridad que requiere el depósito de este material tan peligroso.

Concurrencia de culpas.—La sentencia de instancia estableció aquí la concurrencia de culpas, por darse conjunción de varias causas, provenientes de sujetos distintos que contribuyeron a que el accidente tuviera lugar, distribuyendo la sentencia recurrida el *quantum* indemnizatorio en razón a la incidencia de intensidad participativa de conductas convergentes observadas por los diversos agentes (los propietarios de la finca y el menor lesionado), ya que la interferencia de la víctima no se presenta como ruptura total del nexo de causalidad. Ahora bien, la revisión de la cuantía indemnizatoria en casación sólo procede cuando las bases fácticas en las que se asienta la moderación aplicada no son correctas, ni suficientes, y también si resultan equivocadas; lo que también ocurre cuando la facultad moderadora se lleva a cabo en forma desmesurada, no atendiendo a un criterio ponderado y lógico. En el presente caso, la instancia ha fijado en el 35 por 100 la participación de los propietarios en el daño, lo que resulta acomodado a la racionalidad media. (STS de 24 de junio de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—No parece pueda hablarse de «total desatención y descuido» de los propietarios. Más bien puede decirse que su diligencia en el caso no fue suficiente; acaso sí lo era para personas mayores, pero no para adolescentes, aunque la edad de la víctima permite tener una capacidad natural para comprender el alcance de sus actos. Por otra parte, no hay datos ni sobre la clase de lesiones

y eventuales secuelas, ni sobre la cuantía de la indemnización, al hablarse sólo de porcentajes (por cierto, con diferencias mínimas pues se condena al 35 por 100 y el recurrente pide que se reduzca al tercio). En todo caso, las lesiones se causan a los catorce años y la sentencia del Tribunal Supremo se dicta al cumplir la víctima veintitrés.

Sorprende el perfecto encaje de los hechos ocurridos con los descritos en el artículo 1908.1.º CC. La doctrina moderna (*cf.* O'Callaghan Muñoz, *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, 4.ª ed., Madrid 2004, p. 1992) mantiene, en general, que dicho precepto establece la obligación de reparar el daño causado por una actividad peligrosa, y que se trata de obligación objetiva que se impone al propietario, si bien con algunas salvedades que se expresan explícitamente, y que dan lugar a inversión de la carga de la prueba; una de tales excepciones es la aquí considerada, que no nace si se prueba que las sustancias explosivas estaban colocadas en lugar seguro y adecuado, lo que, obviamente, no se ha probado. (*G. G. C.*)

44. Culpa extracontractual: muerte por intoxicación de empleado doméstico en instalaciones de empresa, debido a escape de gas: error en la apreciación de la prueba.—En este caso ha habido error notorio en la apreciación probatoria efectuada por la Audiencia Provincial, y han concurrido los presupuestos necesarios para el éxito de la acción ejercitada contra el demandado y, por su fallecimiento, frente a sus desconocidos herederos, o la herencia yacente de éste.

Responsabilidad de quien aparece como gerente o administrador de la empresa: presupuestos de la acción.—1. Acción u omisión. El informe pericial practicado en autos concluye que para que un escape de gas no sea detectado por varias personas que permanezcan en un recinto, debe ser débil y es improbable que el escape pudiera ser por un quemador accidentalmente abierto, siendo más verosímil que dicho escape fuera por un defectuoso estado de la instalación o de los receptores. 2. Culpabilidad. El demandado desconocía el estado real de las instalaciones de gas butano de las dependencias donde moraban los empleados del hogar por él contratados, sin que aparezca acreditado que en alguna ocasión se hubiera ocupado personalmente de la comprobación de esta circunstancia. 3. Daño. Está probado que el fallecimiento del esposo de la demandante se produjo por consecuencia de paro cardio-respiratorio debido a intoxicación de monóxido de carbono por deficiente estado de las instalaciones o de los receptores de gas butano existentes en las dependencias de la finca que ocupaba el fallecido con sus familiares. 4. Nexo causal. La doctrina jurisprudencial ha sentado que es causa suficiente del resultado aquella que, aun concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última; y que la causalidad adecuada requiere valorar si el acto anterior tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido. En el supuesto enjuiciado se llega claramente a la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño, aun con la cardiopatía coronaria que padecía la víctima, toda vez que la causa inmediata del fallecimiento fue debida a paro cardio-respiratorio por intoxicación de monóxido de carbono.

Litisconsorcio pasivo necesario.—Se rechaza la falta de litisconsorcio pasivo necesario, apreciado erróneamente en ambas instancias, porque esta Sala ha señalado que el vínculo de solidaridad que liga a todos aquellos a quienes alcanza la responsabilidad de reparar el daño causado por la ejecución de un acto ilícito en los supuestos de culpa extracontractual, permite ejercitar la pretensión indemnizatoria bien sea contra cualquiera de los deudores o contra todos ellos simultáneamente.

Defecto legal en el modo de proponer la demanda.—No es de apreciar porque al fallecimiento del demandado en calidad de gerente o administrador de la empresa, ocurrido unos meses de la interposición del escrito inicial de este juicio, era ignorado por la actora, y tal diligencia fue corregida con el posterior emplazamiento de sus desconocidos herederos. Se exceptúa de un hijo del demandado de quien no consta que hubiera sido designado heredero o hubiera, en su caso, aceptado la herencia, el cual debe ser absuelto por falta de legitimación pasiva.

Irresponsabilidad del distribuidor de gas butano en la localidad.—Del examen de los datos demostrativos obrantes en los autos, es preciso concluir que el distribuidor de gas butano en la localidad no está incurso en acto u omisión ilícita que sean generadores de responsabilidad extracontractual, ya que en calidad de tal ha cumplido debidamente sus prestaciones de inspección o revisión, sin que le incumban las derivadas de la instalación de los aparatos receptores, en las cuales no ha participado.

Cuantía de los daños indemnizables.—La Sala considera probado que la actora, viuda de la víctima, ha sufrido reales y efectivos perjuicios derivados del fallecimiento de su esposo, y para su resarcimiento entiende ajustada la suma de 120.202,42 euros que fue solicitada en la demanda. (STS de 7 de julio de 2005; ha lugar.)

NOTA.—Cuando el Tribunal Supremo revoca una sentencia de apelación, coincidente plenamente con la de Primera Instancia, el comentador acude por acto reflejo a la argumentación (en este caso desarrollada por el Pte. García Varela); y valdría decir que casi hasta se dan por bien empleados los quince años que transcurren entre la muerte accidental del esposo de la actora por escape de gas Butano y la sentencia firme. Algunos datos iniciales eran, no obstante, descorazonadores: las conclusiones provisionales de la autopsia apuntan a que se trataba de una muerte súbita por probable causa natural; la víctima, además, padecía una cardio-patología coronaria; los servicios de la Consejería correspondiente de Castilla-La Mancha y los de vigilancia de Butano, informan algún tiempo después que la instalación de gas reúne las condiciones reglamentarias. Hay cierta confusión, acaso buscada de propósito, sobre a quién pertenece la empresa agrícola a cuyo servicio estaba la víctima. Sin embargo, el Ponente ha encontrado en las declaraciones del gerente de aquélla en el procedimiento penal previo datos suficientes para deducir su negligencia en relación con el mantenimiento de las instalaciones de gas existentes en las habitaciones que ocupaba la víctima. Es probable que el aludido retraso haya influido a la hora de asumir en la sentencia la cuantía reclamada en la demanda. (G. G. C.)

45. Culpa extracontractual: daños por incendio: subrogación de la compañía aseguradora contra causante del incendio.—Una vez pagada la indemnización al asegurado y subrogada en la posición del mismo, la aseguradora se dirigió contra los padres de la menor que identificó como causante del siniestro cubierto por el seguro; se hace conveniente tener en cuenta que está admitida la revisión, mediante la casación, de los juicios emitidos en la instancia sobre el nexo causal y la culpa del causante del daño, pero respetando las declaraciones que sobre la acción u omisión enjuiciada y el resultado producido contenga la resolución recurrida. La Audiencia Provincial, como antes el Juzgado de Primera Instancia, declaró probada que la causa originaria consistió en que la menor prendió fuego a una planta artificial existente en el local; pero luego la negó eficacia sobre el resultado final, por la intervención de causas concomitantes de mayor entidad, que la convirtieron en meramente secundaria; así que sólo había en el local un aparato extintor, cuando tenían que haber sido dos, al menos; y, finalmente, que los bomberos no contaban con los medios y recursos técnicos necesarios para una eficaz intervención ni habían recibido la importante información sobre la existencia de una puerta.

Relación de causalidad.—En el plano de la lógica, la relación de causalidad entre una acción y un resultado se afirma, *a posteriori*, conforme a la regla conocida como de la equivalencia de condiciones, según la que es causa todo aquello que no pueda suprimirse imaginariamente sin que desaparezca también el efecto (*conditio sine qua non*); conforme a este planteamiento no cabe establecer distinciones entre condiciones esenciales y no esenciales del resultado. Sin embargo, para una imputación objetiva, a los fines de declarar la responsabilidad civil del autor, es necesario que la causalidad no sólo exista lógicamente, sino que, además, sea adecuada, en el sentido de que la conducta tienda a producir el resultado según las reglas de experiencia general. Esta matización de la causalidad lógica se traduce en la posibilidad de que se pueda establecer una graduación de eficacia, por razón, por ejemplo, de la inadecuación de cualquiera o de la evitabilidad de sus consecuencias inmediatas. E, incluso, que se entienda que alguna de ellas, por su mayor relevancia o significación, absorbe y elimina la influencia causal de las demás. La Audiencia Provincial aplicó esta doctrina para afirmar, a partir de los hechos declarados probados, que en un establecimiento destinado a recibir al público, aplicar por negligencia fuego a una planta artificial de adorno no es causa adecuada de su propagación a todo el local, y que ésta se hubiera evitado de estar dotado el mismo de elementos ignífugos y de los necesarios aparatos extintores, así como de haber actuado los bomberos con la eficacia exigible. Valoración que se muestra correcta, por lo que no cabe sino mantenerla. (STS de 27 de junio de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—El presente caso es buen ejemplo de esa jurisprudencia *enormemente confusa* que Reglero Campos (*Tratado de responsabilidad civil*, Cizur Menor 2002, p. 296) gráficamente califica a la que trata de explicar y aplicar la doctrina de la causalidad adecuada. Razonablemente los hechos hubieran conducido a una concurrencia de culpas entre la menor —al menos, adolescente— y el dueño del local. Pero resulta difícilmente comprensible que la sentencia extractada diga que *el daño no es imputable a la menor* (FD 3.º) cuando ambas sentencias de instancia reconocen que el fuego se inició cuando ésta prende fuego a una planta artificial situada en el

local, acción indudablemente negligente y causal del daño, que fueron agravadas por las circunstancias destacadas en la sentencia. (G. G. C.)

46. Daños y perjuicios. Daños morales.—Respecto a los arquitectos y el aparejador, no se aprecia culpa o negligencia ninguna de su parte, porque no intervinieron en la primera fase de ejecución de la obra causante del daño (muro pantalla). La Junta de Compensación del Polígono de la Chantria, propietaria del inmueble afectado por la ruina, tampoco es considerada responsable, porque, al habersele transmitido la titularidad e indemnizado a sus antiguos dueños y a cuantos justificaron tener derechos en el mismo, no adoptó medidas cautelares de aseguramiento de la casa porque su destino final era la demolición, lo que retrasaba la actora con su negativa a abandonar la casa mientras no fuera indemnizada. Además, la causa productora de la situación de ruina era ajena a la Junta y tampoco se constata por parte de ésta una omisión que impidiera el evento dañoso.

El Ayuntamiento se ha limitado a tramitar el expediente de ruina del inmueble y a ejecutar su resolución, por lo que entrar a determinar si ésta reajusta o no, o si debió suspenderse, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En cambio, sí se aprecia responsabilidad civil en la actuación de *Rodio Cimentaciones Especiales, S. A.*, que efectuó los trabajos de perforación y ejecución del muro pantalla en el solar contiguo al inmueble de doña M.^a E., puesto que queda determinado en las actuaciones que como consecuencia del vaciado del solar y la ejecución de dicho muro y la acción de la lluvia se producen los desperfectos que terminan con la declaración de ruina del mismo. El Juzgador de instancia, no obstante, había desestimado la responsabilidad de la empresa cimentadora porque no se apreció la efectiva concurrencia de un perjuicio patrimonial como consecuencia del desalojo de doña M.^a E. (la demolición por ruina sólo adelantaba, y quizá en poco, la inevitable demolición del edificio; el desembolso de abono de rentas que no estaban beneficiadas por el régimen de renta antigua del que disfrutaba doña M.^a E. en su anterior vivienda tampoco se produjo porque, como ella misma admitió en las actuaciones, pasó a vivir con su familia). Sin embargo, el Tribunal Supremo admite la causación de daños morales a la actora, en atención a que ésta, con sesenta y tres años de edad en la fecha del desalojo de la vivienda en que moraba desde hacía veinticuatro años, sufrió evidentes trastornos al situarla fuera de su domicilio y entorno habitual, amén de los gastos inherentes a su ulterior residencia en otro lugar, bien mediante el pago de una renta superior a la que abonaba o por el abono de prestaciones de otro orden, con el correspondiente traslado del mobiliario y bienes personales. Recuerda el Tribunal Supremo que, conforme a doctrina jurisprudencial consolidada, la reparación del daño o sufrimiento moral no atiende a la reintegración de un patrimonio, sino que va dirigida, principalmente, a proporcionar, en la medida de lo humanamente posible, una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado (SSTS de 31 de mayo de 1983 y 25 de junio de 1984). (STS de 4 de febrero de 2005; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Doña M.^a E. residía en un piso del inmueble contiguo al solar donde se estaban edificando unos grandes almacenes. Doña M.^a E. era la única persona que residía en dicho inmueble,

tras el desalojo de los demás inquilinos, previa indemnización, porque no había acreditado la condición de arrendataria y no figuraba incluida en la relación de derechos y bienes a expropiar. El referido edificio debía ser derribado por su calificación como «fuera de ordenación» en el Plan General Municipal de Ordenación y resultar afectado por el nuevo trazado de la calle en que se situaba. La situación fuera de ordenación implicaba que las obras a acometer en el inmueble debían reducirse a pequeñas reparaciones exigidas por higiene, ornato y conservación y, sólo en caso de quedar afectado por un supuesto estado ruinoso, esta determinación reforzaba la declaración de ruina.

Como consecuencia de la ejecución del muro de pantalla de la nueva construcción y de la acción de la lluvia se producen desperfectos en el inmueble que habita doña M.^a E., que determinaron la declaración de su ruina y doña M.^a E. fue, finalmente, desalojada del piso que ocupaba.

Doña M.^a E. interpone demanda sobre reclamación de indemnización de daños y perjuicios contra la *Junta de Compensación del Polígono Chantria de León*, el *Ayuntamiento de León*, *Construcciones Rodio, S. A.* (entidad encargada de la construcción de los grandes almacenes), los arquitectos encargados del Proyecto de Dirección y Liquidación de la Urbanización del Sector de la Chantria de León por la Junta de Compensación de este polígono (don R. y don C.); y el aparejador interviniente en el plan de Seguridad y Urbanización del mismo sector (don A.). La demanda fue desestimada en primera y segunda instancia. Doña M.^a E. interpone recurso de casación. (S. M. S.)

47. Protección civil del medio ambiente y responsabilidad civil que deriva de la agresión al mismo.—El Tribunal Supremo cita, entre otras, la sentencia de 28 de enero de 2004, que reitera el sentido, jurisprudencialmente consolidado, de la protección del medio ambiente. Ésta puede considerarse en abstracto, como protección del ambiente sano y adecuado para el desarrollo de la persona, y, en concreto, como protección específica a derechos subjetivos patrimoniales. La primera no puede ser objeto de pronunciamiento por la Sala Civil del Tribunal Supremo, pero la segunda tiene —aunque no siempre se ha indicado explícitamente— una reiterada jurisprudencia civil. En concreto, la S 7 de abril de 1997, que reitera la doctrina de la anterior de 24 de mayo de 1993, contempla la responsabilidad civil por daños causados en fincas colindantes por emanaciones tóxicas de una fábrica y dice literalmente: «el número segundo del artículo 1908 CC (...) configura un supuesto de responsabilidad de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado, al establecer que los propietarios responden de los daños causados por los humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades», que es lo ocurrido en el presente caso, pues, aunque, cualitativamente, los humos y gases expelidos por la fábrica de la entidad recurrente hayan podido respetar los niveles de contaminación reglamentariamente establecidos, lo cierto es que, cualitativamente, fueron nocivos y causaron daños a terceras personas totalmente ajenas a la referida explotación industrial, lo que evidencia que tales medidas fueron insuficientes para evitar los daños a terceros. En definitiva, se reitera la protección judicial respecto a la responsabilidad civil y en

defensa del medio ambiente, acatando el mandato constitucional sobre el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, que proclama el artículo 45 CE.

Responsabilidad objetiva. Inaplicación de los artículos 1902 y 1903 CC. Cumplimiento de las disposiciones reglamentarias: irrelevancia, en caso de haber causado un daño.—Se desestima la infracción de los artículos 1902 y 1903, porque la normativa aplicable al presente caso no son esos artículos sino el artículo 1908 CC, que trata una responsabilidad de carácter objetivo, que se impone al empresario, titular de la empresa causante de los humos o emanaciones, es decir, de la agresión al medio ambiente. Por otra parte, en la responsabilidad civil, en general, el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias no la excluye, si se ha producido, como en el presente caso, el daño.

Indemnización. Lucro cesante: debe ser probado y excluye «sueños de fortuna».—El lucro cesante debe ser probado, excluyendo los «sueños de fortuna» (*cf.* STS 5 de noviembre de 1998). (STS de 14 de marzo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Una serie de propietarios de fincas afectadas ejercitan contra *Aluminio Español, S. A.*, y *Alumina Española S. A.*, acción de responsabilidad civil por inmisiones, agresión al medio ambiente fundada en el artículo 1908.2.º y 4.º CC. La demanda es esencialmente estimada, fijando concretas cantidades indemnizatorias, tanto en primera, como en segunda instancia. El recurso de casación es formulado por las codemandadas. (S. M. S.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

48. Alcance del litisconsorcio pasivo necesario en una acción reivindicatoria.—El litisconsorcio pasivo necesario supone que el órgano judicial sólo debe pronunciarse sobre la pretensión del actor que afecte a varias personas, cuando todas ellas estén presentes en el proceso. De manera que la acción reivindicatoria se ha de plantear frente a los poseedores a título de dueño de los bienes reivindicados, no siendo suficiente la construcción que se realiza, sobre uno de los bienes reivindicados, a cargo de una sociedad de gananciales de la que forma parte un tercero para que dicho tercero esté legitimado pasivamente, dado que en ningún momento se ha atribuido la posesión a título de dueño del bien reivindicado.

Prescripción adquisitiva extraordinaria.—Los requisitos exigidos para la usucapción extraordinaria de bienes inmuebles son la posesión *animus domini* y el tiempo de treinta años. Esta posesión en concepto de dueño constituye un requisito esencial de la usucapción ordinaria y de la extraordinaria (sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio), y no es un concepto puramente subjetivo o intencional, ya que el poseedor por mera tolerancia o por título personal, reconociendo el dominio en otra persona, no puede adquirir por prescripción, aunque quiera dejar de poseer en un concepto y pasar al *animus domini*. Si bien la usucapción extraordinaria no precisa de justo título, no es suficiente la intención (aspecto subjetivo) para poseer en concepto de dueño,

sino que se requiere un elemento causal o precedente objetivo. Asimismo, la posesión en concepto de dueño ha de basarse en actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico. (STS de 29 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Se ejercita acción reivindicatoria por parte de una comunidad hereditaria respecto de cinco fincas. Sobre una de las fincas reivindicadas hay construida una casa a cargo de la sociedad de gananciales que forman la demandada y su marido.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y absuelve a los demandados. Esta decisión se recurre en apelación por los demandantes. La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación al declarar que tres de las fincas pertenecen a la comunidad hereditaria formada por los demandantes, al considerar que los demandados no poseyeron en concepto de dueño y desestima la pretensión ejercitada respecto de las otras dos fincas restantes, confirmándose en tales extremos la sentencia apelada. La parte demandada interpone recurso de casación contra la sentencia pronunciada por la Audiencia Provincial. El Alto Tribunal señala respecto de la titularidad de la finca reivindicada sobre la que se construyó la casa que no consta que haya pasado a integrar el haber de la sociedad de gananciales ni tampoco que el marido de la demandada se haya atribuido la posesión a título de dueño de la misma, por lo que no aprecia la excepción de litisconsorcio pasivo necesario basada en la falta de llamamiento a juicio del marido de la demandada. A esto añade que no cabe un cambio subjetivo en el concepto que se venía poseyendo. Por ello el Tribunal Supremo desestima el recurso y confirma la sentencia de la Audiencia. (C. L. N.)

49. Propiedad horizontal. Aplicabilidad de la Ley de Propiedad Horizontal. Normas imperativas.—La posible discusión sobre la aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal a las comunidades que tengan los requisitos del régimen de Propiedad Horizontal, carece actualmente de sentido, como ha aclarado el artículo 2 de la Ley 8/1999, de 6 de abril, de modificación de la Ley 49/1960, de 21 de junio, pues este precepto suple cualquier laguna legal, de tal forma que, de manera categórica, se puede concluir indicando que las repetidas normas son de carácter imperativo. Pero incluso respecto a la Ley de Propiedad Horizontal de 1960, doctrina y jurisprudencia han interpretado que cuando se dan las circunstancias del artículo 396 CC hay comunidad sometida al régimen de Propiedad Horizontal.

Criterios de adopción de acuerdos: quórum necesario. Norma estatutaria que contraviene disposición legal.—El artículo 22.3 de los estatutos establece que para que los acuerdos sean comprendidos en la modificación de estatutos (es decir, como el litigioso), bastará con el voto que represente la mayoría de participaciones en la Comunidad; y si ésta no se pudiera obtener por falta de asistencia, se celebrará otra junta, debidamente convocada, y en la que los acuerdos que se tomen serán obligatorios para todos con la simple mayoría de los asistentes a dicha junta. Según la Ley de Propiedad horizontal vigente, la mayoría exigible es doble; no sólo de número de asistentes, sino

de cuotas de participación, de tal manera que hay que conseguir el quórum doble. No puede pretenderse la prevalencia de los estatutos por falta de cumplimiento de la previsión de adaptación de las normas de las comunidades a la Ley en vigor, ordenada por la DT 1.ª de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960, porque lo que la ley prevé es la posibilidad de que un comunero inste el cumplimiento de lo no realizado, pero no la posibilidad de eludir el precepto taxativo de la Ley, de exigencia de la doble mayoría. **(STS de 17 de marzo de 2005; no ha lugar.)**

HECHOS.—Se solicita al Tribunal Supremo que se pronuncie sobre la nulidad o validez del acuerdo que figura en el orden del día de la junta de propietarios, sito en la Playa de Matalascañas, término municipal de Almonte (Huelva), celebrada el 1 de junio de 1996, referente a aprobación del acta de la junta anterior, de fecha 18 de febrero de 1995. En la sentencia recurrida, que dictó la Audiencia Provincial de Huelva, se declaraba su nulidad por no contar con aprobación de la mayoría de los propietarios asistentes. Las demás pretensiones anulatorias de acuerdos adoptados en la junta de 1 de junio de 1996 han sido desestimadas por dicha sentencia y los demandantes que ejercitaban tales pretensiones no han formulado recurso contra el fallo. De modo que el único recurso es el que formula la demandada, interesada en obtener la revocación de la única pretensión que ha sido estimada en la sentencia de la Audiencia Provincial y que es la que se ha descrito. *(S. M. S.)*

50. Propiedad horizontal. Cerramiento de zonas comunes.—El Tribunal Supremo determina que las obras de cerramiento de zonas comunes —efectuadas para evitar el deterioro que se está produciendo en la urbanización— no suponen alteración de la estructura y no afectan al título constitutivo por lo tanto no es necesario la unanimidad para acordar su ejecución. **(STS de 6 de julio de 2005; no ha lugar.)**

HECHOS.—Por *Promociones Inmobiliarias Plan Sur, S. A.*, se interpone demanda por la que se suplica se acuerde dictar sentencia declarando la nulidad de un acuerdo adoptado por la comunidad de propietarios demandada que acordaba el cerramiento de zonas comunes, por no haberse adoptado por unanimidad, requisito indispensable, puesto que el acuerdo impugnado supone una modificación en las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad y los estatutos.

El Juzgado de Primera Instancia estima la pretensión del actor declarando la nulidad del acuerdo. La comunidad de propietarios recurre en apelación.

La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación declarando que el acuerdo es válido al ser conforme a la Ley y a los estatutos. *Promociones Inmobiliarias Plan Sur, S. L.*, recurre en casación. *(A. V. G.)*

51. Propiedad horizontal: artículo 12 LPH.—Según reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTS de 11 de diciembre de 1982, 10 de octubre

de 1985, 2 de marzo de 1992, 29 de octubre de 1993 y 30 de abril 1994), el presidente designado por una junta ha de reunir la cualidad de copropietario en el momento de su elección, ya que, en caso contrario, su nombramiento estaría indebidamente acordado. Este nombramiento no es susceptible de subsanación, al tratarse de un acto radicalmente nulo (art. 6.3 CC), no estando sometido, por ello, a ningún plazo de caducidad. Tampoco se ha de confundir la posición del representante del propietario con la de éste, puesto que sólo el propietario puede acceder al cargo de presidente y no quien le represente en una junta determinada. (STS de 30 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don H. M. P. P. interpone demanda para que se declare la nulidad de la Junta General Ordinaria de la comunidad de propietarios *Las Abejas* y la de los acuerdos adoptados por ser contrarios a la Ley y a los estatutos, puesto que el presidente designado no es copropietario y comparece a la Junta como representante.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Esta sentencia es recurrida y la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto, revoca la sentencia de instancia, y declara la nulidad de la Junta de Propietarios y la de los acuerdos adoptados en la misma. La citada comunidad interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. (S. E. M.)

52. El tercero hipotecario protegido por el Registro de la Propiedad (art. 34 LH).—En relación con el requisito de adquirir de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitir el bien, el Tribunal Supremo, después de reconocer que se trata de una cuestión doctrinalmente polémica, acoge el criterio, basado en la protección del tráfico jurídico, por el que se cumple el requisito si al tiempo de la adquisición del dominio el transmitente tenía título para disponer y acceder al Registro y accede mediante una inscripción a su favor posterior a dicha adquisición, aunque previa a la inscripción a favor del adquirente.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe el conocimiento de la inexactitud del Registro. La falta de buena fe, en su aspecto fáctico, en lo que hace referencia a la fijación de los hechos que permitirían desvirtuar la buena fe en su dimensión negativa (no es posible sostener el desconocimiento de la inexactitud registral) o positiva (creencia en que el transferente es el titular real y puede disponer del derecho) corresponde a los tribunales de instancia (primera instancia y apelación). La apreciación de la buena fe como concepto jurídico indeterminado exige someter al nuevo juicio jurisdiccional la significación y relevancia jurídica de los hechos previamente fijados. (STS de 11 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Incomisa* aduce haber adquirido el dominio de tres cuartas partes indivisas de una finca mediante adjudicaciones en apremios, por lo que interpone acción reivindicatoria solicitando que se declare nula una compraventa de la misma, de la que resulta compradora *Lafica S. A.*, y posterior inscripción registral del inmueble. Asimismo alega la existencia de un arrendamiento.

La demanda se presenta ante el Juzgado de Primera Instancia del que se pretende la declaración de nulidad de la compraventa por falta de causa por simulación. Uno de los codemandados, el vendedor en el contrato de compraventa cuya nulidad se pretende, plantea reconvencción interesando la nulidad de las actuaciones judiciales en que se produjeron las adjudicaciones y la nulidad del contrato de arrendamiento. El Juez de Primera Instancia desestima íntegramente tanto la demanda como la reconvencción y absuelve, respectivamente a los demandados, al entender que no ha sido desvirtuada la presunción de legitimación registral del artículo 38 LH en favor del titular inscrito, y al demandante reconvenido. Éste, *Incomisa*, interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial, después de analizar si concurren en la compradora *Lafica, S. A.*, los presupuestos del tercero protegido del artículo 34 LH, lo desestima y confirma la resolución recurrida. La entidad demandante *Incomisa* acude ante el Tribunal Supremo en casación con base en que *Lafica S. A.*, no tiene la condición de tercero hipotecario. El Tribunal Supremo señala que *Lafica S. A.*, actúa coherentemente con la titulación civil existente que revela una concordancia entre la situación registral y la realidad extratabular, sin existir, por tanto, falta de buena fe en su dimensión negativa. Asimismo indica que las conclusiones a las que llega la Audiencia de que no existe elemento alguno que permita pensar que la entidad adquirente era conocedora de las previas adjudicaciones de partes indivisas de la finca a favor de *Incomisa* y de que falta la prueba de la inexistencia de precio (que habría podido determinar una falta de causa con el efecto de nulidad) son cuestiones de hecho, de la exclusiva incumbencia de los juzgadores de instancia que resultan incólumes en casación. Así, la entidad mercantil *Lafica, S. A.*, tiene la condición de tercer hipotecario del artículo 34 LH, a cuyo favor se ha producido una adquisición *a non domino* que enerva la acción reivindicatoria. Por este motivo, el Tribunal Supremo desestima el recurso. (C. L. N.)

53. Notificación al deudor hipotecario en la finca hipotecada (art. 131.7.ª LH).—El Tribunal Supremo entiende que no notificar el señalamiento de la subasta, en un procedimiento judicial sumario, al deudor en la finca o fincas subastadas, de conformidad con la regla 7.ª *in fine* del artículo 131 LH, y hacerlo en el domicilio que constaba en la escritura de constitución de hipoteca a efectos de notificaciones supone una vulneración esencial del procedimiento establecido. Es, por tanto, un requisito obligatorio que tampoco puede ser subsanado con la notificación edictal, que tiene carácter excepcional.

Concepto de deudor a los efectos de esta notificación.—La notificación de la subasta en la finca hipotecada se ha de realizar al «deudor protegible», es decir, no sólo al estrictamente hipotecario, sino también a quienes del contenido de la certificación registral de cargas aparezcan como titulares de una inscripción de dominio, posesión o acreedores posteriores, reconociéndoles legitimación para instar la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria. (STS de 15 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante adquiere por acta de adjudicación directa una nave inscrita en el Registro de la Propiedad que estaba

afecta a cargas y gravámenes, entre ellos, una hipoteca constituida a favor de un banco acreedor, habiendo sido ejecutada una sociedad mercantil. El banco insta demanda de ejecución hipotecaria al amparo de lo dispuesto en el artículo 131 LH para hacer efectivo un crédito de la mercantil garantizado mediante hipoteca sobre la nave. En el momento en que se expide la certificación de cargas y títulos de dominio, en el procedimiento de ejecución hipotecaria, no consta inscripción alguna de dominio posterior a favor del demandante, ni tampoco consta inscrita la posesión del inmueble, por ser posterior a la adquisición de la nave por el demandante y anterior a la escritura de compraventa e inscripción de ésta. El demandante solicita se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del procedimiento judicial sumario.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda, interponiéndose recurso de apelación por la parte actora. El recurso es estimado por la Audiencia Provincial que revoca la sentencia anterior y declara la nulidad del procedimiento judicial sumario retro trayendo las actuaciones al momento en que se cometió la infracción. Frente a esta sentencia de apelación los demandados acuden en casación ante el Tribunal Supremo. El Alto Tribunal confirma el sentido del fallo de la Audiencia Provincial al entender, igualmente, que el acta de adjudicación directa por la que adquiere el demandante tiene carácter de tradición simbólica o *ficta* de conformidad con el artículo 150.5 del Reglamento General de Recaudación y que existe una infracción del procedimiento con suficiente relevancia jurídica como para declarar la nulidad del procedimiento, dado que ha colocado al demandante, adquirente en procedimiento de apremio, en una situación de indefensión material.

NOTA.—El artículo 131 LH referido al procedimiento sumario hipotecario ha sido modificado por la DF 9.^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, quedando el nuevo artículo 131 LH con un contenido no procedimental. La Ley de Enjuiciamiento Civil introduce novedades significativas en los procedimientos de ejecución hipotecaria, ya que el régimen establecido en la Ley Hipotecaria —y, en concreto, la regulación del procedimiento judicial sumario del art. 131 LH y ss.— se sustituye por las disposiciones que contiene la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyos artículos 681 a 698 recogen las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados. Estas disposiciones deben completarse, por remisión expresa de la Ley, con las normas relativas a la subasta de bienes inmuebles (arts. 655 a 675) a las que también son aplicables, salvo las especialidades que se establecen en dichos artículos, las normas de la subasta de bienes muebles (arts. 643 a 654). (C. L. N.)

54. Contrato mixto. Retracto voluntario: asimilación al retracto convencional.—El derecho establecido en una cláusula del contrato de «abanderamiento», «asistencia técnica» y de «abastecimiento de combustible» no es propiamente un derecho de tanteo/retracto convencional, pues el pacto de retro no estaba inserto en un contrato propio de compraventa, siendo aquél,

pues, un contrato mixto de la clase indicada, sí se asemeja al mismo, y debe de regirse por sus preceptos (arts. 1507 a 1520 CC), en cuanto una y otra figura tienen las características, que en este caso se la quieren dar las partes a esa cláusula concreta, de «derecho de adquisición o de preferencia», reconocido en la doctrina, y conocido con el nombre de «retracto voluntario», pactándose, pues, una adquisición preferente del objeto de la venta que posteriormente se realice por el titular, aplicándole por ello esa doble naturaleza o vertiente.

Contrato mixto. Retracto voluntario: naturaleza jurídica.—Este derecho tiene carácter real, y es oponible *erga omnes*, dado lo dispuesto en los artículos 2.º, números 1.º y 2.º y 37.3.º LH y 14 RH, en cuanto permiten su inscripción registral, siendo una forma de liquidar o extinguir una relación anterior, mediante la realización de las prestaciones indicadas en el artículo 1518 CC, participando, en doble vertiente, pues, de ese carácter y del de relación contractual.

Contrato mixto. Retracto voluntario: oponibilidad *erga omnes*.—Su oponibilidad a terceros deriva de ese carácter que mantiene de oponibilidad *erga omnes*, si bien aquí, la condición de tercero de buena fe, no hipotecario, queda más restringida, es decir, sólo respecto a los que conocen, fuera del Registro (no fue inscrito), la realidad del derecho que se ha establecido, en cuya órbita entra indudablemente el adquirente del complejo dominical cedido. (STS de 29 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Compañía Española de Petroleos, S. A. (CEPSA)* interpuso demanda contra *Estació de Servei de Gràcia, S. L., Estación de Servicio Can Planas, S. A.,* y contra *Can Planas, S. L.,* solicitando se declare el derecho de la actora al retracto de los bienes que conforman la Estación de servicio en cuestión. El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Sabadell dictó sentencia desestimando la demanda. La Sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona resolvió admitiendo el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

DERECHO DE FAMILIA

55. Tercería de dominio. Capitulaciones matrimoniales acordando régimen económico de separación de bienes.—El Tribunal Supremo declara que la acción de tercería únicamente puede ser ejercitada por quien tiene la condición de tercero respecto a la obligación cuya efectividad se persigue con el procedimiento ejecutivo. Los cónyuges tienen capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales siendo necesario para que las mismas vinculen a terceros que se inscriban en el Registro Civil y, cuando se trata de inmuebles, en el Registro Civil de la Propiedad conforme a los criterios establecidos por la Ley Hipotecaria. El cambio de régimen económico si bien es cierto que produce efectos internos entre los cónyuges, no lo es menos que no hace que se desplacen los derechos adquiridos con anterioridad por terceros sobre el patrimonio de los mismos. (STS de 15 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña T. A. M. interpone demanda de tercería de dominio contra el Ilustre Ayuntamiento de Ceuta y contra don M. A. A. al ser embargadas unas fincas que considera de carácter privativo. El Ilustre Ayuntamiento de Ceuta reconviene alegando, entre otros argumentos, el carácter fraudulento de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges en perjuicio de los acreedores.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda de tercería interpuesta por doña T. A. M. declarando la nulidad, por simulación absoluta, de la escritura pública de capitulaciones matrimoniales. Doña T. A. M. recurre en apelación.

La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso corrigiendo el pronunciamiento únicamente respecto a la declaración de nulidad de la escritura pública de capitulaciones matrimoniales. El Ilustre Ayuntamiento de Ceuta recurre en casación. (A. V. G.)

56. Régimen económico matrimonial: modificación en perjuicio de Hacienda: cambio de gananciales a separación: nacimiento de la deuda tributaria. Procedencia del embargo.—La deuda tributaria se produce en los años 1984 a 1987 por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por el de Valor Añadido, relativo al marido codemandado en rebeldía; éste y su esposa, demandante tercerista en la instancia y recurrente en casación, otorgan capitulaciones matrimoniales el 10 de julio de 1987 modificando su régimen de gananciales por el de separación, efectuando la liquidación de aquél en escritura de 27 de julio de 1987 atribuyendo a la esposa dos determinadas fincas; por la Administración tributaria en fechas de 9 y 29 de octubre de 1991, se dictan sendas diligencias de embargo, interponiéndose tercería por la esposa alegando ser de su propiedad por consecuencia de aquella liquidación. El tema planteado no es el de responsabilidad de los bienes gananciales sino de aplicación de los artículos 1317 y 1401 CC. En consecuencia, las fincas embargadas, al tiempo de nacer el crédito a favor de la Administración tributaria, eran fincas gananciales, ya que no se ha probado que fueran privativas a efectos de destruir la presunción del artículo 1361 CC Los impuestos derivados del trabajo, bienes o industria de los dos o de uno de los cónyuges son a cargo de la comunidad de gananciales; así, la deuda tributaria considerada es a cargo de la sociedad y la modificación del régimen económico-matrimonial, de gananciales a separación de bienes operada en 1987 no perjudica a tercero, sino que éste conserva sus créditos contra el cónyuge deudor y no deudor, a quien han sido adjudicados bienes de aquella comunidad, y es válido el embargo realizado en 1991.

Cuestión nueva.—La alegación de no ser carga de la comunidad el carácter punitivo de carácter personal formado por la sanción y los intereses de demora por el impago es una cuestión nueva, que no sabe ser planteada en casación por atentar contra la interdicción de la indefensión que proclama el artículo 24 CE y quebranta los principios de contradicción y de igualdad que deben presidir el proceso, y que reitera abundante jurisprudencia. (STS de 21 de junio de 2005; no ha lugar.) (G. G. C.)

57. Matrimonio: disolución por divorcio: liquidación de gananciales: indemnización posterior percibida por despido y salarios de

tramitación.—Con relación a la liquidación de la comunidad de gananciales, cuya disolución se ha producido por las sucesivas sentencias de separación y divorcio, en 1991 y 1992, la cuestión exclusivamente jurídica que se plantea en casación se refiere a la indemnización que el demandado percibió posteriormente, el 6 de julio de 1995, en cuantía de 24.405.377 pesetas por despido, y 594.623 por salarios de tramitación. Las sentencias de instancias han concedido a la actora la mitad de la cifra calculada como ganancial. Esta Sala entiende que una vez producida la separación legal, es decir, disuelta la comunidad de gananciales, háyase o no practicado la liquidación de la misma que se exige legalmente (art. 1396 CC), la percepción de una pensión de jubilación o de una indemnización por despido o una cantidad por un concepto análogo, relativo todo a la extinción de una relación laboral, no se conecta con ésta para ser considerada como bien ganancial (art. 1347.1.º CC), sino que se estima que es un bien adquirido una vez extinguida la comunidad de gananciales, por lo que no se imputa a ésta, ya inexistente; ni siquiera puede llamarse bien privativo, puesto que la distinción entre ganancial y privativo ya no procede cuando ha dejado de existir aquella comunidad. Es un bien adquirido personalmente por la persona que tiempo atrás fue miembro de una comunidad, ya disuelta; es un bien propio, ajeno a aquélla. Ésta ha sido doctrina de esta Sala (así SSTs de 22 de diciembre de 1999, 29 de junio de 2000 y 20 de diciembre de 2004), con la excepción de la STS de 25 de marzo de 1988, criterio que no puede tener el concepto de jurisprudencia por tratarse de una sola sentencia. (STS de 29 de junio de 2006; ha lugar.) (G. G. C.)

58. Pensión compensatoria. Carácter temporal o vitalicio. El Tribunal Supremo se muestra favorable a un entendimiento temporal de la pensión compensatoria. Interpretación social de la norma.—En la formulación del recurso de casación, el recurrente señala la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales respecto al carácter temporal o vitalicio de la pensión compensatoria *ex* artículo 97 CC.

Según el Tribunal Supremo, la problemática objeto de enjuiciamiento es consecuencia de los avatares sufridos por la figura de la pensión compensatoria (desde su introducción en el año 1981) y la incidencia de diversos factores, sobre todo, sociales —y singularmente, la condición de la mujer en el matrimonio y en el acceso al mundo laboral—, lo que, en especial, a partir de los años noventa, dio lugar a que la jurisprudencia de las Audiencias comenzase a mostrarse favorable a la temporalización —unas veces excepcional, y otras con más flexibilidad—, hasta el punto de que, en la actualidad, tal corriente favorable es, claramente, mayoritaria. También el Consejo de Europa se ha mostrado favorable a la temporalización (Informe del Comité de Expertos sobre el Derecho Relativo a los Esposos, reunión de Estrasburgo, de 20-24 de octubre de 1980). Y tanto el Código de Familia de Cataluña [Ley 9/1998, de 15 de julio, art. 86.1.d)] como el Proyecto de reforma del Código civil, en materia de separación y divorcio, determinan su temporalidad.

La regulación del Código Civil, introducida en 1981, regula la pensión compensatoria con características propias. Está notoriamente alejada de la prestación alimenticia (que atiende al concepto de necesidad), pero ello no supone caer en la órbita puramente indemnizatoria, que podría acaso suponer el vacío de los artículos 100 y 101, ni en la puramente compensatoria que

podría conducir a ideas próximas a la *perpetuatio* de un *modus vivendi*, o a un derecho de nivelación de matrimonios. Y, en todo caso, la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida –vitalicio–.

Por otro lado, el contexto social permite y el sentir social apoya una solución favorable a la pensión temporal, por lo que la misma cuenta con un soporte relevante en una interpretación del artículo 97 CC, adecuada a la realidad social actual, prevista como elemento interpretativo de las normas en el artículo 3.1 CC, y cuya importancia ha resaltado el Tribunal Supremo reiteradamente, sin perjuicio de poner énfasis en que debe utilizarse con tino y cautela. Se refiere a la integración normativa por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y espíritu de las comunidades en cada momento; significa el conocimiento y la valoración de las relaciones de hecho a que debe aplicarse la norma, teniéndolas en cuenta según la vida real inmersa en la sociedad.

Función reequilibradora de la pensión compensatoria. Articulación de mecanismo adecuado.—Para que pueda ser admitida la pensión temporal es preciso que se constituya un mecanismo adecuado a la función reequilibradora que tiene, puesto que, en muchos supuestos, la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o divorcio produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia. La enumeración de los factores a tomar en cuenta es imposible. Pero, entre los más destacados, y sin ánimo exhaustivo, se puede citar: la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y los hijos; cuántos de éstos precisan atención futura; estado de salud y recuperabilidad; trabajo en el que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional, etc. Es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión. Y se requiere que sea posible la previsión *ex ante* de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad; una previsión con certidumbre o potencialidad real, determinada por altos índices de probabilidad. El plazo estará en consonancia con la previsión de superación de desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación, sin perjuicio de aplicar, cuando sea oportuno, plazos flexibles o generosos, o adoptar las medidas o cautelas que eviten la total desprotección. (STS de 10 de febrero de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don R. S. M. y doña M. S. T., casados desde el 17 de enero de 1986, obtienen sentencia de divorcio el 8 de octubre de 2001, cuando doña M. cuenta con cuarenta años de edad, y estando judicialmente separados desde el 15 de febrero de 1999. En la sentencia de divorcio se dictan diversas medidas para los mismos y también en relación con el hijo de ambos, menor de edad. Entre las medidas adoptadas figura la pensión compensatoria a favor de la esposa, y que se establece con carácter temporal (hasta el 1 de enero de 2004, fecha en que quedaría extinguida automáticamente, de no haberlo hecho con anterioridad por alguna de las circunstancias que se recogen en el art. 101 CC). Doña M. S. T. interpone recurso de apelación, que es estimado. Don R. formula recurso de casación. (S. M. S.)

59. Matrimonio: duración temporal de la pensión compensatoria: recurso de casación en interés de la ley: LEC 2000: unificación de doctrina: interés casacional.—En la regulación de la LEC 2000, el recurso de casación mantiene su naturaleza de medio extraordinario de impugnación por infracción de ley, por lo que debe fundarse siempre en la vulneración de norma sustantiva aplicable al objeto del proceso y determinante del fallo recurrido, siendo el *interés casacional* un presupuesto que determina la necesidad del conocimiento del asunto por el Tribunal Supremo, con el fin de crear uniforme doctrina jurisprudencial; por ello los casos de *interés casacional* que tipifica el artículo 477.2 LEC 2000 tienen otro contenido y alcance que el motivo del recurso previsto en el artículo 477.1, precisándose siempre que el recurrente invoque una o varias infracciones legales relevantes para la casación de la segunda instancia, operando dicho concepto como un requisito de recurribilidad, esencial en el sistema, pero funcionalmente distinto al motivo del recurso, de ahí que la contradicción entre Audiencias Provinciales —al igual que la oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o la inexistencia de ésta en relación con normas nuevas— opere como presupuesto, diferenciado de la infracción, con trascendencia, eso sí, para la función uniformadora de la jurisprudencia, al contemplar el artículo 487.3 LEC 2000 que esta Sala, con alcance general, solvente la divergencia entre órganos jurisdiccionales de segunda instancia y mantenga, cambie o genere doctrina jurisprudencial, según sea el supuesto del *interés casacional* que concurra. En el presente caso se ha justificado el requisito en la fase de preparación del recurso de casación, acreditándose la existencia de contradicción sobre la temporalidad de la pensión compensatoria, al considerar la Audiencia Provincial de Granada en SS de 15 de mayo de 2000 y 29 de enero de 2001, que la pensión compensatoria no puede limitarse temporalmente, mientras que se admite tal posibilidad por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sec. 5.ª, en SS de 26 de enero y 18 de octubre de 2000. Igual infracción que la denunciada en este recurso, y el mismo caso de *interés casacional* fueron estudiados en Sentencia de esta Sala de 10 de febrero de 2005, en el recurso 1876/2002, en la que se dejó sentada una doctrina que ahora se reitera íntegramente. En el presente caso la edad de la esposa es de treinta y siete años, es Diplomada en Técnicas de Comunicación; el matrimonio ha durado tres años y las medidas patrimoniales acordadas en la sentencia de separación dejan una situación preeminente a la parte recurrente. Todo lo cual lleva a determinar la lógica y justa limitación temporal acordada en la sentencia recurrida, y, por ende, el motivo debe ser desestimado. De conformidad con lo previsto en el artículo 487.3 LEC 2000, debe procederse a efectuar un razonamiento unificador sobre la contradicción existente entre diferentes Audiencias Provinciales, dejando zanjada la divergencia en el mismo sentido que la anterior Sentencia de 10 de febrero de 2005, sentando como doctrina jurisprudencial la posibilidad de acordar una duración limitada temporalmente a la pensión compensatoria. (STS de 28 de abril de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—Importante sentencia por ser una de las primeras en que se aplica la nueva LEC 2000 sobre los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, contribuyendo a aclarar uno de los conceptos más novedosos introducidos en el artículo 477.2.3.º, a saber el de interés casacional. En sí misma la materia objeto del recurso, sólo tiene un alcance meramente

transitorio, dado que la reforma de la Ley 2005 realizada en el artículo 97 CC ha normativizado la doctrina jurisprudencial que aquí se ha consolidado, reiterando la establecida en la STS de 10 febrero 2005.

La doctrina mayoritaria sobre la posibilidad de fijar judicialmente una duración temporal a la pensión compensatoria, tanto en caso de separación como de divorcio, era contraria a la misma [*vid.* últimamente Lacruz *et alii*, *Elementos*, IV, *Familia* (2.^a ed. de Dykinson, a cargo de Rams Albesa, Madrid, 2005), p. 107: «En España ... la pensión es, en principio, vitalicia, y el Juez no puede limitar su duración a un cierto número de años»]; pero véase Marín García de Leonardo, *La temporalidad de la pensión compensatoria: una realidad de nuestro tiempo*, Valencia 1997. Como la política legislativa actual es fragilizar al extremo el vínculo matrimonial, a nadie extraña que la reforma del artículo 97 CC por Ley de 2005 haya recogido y elevado a norma la doctrina de la temporalidad de dicha pensión compensatoria. Disponiendo que ahora la «compensación ... podrá consistir en una *pensión temporal* o por tiempo indefinido, o en una prestación única», siguiendo en general, al parecer, a la reforma francesa de 1975. Queda por anotar que el Ponente ha sido García Varela, y que parece manifestarse en nuestro más alto Tribunal un cierto propósito de reducción del *retraso casacional endémico* que padecemos, pues la sentencia del Juzgado de Primera Instancia tiene fecha de 25 de septiembre de 2001 y la sentencia de la Sala 1.^a se dicta menos de cuatro años más tarde (G. G. C.)

60. Determinación de la filiación: reclamación de filiación no matrimonial. Principio de verdad material: pruebas indirectas o presunciones.—Los actuales artículos 125 y 137 CC establecen y propician una amplia gama de procedimientos para llegar a conocer la realidad genética, permitiendo que los Tribunales utilicen al efecto cualquier sistema de los previstos por la razón humana, en consonancia con la realidad sociológica y la época en que aquellas relaciones se produjeron, así como con la realidad social en que han de ser aplicadas esas normas de tan amplio espectro. Tal principio de libertad en la práctica y valoración de las pruebas tiende a buscar el principio de verdad material. El último inciso del artículo 135 CC alude a otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo, frase que, sin duda, remite a pruebas indirectas que son de especial significación cuando no se dan los hechos base que, específicamente, menciona aquel precepto: reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado y convivencia con la madre, en la época de la concepción. La STS de 17 de noviembre de 1997 concluye afirmando que, del conjunto jurisprudencial relacionado, se desprende que el artículo 135 establece criterios de gran amplitud, acudiendo a presunciones *seu iudicis*, para declarar o no la filiación reclamada. El precepto, por tanto, incluye dos tipos de pruebas: las directas, entre las que cabe incluir, si se presenta contundente, la hereditaria y las indirectas o presuntivas.

Prueba de ADN: imposibilidad de llegar a ninguna conclusión.—Al tomar muestras de los tejidos óseos de los restos de D. J. F. se concluye la imposibilidad de llegar a una conclusión afirmativa o negativa acerca de la

paternidad, debido a la mala calidad del material genético obtenido de los restos. Esto no es un resultado negativo de la paternidad demandada, sino una ausencia de prueba directa biológica.

Interpretación de documentos aportados: cartas. Aplicabilidad de los criterios de interpretación de los contratos.—Como dice la STS de 19 de septiembre de 2000, la investigación de la voluntad de la intención de las partes, tan sólo cabe, de conformidad con el artículo 1281.2, si parecieren contrarias a tal intención las palabras expresadas. En el caso no se da contradicción alguna entre la intención o voluntad del autor de las cartas y las palabras utilizadas, sino que, al contrario, éstas evidencian cuál fue su voluntad.

Aplicación del artículo 834 CC.—El Decreto de separación conyugal dictado por el Obispado de Lausana, Ginebra y Friburgo, inscrito en el Registro civil de Ortigueira, no contiene declaración alguna sobre culpa de los cónyuges en la causa de separación, por lo que es correcta la aplicación por el Tribunal de instancia del artículo 834 CC, que sólo reconoce al cónyuge separado el derecho de usufructo sobre el tercio de mejora, concurriendo con hijos o descendientes del difunto, cuando estuvieren separados por culpa del difunto, culpa que ha de estar declarada en la sentencia de separación y que en este caso no consta. (STS de 24 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña A. formula demanda de juicio de menor cuantía contra doña T., sobre declaración de filiación no matrimonial y nulidad de disposiciones testamentarias. Alega ser hija no matrimonial de don J. F., fallecido el 28 de enero de 1990, quien estuvo casado con la demandada, habiéndose separado los cónyuges por sentencia de fecha 30 de noviembre de 1979, dictada por el Obispado de Lausana, Ginebra y Friburgo (Suiza), sentencia que fue inscrita en el Registro Civil de Ortigueira. Don J. F. otorgó testamento ante el Notario de Ortigueira en 4 de noviembre de 1965, en el que «en caso de fallecer sin descendencia, instituye única y universal heredera en pleno dominio de todos sus bienes, derechos y acciones a su esposa doña T.». La demanda es desestimada en primera instancia. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación. Admite la reclamación de filiación, así como que en el testamento otorgado por don J. F. en 1965, se ha preterido a la actora, por lo que se declara a doña A. heredera de D. J. F. en dos tercios de su haber hereditario, correspondiendo el otro tercio a doña Teresa, no teniendo ésta derecho al usufructo viudal del tercio de mejora. Doña T. interpone recurso de casación. (S. M. S.)

61. Potestad y guarda y custodia. Valor y aplicación del convenio regulador convenido por los progenitores: amplio campo de libertad en el ejercicio de la función de la patria potestad en que no cabe un dirigismo por parte de los poderes públicos. Respeto prevalente del interés de la menor.—En lo que respecta al valor de los convenios entre los padres, aparte de que el Tribunal, en su análisis de las pruebas practicadas, no encontraba causa alguna para hacer un pronunciamiento contrario, desde la perspectiva del interés del menor, tanto la Constitución (art. 39), como el conjunto nor-

mativo que regula las relaciones paterno filiales —especialmente, art. 154 CC— reconoce a los progenitores un amplio campo de libertad en el ejercicio de su función de patria potestad en que no cabe un dirigismo por parte de los poderes públicos. Su intervención está limitada a los supuestos en que, en el ejercicio de la función, se lesione o ponga en peligro al menor. De ahí la intervención judicial sobre los acuerdos a que hayan llegado los progenitores en sus crisis matrimoniales o de rupturas de otra índole, en que estén implicados sus hijos menores. En el caso concreto, la sentencia de primera instancia atribuía al padre la guarda de la hija, entonces de cuatro años de edad, porque la madre tenía horario nocturno de trabajo, circunstancia de la que deducía la dificultad para asumir permanentemente el cuidado de la menor. El trabajo nocturno de la madre como causa no impeditiva del ejercicio de la función de guarda fue apreciada por el tribunal, de suerte que, eliminada esa circunstancia, resulta evidente, dada la edad de la menor, que la atribución a la madre de su guarda y cuidado está en la línea de una larga experiencia que encuentra en el diario contacto con la madre un elemento esencial en el desarrollo de la personalidad infantil.

Intervención del Ministerio Fiscal: interés del menor.—La intervención del Ministerio Fiscal es necesaria en todas las instancias del proceso, en defensa del interés del menor.

Audiencia del menor de edad mayor de doce años.—Habiendo transcurrido, desde la adopción de las medidas de guarda y custodia, el tiempo suficiente para que la menor, ya mayor de doce años, pueda ser oída, conforme resulta del derecho que establece la Ley del Menor (art. 9.3), procede acordar la audiencia de dicha menor, con intervención del Ministerio Fiscal. (STS de 14 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don S. y doña P. matienen una unión paramatrimonial, fruto de la cual nace su hija C. En el año 1996, se rompe dicha unión, cuando la hija de ambos cuenta 4 años y don S. y doña P. acuerdan un convenio regulador, firmado por ambos progenitores de la niña, en fecha 3 de mayo de 1996, que recoge, entre otros términos, régimen de visitas y guarda y custodia de la menor. Doña P. interpone demanda solicitando que le sea concedida la custodia de la niña, así como la patria potestad ordinaria, manteniendo ambos progenitores la patria potestad y el padre el régimen de visitas oportuno. El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda de doña P.: confiere la guarda y custodia al padre, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores y fijando el régimen de visitas adecuado. Contra dicha sentencia, se interpone recurso de apelación que fue estimado y concedió a doña P. la guarda y custodia de la menor y fijó para el padre el régimen de visitas pactado en el convenio de 3 de mayo de 1996. Don S. interpone recurso de casación. (S. M. S.)

DERECHO DE SUCESIONES

62. Disposiciones testamentarias: requisitos de validez.—La voluntad del testador a la hora de otorgar testamento ha de ser libre y consciente. Según una amplia doctrina jurisprudencial (entre otras, SSTs

de 27 de enero y 12 de mayo de 1998, y las que en ellas se citan) para que se declare la nulidad de las disposiciones testamentarias, por encontrarse alteradas las facultades intelectuales y volitivas del testador, es necesario que la afección mental sea grave hasta el extremo de hacer desaparecer su personalidad psíquica, ya que ni la enfermedad ni la demencia obstan el libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra sus facultades. Igualmente es una circunstancia insuficiente para establecer la incapacidad los graves padecimientos físicos del testador, ya que existe una presunción *iuris tantum* de su integridad mental. Dicha falta de capacidad ha de concurrir en el momento de otorgar el testamento y la aseveración notarial acerca de la misma, hace que ésta adquiera especial relevancia de certidumbre.

Donaciones remuneratorias.—Las donaciones remuneratorias que se realizan disimuladas bajo compraventas con simulación relativa, son válidas si concurren los elementos necesarios. Estos elementos son: en primer lugar, el donante, por sí mismo o por otro, ha de consentir la transmisión; en segundo, ha de mediar un *animus donandi* (v. gr. para recompensar los servicios asistenciales o las atenciones durante la vejez o enfermedad), y, finalmente, la donación ha de aceptarse en vida del donante. (STS de 27 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Los hijos de don R. C. B. interponen demanda contra doña U. S. y *Cruz Roja Española* solicitando que se declare la nulidad de las compraventas de una serie de fincas, de las posibles donaciones encubiertas en dichas compraventas y de las disposiciones testamentarias.

Tanto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia como la de la Audiencia Provincial, estimaron el primero de los pedimentos y declararon nulas por falta de precio, las compraventas, apreciando simulación; pero desestimaron el segundo y tercer pedimento al entender que la simulación era relativa y las donaciones remuneratorias eran válidas, y que las disposiciones testamentarias también lo eran, puesto que no se constató que el testador tuviera alteradas sus facultades mentales y volitivas. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto. (S. E. M.)

63. Legitimación activa: acción de reversión ejercitada por descendientes, no declarados herederos, del fundador.—La doctrina jurisprudencial declara que la legitimación activa implica que el demandante o demandantes se encuentren en una determinada relación jurídica, como titulares o que tengan un interés legítimo (entre otras, la STS de 16 de mayo de 2000 y las sentencias por ella citadas, así como, la STS de 23 de marzo de 2001). Por lo tanto, para ejercitar la acción de reversión de determinados bienes hereditarios por cumplimiento de una condición resolutoria, se ha de ser titular o tener un interés legítimo en la herencia. Si bien es cierto que, dentro de las distintas fases del fenómeno sucesorio, los posibles herederos con vocación a la herencia del causante, no tienen un derecho subjetivo en la misma, sí que pueden llegar a tenerlo, es decir, tienen una expectativa jurídica y, por ello, un interés legítimo y legitimación activa para el ejercicio de la acción de reversión. No obstante, dicha

acción se ejercita por quienes tienen dicho interés (los posibles herederos), pero la reclamación será para los sujetos que, definitivamente, tengan la cualidad de herederos; cualidad que se obtiene mediante la aceptación voluntaria y libre de la herencia (art. 988 CC). **(STS de 4 de mayo de 2005; no ha lugar.)**

HECHOS.—Los veintiún biznietos y seis tataranietos del causante interponen demanda contra la Fundación *Asilo de Santa Laureana*, el Rector de la Universidad de Oviedo y el Párroco de la Iglesia de San Pedro de Gijón para que se declare la reversión de los bienes de la Fundación por cumplimiento de la condición resolutoria y de las causas de reversión señaladas. Los demandados se oponen a la demanda por falta de legitimación activa.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la excepción de falta de legitimación y estima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación y confirma la resolución del Juzgado. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados. *(S. E. M.)*

64. Colación de donaciones dinerarias: criterios de valoración ex artículo 1045 CC.—El artículo 1045 CC no contempla el criterio de valoración de las donaciones consistentes en sumas de dinero, ya que no precisa si la colación ha de efectuarse por el valor nominal o por el valor real. A pesar de que en algunos supuestos el Código civil se rige por un criterio nominalista (arts. 1170 y 1753 CC), tras la reforma de 1981 del citado artículo 1045 CC, como la determinación del valor de las donaciones recibidas ha de realizarse en el momento en el que se evalúen los bienes que integran la herencia del causante-donante, el criterio que ha de aplicarse, en este caso, es el del valor real de la donación dineraria en dicho momento. Este valor no es otro que la cantidad recibida actualizada, lo que permite igualar el poder adquisitivo que tenían las sumas entregadas cuando se hizo la donación y respetar tanto la equidad, como la voluntad del causante. Por lo tanto, el criterio de valoración de las donaciones dinerarias sujetas a colación será el valor real que les corresponda al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios. **(STS de 20 de junio de 2005; ha lugar.)**

HECHOS.—Cuatro de los hermanos R. M. interponen demanda contra su otro hermano don J. L. R. M. solicitando que se declare la falsedad de la causa onerosa de una escritura de compraventa que encubre una donación en favor de este último y que dicho inmueble objeto del contrato se reintegre en la masa hereditaria del causante. Don J. L. R. M. plantea demanda reconvenzional donde solicita la colación de determinadas donaciones dinerarias que se realizaron por el causante en favor de los demandantes.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda declarando la nulidad de la compraventa y estima parcialmente la reconvenzión. La referida sentencia fue recurrida en apelación. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso y aplica como criterio de valoración de las donaciones colacionables el valor real actualizado de los bienes hereditarios, aunque lo hace sólo para los inmuebles cuya colación decreta. Don J. L. R. M.

interpone recurso de casación por infracción del artículo 1045 CC. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto. (*S. E. M.*)

DERECHO MERCANTIL

65. Propiedad industrial. Marcas. Obligación de explotación: determinación.—El artículo 4.3 de la Ley 32/1988 de 10 de noviembre, de Marcas, somete a las sanciones, previstas en la Ley, la obligación de explotar la marca registrada, esto es, debe ser objeto de uso efectivo y real para los productos o servicios registrados, dentro del plazo de cinco años del registro, sin que sea suspendido su uso; la marca debe, asimismo, reputarse usada por su titular cuando sea utilizada por un tercero con el consentimiento expreso de aquél.

Propiedad industrial. Marcas. Obligación de explotación: consentimiento expreso.—El silencio de los titulares de la marca, cuando menos desde que dejaron de ser accionistas, sólo pondría de relieve su inacción o mera tolerancia no equiparable al necesario consentimiento expreso, sin que se pueda construir un consentimiento expreso sobre omisiones que equivalieran a actos de tolerancia.

Propiedad industrial. Marcas. Obligación de explotación: caducidad.—La caducidad declarada de la marca no supone una aplicación errónea del artículo 53, puesto que la dicción legal establece, sin ambages, que los Tribunales tienen el deber de declarar la caducidad del registro de la marca, cuando la marca no haya sido usada en un plazo superior a los cinco años establecidos en el artículo 4.1 de la Ley de Marcas. El titular de la marca no ha demostrado ni que haya sido utilizada con arreglo al artículo 4, ni que existan causas justificativas de la falta de uso. (**STS de 26 de abril de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Albilux, S. A.*, interpuso demanda contra don P. C. C., don J. C. C., y doña N. C. C. solicitando se declarase la caducidad de la marca en litigio por falta de uso. El Juzgado de Primera Instancia número 46 de Barcelona dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

66. Publicidad. Ilícito publicitario y competencia desleal.—El ilícito publicitario puede ser al mismo tiempo un ilícito competencial, del que pueden nacer diferentes acciones incluso acumulables (arts. 32 y 33, antes de la derogación de este último por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000). Además, la Ley de Competencia Desleal abarca la publicidad ilícita. Así, el artículo 5 reputa desleal «todo comportamiento» que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, por lo que no excluye aquella actividad; el artículo 6 considera desleal «todo comportamiento» que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos;

el artículo 7, al definir los actos de engaño, considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, lo mismo que el artículo 9 al tipificar los actos de denigración, prevé la difusión de manifestaciones. En suma, las acciones por publicidad ilícita no pueden desplazar a las de competencia desleal y el demandante puede optar por interponer aquéllas o éstas, acumularlas con respeto a los requisitos legales, o ejercitarlas alternativamente.

Publicidad. Imitación de la publicidad ajena: comportamiento desleal.—La imitación de la publicidad ajena es un comportamiento desleal que ha creado confusión con las prestaciones o servicios que ofrece la actora, al cual es aplicable sin duda el artículo 6 LCD.

Competencia desleal. Publicación de sentencia: necesidad de dolo o culpa.—El artículo 18.5 LCD exige declaración de dolo o culpa por parte del autor del acto para que pueda condenársele a la publicación de la sentencia. Ciertamente es que no existe una unidad indisoluble entre la condena a indemnizar daños y la publicación de la sentencia, de modo que puede faltar la primera y, sin embargo, condenarse a la publicación, pero siempre y cuando medie culpa o dolo. En modo alguno puede entenderse que el acto de competencia desleal lo lleva consigo, pues entonces sobra que el artículo 18 LCD lo exigiese como requisito propio e independiente de la condena a indemnizar daños y perjuicios y de las demás acciones que contempla. (STS de 4 de julio de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Dinamic Multimedia, S. A.*, interpuso demanda contra las entidades *Digital Dreams Multimedia, S. A.*, *Tower Communications, SRC* y *Ediciones Mensuales, S. A.*, por actos de competencia desleal por cuanto el anuncio de las demandadas imita el anuncio de la actora, induciendo a error y confusión al consumidor respecto del origen del producto. El Juzgado de Primera Instancia número 63 de Madrid dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación la Sección 21.^a de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de la actora y parcialmente el de las demandadas *Digital Dreams Multimedia, S. A.*, y *Tower Communications, SRC*. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

67. Cartas de patrocinio: admisión.—Las cartas de patrocinio, también denominadas cartas de confort, cartas de apoyo, cartas de conformidad, cartas de responsabilidad, cartas de garantía, son una fórmula de crédito financiero, que se ha introducido en nuestro Derecho proveniente del derecho anglosajón, véase las denominadas «letter of responsibility», «letter of support», «letter of patronage», «letter of intention», etc., a las que la doctrina científica moderna española ha dado verdadera carta de naturaleza, y que asimismo aparece recogida y estudiada por la jurisprudencia.

Cartas de patrocinio: importancia económica.—Esta institución que cada vez está adquiriendo más importancia en el tráfico mercantil como constituida por manifestaciones tendentes a facilitar la celebración de contratos de crédito, ya que produce ventajas fiscales, de normativa contable e incluso de control de cambios, y sobre todo por la indeterminación de los efectos jurídicos subsiguientes al acto de emisión de la carta y porque, sobre

todo, permite una función de movilización del crédito, base esencial para una pujanza económica y comercial.

Cartas de patrocinio: fundamentación y obligatoriedad.—Tiene, dicha figura crediticia, su fundamentación en nuestro Derecho en el principio de libertad de contratación establecido de una manera emblemática en el artículo 1255 CC. Ya que no existe obstáculo legal para entender eficaces en nuestro ordenamiento positivo las cláusulas de apoyo financiero con una fuerza vinculante fundada en el principio de libertad de contratación proclamado en el referido artículo 1255 y sus concordantes sobre los efectos de la relación obligatoria pero es preciso decir a este respecto que las declaraciones meramente enunciativas carecerán de obligatoriedad dado que por su contenido no crean nexo alguno con posible ejecución forzosa.

Cartas de patrocinio. Modalidades.—Doctrinalmente ha surgido la distinción de dos clases de cartas de patrocinio: las «cartas fuertes» y las «cartas débiles». Las segundas suelen ser emitidas generalmente para declarar la confianza en la capacidad de gestión de los administradores de la sociedad que aspiran al crédito, de la viabilidad económica de la misma. Dichas «cartas débiles» más se pueden estimar como verdaderas recomendaciones que no sirven de fundamento para que la entidad crediticia pueda exigir el pago del crédito a la entidad patrocinadora. Las «cartas fuertes» pueden entenderse como contrato atípico de garantía personal con un encuadramiento específico en alguna de las firmas negociales o categorías contractuales tipificadas en el ordenamiento jurídico como contrato de garantía, o como contrato a favor de terceros o como promesa de crédito.

Cartas de patrocinio y contrato de fianza.—La referencia de nuestra jurisprudencia en las cartas de patrocinio al contrato de fianza, en algunos supuestos podría chocar con el presupuesto o requisito esencial de que la declaración constitutiva de fianza ha de ser clara y precisa, sin que pueda sustentarse en expresiones equívocas, que a menudo se prodigan en las cartas de patrocinio, con tendencia a atenuar su fortaleza y consecuencias jurídicas.

Cartas de patrocinio. Asimilación al mandato de crédito: justificación.—Algunos sectores doctrinales acuden a la asimilación con otras figuras contractuales menos sensibles al factor de equivocidad que frecuentemente pretende introducirse en estos documentos por aquel que los emite para así desdibujar la idea de afianzamiento, en concreto, la figura tradicional del mandato de crédito, asimilando las relaciones derivadas de la emisión de las cartas de patrocinio y las relaciones típicas del mandato, implicando como principal consecuencia, el reconocimiento de la responsabilidad del emisor en aquellos casos en que su destinatario atiende al requerimiento formulado en la carta o, en otros términos, el hecho de que el destinatario provea a la financiación del patrocinado, lo que debe determinar el nacimiento de una obligación encaminada a mantener indemne al colaborador de los perjuicios que se deriven del cumplimiento del encargo, constituyendo la propuesta de mandato, el motivo determinante de la actuación del mandatario y provocando en caso de ser aceptada, los efectos jurídicos correspondientes al contrato de mandato, y así el encargo de dar crédito a persona determinada pasa a constituir como cualquier otro encargo, una proposición de mandato con sus propios efectos jurídicos, cuando esa invitación o incitación a la concesión de crédito va acompañada de una promesa de garantía, asumiendo más o menos directamente el exhortante (mandante) el riesgo de la operación (promesa atípica de

garantía), susceptible de llevarse a cabo por cualquiera de las formas admitidas en el Código civil.

Cartas de patrocinio. Asimilación al mandato de crédito: efectos.— Quien inste a otro a dar crédito a un tercero y logra efectivamente la concesión del crédito solicitado puede quedar obligado jurídicamente, no ya tanto por mediar contactos previos más o menos explicitados en acuerdos, sino por que el ordenamiento viene a contemplar y dar relevancia al hecho de haber obtenido la satisfacción del interés que el encargo expresaba, pudiendo el destinatario de la carta de patrocinio (concedente) dirigirse para reclamar la efectividad y cumplimiento del contrato de crédito contra el también interesado (patrocinador-mandante) cuando el acreditado incumpla, artículos 1712, 1729 CC y 287 CCO; ello al margen de la responsabilidad que pueda apreciarse en el emisor de la carta de patrocinio, en cada caso concreto, como verdadero interesado en la subsiguiente operación de crédito y beneficiado en definitiva por la misma, cual sucede a menudo, en los supuestos de sociedades participadas o integrantes de grupo.

Cartas de patrocinio. Naturaleza: postura jurisprudencial.— Hay que considerar a la carta de patrocinio como un encargo de dar crédito a un tercero determinado, o sea, como una oferta de mandato de crédito.

Cartas de patrocinio. Requisitos.— La jurisprudencia admite la posibilidad y eficacia en nuestro Derecho de dichas cartas de patrocinio, basadas en el principio de libertad de contratación que establecen los artículos 1255 CC y concordantes, pero estableciendo los siguientes requisitos o presupuestos: 1. que exista intención de obligarse la sociedad matriz a prestar apoyo financiero a la filial o a contraer deberes positivos de cooperación a fin de que la Compañía subordinada pueda hacer afectivas las prestaciones que le alcanzan en sus tratos con el tercero favorecido pro la carta, careciendo de aquella obligatoriedad las declaraciones meramente enunciativas; 2. que la vinculación obligacional resulte clara, sin que pueda basarse en expresiones equívocas, por aplicación analógica de los requisitos de la declaración constitutiva de la fianza del artículo 1827 CC; 3. que el firmante de la carta tenga facultades para obligar al patrocinador en un contrato análogo al de fianza; 4. que las expresiones vertidas en la carta sean determinantes para la conclusión de la operación que el patrocinado pretenda realizar; y 5. que la relación de patrocinio tenga lugar en el ámbito o situación propia de sociedad matriz a sociedad filial, lo que es algo distinto de la posición de accionista mayoritario de la patrocinadora en la patrocinada, haciendo referencia además a que la traslación de responsabilidad — solo admisible en casos excepcionales— que dichas cartas significan tienen su actuación propia en la esfera de los créditos bancarios solicitados por la sociedad filial, con promesa de garantía asumida por la sociedad cabeza de grupo.

Cartas de patrocinio. Actos neutros y facultades de los administradores.— Entre las facultades de gobierno y gestión del órgano de administración de la entidad patrocinadora figuran los llamados «actos neutros», es decir, aquellos que, aunque no comprendidos directamente en el objeto social, tampoco suponen una ampliación de éste, presumiéndose que se realizarán o estipularán, en el caso de convenciones, en beneficio de la sociedad y al servicio del objeto y fin sociales. Estos actos, como son el concertar préstamos, prestar avales o garantías, etc., pueden incluirse dentro del concepto más general de actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo de las actividades indicadas en el objeto social, a que se refiere el artículo 117.2

del Reglamento del Registro Mercantil, para declarar que no podrán incluirse en el objeto social. Sin embargo, la jurisprudencia registral afirma que tales facultades son inscribibles aunque su especificación es innecesaria. En cualquier caso, aunque se entendiese que las cartas de patrocinio no pueden configurarse como «acto neutro», el artículo 129.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, interpretado conforme al artículo 9 de la Primera Directiva de la CEE –hoy U. E.– en materia de sociedades, hace que el objeto social sólo pueda ser opuesto como límite de la actuación de los administradores frente a terceros que hayan obrado de mala fe o con culpa grave.

Cartas de patrocinio. Obligación del patrocinador.—La obligación del patrocinador se configura como una obligación de medios más que de resultado, de manera que, como señala la doctrina, el fundamento de la responsabilidad del declarante/matriz por el incumplimiento extracontractual, de los artículos 1902 y concordantes CC, por haber inducido al tercero/destinatario a otorgar su confianza a la compañía patrocinada. (STS de 30 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad financiera *Banco Zaragozano, S. A.*, interpuso demanda contra *Compañía Mercantil Rústicas, S. A.* El Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Madrid dictó sentencia estimando íntegramente la demanda. Recurrida en apelación la Sección 14.^a de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

68. Contrato de seguro. Intereses del artículo 20 LCS: aplicación.—La doctrina jurisprudencial establece que la aplicación de las consecuencias del artículo 20 LCS [a partir de la reforma por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, se recoge la doctrina en el apartado 8.º] sólo podrá exigirse cuando el impago obedezca a causa no justificada o que le fuere imputable al asegurador; y se ha venido entendiendo que no cabe reprobar mora a la entidad aseguradora cuando por las circunstancias concurrentes en el siniestro, o por la actitud del asegurado, o incluso por la propia cobertura de la póliza surge una controversia que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto.

Contrato de seguro de vida. Declaración del riesgo: infracción.—La doctrina jurisprudencial viene reiterando que el deber de declaración del riesgo se infringe cuando el riesgo declarado y tenido en cuenta al tiempo de la perfección del contrato es diverso al riesgo real que existía en aquel momento y tiene matizado, por un lado, que el cumplimiento del deber, o su violación, ha de valorarse, en lo posible, con criterios objetivos y, por otro lado, que las circunstancias conocidas por el tomador del seguro que se omiten, para ser relevantes, son aquellas que puedan influir en la determinación o valoración del riesgo, constituyendo cuestión de hecho exenta del control constitucional la fijación de si una circunstancia omitida o declarada concretamente influyó o no en la apreciación del riesgo.

Contrato de seguro de vida. Declaración del riesgo: dolo.—El dolo en este ámbito consiste en la reticencia, en la omisión de hechos influyentes y determinantes para la conclusión del contrato, esto es, reticencia del que calla o no advierte debidamente.

Contrato de seguro de vida. Declaración del riesgo: culpa grave.—La culpa grave, parecida a la dolosa ocultación de datos y consiste en una falta de diligencia inexcusable, a diferencia con la culpa leve, que no da lugar a la liberación de la prestación del asegurador, aunque sí a su reducción; corresponde a la libre apreciación de los tribunales de instancia. (STS de 15 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña P. N. T. interpuso demanda contra la compañía aseguradora *La Estrella, S. A., Seguros y Reaseguros*, en concepto de beneficiaria de una póliza de seguro de vida suscrito con la sociedad demandada por su esposo fallecido. El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Móstoles dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

69. Contrato de seguro. Consorcio de Compensación de Seguros: evolución normativa.—El Consorcio de Compensación de Seguros, desde el Estatuto Legal de 1990, ya no tiene encomendada en exclusiva la cobertura de los riesgos extraordinarios. Por tanto no es aceptable el planteamiento de que, derivando de un acontecimiento extraordinario las pérdidas causadas por el incendio, su cobertura correspondería por definición al Consorcio, sin detenerse a analizar, e incluso negándolo por principio, si la cobertura opcional pactada en la póliza para extender las garantías a «actos de vandalismo o malintencionados, acciones tumultuarias y huelgas legales» suponía o no la cobertura de riesgos extraordinarios por un seguro privado al amparo de la nueva normativa, pues lo cierto es que el Reglamento de Riesgos Extraordinarios sobre las personas y los bienes de 1986, tan insistentemente invocado en el recurso, atribuía al Consorcio la cobertura de los daños producidos por tumulto popular y, sin embargo, la póliza litigiosa extendía su cobertura a las acciones tumultuarias. De otro lado, el sentido de las modificaciones del Estatuto del Consorcio a lo largo del tiempo, y especialmente el de la reforma llevada a cabo por la DA 9.ª de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 1995, no desautoriza en modo alguno, sino que más bien lo refuerza considerablemente, el razonamiento sobre la necesidad de norma con rango de Ley para determinar los riesgos cubiertos por el Consorcio, pues de otra forma no se explicaría que la finalidad de tal reforma fuese la delimitación de las funciones del Consorcio en relación con el seguro de riesgos extraordinarios y menos aún que tal delimitación se tradujera en precisar, en el nuevo texto del artículo 3 del Estatuto, que los términos de la cobertura del Consorcio serían los determinados en el propio Estatuto o «en disposiciones específicas con rango de Ley».

Contrato de seguro. Consorcio de Compensación de Seguros. Riesgo extraordinario: concepto de terrorismo.—Una interpretación razonable no permite ampliar el concepto de terrorismo a toda acción violenta que tenga por finalidad causar temor e inseguridad en el medio social. Como en definitiva alega la parte recurrente, terroristas serían los asesinos o violadores en serie que además de buscar la satisfacción de sus impulsos criminales en cada asesinato o violación aspirasen igualmente a infundir temor e inseguridad generalizados. Es más, el grado de temor e inseguridad causados por

determinados actos violentos en un medio social determinado puede estar en función del nivel de extensión y población de este ámbito, de modo que un solo asesinato o una sola violación en una ciudad pequeña pueden atemorizar durante un tiempo a toda su población, como igualmente una serie de asesinatos y violaciones en distintos lugares puede atemorizar a todo un país mientras no se descubra y detenga a su autor. De otro lado, apenas cabe cuestionar que las actuaciones mafiosas se caracterizan por el temor o la coacción sobre sectores sociales, laborales o comerciales mediante acciones violentas o amenazas sin por esta razón pasar a ser necesariamente encuadrables en el concepto de terrorismo.

Contrato de seguro. Consorcio de Compensación de Seguros. Riesgo extraordinario. Concepto de terrorismo: ausencia de presupuestos.—La ignorancia de quién o quiénes fueron los autores del incendio y qué era lo que pretendían. Claro está que lo sucedido no sólo no puede calificarse de terrorismo sino que ni tan siquiera constituiría un acontecimiento extraordinario de los contemplados en el artículo 6 del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, tratándose en realidad de un incendio de grandes proporciones y causante de graves daños pero perfectamente asegurable. (STS de 26 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Las entidades *Zurich International (España) Compañía de Seguros y Reaseguros S. A.*, *Winterthur Sociedad Suiza de Seguros y Borges, S. A.*, interpusieron demanda contra el Consorcio de Compensación de Seguros solicitando se condene a la demandada a abonar a las coaseguradoras la cantidad satisfecha en su día por éstas a su asegurada, *Borges, S. A.*, en concepto de daños derivados directamente del incendio declarado en las instalaciones de esta última. El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Lleida dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida directamente en casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

70. Contrato de agencia. Indemnización de daños y perjuicios. Requisitos.—El artículo 29 de la Ley de Contrato de Agencia (Ley 12/1992, de 27 de mayo, que entró en vigor el 1 de enero de 1994) prevé la indemnización cuando el empresario denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la ley mencionada, la jurisprudencia entendía que procedía la indemnización en los contratos de duración indefinida sólo si la resolución unilateral tenía lugar de forma abusiva o contraria a la buena fe, o sin respetar el plazo pactado o razonable de preaviso.

Indemnización por clientela. Presupuestos.—Constituye un tipo de remuneración o compensación que tiene una naturaleza y responde a unos presupuestos distintos de la indemnización por daños y perjuicios. Según ha señalado el Tribunal Supremo en anteriores ocasiones, no constituye requisito para dicha indemnización, ni la duración del contrato (STS de 23 de diciembre de 2002) ni mala fe o incumplimiento contractual por parte del empresario (SSTS de 18 de marzo y 16 de diciembre de 2002). Asimismo, la jurisprudencia entiende que el empresario debe remunerar la labor de creación de clientela en los supuestos en que la resolución unilateral va seguida

del disfrute de la clientela aportada por el agente o bien cuando en contemplación del momento inmediato posterior a la ruptura del vínculo contractual es posible un pronóstico razonable acerca de cual será el futuro comportamiento probable de dicha clientela y existe, por lo tanto, la susceptibilidad de que el empresario continúe disfrutando y favoreciéndose de ella (SSTS de 27 de enero y 7 de abril de 2003 y 30 de abril de 2004). Pero para que pueda prosperar la pretensión indemnizatoria es preciso demostrar que concurre la situación de aprovechamiento o de pronóstico razonable, es decir los datos o elementos que permitan sentar el juicio de probabilidad cualificada pues no puede presumirse sin más el aserto, incumbiendo el *onus probandi* al agente que lo sostiene (SSTS de 26 de julio de 2000, 31 de octubre de 2001, 20 de mayo y 30 de noviembre de 2004, entre otras). **(STS de 23 de junio de 2005;** no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante, *Talleres de la Puente, S. A.*, interpone demanda reclamando indemnización por resolución unilateral de contrato de agencia contra *Automoba S. A.*, *B-Auto S. A.*, y *SEAT, S. A.* La demanda se desestima en las dos instancias.

La demandante tenía con las primeras dos codemandadas, concesionarias de la SEAT (en situación de rebeldía procesal), sendos contratos de agencia de duración determinada y concreta, si bien se fueron prorrogando regularmente.

Los dos contratos fueron resueltos haciendo saber las entidades empresarias a la entidad agente comercial el ejercicio de la facultad revocatoria con respeto del plazo de preaviso, sin que constase oposición.

Tras la revocación, la demandante y una de las codemandadas (*Automoba*) continuaron las relaciones comerciales, consistentes en la venta, reparación y compra de recambios de vehículos Audi-Volkswagen. Según el Alto Tribunal, dichas relaciones comerciales no merecen la calificación de contrato de agencia porque difieren de las existentes con anterioridad a la revocación, tanto por la forma de retribución como por la falta de documentación. *(B. F. G.)*

71. Sociedades anónimas. Administradores y personal de alta dirección: criterios de distinción.—La jurisprudencia en materia laboral distingue al personal de alta dirección de los miembros del órgano de administración de la empresa en atención a las notas de ajeneidad e independencia, cuando interpreta el artículo 127.1 LSA («los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal»). Y también estima que la distinción entre miembro del órgano de administración de una sociedad y alto directivo viene dada por la naturaleza del vínculo que les une con la compañía y no por la actividad desplegada que puede ser de gran analogía si el alto cargo está provisto de altos poderes.

Sociedades anónimas. Administradores y personal de alta dirección: similitud de actividades.—La similitud de las actividades que desarrolla un consejero y un alto directivo se pone de relieve en que la existencia de relación laboral de carácter especial no viene determinada por el hecho de las funciones desempeñadas, sino por la naturaleza del vínculo que lo une con la

sociedad, de tal manera que la relación será ajena al ámbito del derecho del trabajo en todos aquellos supuestos en que el desempeño de las tareas responda a ostentar la condición de administrador o consejero delegado del Consejo de Administración, en tanto será laboral cuando la actividad venga desempeñada por un tercero, y ello porque en el supuesto de ostentar la condición de administrador de la sociedad, la relación entre éste y la sociedad es de carácter interno.

Sociedades anónimas. Administradores y personal de alta dirección: preponderancia del carácter mercantil.—No existe contrato de trabajo por la mera actividad de un consejero. Hace falta «algo más». Pero, aún existiendo «algo más», para llegar a una actividad laboral se requiere ajeneidad. Cuando los consejeros asumen las funciones de administrador gerente, como sea que estas dos funciones no aparecen diferenciadas en nuestro Derecho, debe concluirse que las primeras absorben las propias de la gerencia que, en consecuencia, se considerarán mercantiles.

Sociedades anónimas. Administradores y personal de alta dirección: jurisdicción competente.—La jurisdicción social es incompetente para resolver una demanda sobre despido interpuesta por un consejero que desempeñaba funciones de gerente de una sociedad anónima. De ahí que, el carácter mercantil de la relación, determina su sumisión a la jurisdicción civil.

Sociedades anónimas. Administradores: imposibilidad de acudir al contrato de alta dirección.—Ni el consejo de administración, ni el consejero delegado en su propio beneficio, pueden acudir al contrato de alta dirección, creando la figura de alto directivo en quien legalmente no puede ser definido como tal, con la única finalidad de poder ser retribuido de forma extraordinaria y anómala, pues infringe la previsión de carácter imperativo del artículo 130 LSA («la retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos»).

Sociedades anónimas. Administradores: naturaleza exclusivamente mercantil del vínculo con la sociedad.—La naturaleza del vínculo que une al consejero con la sociedad es mercantil no pudiendo serle aplicables pactos procedentes de un contrato de alta dirección anterior, rigiéndose por las normas imperativas contenidas en los artículos 130 y 141 LSA. Es contrario al artículo 130 convenir una indemnización a favor del consejero para el supuesto de que sea cesado. Es decir, el demandante, por voluntad propia al firmar el contrato, consintió su integración en el órgano de dirección y de representación de la sociedad, por lo que ha de aplicarse necesariamente la normativa de este tipo de personas jurídicas, que no puede quedar sin efecto por la vía de pactos contractuales.

Sociedades anónimas. Administradores: régimen retributivo.—La retribución de los administradores ha de constar en los estatutos con certeza y no ser contraria a lo dispuesto en este precepto. Los estatutos han de precisar el concreto sistema retributivo. No es suficiente que la norma social prevea varios sistemas retributivos para los administradores, dejando a la junta de accionistas la determinación de cuál de ellos ha de aplicarse en cada momento. Los estatutos no pueden recoger los distintos sistemas legales de retribución y dejar a la junta la determinación de cuál de ellos ha de aplicarse en cada momento, sino que deben precisar el sistema retributivo a aplicar de modo que su alteración exigirá la previa modificación estatutaria. La retribución de los administradores fijada en los estatutos no puede modificarse por el consejo de administración, pues para hacerlo es necesari-

rio modificar los estatutos en junta general. (STS de 21 de abril de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. L. de O. interpuso demanda contra la entidad *Ocariz, S. A.*, sobre reclamación de cantidad. El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Vitoria dictó sentencia estimando parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Álava estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

72. Prescripción. Obligaciones mercantiles.—Debe tomarse en consideración el artículo 943 CC, empero, dado que no se trata de la relación entre un mercader y otro que no lo es o que se dedica a distinto trato, sino de relaciones mercantiles estables entre sociedades de la misma naturaleza, y sobre compraventas mercantiles.

Prescripción. Acción contra los administradores.—Nada dispone la Ley de Sociedades Anónimas sobre el tema de la prescripción de las acciones que pudieran ejercitarse contra los administradores, en tanto que el Código de comercio, que no ha sido derogado o modificado, dispone que la acción contra los socios, gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminarán a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo, cesaren en el ejercicio de la administración.

Sociedades anónimas. Acción individual de responsabilidad contra los administradores: requisitos.—En lo que concierne a la cuestión de la responsabilidad individual o personal del administrador, ha de estimarse que este tipo de responsabilidad *ex lege*, procede por la conducta del administrador en el ejercicio de su cargo, cuando la misma se manifiesta en actos u omisiones negligentes o culposos productores de daños, según un razonable nexo causal. Esto es, los datos fácticos tienen que producir la verificación de una lesión concreta, la determinación precisa de unos actos u omisiones que conduzcan a considerar que la actuación del administrador no fue adecuada con la diligencia ordenada de un comerciante y, por ello, culposa, todo ello en correlación causal con el daño habido. (STS de 25 de abril de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Becton Dickinson, S. A.*, interpuso demanda contra la entidad *Dilab, S. A.*, y don F. T. V. solicitando se condene a la entidad demandada al pago de las cantidades reclamadas por impago de facturas y declarase la responsabilidad del Administrador único don F. T. V., por el daño directo ocasionado a la entidad actora por su conducta negligente. El Juzgado de Primera Instancia número 9 de Huelva dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Huelva desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

73. Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdos sociales: objeto.—En relación al artículo 117 LSA, la interpretación jurisprudencial declara que la acción debe dirigirse a solicitar la nulidad de un acuerdo, no la del

balance, memoria, ni cuentas, no pudiendo pretender que se corrijan judicialmente.

Sociedades anónimas. Acción social de responsabilidad.—En cualquier momento, la Junta General podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusiesen a ello socios que representen el 5 por 100 del capital social. Y de ahí que los accionistas podrán solicitar la convocatoria de la Junta General para que ésta decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad y también entablar conjuntamente la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la Junta General solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando éste hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad. (STS de 13 de julio de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. A. J. de la P. interpuso demanda contra la compañía mercantil *Gasolinera el Pilar S. L.*, solicitando que se declaren nulos y sin dejen efecto algunos acuerdos, así como, declarada tal nulidad, y, como consecuencia de la misma se ordene el reintegro a *Gasolinera el Pilar S. L.*, de las cantidades indebidamente satisfechas por la misma en concepto de retribución y en concepto de pago de alquiler al administrador único. El Juzgado de Primera Instancia número 40 de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

74. Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores ex artículo 262.5.º LSA: interpretación.—La interpretación del artículo 262.5.º LSA no puede ser rigurosamente literal, ni extremadamente objetiva, pues bastaría simplemente la no convocatoria de junta social o que no se solicitase la disolución judicial de la compañía para declarar de forma automática la responsabilidad de los administradores, por lo que juega, conforme al artículo 262.1.º, la concurrencia de presupuestos y causas necesarias para que los administradores puedan interesar la disolución. El referido artículo 262.5.º ha de conjugarse con el apartado 3.º, que permite a cualquier interesado interesar la disolución judicial de la sociedad cuando no fuese convocada o no pudiera lograrse acuerdo o éste fuera contrario a la disolución.

Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores ex artículo 262.5.º LSA: carácter cuasi-objetivo.—La responsabilidad que establece el artículo 262 por la no convocatoria de la junta general para la adopción del acuerdo de disolver la sociedad o instar la vía judicial, se presenta como cuasi-objetiva y no requiere de la producción de daños, ni exige la existencia de perjuicios y tampoco relación de causalidad.

Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores ex artículo 262.5.º LSA: finalidad.—La responsabilidad que establece el número 5.º del referido artículo 262 contiene un régimen especial a efectos de evitar que una sociedad incurso en causa de disolución pueda continuar operando en el tráfico mercantil y se presenta diferenciada a lo que refieren los artículos 127, 133 y 135 LSA.

Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores. Acción individual de responsabilidad: presupuestos.—La doctrina jurisprudencial exige para la procedencia de la acción de responsabilidad individual contra los administradores, que se hubiera llevado a cabo actividades causantes no sólo del daño o perjuicio, que no basta por sí solo, al ser preciso el presupuesto de la falta de diligencia de dichos gestores sociales y adecuada relación de causalidad.

Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores. Acción individual de responsabilidad: falta de presentación de las cuentas anuales.—Este incumplimiento que por Ley se impone a los administradores no es bastante para ser considerado como causa de daño o perjuicio alguno para los acreedores que demandan. (STS de 26 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Huntsman Chemical Company France, S. A.*, interpuso demanda contra don M. C. L. A, don J. L. L. A, L. L., don A. R. R., *Gallega de Embalaje, S. A.*, y la *Sociedad para el Desarrollo de Galicia, S. A.*, solicitando que se declare la responsabilidad de los codemandados y se les condene solidariamente a indemnizar a la actora. El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Vigo dictó sentencia estimando la parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por *Huntsman Chemical Company France, S. A.*, y *Gallega de Embalaje, S. A.*, la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Pontevedra desestimó los recursos. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

75. Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores: modalidades. Impago de deudas sociales.—Este impago no puede equivaler necesariamente a un daño directamente causado a los acreedores sociales por los administradores de la sociedad deudora, a menos que el riesgo comercial quiera eliminarse por completo del tráfico entre empresas o se pretenda desvirtuar el principio básico de que los socios no responden personalmente de las deudas sociales. De ahí que se venga exigiendo al demandante, además de la prueba del daño, tanto la de la conducta del administrador, ilegal o carente de la diligencia de un ordenado empresario, como la del nexo causal entre conducta y daño, sin que en este ámbito resulte aplicable la inversión de la carga de la prueba en contra del administrador demandado y sin que tampoco el incumplimiento de una obligación social sea demostrativo por sí mismo de la culpa del administrador ni determinante sin más de su responsabilidad.

Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores. Falta de presentación de las cuentas anuales.—La falta de presentación de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, esa falta de presentación, para determinar la responsabilidad de los administradores, debe estar causalmente conectada con el daño. (STS de 20 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Las mercantiles *Cortabarría, S. A.*, y *Expansión Mercantil, S. A.*, interpusieron demanda contra la entidad *Trade 92, S. A.*, D. E. G. M. y doña S. G. G. como administradores solidarios de la misma, solicitando se les condenara a abonar a las actoras la suma que se determinase en ejecución de sentencia más los intereses pactados,

con declaración de responsabilidad de los administradores por daño directo a las demandantes. El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Madrid dictó sentencia estimando parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por la parte actora, como por la demandada, la Sección 20.^a de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó ambos recursos. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

DERECHO PROCESAL

76. Exigencia de motivación del fallo judicial. Congruencia de la sentencia.—La sentencia 196/2003, de 27 de octubre, reitera la existencia del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, como garantía frente a los poderes públicos. La motivación de la sentencia determina que se muestren los razonamientos y criterios jurídicos que conducen a la decisión tomada, así como la exigencia de motivación jurídica. Con ello se excluye la aplicación arbitraria de la legalidad (SSTC 112/1996, de 24 de junio; 87/2000, de 27 de marzo; 58/1997, de 18 de marzo; 147/1999 de 4 de agosto, y 25/2000 de 31 de enero.)

Doctrina jurisprudencial sobre la exigencia de motivación del fallo judicial.—La exigencia de respuesta judicial ajustada determina la necesaria presencia de fundamentos junto con los antecedentes (STC 264/1988 y STS de 26 de enero de 1999). La motivación, la congruencia y la *causa petendi* han de relacionarse, en tanto es preciso una concreta respuesta a todas las alegaciones. El hecho de que exista una motivación escueta o se elude el razonamiento respecto de cuestiones esenciales ha de entenderse que se vulnera el derecho fundamental recogido en el artículo 24 CE (STC 61/1983, 5/1986 y 55/1987).

Exigencia de fijación de los hechos que constituyen premisa fáctica.—La determinación de una decisión judicial sobre la base de una circunstancia, como es la apreciación de situación de angustiosa necesidad que origina un consentimiento viciado, exige la prueba de tales hechos. No cabe que el Tribunal se limite a darlo por probado (SS de 17 de febrero de 1986, 28 de febrero, 12 y 16 de junio de 1998, 30 de marzo de 1999). (STS de 29 de abril de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Entre las sociedades demandadas y la actora se suscribió un contrato de ejecución de obra de la actora, para la realización de los trabajos de mano de obra, encofrado y acero de los muros y estructura de un centro comercial. El contrato establecía determinadas cláusulas para la fijación del precio. Tras las obras se emitió una liquidación final que no fue abonada por la demandada. Ante notario compareció la demandante manifestando la imperiosa necesidad de percibir la cantidad adeudada para atender sus compromisos con terceros, disponiéndose a pagar la sociedad deudora una parte, pero obligando a la actora a la suscripción de un documento de liquidación y finiquito, sin manifestar consentimiento libre, reservándose el derecho a reclamar las cantidades que legítimamente le correspondían.

mamente le correspondían. Ante el Juzgado de Primera Instancia se formuló demanda de reclamación de cantidad por parte de *Construcciones C.B.* reclamando la cantidad adeudada. La demanda es desestimada en Primera Instancia, pero es revocada en la Audiencia Provincial, acogiendo parcialmente la demanda de la actora. El recurso de casación presentado por ambas partes dio lugar a la apreciación del interpuesto por los demandados, que alegaban la ausencia de motivación y congruencia de la sentencia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

NOTA.—La sentencia anotada determina el regreso de las actuaciones al momento en el que se fijan los hechos (situación de angustiosa necesidad) que determinan la decisión del caso. No entra, por tanto, en el fondo, sin analizar la intimidación o la ausencia de consentimiento, sin que la jurisprudencia demuestre una postura unánime en casos similares al presente. Incluso es proclive en la determinación de ilicitud causal (S de 5 de abril de 1993). (P. S. S.)

77. Error judicial.—El Tribunal Supremo reitera de nuevo el concepto de error judicial. Para que pueda apreciarse es necesario que se produzca una decisión injustificable en derecho por su desajuste con la realidad fáctica o la normativa jurídica, una equivocación manifiesta en la fijación de los hechos o en la interpretación y/o aplicación de la Ley. (STS de 15 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—En el procedimiento seguido bajo el artículo 144 LH se acuerda la subasta pública de un inmueble propiedad de los deudores y demandados. Con posterioridad a la subasta, el adjudicatario la enajena a un tercero que inscribe la compraventa en el Registro de la Propiedad. Los demandados interponen incidente de nulidad de actuaciones al no haber sido notificados en tiempo y forma. El Juzgado de Instrucción estima su pretensión dictando Auto que acuerda reponer las actuaciones al momento anterior a la subasta, pero como el actual propietario es tercero de buena fe registral es imposible retrotraer el procedimiento y que los demandados recuperen su propiedad. Los propietarios desposeídos formulan demanda sobre declaración de error judicial. (A. V. G.)

78. Indemnización por causa de error judicial. Caducidad de la acción.—Según el artículo 293.1.a) LOPJ, el plazo para reclamarla es de tres meses a contar desde el día en que pudo ejercitarse la acción. Reiterada doctrina ha considerado dicho plazo de caducidad (SSTS de 11 de marzo de 2000, 16 de febrero de 2002 y 8 de junio de 2004). Ello significa que su cómputo: 1) ha de incluir el mes de agosto (STS de 14 de octubre de 2003), y 2) no se interrumpe por la interposición del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (SSTS de 15 de febrero de 2001 y 15 de noviembre de 2002).

Por otra parte, el artículo 293.1.f) LOPJ sólo permite la declaración de error de una resolución judicial cuando se han agotado los recursos previstos

en el ordenamiento. Sin embargo, para cumplir tal requisito no basta preparar el recurso de casación o extraordinario por infracción procesal, sino que es necesario además que esos recursos sean procedentes. En el caso del *recurso de casación* sólo sería procedente si se cumple alguna de las condiciones señaladas en el artículo 477.2 LEC. En cuanto al *recurso extraordinario por infracción procesal*, la DF 16.^a LEC sólo permitiría acudir a él sin formular recurso de casación, cuando se tratara de una resolución recurrible en casación según los apartados 1.º y 2.º del artículo 477.2 LEC. Si no lo fuese y aun así se preparara el recurso, habría de considerarse incumplida la condición impuesta en el artículo 293.1.f) LOPJ. (STS de 17 de junio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Aridos Antolín, S. A.*, interpuso una demanda de reclamación de cantidad contra don F. C. B. El Juez de Primera Instancia apreció excepción de cosa juzgada por lo que sobreseyó el procedimiento. La actora recurrió entonces en apelación ante la Audiencia Provincial correspondiente, la cual estimó el recurso en su integridad y condenó al demandado a abonar a la actora la cantidad de 28.272,15 euros. El condenado interpuso ante el Tribunal Supremo demanda sobre reconocimiento de error judicial. Fue desestimada. (J. D. S. C.)

79. Alcance de la litispendencia.—La litispendencia supone apreciar una relación de medio a fin entre dos procesos y estimar una sustancial semejanza entre las cuestiones debatidas de modo, que su justificación reside en que de no aceptarse la existencia de esta excepción procesal, existiría el riesgo de dar lugar a sentencias contradictorias. En relación con los requisitos que han de concurrir para que pueda ser apreciada se produce un desplazamiento de los elementos que conforman la triple identidad, a la que se refiere el artículo 1252 CC para la cosa juzgada, a conceptos más laxos como la conexión, la repercusión o la interferencia entre el juicio precedente y el posterior, la prejudicialidad civil o la apreciación de peticiones complementarias o interdependientes. (STS de 25 de abril de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Existen tres procedimientos, el tercero es el que da lugar a la presente sentencia, con fundamento todos ellos en un mismo contrato privado. En dicho contrato se regula la transmisión de las 915 participaciones de una sociedad, produciéndose la separación del socio transmitente mediante la recompra de sus acciones y el pago en las condiciones establecidas en el mismo. Entre dichas condiciones estaban la de la transmisión de inmuebles como forma de pago y el aplazamiento del resto del precio. Los dos primeros procedimientos en los que se ejercitaban sendas acciones reclamando el cumplimiento del contrato determinan con estimación total o parcial de las pretensiones la vigencia del contrato cuya nulidad se pretende ahora.

El demandante solicita en este tercer procedimiento que se declare la nulidad radical del contrato por causa ilícita o en su defecto por falta de causa. El Juzgado de Primera Instancia estima la excepción de litispendencia y absuelve a los demandados. Esta

decisión es recurrida en apelación. La Audiencia Provincial desestima el recurso confirmando la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo, en idéntico sentido que la Audiencia, indica que el ejercicio de la acción de cumplimiento del contrato en dos procedimientos, junto con el ejercicio de la acción de nulidad del mismo en otro procedimiento, puede dar lugar a fallos contradictorios, lo que aconseja la estimación de la excepción de litispendencia por cuanto los anteriores pleitos interfieren o prejuzgan el posterior, lo que iría en contra del legítimo derecho, de naturaleza privada, de no verse sometido dos veces a un proceso en los mismos términos y del principio de carácter público, que legitima su apreciación de oficio, consistente en la univocidad procesal, proveniente del más general principio constitucional de seguridad jurídica. (C. L. N.)