

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep Maria BECH SERRAT, Pilar BENAVENTE MOREDA, Eva CANO VILÀ, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, María LUBOMIRA KUBICA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, Alfons SURROCA COSTA, 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. Abuso de derecho.–Constituye abuso de derecho o una extralimitación en el ejercicio del mismo la decisión adoptada por la Junta de una sociedad en virtud de la cual se discrimina a uno de los accionistas sin que exista causa alguna que lo justifique. (**STS de 21 de septiembre de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Xavier O’Callaghan Muñoz.]

HECHOS.–Varios hermanos heredaron un importante patrimonio familiar al fallecer su madre, quien había dispuesto en su testamento la constitución de una sociedad de la que todos ellos fueran accionistas, y cuya Junta tendría el poder de disponer de los bienes del patrimonio social, constituido por distintos inmuebles de la herencia, siendo expreso deseo de la testadora que sus hijos pudieran convivir en los terrenos de la sociedad como venían haciéndolo,

pero dejando en última instancia a la sociedad la decisión de quiénes de ellos convivirían en el futuro. Transcurridos poco más de diez años, la Junta autorizó al administrador único de la sociedad para iniciar las acciones necesarias para lograr el desalojo de una de las herederas y accionistas, lo que dio lugar al origen del pleito, en que se ejercitó –frente a esta última– demanda declarativa del dominio y de desalojo por falta de título de posesión. La demanda fue desestimada en primera instancia, pero estimada en apelación por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo casó la anterior y confirmó la sentencia de primera instancia. (C. J. D.)

2. Prescripción de la acción. Interrupción del plazo. La solicitud de diligencias preliminares preparatorias del juicio es un medio hábil para interrumpir el plazo prescriptivo.—La petición de exhibición y depósito del bien objeto de la futura demanda tiene virtualidad para interrumpir la prescripción de la acción, pues expresa una voluntad claramente conservativa de un derecho. Pero es necesario que además de utilizarse un medio idóneo, concurren otros requisitos. A saber: *a)* que se identifique con claridad tanto el derecho que se pretende conservar como la persona frente a la que se trata de hacer valer; *b)* que dicha voluntad conservativa llegue a conocimiento del deudor. Requisito que no concurre en el presente caso, pues al no encontrarse el objeto en el lugar del requerimiento, y librado exhorto para cumplir la diligencia de exhibición en el lugar donde se hallaba, no tuvieron los demandados más noticias de la reclamación desde el requerimiento; habiendo transcurrido más de cinco años desde dicha fecha y no pudiendo contarse desde el día del libramiento del exhorto, pues se trató de una diligencia procesal de la que no se dio traslado o comunicación a la parte contraria, por lo que no puede adjudicársele el efecto interruptivo pretendido. (STS de 12 de noviembre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.]

HECHOS.—La actora vendió a los demandados, en régimen de arrendamiento financiero, una grúa-torre. La falta de pago de diversas cuotas determinó la acción de la demandante, que reclamó la resolución del contrato y el abono de las mensualidades pendientes de pago. Los demandados opusieron, entre otras cosas, la prescripción de la acción, al entender que habían transcurrido más de cinco años desde el vencimiento de la última cuota impagada. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Alicante estimaron la acción al considerar que el plazo de prescripción se había interrumpido cuando la actora interesó la práctica de diligencias preliminares de exhibición y depósito de la cosa. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación planteado por los demandados. (I. D.-L.)

3. Prescripción de la acción de responsabilidad civil en casos de solidaridad impropia.—En este campo la jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha experimentado una evolución. Hasta las SS de 23 de junio de 1993 y 13 de octubre de 1994 se seguía el criterio de acuerdo con el cual el artículo 1974 CC se aplicaba a la responsabilidad extracontractual cuando debía condenarse solidariamente a varios causantes por el mismo

daño. El 27 de marzo de 2003 la Junta General de los Magistrados de la Sala 1.^a tomó el siguiente acuerdo: «el párrafo primero del artículo 1974 del Código Civil únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente».

Las SSTs de 6 de junio de 2006 y 28 de mayo de 2007 han confirmado esta doctrina afirmando que «si la solidaridad no nace sino de la sentencia, que es la llamada solidaridad impropia, la interrupción de la prescripción respecto a uno de los deudores no alcanza a otro, ya que no era deudor solidario y sólo lo fue desde la sentencia que así lo declaró, no antes». (**SST de 19 de octubre de 2007**; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El actor interpone demanda de responsabilidad civil extracontractual contra el autor del daño, el propietario del vehículo y la empresa en la que trabajaba el autor del daño, reclamando la condena solidaria de todos ellos. El actor había seguido un procedimiento de faltas contra el autor del daño, había interpuesto una demanda por los trámites del juicio verbal del automóvil contra el conductor del vehículo, su propietario y la aseguradora. Sin embargo, nunca antes del presente procedimiento el actor había ejercido acción contra la empresa en la que trabajaba el autor del daño.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y condena al autor del daño y a la empresa en la que éste trabajaba.

La Audiencia Provincial modifica la sentencia de instancia en el único sentido de no apreciar concurrencia de culpas.

Los demandados interponen recurso de casación. En concreto, la empresa invoca la prescripción de la acción por haber transcurrido más de seis años desde que acaeció el hecho dañoso y no ser de aplicación al caso el artículo 1974.1 CC en virtud del cual «la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores». (*B. F. G.*)

4. Interrupción de la prescripción en los supuestos de solidaridad impropia.—Constituye una regla general en los supuestos de solidaridad impropia, tal y como sucede cuando se ejercita la acción de reclamación de daños y perjuicios derivados de culpa extracontractual, que, para interrumpir válidamente el plazo de prescripción de un año al que se refiere el artículo 1968.2.º CC, es imprescindible requerir, judicial o extrajudicialmente, de modo individualizado, a cada uno de los posibles implicados en el hecho dañoso, sin que los efectos interruptivos, derivados del requerimiento dirigido a uno de ellos, se hagan extensivos o aprovechen a los demás. Pero las SSTs de 14 de marzo y 5 de junio de 2003 exceptúan de esta regla general en el ámbito de la llamada solidaridad impropia, los casos en que, por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, supuesto en que la interrupción afectará también a quien no fue directamente

destinatario del requerimiento. (STS de 9 de octubre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Los demandantes, viuda e hijos, respectivamente, de un marinero fallecido en la colisión entre un buque petrolero y un barco pesquero, a través de su abogada y tras el archivo del procedimiento penal, dirigen una reclamación extrajudicial mediante telegrama, a los efectos de interrumpir la prescripción de la acción para reclamar responsabilidad civil extracontractual, tanto a la propietaria, al capitán y al primer oficial del petrolero como al propietario del barco pesquero, para el que faenaba el marinero fallecido. Pero a partir de la fecha de la muerte del propietario del barco pesquero no consta que se enviara ningún telegrama a los causahabientes del mismo, ni, en concreto, a su hijo, recurrente en casación. La viuda, en su nombre y en el de sus cinco hijos, presenta demanda de juicio declarativo de menor cuantía, en reclamación de veinticinco millones de las antiguas pesetas como indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la muerte de su marido y padre respectivamente; demanda que se dirige contra el capitán y el primer oficial del petrolero, contra la empresa propietaria de dicho navío (CAMPSA), contra la Mutua Patronal de accidentes de trabajo y, por último, contra la herencia yacente y los desconocidos herederos del propietario del barco pesquero, fallecido ya en la fecha de la demanda. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estima la excepción de falta de legitimación pasiva respecto de la Mutua, absolviéndola de los pedimentos hechos en su contra. Con respecto al propietario y patrón del barco pesquero, aprecia la excepción de prescripción. Con relación a CAMPSA y al capitán y al primer oficial del petrolero desestima la excepción de prescripción, pero les absuelve en cuanto no aprecia responsabilidad alguna. Contra la sentencia interpone recurso de apelación la parte actora impugnando los dos últimos pronunciamientos, sin combatir el relativo a la falta de legitimación pasiva de la Mutua de Accidentes de Trabajo. La sentencia de la Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación, de manera que a su juicio, desde la finalización de las diligencias penales hasta la presentación de la demanda de responsabilidad civil, el plazo de prescripción de un año, que rige para las acciones derivadas de culpa extracontractual, queda interrumpido por la remisión de requerimientos extrajudiciales a una parte de las implicadas, y que tal interrupción debe extenderse al resto de los intervinientes en el suceso a tenor de lo establecido en el artículo 1974 del CC. (*Alma R. G.*)

5. Intervención del Ministerio Fiscal en el supuesto de infracciones penales perseguibles previa denuncia del ofendido.—Esta Sala no acepta la argumentación de la sentencia de la Audiencia, reseñada en el encabezamiento del motivo, en virtud de que el hecho tipificado en el artículo 586 *bis* del CP, vigente en el momento del acaecimiento de los hechos, no se configura como de carácter privado, y el mandato de su párrafo tercero, concerniente a que las infracciones penales que contempla sólo serán enjuiciadas previa denuncia del ofendido, constituye únicamente una

condición objetiva de perseguibilidad, y abiertas las diligencias penales, el Ministerio Fiscal, en su función de control de la legalidad, es parte en las mismas con todas sus facultades y consecuencias, sin que la notificación de la resolución de archivo dictada en las actuaciones de juicio de faltas le fuera efectuada por mero trámite o cortesía, puesto que podía interponer contra la misma los oportunos recursos de reforma y, subsidiariamente, de apelación. En la línea indicada, la Instrucción del Fiscal General del Estado de 8 de mayo de 1990, relativa a la intervención del Ministerio Fiscal en los juicios de faltas que se persiguen previa denuncia del ofendido o perjudicado, ha participado lo siguiente: «El Fiscal no debe consentir que se elimine su intervención en los juicios verbales que se celebren por faltas perseguibles a instancia de parte conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 3/89, de actualización del Código penal, y una vez tenga noticias de que ha sido omitida su citación, debe ejercitar cuantos medios legales por vía de recurso le ofrece la Ley para subsanar el vicio esencial de procedimiento, acudiendo en su caso al recurso de nulidad con arreglo a lo dispuesto en los artículos 238.3 y 240 de la LOPJ».

Interpretación del *dies a quo* del plazo de prescripción del artículo 1968.2 CC cuando haya existido un proceso penal previo.—Esta Sala tiene declarado reiteradamente que, según los artículos 111 y 114 LECr, promovido juicio en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo asunto mientras el proceso penal estuviere pendiente y si tales preceptos se ponen en relación con el artículo 1969 CC, el plazo de prescripción de las acciones ejercitadas al amparo del artículo 1902 CC empezará a contarse desde el día en que pudieron ejercitarse, o sea, desde que la sentencia penal recaída o el auto de sobreseimiento, en su caso, hayan adquirido firmeza, que se produce por ministerio de la ley, una vez agotados los recursos legales o transcurrido el término sin interponerlos, con independencia a estos efectos de cuándo sea declarada la firmeza y cuándo sea notificada (entre otras, SSTS de 28 de enero de 1983, 8 de noviembre de 1984 y, en el mismo sentido STS de 23 de mayo de 1998). Asimismo, se ha manifestado en esta sede que el perjudicado en el proceso penal no puede reiniciar el ejercicio de la acción civil para la reparación del daño causado hasta que hayan terminado las actuaciones penales, dato, que por sí solo, pone de relieve que el conocimiento de la fecha en que han finalizado constituye un presupuesto necesario para el ulterior ejercicio de la acción civil ante otro orden jurisdiccional (aparte de otras, SSTS de 30 de junio de 1993 y 3 de marzo de 1998). (STS de 19 de julio de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela.]

HECHOS.—Don Jesús Ángel falleció en accidente laboral el 23 de febrero de 1994. A raíz de ello, se incoaron diligencias previas que derivaron posteriormente en juicio de faltas en el Juzgado de Instrucción de Durango. Durante la tramitación del proceso, los padres del fallecido solicitaron su archivo con reserva de las acciones civiles mediante escrito presentado el 14 de julio de 1995. El archivo se acordó por medio de auto de fecha 17 de julio. Dicha resolución se notificó a los denunciados el 18 de julio y al Ministerio Fiscal el 24 de julio, con lo que éste disponía del plazo de tres días para la interposición del recurso de reforma. Don Romeo y doña Nuria, padres del fallecido, interpusieron demanda contra *Aurora Polar, S. A.*, don Gonzalo y *Explotaciones Forestales Oiz-*

mendi, S. L. ante el Juzgado de Primera Instancia de Durango el día 24 de julio de 1996. El Juzgado apreció la prescripción de la acción y desestimó la demanda. Apelada la sentencia, ésta se confirmó en todos sus extremos. Sin embargo, interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo. El Alto Tribunal consideró que, aunque la falta era perseguible a instancia de parte, ello no obsta que el Ministerio Fiscal, una vez abiertas las diligencias penales y en defensa de la legalidad, sea parte del proceso con todas sus consecuencias. Por ello, al serle notificada la sentencia el 24 de julio con posibilidad de interponer recurso de reforma en el plazo de tres días, la resolución pasó a ser firme el 28 de julio, siendo la demanda civil presentada dentro del plazo del artículo 1968 CC. (A. S. C.)

DERECHO DE LA PERSONA

6. La imposición del requisito previo de la cirugía de reasignación para la rectificación registral de la mención relativa al sexo no vulnera el derecho a la intimidad y a la propia imagen, aunque sí supone el establecimiento de un límite al libre desarrollo de la personalidad.—La exigencia de la operación quirúrgica de reasignación de sexo para obtener la modificación de la mención registral no supone una vulneración de los derechos a la intimidad o a la propia imagen, pero sí «[...] un freno al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) que se proyecta en una lesión de la dignidad humana, en una falta de tutela de salud (art. 43.1 CE), al respeto a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE), y a la protección de la integridad física y moral (art. 15 CE), pues parece que el libre desarrollo de la personalidad implica, dada la prevalencia de los factores psico-sociales en la determinación de sexo, que han de primar en los supuestos de disforia de género, un derecho de sostener la identidad sexual como expresión de la identidad personal, que es un bien de la personalidad» (FJ 4.º). (STS de 17 de septiembre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Vicente Luis Montes Penadés.]

HECHOS.—La parte actora formula demanda solicitando se proceda a la rectificación de su inscripción de nacimiento en el Registro Civil, en el sentido de figurar en ella el cambio de nombre, de Luis a María Rosa, y de sexo, de varón a hembra. El actor que no se había sometido a operación quirúrgica para el cambio de sexo, se siente mujer desde los siete años, y ya a los veintiocho decide asumir su condición femenina y ser tratado como mujer. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y con ella la pretensión de cambio de sexo y nombre. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial desestima el recurso y confirma la sentencia apelada. La parte actora interpone recurso de casación.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea el problema de la posible vulneración del derecho a la intimidad e imagen del recurrente al serle negado el cambio de nombre y sexo en el Registro Civil con el argumento de que no se había sometido a la operación quirúrgica para la reasignación de sexo.

La reciente Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, permite la rectificación una vez que el solicitante pruebe que se la ha diagnosticado disforia de género y que ha sido tratado médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La solicitud de rectificación del sexo y, por consiguiente, del nombre, se tramitará vía expediente gubernativo. El problema se plantea en los casos en que la solicitud de cambio en la mención de sexo y nombre se formula con anterioridad a la entrada en vigor de la referida Ley, ya que previamente se exigía cumplir el requisito de la cirugía de reasignación de sexo, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y constante doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Nada recoge la nueva Ley respecto a los supuestos que se encuentran en curso. Únicamente una disposición transitoria prevé la exoneración de la acreditación de los requisitos del artículo 4.1 cuando se acredita haber sido sometida la persona a cirugía de reasignación. Algunas Audiencias Provinciales reconocían ya con anterioridad a la Ley la posibilidad de proceder al cambio de la mención registral de nombre y sexo sin necesidad de que el solicitante se hubiera sometido a la intervención quirúrgica correspondiente, sobre la base de que la negativa a dicho cambio supondría un límite al libre desarrollo de la personalidad, principio contenido en el artículo 10 CE (SAP Burgos de 12 de junio de 2007 [AC 2007/1910], SAP Valladolid de 23 de mayo de 2005 [AC 2005/1549], SAP Cádiz de 20 de abril de 2005 [JÜR 2005/143363], entre otras).

En un sentido similar se pronunció el Tribunal Supremo en la S de 3 de marzo de 1989, al considerar que debía procederse a rectificar la mención registral relativa al sexo a pesar de no existir ninguna norma que lo contemplase con base en la posible vulneración del artículo 10 CE. No obstante, en este caso el solicitante sí se había sometido a la cirugía de reasignación. En un supuesto semejante, y siguiendo la misma línea jurisprudencial, encontramos la STS de 19 de abril de 1991 (RJ 1991/2725), que consideró que la negación del cambio en la mención registral correspondiente al sexo supone un freno al libre desarrollo de la personalidad, a pesar de no estar contemplado por ley alguna.

Más complicado resulta argumentar jurídicamente que en estos casos la negación al cambio de sexo en el Registro Civil supone una infracción del derecho a la intimidad y a la propia imagen, puesto que ni se trata de un caso de captación, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero, ni tampoco de un supuesto de intromisión en el ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás.

El Tribunal Supremo resuelve el supuesto objeto de anotación a favor del recurrente considerando que la cuestión es subsumible en las previsiones contenidas en las Disposiciones Transitorias del Código civil, y en concreto, en la DT 1.^a, segundo inciso, y en la DT 4.^a, al tratarse de un caso de ejercicio de un derecho potestativo, cuya viabilidad estaba impedida por un obstáculo que la nueva Ley ha removido, y que tiene como consecuencia la aplicación de las reglas del

nuevo Derecho, es decir, la modificación del sexo a pesar de no haber existido cirugía de reasignación, y, por consiguiente, que la modificación solicitada se realice mediante expediente gubernativo y no vía judicial. (L. Z. G.)

7. Derecho a la propia imagen. Competencia desleal.—El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por los demandados. Considera que la empresa demandante, que había adquirido los derechos correspondientes para poner en el mercado el álbum de cromos con la imagen de los futbolistas participantes en el Campeonato Mundial de Fútbol de 1998 se encontraba legitimada para el ejercicio de la acción en defensa de los derechos de reproducción de la imagen de los citados futbolistas en la citada colección de cromos difundida, no obstante, por las empresas demandadas, partiendo de la posición mantenida por el TC en SS 81/2001, de 26 de marzo, y 156/2001, de 2 de julio, y de la distinción entre los aspectos constitucionales y patrimoniales del derecho a la imagen: el derecho constitucional a la propia imagen no se confunde con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su propia imagen, aunque obviamente la explotación comercial in consentida —e incluso en determinadas circunstancias la consentida— de la imagen de una persona puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen. En la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen; se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen. Sin embargo, esa dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad y por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18.1 CE. Entiende por otro lado que las recurrentes, al distribuir y comercializar en el mercado la colección y álbum de cromos de jugadores participantes en el Campeonato Mundial de Fútbol sin haber intentado adquirir los correspondientes derechos y compitiendo con la empresa que sí los había adquirido y había lanzado al mercado su propia colección y álbum sin pago alguno a ésta, incurrieron en un comportamiento prácticamente igual a lo que hoy se conoce como «piratería» discográfica, pues siendo de conocimiento general el valor patrimonial de la imagen de los futbolistas entró en competencia, sin pagar nada, con la empresa que mediante una muy compleja negociación había logrado adquirir los derechos para la colección o álbum de cromos. Se competía en el mercado con la actora-reconvenida, pero mientras ésta había adquirido todos los derechos necesarios para lanzar su colección de cromos, las recurrentes lo hacían totalmente al margen del coste que les habría supuesto la adquisición de derechos de muy diversa índole pertenecientes a sujetos plurales, lo cual no puede por menos que calificarse como objetivamente contrario a las más elementales exigencias de la buena fe, comprendiéndose en el artículo 2.2 de la Ley de Competencia Desleal la difusión en el mercado de las prestaciones no sólo propias sino también de un tercero y siendo encuadrable el comportamiento de las recurrentes

en el artículo 5 de la misma ley. (STS de 28 de noviembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Con fecha 20 de mayo de 1998 se presentó demanda interpuesta por la compañía mercantil italiana P. S.p.A. contra D. P. A. como legal representante de la compañía E.C.S. I, SA, doña E, esposa del anterior, y la mercantil C, SL solicitando se dictara sentencia por la que se declarase que la conducta del demandado, al comercializar y distribuir una colección de cromos sobre el Campeonato Mundial de Francia 98 sin disponer de las preceptivas autorizaciones de los derechohabientes e infringiendo los derechos adquiridos por el grupo P (la compañía mercantil demandante), constituye un acto de competencia desleal. Igualmente se solicitaba que se declarase que la comercialización y distribución de los álbumes y coleccionables por el demandado constituye una infracción de los derechos de imagen de los jugadores de fútbol de las diferentes selecciones nacionales que hayan reproducido sin consentimiento del titular de los derechos. Emplazados los demandados ante el Juzgado de Primera Instancia de Gijón, contestaron a la demanda formulando a su vez reconvencción, solicitando por un lado en su contestación la desestimación de la demanda, sobre la base de la falta de legitimación pasiva y de fondo la falta de legitimación activa de la actora. Por otro lado en la reconvencción se solicitaba la declaración de que la entidad demandante, solicitando y obteniendo la paralización de su mercancía, incurrió en actos de competencia desleal y de abuso del derecho, contrarios al artículo 15.2 de esta ley, acto ilícito conforme a los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, y ejercicio de un derecho con empleo de mala fe y abuso de derecho del artículo 7 CC. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia con fecha 23 de marzo de 1999, estimando la excepción de falta de legitimación pasiva de la codemandada desestimando la demanda principal y la reconvenccional, absolviendo a los demandados. Interpuesto por la demandante recurso de apelación, y adheridas a la impugnación las mercantiles Ediciones C, SL y E. C.S. I, SA, la primera por no haberse declarado su falta de legitimación pasiva y la segunda por haberse desestimado la reconvencción, la Audiencia Provincial de Asturias dictó S en fecha 29 de septiembre de 2000, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante y desestimando la adhesión formulada por las entidades demandadas, declarando que la conducta de las demandadas constituía un acto de competencia desleal y declarando igualmente que la referida comercialización y distribución de los álbumes y coleccionables constituye una infracción de los derechos de imagen de los jugadores de fútbol de las diferentes selecciones nacionales que hayan sido reproducidos sin consentimiento de sus titulares. Interpuesto recurso de casación por las entidades demandadas el Tribunal Supremo lo desestima. (P. B. M.)

8. Derecho a la libertad de expresión versus derecho al honor.—La libertad de expresión no sólo comprende la manifestación de pensamientos, ideas u opiniones, sino también la crítica respecto de la conducta de otro, no

alcanzando la protección que dispensa el ejercicio de este derecho las expresiones ofensivas o ultrajantes.

En el caso de personas investidas de funciones públicas, cuando nos enfrentamos ante una colisión entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión, la protección del derecho al honor aparece más debilitada dado el interés público que subyace en todo lo que rodea sus actuaciones. Ello se acentúa aún más si nos situamos en el marco de la lucha política o sindical, donde los usos sociales se presentan algo más tolerantes que en otros ámbitos. Aunque no puede excluirse la operatividad del derecho fundamental al honor, sin embargo en estos casos se refuerza la prevalencia de la libertad de expresión respecto a aquel derecho. **(STS de 18 de julio de 2007; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Durante un proceso de elecciones sindicales, don Jorge realizó determinadas manifestaciones que se publicaron en distintos periódicos locales, y cuyas declaraciones incidían en la existencia de una red de corrupción que implicaba a varios sindicatos e inspectores del Ministerio de Trabajo que con su conducta intentaban favorecer a algunos sindicatos. Don Jorge empleó expresiones tales como «*las inspectoras de trabajo están haciendo el juego sucio a UGT y CCOO*» o «*que el sistema arbitral integrado por funcionarias de Trabajo que son amiguetas de CCOO y UGT estaba favoreciendo la campaña de acoso y derribo contra USO*».

Las funcionarias del Ministerio de Trabajo nombradas árbitros para actuar en las reclamaciones a que se refiere el artículo 76 ET en el ámbito de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, interpusieron demanda de protección del derecho al honor contra don Jorge y USO, por ilegítima intromisión en su honor y prestigio profesional. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró que las manifestaciones efectuadas por don Jorge constituyen una clara intromisión ilegítima en el derecho al honor y prestigio profesional de las demandantes, condenando a los demandados solidariamente al pago de una indemnización, así como a publicar la sentencia en los periódicos locales que dieron publicidad a las declaraciones de don Jorge. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia al considerar que las expresiones vertidas eran ofensivas para las funcionarias, al acusarlas de dictar resoluciones injustas o arbitrarias por amistad con los sindicatos mayoritarios. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, al entender que en este caso el derecho a la libertad de expresión debía ceder frente al derecho al honor de las funcionarias.

NOTA.—Si en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión resultan afectados otros derechos es necesario realizar un juicio de valor, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, para determinar si la conducta está justificada por ser acorde con el contenido y alcance del citado derecho. Para ello, deberá atenderse a aspectos tales como la relevancia pública del asunto, el carácter de personaje público sobre el que se emite la crítica u opinión, o su contribución a la formación de una opinión pública libre (SSTC de 25 de noviembre de 1997 [RTC 1997, 204], 17 de enero de 2000 [RTC 2000/11], 26 de febrero de 2001 [RTC 2001/49],

15 de septiembre de 2003 [RJ 2003/160], 7 de noviembre de 2007 [RTC 2007/235]).

Por otra parte, al realizar el juicio de valor necesario no debe olvidarse que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión incluye no sólo la exteriorización de pensamientos, ideas y opiniones, sino también la exposición de una forma crítica de las conductas realizadas por otra persona, siempre que no comprendan expresiones injuriosas, ultrajantes, ofensivas o innecesarias para la crítica que se formula, aunque resulte molesta para la persona que ha recibido la crítica. La libertad de expresión comprende la manifestación de opiniones libremente, sin censuras ni cortapisas, lo que no legitima insultos de determinada entidad o actos vejatorios (SSTC 21 de enero de 1988 [RTC 1988\6], 16 de marzo de 1989 [RTC 1989\59], 12 de noviembre de 1990 [RTC 1990\171], 19 de abril de 1993 [RTC 1991\123], 22 de mayo de 1995 [RTC 1995\76], 25 de noviembre de 1997 [RTC 1997\204], 25 de octubre de 1999 [RTC 1999\192], 17 de enero de 2000 [RTC 2000\6], 26 de febrero de 2001 [RTC 2001\49], 15 de octubre de 2001 [RTC 2001\204], 28 de enero de 2002 [RTC 2002\20]).

La sentencia objeto de anotación resuelve el supuesto litigioso otorgando preferencia a la libertad de expresión respecto al derecho al honor en atención a las circunstancias del caso concreto. El Tribunal Supremo resuelve en este sentido, en atención a la indeterminación de las imputaciones proferidas, al concreto contenido de las manifestaciones vertidas; a los derechos que entran en conflicto y al interés público que rodea la actividad de las demandantes.

El Tribunal Supremo argumenta que el carácter relativamente indeterminado de las acusaciones resta importancia a la exigencia del carácter personal de las mismas para que exista intromisión, acentuando el aspecto de crítica al sistema arbitral como institución. Considera el Supremo que dichas manifestaciones se encuentran dentro del ámbito del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, quedando embebidas en un contexto de crítica a los poderes públicos. Por lo que respecta al contenido de las imputaciones proferidas, el Supremo llega a identificar imputación de corrupción, juego sucio y amiguismo con la simple idea de reproche por conducta improcedente de la Administración. En relación a los derechos que entran en conflicto y al interés público que rodea la actuación de las demandantes, el Supremo considera que el derecho al honor debe ceder frente a la libertad de expresión en atención al interés social. Atendiendo a estas consideraciones, el Supremo concluye que las declaraciones de don Jorge entran dentro del marco de la pura crítica, que en este caso es necesario ponderar aun más por la actividad que realizan las demandantes como funcionarias públicas, quedando la protección al honor levemente debilitada por razón del interés público. Para el Tribunal Supremo en el ámbito de la lucha sindical, política o deportiva los usos llevan a considerar tales expresiones vertidas como mera crítica, estando el límite en la vejación injustificada o el insulto, no debiendo entenderse, por tanto, que estas manifestaciones pretendían atacar la profesionalidad de los integrantes del sistema arbitral (SSTS de 14 de

noviembre de 2008 [RJ 2008/5920], 30 de enero de 2009 [RJ 2009/1359]).

Aunque es evidente que las declaraciones afectaban a un asunto público de interés general, centrándose en la denuncia de una actuación administrativa, el demandado realiza acusaciones de corruptela que en principio parecen salirse del marco de la mera opinión o crítica. Por otra parte, parece también discutible la argumentación relativa a la indeterminación de las imputaciones proferidas, puesto que si bien no existe una identificación de las funcionarias con nombre y apellidos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no exige que la identificación sea nominal, sino que es suficiente con extraerla del conjunto de datos facilitados a través de la información (SSTS de 5 de octubre de 1989 [RJ 1989/6889], 27 de noviembre de 2008 [RJ 2008/6067]).

La sentencia que anotamos no hace más que seguir la doctrina jurisprudencial existente sobre esta materia en el sentido de considerar que este tipo de acusaciones, entre las que se incluye la de prevaricación, están amparadas por la Constitución al tratarse de críticas legítimas en asuntos de interés público, que al encontrarse en el marco de la acción política o sindical permiten que los límites a la libertad de expresión resulten más amplios, llegando incluso a considerar que este tipo de acusaciones no atentan contra la reputación de los sujetos objeto de crítica (sobre este particular, *vid.* las SSTC de 13 de enero de 1997 [RTC 1997/3], 15 de septiembre de 2003 [RTC 2003/160]). (L. Z. G.)

9. Derecho fundamental de asociación. Autoorganización de los entes asociativos. Denegación de socio por causa razonable.—La problemática se enmarca en la eficacia «inter privados» de los derechos fundamentales, es decir, la protección horizontal de ciertos derechos fundamentales que, si bien no se halla expresamente prevista en nuestro ordenamiento jurídico se reconoció por el Tribunal Constitucional (SSTC 18/1984, de 7 de febrero; 19/1985, de 13 de febrero; 108/1989, de 8 de junio). Esta eficacia se matiza considerablemente respecto del ejercicio frente a los poderes públicos porque, además de que los particulares pueden ser titulares y sujetos pasivos, y de la incidencia del principio de autonomía de la voluntad, el reconocimiento de un derecho (en el caso, del que pretende ser socio) se corresponde con la limitación del ejercicio del derecho de otro sujeto (la asociación, a la que aquél pretende acceder), lo que genera un conflicto de intereses, por cruce de derechos fundamentales, que exige la intervención judicial, pues ni la libertad de organización interna de las asociaciones es ilimitada, ni el derecho de adscripción a ellas es absoluto, de ahí la ardua tarea que supone determinar el alcance de uno y otro, y el grado de fiscalización y de control atribuido al respecto a los tribunales. La doctrina de esta Sala, que se manifestó fundamentalmente en relación con expulsiones de socios, pues son escasas las sentencias sobre ejercicio del derecho de adscripción ha evolucionado en el sentido de restringir el ámbito del control judicial de las decisiones adoptadas por las asociaciones. Y esta evolución se ha producido para sintonizar con la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en las SS 218/1988, de 22 de noviembre; 56/1995, de 6 de marzo; y 104/1999, de 14 de junio. Dice esta última, ratificando la orientación iniciada por la STC

218/1988, que «el contenido o núcleo esencial del derecho de asociación comprende tanto el derecho a asociarse como el de establecer la propia organización, que a su vez se extiende con toda evidencia a regular estatutariamente las causas y el procedimiento para la admisión y expulsión de socios. La actividad de las asociaciones, en éste y en cualquier aspecto, no conforma ciertamente un ámbito exento de control judicial que –una vez comprobada la legalidad de los Estatutos– tiene un alcance estrictamente formal y se polariza en dos datos y sólo en ellos, la competencia del órgano social actuante y la regularidad del procedimiento. Extramuros de tal fiscalización queda la decisión, que consiste en un juicio de valor y ofrece un talante discrecional, aun cuando haya de tener una base razonable, cuyas circunstancias sí pueden ser verificadas por el Juez como hecho, dejando la valoración al arbitrio de quienes tengan atribuida tal misión en las normas estatutarias y así hemos dicho que el control judicial sigue existiendo pero su alcance no consiste en que el juez pueda entrar a valorar, con independencia del juicio que ya hayan realizado los órganos de la asociación sino comprobar si existió o no una base razonable para que aquéllos tomasen la correspondiente decisión». Esta doctrina de la «base razonable» se recoge en las SS de esta Sala de 9 de junio de 2001, 5 de julio de 2004 y, sobre todo, de 31 de marzo de 2005, 23 de junio y 30 de diciembre de 2006 (...). La negativa a la admisión como socio (en relación con la persona física presentada para el ejercicio de los derechos de tal de quien no es posible desvincular a la persona jurídica solicitante de la condición) no contradice los Estatutos de la Asociación, por cuanto éstos exigen la aprobación unánime del Comité de admisión. La decisión de este Comité se apoya en una «base» que hay que considerar objetivamente «razonable», sin que corresponda al control judicial ninguna otra consideración subjetiva. (STS de 13 de julio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—*Winter Star Trading Inversiones, S. L.* y don Gonzalo interpusieron demanda de protección del derecho fundamental de asociación ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Marbella contra la asociación *Club de Campo La Zagaleta*. La demanda se basaba en la negativa del comité de admisión de la asociación demandada a admitir como socio a la sociedad actora y a don Gonzalo, de nacionalidad rusa y religión hebrea, como persona que disfrutara de los derechos anejos a la condición de socio. El comité de admisión vetó la entrada de don Gonzalo a la asociación por, entre otras razones, el hecho de acusar a los órganos de gobierno de La Zagaleta de comportamientos xenófobos y antisemitas. El Juzgado desestimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, ésta se confirmó en todos sus extremos. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal ni al recurso de casación. (A. S. C.)

10. Derecho de asociación. Control judicial sobre las decisiones asociativas de expulsión de socios.—El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han aplicado el mismo criterio a la hora de establecer el ámbito del control judicial de las decisiones internas de las asociaciones. En términos generales, el control judicial debe respetar la autonomía de las asociaciones, que forma parte también del núcleo del derecho fundamental reconocido en

el artículo 22 CE. Dicha autonomía es predicable también de la determinación de las causas de exclusión de los socios y de sus procedimientos. Y así, la STC 96/1994, de 21 de marzo, señala que la potestad «de organización se extiende con toda evidencia a regular en los estatutos las causas y los procedimientos de expulsión de los socios» (véase también las SSTC 104/1999, de 14 de junio; 133/2006 y 135/2006, de 27 de abril).

En este ámbito, el control judicial debe limitarse a comprobar si se han respetado todas las reglas de competencia y forma en el expediente sancionador, si la propia asociación se ha apartado de su propia normativa o si contraviene normas imperativas del ordenamiento jurídico o bien atenta a principios o derechos constitucionales. Lo que no puede hacer el órgano judicial en ningún caso es sustituir la voluntad de la persona jurídica (véase SSTs de 5 de julio de 2004, de 24 de marzo de 2002, 2 de marzo de 1999, 18 de noviembre de 2000, 9 de julio de 2001, 16 de junio de 2003, 31 de marzo de 2005 y 23 de junio de 2006). (**STS de 6 de noviembre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El demandante era socio y director de la asociación O.C.L.O.A. En 1996 y debido a una serie de discrepancias con los miembros de la asociación, fue suspendido. En junio de 1996 se convocó una asamblea general extraordinaria de la asociación con un único punto en el orden del día: la baja definitiva del demandante. Éste acudió a la asamblea representado por su abogado, quien intervino cuando le pareció oportuno en defensa de los intereses de su patrocinado.

El demandante impugnó dicho acuerdo por considerar que se había vulnerado su derecho fundamental de asociación.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron la demanda.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación al comprobar que en el caso concreto se cumplieron todos los requisitos exigidos en los estatutos de la asociación para la expulsión de los socios. (*B. F. G.*)

11. Doctrina del levantamiento del velo.—Es un medio para llevar a cabo la llamada comunicación de responsabilidad entre una persona jurídica y sus miembros, o entre dos personas jurídicas. Los supuestos de aplicación de tal doctrina constituyen *numerus apertus*, pero en todo caso su aplicación es de carácter excepcional. De este modo, esta doctrina trata de evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda perjudicar intereses públicos o privados, causar daño o burlar los derechos de los demás, evitar que se utilice la personalidad jurídica de una sociedad como medio o instrumento defraudatorio; fin fraudulento que se produce, entre otras hipótesis, cuando se persigue eludir responsabilidades personales y, entre ellas, el pago de deudas. (**STS de 29 de octubre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Vicente Luis Montes Penadés.]

HECHOS.—La sociedad mercantil francesa *Tierry et Fils*, S.A., formula una reclamación de dinero que tiene su causa en las relaciones comerciales sostenidas con la entidad española *Diurley International*, S.L., en las que se genera una deuda con cargo a esta

última, que fue objeto de reclamación ante el Tribunal de Comercio de *Agen*, siendo condenada *Diurley* al pago de 26.406.320 de las antiguas pesetas. La sociedad actora solicita el *exequatur* y la ejecución, teniendo el embargo practicado, como resultado, la retención de 68.905 pesetas. La demanda se dirige ahora frente al administrador de *Diurley*, frente al que se presenta como administrador de hecho y, por último, frente a otras sociedades que habrían de ser consideradas como verdaderas deudoras por encontrarse cobijadas bajo la personalidad jurídica de *Diurley*, que sería una sociedad aparente o ficticia. El Juzgado de Primera Instancia condena al administrador de *Diurley*, considerando que la sociedad no tiene actividad y que se han ordenado pagos a acreedores conociendo que existían otras deudas e iban a quedar desatendidas, sin acudir a los procedimientos concursales oportunos. Pero excluye de responsabilidad al administrador de hecho, y a las sociedades demandadas, que forman un grupo familiar o próximo, pero no parecen constituidas con el fin de defraudar. La Audiencia Provincial, sin embargo, condena al administrador, al administrador de hecho y a una de las sociedades a pagar a la actora, solidariamente, una cantidad de dinero. (*Alma R. G.*)

12. Responsabilidad civil. Doctrina del levantamiento del velo.—

La doctrina del levantamiento del velo tiene como presupuesto la actuación de unas o varias personas físicas bajo la apariencia formal o la cobertura legal de una persona jurídica. La constatación de la falsedad de la apariencia de una persona jurídica es algo complejo, al tratarse de una situación no pública y para llegar a precisar si nos hallamos ante una persona jurídica usada para fines distintos de los propios de la personalidad, deben utilizarse los indicios que permitan llegar a la conclusión de que se ha producido un fraude o un abuso de la personalidad, de modo que sólo se justifica en aquellos casos en que aparezca evidente que se ha utilizado, con fines fraudulentos, una confusión de personalidades y de patrimonios entre una persona física y una persona jurídica (STS de 27 de diciembre de 1997). Se evita así que se puedan perjudicar intereses privados o públicos, o pueda utilizarse la sociedad como camino de fraude, pudiendo los jueces penetrar en el interior de esas personas cuando sea necesario para evitar el abuso de esa independencia en daño ajeno (SSTS de 29 de julio de 2005 y 19 de abril de 2006). Lo que acontece en el presente caso, en base a los indicios existentes cuales son la infracapitalización, la apariencia de contrato de arrendamiento de la nave siniestrada a la sociedad, siendo los dos socios los propietarios de dicha nave; y también los patrimonios negativos de la sociedad que, cuando se produjo el siniestro, no estaba en situación de afrontar su responsabilidad. (STS de 29 de noviembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don Francisco había fallecido en un accidente marítimo por el que se siguieron diligencias penales que fueron, finalmente, archivadas. Sus padres demandaron a don Luis Manuel, patrón de la embarcación; a don Valentín y don José Miguel, propietarios del barco; a la entidad «M.P., S.L.», arrendataria del mismo, así como al representante legal de esta última. Pidieron que se les indem-

nizara el daño moral y el lucro cesante ocasionados por la muerte de su hijo, que valoraban en 14.000.000 de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia concluyó que se había producido una acción culpable por falta de la diligencia debida, atribuible al patrón del pesquero Luis Manuel. La empresa M.P., S.L. era responsable por culpa «in eligendo». Los socios don Valentín y don Bruno fueron declarados responsables en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, ya que habían cobrado efectivamente las indemnizaciones por el hundimiento de la nave. La sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de La Coruña. Interpuesto por los condenados recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (L.-A. P. M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

13. Simulación de contrato. Carga de la prueba.—Es cierto que, según la jurisprudencia, en los casos de compraventa en que no conste la entrega real del precio al vendedor, la mera confesión del vendedor sobre pago del precio no se halla amparada en cuanto a su certeza y veracidad por la fe pública notarial (S de 5 de noviembre de 1993). Sin embargo, este elemento no es suficiente por sí mismo para acreditar la simulación, pues, según se desprende de la jurisprudencia la carga probatoria del demandado de demostrar el pago del precio sólo surge cuando es preciso desvirtuar una presunción de simulación fundada en la concurrencia de otros indicios suficientes para acreditar por sí mismos «de un modo preciso y directo la realidad de la simulación» (S de 16 de marzo de 1994). En el caso examinado la presunción de simulación ha quedado desvirtuada por la concurrencia de indicios en sentido contrario. Con sujeción a las reglas del discurso racional características del proceso judicial, carece de relevancia lógica la imposibilidad de desvirtuar una presunción de simulación acreditando el pago, cuando ésta ha sido desvirtuada por otros medios.

Rescisión por fraude de acreedores. Requisito del *consilium fraudis*.—El examen de los hechos probados conduce a la conclusión de que no concurre el requisito del *consilium fraudis* exigible para el ejercicio de la acción rescisoria en fraude de acreedores, dado que la sentencia que se casa declara probado que con la cantidad percibida por el deudor se atendió a obligaciones con otros acreedores. El quebrantamiento de la *par conditio creditorum* que la sentencia admite haberse producido no comporta la existencia de ánimo o conciencia de fraude, puesto que el deudor, en tanto no resulte constreñido por un proceso ejecutivo o concursal para la ordenada concurrencia de los créditos, tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atender a criterios de igualdad o preferencia. Ello se infiere del hecho de que el Código civil (art. 1292 CC) únicamente considera rescindibles los pagos hechos en situación de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo pago no podía ser compelido el deudor en el tiempo de hacerlos, pero no los que no reúnen esta condición, en virtud del principio *qui suum recepit nullum videre fraudem facere* [quien cobra lo que es suyo no defrauda]. (STS de 24 de julio de 2007; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Tras contratar un préstamo con garantía hipotecaria con la entidad *Banco Santander Central Hispano, S.A.*, el 3 de marzo de 1994 los cónyuges don Rogelio y doña María Rosario vendieron un piso a don Claudio y su esposa doña María Dolores por un importe de 9 millones de pesetas. Los últimos eran hermanos de los vendedores (la sentencia no concreta) y al parecer los compradores arrendaron el piso a don Rogelio y doña María Rosario por una renta mensual de 10.000 pesetas. Con posterioridad, don Rogelio y doña María Rosario fueron demandados por otra entidad bancaria al considerar que la venta del piso constituía un delito de alzamiento de bienes y el Juzgado de lo Penal núm. 12 de Valencia dictó sentencia el 8 de septiembre 1998 en que desestimó la demanda. La entidad *Banco Santander Central Hispano, S.A.* interpuso demanda contra don Rogelio, doña María Rosario, don Claudio y doña María Dolores por la que solicitó una declaración de nulidad radical de la compraventa por simulación y, subsidiariamente, su rescisión por fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Gandía estimó la demanda y declaró la nulidad del contrato, mediante sentencia de 6 de septiembre de 1999. Interpuesto recurso de apelación, la sentencia de 7 de junio de 2000 de la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Valencia lo estima y declara la validez del contrato con base, entre otras circunstancias, a una confesión de los vendedores de haber recibido una cantidad de más de 5 millones de pesetas. en concepto de precio de la compraventa en la fecha de celebración del contrato. La entidad *Banco Santander Central Hispano, S.A.* recurre en casación. El Tribunal Supremo declara haber lugar a un motivo del recurso, por considerar que la sentencia apelada incurre en incongruencia omisiva al no pronunciarse acerca de una eventual rescisión del contrato por fraude de acreedores, aunque declara la validez de la compraventa tras desestimar los demás motivos. (*J. M. B. S.*)

14. Negocios fiduciarios.—Se está en presencia de un negocio fiduciario por el que quien recibe la titularidad de los bienes se obliga a emplear las facultades dispositivas que la adquisición le confiere en el cumplimiento de las finalidades de la fiducia. No puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante. El instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia que no por eso dejará de tener su causa, que se halla en la concesión de facultades dispositivas al fiduciario para alcanzar una determinada y prevista finalidad, con el riesgo inherente en estos negocios de que el fiduciario abuse de su posición jurídica y emplee aquellas facultades no en utilidad o beneficio del fiduciario. En otros términos, señala la S de 30 de mayo de 2004, siguiendo a la de 7 de junio de 2002, que el negocio fiduciario ha sido definido jurisprudencialmente como aquel convenio anómalo en el que concurren dos contratos independientes, uno, real, de transmisión del dominio, eficaz *erga omnes*, y otro obligacional, válido *inter partes*, destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que el fiduciario no impida el rescate de los bienes por el fiduciante cuando se dé el supuesto obligacional pactado a cargo de éste (SS de 30 de marzo de 2004, 7 de junio de 2002, 9 de diciembre de 1981, 19 de junio de 1997, 16 de noviembre de 1999, entre otras) o, como

dice la S de 5 de marzo de 2005, el negocio fiduciario consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista, y en parecidos términos se pronuncia la S de 16 de julio de 2001. [...] En definitiva, si por contraposición al negocio simulado, que carece de causa y es radicalmente nulo, el fiduciario lleva ínsita la *causa fiduciae*.

Donación.—Ciertamente, las donaciones de bienes inmuebles exigen indefectiblemente hacerse en escritura pública, teniendo este requisito la consideración de presupuesto de forma esencial, insoslayable (carácter constitutivo o *ad solemnitatem*), de tal modo que su falta determina la nulidad radical, o mejor incluso, inexistencia del título. [...] si bien la transmisión de acciones o participaciones integra la de una parte alícuota del activo y pasivo de la sociedad, no puede alcanzarse la conclusión de que si en la sociedad hay inmuebles, se ajustará a la normativa reguladora de la transferencia de estos bienes, sino que corresponde aplicar la concerniente a la de acciones y participaciones.

Contratos atípicos.—No se sostiene la conclusión en virtud de la cual las sociedades, cuya finalidad consiste en ser meras tenedoras de bienes inmuebles, fueron creadas con el fin de evitar las formalidades de eventuales y futuras donaciones de sus acciones a favor de terceros con el objeto de transmitir fraudulentamente los inmuebles que figuran en sus respectivos activos (improcedencia de la doctrina sobre el levantamiento del velo de las personas jurídicas). (**STS de 29 de noviembre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Varias personas adquieren acciones en tres empresas. Unos años más tarde, la titularidad de dichas acciones se transfiere a favor de Lidia —la esposa de Germán (demandante). Aparte de las acciones, Lidia adquiere también un coche Ford y una nave industrial. En 1995 Germán inicia el proceso de separación en el que reclama la titularidad de dichos bienes. En la demanda que presenta, aparte de su esposa, figuran como codemandados los adquirentes originarios de las tres empresas. En el proceso se discute la concepción de las adquisiciones celebradas por todos los codemandados. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial calificaron los contratos de compraventa de las acciones celebrados por los adquirentes originarios de negocios fiduciarios, en los que el demandante se configuraba como fiduciante al haber provisto de fondos para la adquisición a todos y cada uno de ellos. En ambas instancias también se declara que con la transmisión de las acciones efectuada por los adquirentes originarios a Lidia las partes celebraron un contrato simulado de compraventa y otro disimulado de donación, siendo Germán el fiduciante frente a los propietarios originarios y, por tanto, el propietario real y donante de las acciones a su esposa. Se entendieron concurrentes tanto los requisitos formales como sustantivos de la donación. En ambas instancias se estimó también que la adquisición del automóvil por Lidia se había efectuado con fondos del demandante, por lo que había sido voluntad de las partes celebrar una donación que se declaró eficaz. La Audiencia Provincial recono-

ció la titularidad exclusiva de la nave al demandante por el hecho de que su adquisición por Lidia se había efectuado en su integridad con sus fondos. En el recurso de casación, el demandante pidió la impugnación de la conceptualización que ambas instancias dieron a los contratos de compraventa de las acciones y del automóvil, declaró que las tres empresas fueron creadas por él con fraude a la ley y propugnó respecto a ellas la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, así como la aplicación del artículo 633 CC, cuya aplicación se habría eludido fraudulentamente con la creación de tales sociedades y con la realización de los consiguientes transmisiones de acciones. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso al considerar que la doctrina de levantamiento de velo no es procedente en el caso y que los requisitos de forma establecidos para la donación de bienes inmuebles en el artículo 633 CC no son de aplicación a la transmisión de las acciones de una sociedad por el hecho de que en su propiedad se encontrasen bienes inmuebles. (*M. L. K.*)

15. Nulidad del contrato por dolo. Carácter grave.—Esta Sala tiene declarado que el dolo contractual que determina la nulidad del negocio debe tener carácter grave (v. SS 29 de marzo de 1994, 12 de junio de 2003 y 19 de julio de 2006). Los hechos declarados probados por la sentencia de instancia ponen de manifiesto que no puede considerarse que haya concurrido una conducta, merecedora de la calificación de grave, de ocultación a los adquirentes de la situación en que se encontraba la finca, pendiente de actos de autorización por parte de la Administración municipal para realizar la actividad prevista en el contrato, por cuanto expresamente se preveía que se hallaba pendiente de tramitación la licencia de apertura, declaración suficiente para llamar la atención de los adquirentes sobre la falta de aquellos requisitos, y no puede afirmarse que se hubiera dado a entender que la falta de licencia de apertura podía subsanarse con facilidad, desde el momento en que en el contrato se preveía la resolución y sus consecuencias para el caso de la imposibilidad de obtenerla.

En suma, no puede apreciarse la existencia de una conducta insidiosa —con propósito de engaño— por parte del vendedor, dirigida a provocar la voluntad negocial, manifestada en este caso mediante la omisión de hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato, y respecto de los que existe el deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico (conforme exige la jurisprudencia: SS de 11 de diciembre de 2006 y 11 de mayo de 2007), pues la manifestación acerca del estado de tramitación en que se hallaba la licencia de apertura y la previsión acerca de las consecuencias resolutorias que comportaba la eventualidad de que no fuera obtenida impiden afirmar que se haya producido el silencio o la omisión de circunstancias determinantes para la conclusión del contrato por parte de los adquirentes (SS de 15 de junio de 1995 y 28 de noviembre de 1989), los cuales, sabedores de la ausencia de requisitos administrativos necesarios para el funcionamiento de local, y de la posibilidad de que no pudieran ser cumplidos, podían informarse con exactitud en los servicios municipales del alcance de esta circunstancia ejerciendo el derecho de información que las normas de procedimiento administrativo reconocen a los interesados. Al no estimarlo así la sentencia recurrida incurre en la infracción del artículo 1270 CC que se

le imputa en el recurso. (STS de 3 de julio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El día 20 de octubre de 1995, doña Rosa y doña María Esther vendieron una industria de heladería y cruasantería a don José María y doña Elvira. Con anterioridad, doña Rosa había solicitado «licencia de obra de reforma» de un local utilizado por las vendedoras para la comercialización de los productos y el día 23 de mayo aquélla había recibido un informe de un arquitecto municipal que consideraba que la obra solicitada incumplía la normativa. En la medida que el local formaba parte de la industria objeto de la venta, las partes acordaron el deber de las vendedoras de devolver el importe pagado hasta el momento por los compradores para el caso de que el Ayuntamiento denegara la «licencia de apertura», con una minoración de 16,66 por 100 por cada año de explotación de la empresa transcurrido desde la fecha de celebración de la compraventa. La licencia fue denegada mediante resolución de la Alcaldía de 3 de diciembre de 1997 y las compradoras interpusieron demanda con la que solicitaron la declaración de nulidad del contrato por dolo. Poco después, la Alcaldía dictó otra resolución, con fecha 29 de mayo de 1998, revocando la otra anterior por la que había denegado la licencia de obras y que suspendió cautelarmente la orden de cierre del establecimiento. El Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Valencia dictó sentencia el 30 de septiembre de 1999 en que desestimó la demanda. Tras ser estimado el recurso de apelación por la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, por medio de sentencia dictada el 8 de mayo de 2000, que declaró la nulidad de la compraventa, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación de las vendedoras. (J. M. B. S.)

16. Interpretación de los contratos por los jueces y tribunales.—La *cognitio* casacional en relación con la interpretación contractual no supone una revisión total de la labor hermenéutica efectuada por el juzgador *a quo*, sino que se limita a controlar si la misma es ilegal, arbitraria o ilógica por contraria a las reglas del buen sentido o raciocinio humano. El alcance del juicio casacional no permite discurrir acerca de cuál es el mejor criterio o la solución más adecuada a las circunstancias, porque tal tipo de conclusión supondría exceder de la función del recurso extraordinario e ingerirse en la función soberana de los tribunales que conocen en instancia, convirtiendo a la casación en una nueva instancia.

Cuando al interpretar una cláusula contractual, se entiende que ésta no es oscura o dudosa, no cabe alegar la infracción del artículo 1288 CC, pues dicho medio interpretativo sólo es aplicable, sea o no el contrato de adhesión, cuando falta la claridad. (STS de 21 de septiembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El objeto de este proceso se refiere al alcance de una cláusula contractual de cesión de derechos de explotación sobre una composición musical de don G a RTVE, la que, a su vez, autoriza a Salvat Editores para la reproducción y comercialización en formato de vídeo dicha obra musical, que forma parte de los programas del

ente televisivo «El Hombre y la Tierra», y cuya licencia de utilización se produce como elemento integrante de la obra audiovisual incorporada por Salvat a la publicación «Gran Enciclopedia Salvat de la Fauna Ibérica y Europea». El tenor literal de la cláusula controvertida es el siguiente: «Cesión de derechos. El Artista cede y transfiere irrevocablemente a TVE, sin reserva de ningún género para todo el mundo y a perpetuidad, la integridad de los derechos renunciables de propiedad intelectual e industrial que le correspondieran o pudieran corresponderle por la actuación objeto del presente contrato (excepto SGAE). TVE podrá, en su consecuencia, comerciar, ceder, emitir y exhibir libremente y sin limitación alguna, los registros de su actuación en cualquier modalidad audiovisual, presente o futura, de los medios de radio y televisión, salvo estipulación en contrario consignada en cláusula especial». SGAE, en nombre de don G, interpone demanda contra RTVE y Salvat Editores solicitando una indemnización por los daños y perjuicios causados al autor de la música y que se les prohíba la reproducción y distribución en formato de vídeo de la referida obra protegida. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara que RTVE ha autorizado ilegítimamente la reproducción y distribución en formato vídeo de las composiciones musicales. Por su parte, la Audiencia Provincial estima los recursos de apelación planteados por las entidades code mandadas, desestimando la demanda.

SGAE interpone recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 1258, 1281.1.º y 1288 CC. Según la recurrente, la estipulación en cuestión es dudosa y oscura. Además, la reproducción y distribución de la obra en formato de vídeo no debe entenderse incluida, pues se trata de un formato inexistente en el momento en que se firmaron los contratos. La expresión «excepto SGAE» sería una cláusula de reserva que hace el autor en beneficio propio, a través de la cual se asegura, mediante SGAE, que los rendimientos económicos de su composición musical serán directamente proporcionales a la utilización de la misma.

Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que la sentencia recurrida hace una apreciación correcta de la cláusula y que la autorización efectuada por RTVE a Salvat está comprendida dentro del ámbito del derecho de explotación cedido por el autor, con independencia de si la modalidad de reproducción es o no novedosa respecto de la fecha de la firma del contrato. Por otro lado, tampoco hay infracción del artículo 1288 CC, pues tal medio interpretativo sólo opera cuando falta la claridad. De ahí que no quepa admitir la conclusión de la recurrente de que la reserva del contenido económico del derecho de comunicación pública comprende la reserva respecto de los derechos de reproducción y distribución en formato de vídeo. (S. L. M.)

17. Contrato de compraventa. Resolución. Cláusula penal: moderación por los Tribunales cuando el contrato ha sido cumplido en parte o defectuosamente. Interpretación de la cláusula.—Ciertamente el presupuesto para la aplicación del artículo 1154 CC es la existencia de un cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, de modo que sería

inaplicable ante un incumplimiento total, y también cuando el cumplimiento defectuoso o irregular sea el tipo de incumplimiento sancionado con la pena, como es el caso de que la cláusula penal prevea una sanción para la mora pero con mantenimiento del contrato. Sin embargo, en el supuesto de autos la cláusula penal no es de carácter puramente moratorio, sino que en ella se prevé que el retraso en el cumplimiento determina la resolución del contrato y, en su consecuencia, la vendedora hará suyas las cantidades entregadas; lo que constituye una verdadera cláusula penal respecto de la que sí procede la moderación en atención al grado de cumplimiento dado por los compradores a su obligación de pago del precio, pues en caso contrario se produciría el efecto inverso a la propia finalidad de la cláusula penal, en tanto que la pena se incrementaría proporcionalmente al grado de cumplimiento alcanzado respecto de las obligaciones contraídas. (STS de 4 de octubre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Los actores compraron a la mercantil E.O., S.L. un local en un edificio a construir por un precio de veintiséis millones, estableciéndose una cláusula de resolución y penalidad según la cual el retraso en más de tres meses en el cumplimiento de las obligaciones por los compradores, produciría la resolución del contrato, quedando las cantidades ya entregadas para la vendedora como indemnización de los perjuicios producidos. La falta de pago de las mensualidades acordadas provocó que la vendedora comunicara la resolución a los compradores. Éstos demandaron a la mercantil solicitando que se declarase la resolución por incumplimiento de la vendedora y, subsidiariamente, la moderación de la cláusula penal, con devolución de parte de los dieciséis millones de pesetas hasta entonces abonados. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Pontevedra estimó parcialmente la apelación y condenó a la entidad E.O., S.L. a devolver a los actores la cantidad de doce millones, reduciendo así el importe de la pena a sólo cuatro millones, habida cuenta de que, al momento de la resolución, se había pagado más del cincuenta por ciento del precio de la cosa. Interpuesto recurso de casación por la demandada, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (L. A. G. D.)

18. Moderación de la pena en casos de incumplimiento parcial o irregular cuando la cláusula penal hubiera sido prevista para el incumplimiento total de la obligación.—«Es doctrina reiterada de esta Sala que la obligación o mandato, que viene establecida en el artículo 1154 CC, según el cual el Juez modificará equitativamente la pena cuando hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, ha de actuar cuando, prevenida la pena para el incumplimiento total de la obligación, el cumplimiento es parcial o irregular; de tal modo que no cabe aplicar la facultad moderadora, cuando la cláusula está prevista para un determinado incumplimiento parcial, pues sería ir contra los principios de autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC, y de la *lex contractus* previsto en el artículo 1901 del Código Civil que reflejan el principio básico de los *pacta sunt servanda*. [...]. Que la moderación procede cuando se ha incumplido en parte la total obligación para la que la pena se previó, de modo que, como afirma la doctrina la finalidad del precepto no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena

excesivamente elevada, sino que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis, porque cuando se previó para un incumplimiento parcial, la cláusula se rige por lo previsto por las partes, es decir, que no puede aplicarse la facultad moderadora si se produce el mismo incumplimiento parcial que las partes previeron en su cláusula. (STS de 14 de septiembre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Don Claudio y doña Alejandra venden a don Juan Enrique determinada finca inscrita en el Registro de la Propiedad. Tras reiterados incumplimientos de pago por parte del comprador, don Claudio y doña Alejandra ejercitan la resolución del contrato mediante requerimiento notarial, si bien, aceptan rehabilitar el contrato rescindiendo mediante un nuevo documento, siendo nuevamente incumplido, sin que hasta el momento de la presentación de la demanda se atendiera ninguna de las obligaciones económicas derivadas del citado contrato, por lo que los vendedores promovieron nuevas actas de requerimiento notarial para resolver el contrato. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso interpuesto por don Juan Enrique, confirmando la sentencia de instancia en cuanto a la falta de moderación, ya que —considera la Audiencia— tal facultad moderadora no implica automáticamente que se tenga que disminuir la pena fijada más si se trata de mera liquidación de daños y perjuicios, pues también es factible que equitativamente sea correcta la pena que efectivamente se lleva a cabo. Considera la Audiencia Provincial que es equitativo que el apelante pierda las cantidades desembolsadas, puesto que venía usando y disfrutando la vivienda desde la celebración del contrato.

NOTA.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que la moderación prevista en el artículo 1154 CC no procede cuando la pena se ha establecido en contemplación a un supuesto de incumplimiento parcial o retraso en el cumplimiento y se produce el incumplimiento parcial. La moderación procede cuando se ha incumplido en parte la total obligación para la que la pena se previó. La finalidad del precepto no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis, porque cuando se previó para un incumplimiento parcial, la cláusula se rige por lo previsto por las partes (SSTS de 10 de mayo de 2001 [RJ 2001/6191], 14 de junio de 2006 [RJ 2006/3133], 20 de diciembre de 2006 [RJ 2006/388], entre otras).

En el caso de la sentencia que anotamos no procede la moderación de la pena, ya que la cláusula penal pactada se previó para el caso de impago de algunos de los plazos acordados. Por otra parte, la cláusula penal sustituye la indemnización de daños y perjuicios, y en este caso, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la pérdida de las cantidades entregadas es acorde a los perjuicios ocasionados a la parte vendedora. (*L. Z. G.*)

19. Pago por tercero.—El artículo 1158 CC, con precedentes en el artículo 1099 del Proyecto de 1851 y en la regla según la que cualquiera puede pagar por el que no lo sabe, aunque se oponga, del mismo modo que se puede mejorar la condición de una persona sin su conocimiento y contra su voluntad (*solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit iure civili constitutum licere etiam ignorantis et inviti meliorem conditionem facere*: Digesto 46.3.53), contempla un pago efectuado por «cualquier persona» (que no sea el deudor —S de 4 de noviembre de 2003—, pero no porque el mismo no pueda pagar —debe hacerlo—, sino porque el mencionado precepto no tiene por función regular el pago de la deuda propia, sino las consecuencias del de la deuda ajena: S de 12 de junio de 1976). En efecto, se emplea en el artículo 1158 para la identificación del *solvens* una amplia fórmula —como dice la S de 8 de mayo de 1992— que no requiere, en contra de lo que sostienen los recurrentes, medie entre el tercero que paga y el deudor una relación contractual, para que aquel esté legitimado en el ejercicio de la acción de reembolso o, en su caso, de repetición por la utilidad producida, a que se refieren los dos últimos párrafos del artículo examinado. Es más, si entre el tercero y el deudor existiera alguna relación por virtud de la que procediera entender que el primero tenía interés en el cumplimiento de la obligación del segundo, el supuesto sería el del artículo 1210.3.º CC —al que, sin mencionarlo, también se refirió la sentencia recurrida—, con las consecuencias —distintas de las contempladas en el artículo 1158: SS de 16 de junio de 1969, 12 de junio de 1976, 29 de mayo de 1984, entre otras muchas— que señala el artículo 1212 del mismo Código. Pero es que, además, los recurrentes no sólo no han tenido en cuenta que *Santiago Montaña, S.L.* y *Transportes Kini, S.L.* estaban contractualmente unidas por una relación nacida de las ventas de carburante ni que el crédito de la primera no ha resultado finalmente satisfecho, sino tampoco —en lo que al motivo importa— que en la sentencia recurrida se atribuye a la primera sociedad la condición de fiadora de la segunda ante la emisora de las tarjetas y, en tal condición, la de pagadora de la deuda afianzada. Realidad fáctica no atacada, que sitúa el debate en la órbita de los artículos 1210.3.º y 1839 o, cuanto menos, como se afirma en la instancia, en la de los artículos 1838 y 1158, todos del Código civil. (STS de 23 de julio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—La empresa *Santiago Montaña, S.L.*, titular de varias estaciones de servicio, interpuso demanda contra *Transportes Kini, S.L.*, con la que solicitó el pago del importe correspondiente por distintos suministros de carburante. Esa sociedad era titular de una tarjeta de crédito, emitida por *Red Española de Servicios, S.A.*, que empleó para pagar una parte de tales suministros. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Écija dictó sentencia el 5 de junio de 1997, en que estimó parcialmente la demanda y condenó a *Transportes Kini, S.L.*, al pago de una parte de la suma reclamada correspondiente al importe de los suministros abonados mediante la mencionada tarjeta, por considerar que *Santiago Montaña, S.L.*, se había convertido en garante de la deuda de la titular de tarjeta con base en el contrato celebrado con la emisora. Según la sentencia, la demandante había pagado a *Red Española de Servicios, S.A.*, el importe de la deuda de *Transportes Kini, S.L.*, en los términos establecidos por el artículo 1158 CC. La Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla estimó el recurso de apelación

interpuesto por la demandante, al condenar a la demandada al pago de otras ventas de combustible a crédito en que *Transportes Kini, S.L.*, no utilizó la tarjeta. La demandada recurrió en casación, entre otros motivos, por sostener que el artículo 1158 CC presupone una relación contractual entre el tercero que paga (*Santiago Montaña, S.L.*) y el deudor (*Transportes Kini, S.L.*) inexistente en el presente caso, así como que únicamente la entidad emisora de la tarjeta de crédito podía reclamar el pago a *Transportes Kini, S.L.* El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

20. Responsabilidad contractual.—Los actores estaban enterados de que el análisis y estudio del líquido amniótico no eran verificados por el médico ginecólogo, sino por un genetista en su laboratorio, el cual, contratado por aquél, los realizaba por su encargo, de manera que los pacientes del mismo abonaban los servicios correspondientes, incluidos en las facturas, y, desde esta perspectiva, es evidente la presencia de un enlace contractual entre doña María Luisa y don Juan María, quien percibió el precio abonado por la demandante para esas tareas.

Carga de la prueba. Daño desproporcionado.—No obstante, sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la «lex artis ad hoc», no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios utilizados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización. Si se repara en la desproporción que existe entre el diagnóstico que establece el médico y el grave resultado, se infiere que estamos en presencia de uno de esos casos, en los que, conforme a la doctrina de esta Sala, corresponde a los médicos y centro sanitario implicados, en función de su cercanía a las fuentes de prueba y su mejor posición para acceder a las mismas, la carga de probar que el hecho fue imprevisible y no evitable, destruyendo la presunción de culpa que genera la anormalidad de lo que ocurrió, según las pautas que recogen las máximas de experiencia. (**STS de 19 de julio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela.]

HECHOS.—Don Darío, médico ginecólogo, confirmó a su paciente doña María Luisa que estaba embarazada, la cual, de 41 años de edad y con antecedentes de familiares con síndrome de Down, solicitó al doctor el sometimiento a las pruebas necesarias para detectar la presencia de una anomalía cromosómica y le comunicó que, si así fuera, optaría por la interrupción voluntaria del embarazo, con lo que el facultativo y la paciente convinieron para ello la práctica de la amniocentesis. A los 34 días de esa consulta, cuando doña María Luisa estaba en las quince semanas y media de gestación, el Dr. Darío procedió a extraer líquido amniótico que, en un recipiente, envió para su análisis y estudio a don Juan María, Profesor del Departamento de Genética de la Facultad de Medicina de Ciencias de Málaga. En documento de 21 de diciembre de 1992, don Juan María informó que, en el análisis no se apreció ninguna anomalía y que se trataba de un varón de constitución cromosómica

normal. El 27 de abril de 1993, mediante una intervención de cesárea de urgencia en el parto, doña María Luisa dio a luz una niña con síndrome de Down. Doña María Luisa interpuso demanda que fue estimada ante el Juzgado de Primera Instancia contra don Darío y don Juan María. La sentencia de la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia. El recurso de casación interpuesto por don Juan María se fundó en los siguientes motivos: aplicación indebida de los artículos 1101, 1104 y 1902 CC. (*E. C. V.*)

21. *Mora solvendi*. Intereses moratorios. Cantidad ilíquida. Flexibilización de la regla *in illiquidis non fit mora*.—La primitiva rigidez que se atribuía a la regla *in illiquidis non fit mora* ha sido mitigada, dándose un giro jurisprudencial a partir de la STS de 19 de junio de 1995, consolidado en la STS de 13 de octubre de 1997, consistente en reconocer el derecho del demandante a obtener el pago de los intereses moratorios aunque la sentencia conceda menos de lo pedido en la demanda. Se justifica tal solución en los principios de buena fe contractual y equivalencia de las prestaciones, así como en la consideración de la preexistencia del crédito reclamado, aunque su cuantificación final no coincida con la estimada por el demandante. Sólo una considerable distancia entre lo postulado y lo concedido ha de llevar a no reconocer el cobro de los intereses legales (SSTS de 25 de febrero de 2000, 20 de marzo de 2003 y 6 de octubre de 2006). Por último, en la perspectiva de los intereses moratorios del artículo 1108 CC, no es razonable condenar a su abono cuando la suma principal está totalmente indeterminada y corresponde a un lucro cesante, cuya cuantía habrá de concretarse en ejecución de sentencia (STS de 21 de julio de 2006). (**STS de 29 de noviembre de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela.]

HECHOS.—Los actores, don Rodolfo, en beneficio de una comunidad de bienes; doña Francisca y don Rodolfo, como arrendatarios de una finca; don José Enrique y don Romeo, como arrendatarios de otra finca; y don Millán como propietario de una finca colindante a las anteriores, demandaron a don Lucio y a la entidad *Las Nieves, S.A.T.* reclamando la indemnización de los perjuicios sufridos a consecuencia de la inundación de los terrenos de que eran titulares, que se habría producido por las obras llevadas a cabo por los demandados en la margen izquierda del río Cigüela y que había determinado un desvío de sus aguas, resultando insuficientes los cauces existentes. El Juzgado de Primera Instancia absolvió a los demandados. Interpuesto recurso de apelación por don Rodolfo y don José Enrique, la Audiencia Provincial de Ciudad Real revocó la de instancia y condenó a los demandados al pago de 7.400.819 pesetas a favor de don Rodolfo; y al abono a don José Enrique y don Romeo de la cantidad que se determinara en ejecución de sentencia con intereses legales desde la interposición de la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación de los demandados al considerar que se incurrió en incongruencia, toda vez que en segunda instancia se modificó un pronunciamiento firme, por no apelado, ya que don Romeo se había aquietado a la sentencia del Juzgado, sin deducir recurso de apelación contra la misma. (*C. O. M.*)

22. Indemnización del lucro cesante.—Entiende el Tribunal Supremo que la exigencia de lucro cesante no puede ampararse sin más y exclusivamente en la dicción genérica del artículo 1106 CC, sino que es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas. El lucro cesante o ganancia frustrada ofrece muchas dificultades para su determinación y límites. Para tratar de resolverlas, el Derecho científico sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva, que resulte del curso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto. Según nuestra jurisprudencia, ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas, pues no pueden derivarse de supuestos meramente posibles pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre. El lucro no puede ser dudoso o incierto, de ahí que se deban rechazar las ganancias fundadas en meras esperanzas o expectativas sin sustento real, y que no se pueda fijar subjetivamente por el juzgador con fundamento en la equidad. También se pone de relieve la necesidad de existencia de un nexo causal, que no es otra cosa que la posibilidad de haber podido obtener las ganancias en caso de no haberse producido el evento.

A diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso. El fundamento de la indemnización de lucro cesante ha de verse en la necesidad de reponer al perjudicado en la situación en que se hallaría si el suceso dañoso no se hubiera producido.

Entre las sentencias del Alto Tribunal que se refieren al lucro cesante, cabe destacar: 29 de diciembre de 2000, 30 de diciembre de 1977, 17 de diciembre de 1990, 29 de septiembre de 1994, 8 de junio de 1996, 30 de junio de 1993, 15 de julio y 5 de noviembre de 1998, 14 de julio de 2003, 28 de octubre de 2004, 7 de julio de 2005, entre otras. **(STS de 30 de octubre de 2007;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Las entidades enfrentadas firmaron un contrato en virtud del cual, X aportaría los medios técnicos y humanos para la coproducción del programa piloto y de los primeros 26 capítulos de la serie «Hermanos de leche», que B tiene que llevar a cabo por encargo de Antena 3 TV. La sociedad demandada (B) incumple el contrato, al encargar la realización de esos primeros 26 episodios a otra entidad distinta a la anterior. Por ello, X pide indemnización por el lucro cesante no sólo de los primeros 26 episodios pactados contractualmente, sino por los 78 capítulos que fueron inicialmente emitidos, al considerar que el contrato originario atendía a la producción de la serie durante toda la duración que tuviese la misma. El Juzgado de Primera Instancia declaró disuelto el contrato y entendió que el acuerdo se refería únicamente a los primeros 26 episodios. En apelación, la Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia de instancia y condena a la productora al abono de casi 72.000 euros en concepto de lucro cesante, resultante de los 26 episodios inicialmente producidos de la serie televisión, de los 78 capítulos que finalmente fueron emitidos.

El Tribunal Supremo, por su parte, desestimó el recurso de casación, al considerar que la duración del contrato era indetermi-

nada y estaba supeditada al éxito de la serie en esos primeros 26 capítulos. Conforme al Alto Tribunal, entre las consecuencias indemnizables del incumplimiento en que incurrió el mercantil B no cabe incluir el beneficio correspondiente a los 52 capítulos con los que se prorrogó la serie, llevados a cabo por un tercero ajeno a la entidad demandante X. La relación causal necesaria, existente en los primeros 26 capítulos de la serie, no concurre respecto de los restantes 52. Atender la pretensión de la recurrente implicaría presuponer que, en el caso de haberse ella hecho cargo de la producción de los primeros 26 capítulos, la serie hubiese gozado de la misma y necesaria aceptación de público para ser prolongada, lo que no es más que pura contingencia. Tal suposición excede el grado de certidumbre que se exige para apreciar la procedencia de la indemnización en concepto de lucro cesante. (S. L. M.)

23. Donación. Rescisión por fraude de acreedores. Carácter subsidiario de la acción pauliana: sólo procede cuando no exista otro cauce para la satisfacción del crédito. Concurrencia del requisito de la insolvencia del deudor: concepción amplia de la situación de insolvencia.—La nota más característica de la acción rescisoria es su subsidiariedad, entendida como remedio para el acreedor cuando se carezca de otro modo para la satisfacción de su crédito, lo que denota, como presupuesto fáctico necesario, la concurrencia de una situación de insolvencia en el deudor, la cual, de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial al respecto, no tiene que ser absoluta, sino que es suficiente la existencia de una notable disminución patrimonial que impida al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso; de modo que basta con que comprometa seriamente las posibilidades de satisfacción del derecho del acreedor (STS de 25 de julio de 2007). Uniéndose a ello otro presupuesto, cual es el que la desaparición o minoración patrimonial sea el resultado de una operación de transmisión de bienes por el deudor a favor de terceros, lo que exige un determinado propósito que determina el denominado *consilium fraudis*, entendido jurisprudencialmente como actividad intencionada y directamente dolosa, o bien como simple conciencia de causar el perjuicio, llegando a alcanzar cotas de cuasi-objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación (SSTS de 6 de abril de 1992 y 31 de diciembre de 1998).

Sustitución del deudor. Convenio sobre transmisión de deuda. Necesidad de consentimiento del acreedor.—La sustitución de la persona del deudor en las relaciones contractuales, o asunción de deuda, tanto en la modalidad del convenio entre los deudores como de expromisión —convenio entre el acreedor y el nuevo deudor que libere al primitivo— es indispensable en todo caso para su eficacia no el conocimiento sino el consentimiento expreso o tácito del acreedor, conforme al artículo 1205 CC, sin cuya concurrencia no puede producirse el resultado meramente modificativo de la liberación del primitivo deudor. Es aplicable en el presente caso la doctrina jurisprudencial que reitera que la novación nunca se presume, ni tampoco puede inferirse de meras deducciones o conjeturas, sino que la voluntad de novar debe constar siempre de modo inequívoco, bien por manifestarse con claridad de forma expresa bien por inducirse de actos de significación concluyente, sin que de ningún modo sea suficiente el conocimiento de la sustitución.

(STS de 19 de noviembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El demandante, don José Ángel, interesó la declaración de rescisión de la donación de un inmueble efectuada por el matrimonio formado por don Armando y doña Patricia a favor de la hija de estos últimos, al considerar que dicho negocio se había operado en fraude de acreedores pues mediante él se burlaba el derecho del actor al cobro de diversos créditos que, como tenedor de varias cambiales aceptadas por el matrimonio demandado, tenía contra aquéllos y que no habían sido atendidos a sus respectivos vencimientos. Los demandados alegaron la vulneración de la naturaleza subsidiaria de la acción rescisoria, ya que el actor pudo haberse dirigido contra don Joaquín, quien había sustituido a los demandados en las obligaciones de pago derivadas de las letras de cambio. El Juzgado de Primera Instancia estimó la acción y declaró rescindida la donación con anulación de las inscripciones registrales efectuadas. La Audiencia Provincial de Alicante confirmó la sentencia de instancia. Interpuesto recurso de casación por los demandados, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (*I. D.-L.*)

24. Tercería de mejor derecho. Preferencia para el cobro de los créditos salariales. Contenido de las garantías salariales del artículo 32.2 ET Inclusión tanto de los salarios como de las indemnizaciones por razón del contrato laboral.—La jurisprudencia de esta Sala ha variado el criterio inicialmente mantenido en la STS de 11 de mayo de 1992, para abogar por una interpretación amplia de las garantías salariales establecidas en el artículo 32.2. ET. Así, deben entenderse incluidas en el ámbito de protección salarial de dicho precepto, no sólo las retribuciones percibidas de una manera directa e inmediata por la prestación del trabajo, sino también las indemnizaciones derivadas de un contrato laboral. Se atiende para ello a la dicción del artículo 33 ET., del que se infiere un concepto amplio de salario a la hora de establecer su ámbito de protección (SSTS de 27 de julio de 2000 y 29 de marzo de 2007). Criterio que encuentra apoyo en los Autos de la Sala de Conflictos de Competencias de 27 de junio de 1992 y 4 de abril de 1994. A esto se añade la consideración de que la consecuencia legalmente prevista de la declaración de nulidad del despido de los trabajadores es la inmediata readmisión de éstos, con el abono de los salarios dejados de percibir; y que esta consecuencia legal sólo se sustituye por la indemnización, a resultas de la imposibilidad material de hacer efectiva la sentencia que declara nulos los despidos, lo que sin duda redundaría en el carácter sustitutivo del salario que cabe atribuir a las indemnizaciones laborales. (STS de 21 de noviembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—El Fondo de Garantía Salarial dedujo demanda de tercería de mejor derecho frente a las entidades C.Q., S.A. y A.G.C.V., solicitando que se declarase su preferencia para hacer efectivo su crédito de 189.369.887 pesetas, en relación con la segunda compañía, ejecutante en el juicio del que traía causa la tercería, sobre los bienes de la primera, a consecuencia del pago de los créditos salariales abonados por la actora a los trabajadores de

C.Q., S.A., a raíz de la extinción de las relaciones laborales que vinculaban a aquéllos con esta última y que determinaron la declaración judicial de insolvencia provisional de la mercantil en los correspondientes procedimientos ante la jurisdicción laboral. El Juzgado de Primera Instancia acogió parcialmente la demanda y declaró el mejor derecho del F.G.S. al cobro de 53.375.499 pesetas. La Audiencia Provincial de Madrid confirmó íntegramente la sentencia apelada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

25. La transmisión del dominio mediante compraventa no requiere como requisito previo que se haya efectuado el pago del precio.—«[...] lo que importa para la transmisión del dominio mediante compraventa no es el pago del precio, sino que el contrato o acuerdo de voluntades venga acompañado de la tradición en cualquiera de las formas admitidas en derecho» (FJ 2.º STS de 7 de septiembre de 2007).

La venta de cosa ajena no tiene como consecuencia la declaración de nulidad de la segunda venta por falta de objeto.—«[...] no cabe sostener que la segunda venta sea nula o inexistente por falta de objeto o de poder de disposición del transmitente, pues lo que dicho precepto purifica o subsana es precisamente esa falta de poder de disposición, y si la finca existe, claro está, además, que la segunda venta de esa finca habrá tenido objeto, la propia finca que se vende» (FJ 2.º STS de 7 de septiembre de 2007).

La aplicación del artículo 1473 CC no exige que la celebración de los contratos de compraventa haya tenido lugar en un corto período de tiempo.—«[...] la aplicación del artículo 1473 del Código Civil no exige necesariamente el requisito de “una cierta coetaneidad cronológica” entre las dos o más ventas en conflicto» (FJ 2.º). (STS de 7 de septiembre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El titular registral de una finca vende mediante escritura pública a dos compradores distintos la misma finca. Entre las dos ventas celebradas transcurrieron más de cinco años y sólo la segunda venta tuvo acceso al Registro de la Propiedad. No obstante, el objeto del contrato de compraventa no fue totalmente coincidente, puesto que mientras en la segunda compraventa se vendió la totalidad de la finca, en la primera el objeto de la compraventa consistió en 8 hectáreas y 72 áreas segregadas de la finca matriz de 33 hectáreas, 22 áreas y 32 centiáreas.

La segunda compradora interpone demanda contra la primera, solicitando que se declare que la finca doblemente vendida le pertenece en pleno dominio, puesto que había inscrito su adquisición en el Registro de la Propiedad. A su vez, solicita se declare nulo el título de la demandada y se le condene a hacer dejación de la finca y entregársela a la demandante. La parte demandada se opone a la demanda con base en la existencia de una venta de cosa ajena y la mala fe de la demandante, conocedora desde un principio de la venta precedente.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda al considerar que la primera venta no podía entenderse consumada porque la compradora no cumplió con sus obligaciones en orden a que-

dar subrogada en la hipoteca. Interpuesto recurso de apelación por la parte actora en la instancia, la Audiencia Provincial estima el recurso con base en las siguientes consideraciones: que se trataba de un caso de doble venta y no de venta de cosa ajena, debido a que no había llegado a consumarse la primera venta por falta de pago de la compradora; que la aplicación conjunta del artículo 1473 CC y del artículo 34 LH otorga protección a la parte demandante en la instancia; que no resulta probado que la demandada disfrutase de la posesión de la finca. Contra la sentencia de la Audiencia se interpone recurso de casación por la parte demandada, recurso que es estimado por el Tribunal Supremo.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea diferentes cuestiones de indudable interés y que están directamente relacionadas con los modos de transmisión de la propiedad en nuestro derecho, y con el ámbito de aplicación del artículo 1473 CC, en conexión con el artículo 34 LH.

El artículo 609 CC establece que «la propiedad y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición». El Derecho español está fundado en la teoría del título y el modo. Tanto nuestra doctrina más consagrada como reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo coinciden en señalar que para transmitir el dominio se requiere de título (el contrato) y modo (la tradición). En el caso del contrato de compraventa es necesario que éste se complete con la tradición para poder adquirir el dominio. Por ello lo importante para la transmisión del dominio mediante la compraventa no es que el comprador haya cumplido con la obligación de pagar el precio, sino que exista tradición, entendida como la entrega de la cosa transmitida en alguna de sus formas admitidas en derecho, que hace el transmitente al adquirente, y que éste acepta (Diez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 2005, p. 62).

En el supuesto de que se hayan celebrado dos contratos de compraventa con diferentes compradores sobre un mismo objeto, la entrega de la cosa, con la consiguiente transmisión de la propiedad en la primera venta, supone que estemos ante un caso de venta de cosa ajena y, que, por tanto, en la segunda venta el vendedor ya no sea propietario [SSTS de 14 de abril de 1992 (RJ 1992/3096), 17 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9234), 3 de abril de 1994 (RJ 1994/1647), 25 de marzo de 1994 (RJ 1994/2535)]. Este aspecto es el que distingue la venta de cosa ajena de la doble venta, puesto que en este último caso el propietario sigue siendo el mismo en las dos ventas y continúa teniendo facultades de disposición sobre aquélla [vid. STS de 19 de diciembre de 2000 (RJ 2000/10399)].

En el caso objeto de litigio se plantea el problema de determinar si se trata de un supuesto de doble venta o venta de cosa ajena. Las sentencias recurridas afirmaban que se trataba de un caso de doble venta, acudiendo al argumento de que la primera venta no se había consumado por falta de pago del precio. Al respecto, debe señalarse que el pago del precio no es requisito imprescindible para la transmisión de la propiedad, y puesto que el vendedor había otorgado escritura pública a favor de la primera compradora, que a su

vez, había entrado en posesión de la finca desde la celebración del contrato, es evidente que se había transmitido la propiedad, por lo que se trata de un caso de venta de cosa ajena y no de doble venta. En estos casos no cabe afirmar que la segunda venta sea nula o inexistente por falta de objeto, puesto que la finca existe, faltando el poder de disposición del transmitente [STS de 5 de mayo de 2008 (RJ 2008/5502). En un sentido opuesto, podemos citar la STS de 10 de junio de 2003 (RJ 2003/4598)]. En estos casos la venta de cosa ajena será ineficaz frente al verdadero propietario que podrá ejercer acción declarativa de dominio o reivindicatoria sobre el objeto de aquélla [STS de 5 de mayo de 2008 (RJ 2008/5502)].

La sentencia que anotamos resuelve el caso aplicando el artículo 1473, por lo que rompe con la línea jurisprudencial existente hasta la fecha que consideraba que el artículo 1473 CC no resultaba de aplicación a los casos de venta de cosa ajena. Hasta el año 1989 la jurisprudencia incluía en el ámbito de aplicación del artículo 1473 CC las ventas de un mismo inmueble a diferentes compradores aunque entre ellas hubiera mediado varios años, poniendo dicho precepto en conexión con el artículo 34 LH, siempre que la finca estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre del vendedor común y manteniendo en su adquisición al segundo comprador si inscribía su título en el Registro de la Propiedad antes que el primero. A partir del año 1989 se excluye del ámbito de aplicación del artículo 1473 CC la venta de cosa ajena [SSTS de 23 de mayo de 1989 (RJ 1989/3878), 8 de marzo de 1993 (RJ 1993/2052), 25 de marzo de 1994 (RJ 1994/2535). Como excepción puede verse la STS de 11 de junio de 2006 (RJ 2006/6693)].

El Supremo en la sentencia que anotamos resuelve el caso objeto de litigio, entendiéndolo que *«no hay una verdadera razón de peso para excluir del ámbito de aplicación del artículo 1473 del Código Civil las dos o más ventas de un mismo inmueble separadas por un considerable período de tiempo. De un lado, porque el propio precepto ya prevé que el primer comprador haya tomado posesión de la cosa antes que el segundo, consumándose, por tanto, la primera venta desde la perspectiva de las obligaciones del vendedor, mediante la tradición material y, sin embargo, la propiedad acabe perteneciendo a quien compró luego la misma cosa mediante un contrato intrínsecamente válido, plasmado en escritura pública, e inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad. [...] Ello no significa, sin embargo, que la segunda venta quedara excluida del ámbito del artículo 1473 CC, sino pura y simplemente, que al tratarse de una finca previamente inscrita en el Registro de la Propiedad, el problema debe resolverse conjugando dicho precepto con el artículo 34 LH»*.

Para el Supremo, teniendo en cuenta que en la segunda compradora no concurría el requisito de la buena fe que exige el artículo 34 LH, en relación con el artículo 1473 CC, a pesar de haber inscrito su derecho, no debe, por ello, decidirse a su favor el conflicto de la finca litigiosa, sino a favor de la primera. Por este motivo, para el Supremo en este caso la inscripción registral no debe decidir a favor de la segunda compradora el conflicto sobre la propiedad de la finca litigiosa al faltar la buena fe exigida tanto por el

artículo 34 LH como por la jurisprudencia que interpreta el párrafo segundo del artículo 1473 CC.

La concurrencia del requisito de la buena fe del que inscribe en el Registro de la Propiedad viene siendo exigida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para obtener la protección que otorga el Registro. El requisito de la buena fe debe entenderse como un estado de conocimiento, es decir, la creencia o ignorancia de si la situación registral era o no exacta, respecto de la titularidad dominical que proclama. Por ello, la preferencia otorgada por el artículo 1473 CC, en su párrafo segundo al comprador que inscribe en el Registro descansa en el indispensable requisito de la buena fe [SSTS de 18 de febrero de 1974 (RJ 1974/924), 5 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9046), 1 de junio de 2000 (RJ 2000/4398), entre otras]. No obstante, es importante tener en cuenta que cuando la jurisprudencia aplica este criterio lo hace respecto de los casos de doble venta, a los cuales aplica el artículo 1473 CC, y no de venta de cosa ajena [Sobre este particular, vid. SSTS de 5 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9046), 1 de junio de 2000 (RJ 2000/4398), 14 de junio de 2000 (RJ 2000/4413)]. (L. Z. G.)

26. Doble venta de bienes inmuebles. Necesidad de que concurra el requisito de la buena fe para la aplicación de la preferencia contenida en el artículo 1473.2 CC.—Es doctrina constante del Tribunal Supremo que en caso de doble venta el artículo 1473, en su párrafo segundo, requiere, para otorgar preferencia al titular que primero inscriba, que se cumpla el requisito de la buena fe, en armonía con lo establecido en el artículo 34 LH, debiendo tener en cuenta que la buena fe se presume siempre, en tanto no sea declarada judicialmente su inexistencia. (STS de 14 de septiembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Doña Isabel vende a IMM22, S.L. determinada finca mediante documento privado, en el que se acuerda que el otorgamiento de la escritura pública tenga lugar dentro de los ciento sesenta días siguientes a la fecha de celebración del contrato. Tres meses más tarde, doña Isabel compareció ante Notario para que se requiriera de resolución a la parte compradora como consecuencia de la falta de pago de uno de los plazos acordados. Ofrecido el pago a la vendedora, ésta rechaza el pago alegando que la parte compradora había incumplido el plazo, no siendo posible aceptar el pago porque se había formulado ya requerimiento resolutorio.

Dos semanas antes de que se cumpliera el plazo de los ciento sesenta días para el otorgamiento de la escritura pública, doña Isabel fue requerida por la parte compradora para que compareciera al acto de otorgamiento. Llegada la fecha, doña Isabel no comparece. Tras dicho requerimiento, doña Isabel vende nuevamente la finca a B., S.A., que inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad, a pesar de tener conocimiento de la primera venta realizada.

La primera compradora interpone demanda solicitando, entre otros pedimentos, se declare su derecho de propiedad sobre la finca objeto de litigio, a la vez que la nulidad de la segunda venta por falta de objeto. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda inter-

puesta. B. S.A. interpuso recurso de apelación que fue desestimado por la Audiencia Provincial. Contra dicha resolución se interpone recurso de casación.

NOTA.—El artículo 1473 CC, aplicable en casos de doble venta, establece, en su párrafo segundo, que en caso de que una misma cosa inmueble se hubiere vendido a diferentes compradores, «*la propiedad pertenecerá al que antes la haya inscrito en el Registro*». Aunque el citado precepto no hace referencia a la necesidad de que concurra buena fe en la persona que inscribe, sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en la necesidad de que la buena fe exista para obtener la protección que dispensa el Código civil, en consonancia con el significado y alcance del Registro de la Propiedad en nuestro ordenamiento, y en especial por el principio de la fe pública y consiguiente legitimación registral que del mismo se deduce [SSTS de 30 de enero de 1960 (RJ 1960/895), 24 de enero de 1969 (RJ 1969/201), 5 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9046), 1 de junio de 2000 (RJ 2000/4398), 14 de junio de 2000 (RJ 2000/4413), 7 de septiembre de 2007 (RJ 2007/5303)]. En estos casos la buena fe deberá entenderse en el sentido de conocimiento y no de mera conducta, lo que consistirá en la creencia o ignorancia de si la situación registral era o no exacta, respecto de la titularidad dominical que proclama, debiendo tener en cuenta que la buena fe se presume siempre, salvo prueba en contrario. Por todo ello, resulta evidente que la prueba del conocimiento efectivo por parte del segundo comprador de la primera venta efectuada sobre la misma finca destruye toda presunción de buena fe y excluye la aplicación del criterio de preferencia contenido en el artículo 1473 CC para el caso de doble venta de bienes inmuebles. (L. Z. G.)

27. Necesidad de distinguir el vicio de incongruencia de la falta de motivación.—«Aun cuando el derecho a la tutela judicial efectiva puede determinar el vicio de incongruencia, la incongruencia omisiva exige la falta de respuesta sobre algún punto esencial o cuestión sustancial del pleito, [...] y es evidente que desde el punto de vista de la tutela judicial el deber de congruencia consiste en el derecho a obtener una respuesta motivada y fundada en Derecho no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda resultar discutible o quepa disentir de ella [...]» (FJ 2.º, STS de 27 de septiembre de 2007).

El ejercicio del derecho de opción de compra tiene como efecto la perfección automática del contrato de compraventa, requiriendo para su adecuada consumación el requisito de la traditio.—«Es cierto que una opción de compra ejercitada no es título de dominio alguno, pues con ella lo único que se produce es la perfección del contrato de compraventa proyectado, pero no su consumación. Con el ejercicio del derecho de opción de compra éste queda consumado y extinguido, mientras que el contrato de compraventa queda automáticamente perfeccionado y sometido a su propia regulación, en la que figura el artículo 1450 CC que mantiene desde luego la perfección del contrato, aunque ni la cosa ni el precio se haya entregado, requiriendo para su adecuada consumación la *tradição* de la cosa vendida en cualquiera de sus formas, a fin de dar cumplimiento a los artículos 609 y 1095 CC. Con el ejercicio en forma positiva de la opción se tiene título, pero no el modo en cual-

quiera de sus formas [...]». (STS de 27 de septiembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La parte actora interpone demanda sobre reclamación de cantidad contra la mercantil X. S.A., por impago de las rentas correspondientes al arrendamiento del local de negocio, durante el período comprendido entre febrero de 1992 y noviembre de 1998, fecha en la que se otorga escritura pública de venta como consecuencia del ejercicio del derecho de opción contenido en el contrato. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, sentencia que es confirmada por la Audiencia Provincial.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea dos cuestiones bien diferenciadas: en primer lugar, la necesidad de distinguir el vicio de incongruencia de la falta de motivación; en segundo lugar, los efectos que se derivan del ejercicio del derecho de opción.

Por lo que respecta a la distinción entre el vicio de incongruencia y la falta de motivación, es importante aclarar que, aunque ambos términos entroncan en el plano del derecho a la tutela judicial efectiva, sin embargo, el vicio de incongruencia es un desajuste material entre el fallo judicial y los términos en los cuales las partes formulan sus pretensiones. El derecho a la tutela judicial efectiva incluye el de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada que se ajuste al núcleo de las pretensiones deducidas por las partes, de modo que si la resolución que pone término al proceso guarda silencio o deja imprejuizada algunas de las cuestiones que constituyen el centro del debate procesal se produce una falta de respuesta o incongruencia omisiva contraria al mencionado derecho fundamental [STC 67/2001, de 17 de marzo (RTC 2001/67), STC 6506/2006, de 20 de septiembre (RTC 2006/6506)]. En este sentido, aunque es cierto que la sentencia objeto de anotación no hace referencia a la reclamación relativa a las rentas ni a la reclamación del pago del Impuesto de Bienes Inmuebles, sin embargo, debe entenderse que al desestimar la demanda y considerar extinguido el contrato por el ejercicio del derecho de opción de compra, el Juzgado de Primera Instancia desestima también las peticiones señaladas. La congruencia exigible, desde la perspectiva del derecho fundamental que consagra el artículo 24.1 CE comprende la obtención de una respuesta razonada a las pretensiones de las partes, pero no un razonamiento autónomo y pormenorizado de todos y cada uno de los fundamentos jurídicos en que aquéllas se sustentan.

En relación al derecho de opción de compra, es doctrina jurisprudencial reiterada que entre los efectos de la opción, que se perfecciona una vez debidamente ejercitada, se sitúa el que el contrato de compraventa queda sometido a su propia regulación, lo que supone perfección del contrato aunque ni la cosa ni el precio se hayan entregado [STS de 3 de febrero de 1992 (RJ 1982/815)]. Una vez ejercitada la opción por el optante, dentro del plazo señalado y comunicada al concedente, se extingue la opción y nace y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa [SSTS de 16 de abril de 1979 (RJ 1979/1401), 23 de diciembre de 1991 (RJ 1991/312), 1 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10244), 14 de febrero de 1992 (RJ 1997/706), 18 de julio de 2006 (RJ 2006/4949)]. Distinto es, tal y como se indica

en la sentencia objeto de anotación, que se produzca la consumación del contrato, lo que requerirá la entrega de la cosa, entrega que en el caso de la sentencia también había tenido lugar. (L. Z. G.)

28. Contrato de compraventa. Resolución por ocultar la condición de no edificable del terreno vendido. Aplicación de la regla del artículo 1.483 CC sobre saneamiento por gravámenes ocultos: es imprescindible que los adquirentes desconozcan la situación urbanística concreta.—

Es constante la jurisprudencia que exige, para que proceda la resolución contractual permitida en el artículo 62 TR de la Ley del Suelo de 1976, por no haberse hecho constar la naturaleza de inedificable del terreno vendido, que los adquirentes no alcancen conocimiento, al tiempo de formalizar el contrato, de la situación urbanística concreta, tal como se exige para la procedencia de la regla del artículo 1483 CC (SSTS de 23 de octubre de 1997, 17 de noviembre de 2006 y 3 de marzo de 2000, entre otras). Sin que la buena fe imponga al vendedor un deber especial de información respecto de extremos cuyo conocimiento puede fácilmente obtenerse mediante una consulta, que implica una mínima diligencia por parte de quien se propone comprar con un determinado objetivo que supone una cierta calificación urbanística; a no ser que se trate de circunstancias o condiciones que supongan una modificación o alteración de hecho respecto de la que se reflejen en los registros o archivos. No es aplicable el precepto resolutorio cuando las fincas, pese a silenciarse el carácter de no edificable, se vendieron como rústicas, a precio de rústicas y su situación urbanística era fácilmente conocible con una mera consulta de los registros públicos.

Resolución contractual. Devolución de lo que hubiera sido objeto del contrato. Inaplicabilidad del artículo 1295 CC a los supuestos de resolución.—La regla del artículo 1295.2 CC, que impide la rescisión del contrato cuando las cosas objeto del mismo se hallen legalmente en poder de terceras personas que no hubieran procedido de mala fe, no es aplicable a los supuestos de resolución, pues la imposibilidad de restitución *in natura* no impide el ejercicio de la acción resolutoria. Otra cosa es que dicha pérdida o deterioro modalicen la acción, o que la imposibilidad de restitución *in natura* incida en la restitución, que es un efecto de la resolución, pero no un presupuesto de la misma, ya que si el contratante perjudicado ha transmitido o transformado los bienes, ello no le impide la resolución, sino que es señal de que ha optado por otro remedio, como puede ser el indemnizatorio. (STS de 8 de noviembre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—La mercantil Coburt demandó a don Alberto y a su cónyuge, cuya identidad desconocía, reclamando la rescisión del contrato de compraventa de diversos terrenos que la actora había adquirido a los demandados. La base principal de la reclamación residía en la infracción del artículo 62 del TR de la Ley del Suelo de 1976, vigente en aquel entonces, ya que en las escrituras de transmisión no se hizo constar el carácter de inedificable de dichas parcelas. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Burgos estimaron la acción y condenaron a la devolución del precio de la compra más intereses. Poco después, doña Pilar, cónyuge del demandado, interpuso un recurso de audiencia al rebelde que fue estimado, con devolución del asunto al Juzgado de proce-

dencia. La instante alegó la inaplicabilidad del precitado artículo 62 así como la improcedencia de la rescisión de los contratos dado que, cuando la acción se ejercita por la actora, los inmuebles habían sido adquiridos por un tercero, de suerte que no estaba la demandante en situación de devolver aquello que había recibido, tal como exige el artículo 1295.2 CC. El Juzgado estimó la pretensión de rescisión de la sentencia anteriormente dictada, y absolvió a los demandados. No obstante, la Audiencia Provincial de Burgos estimó el recurso de apelación de la entidad Coburt y dejó sin efecto la rescisión de la sentencia, manteniendo la efectividad de la condena a devolver el importe del precio recibido. Interpuesto recurso de casación por el matrimonio demandado Sres. A. y F., el Tribunal Supremo dio lugar al mismo. (*L. A. G. D.*)

29. Contratos. Incumplimiento: entrega de cosa distinta a la pactada. Doctrina del *aliud pro alio*. Objeto inhábil para cumplir su finalidad.—Uno de los supuestos de incumplimiento que abren paso a la protección que dispensan los artículos 1101 y 1124 CC, susceptible también de ser contemplado bajo el principio de la identidad e integridad del pago (art. 1166 CC), es el de entrega de cosa distinta o *aliud pro alio*, que se produce cuando el objeto entregado por el vendedor es inhábil para el cumplimiento de su finalidad (SSTS de 29 de abril de 1994, 10 de julio de 2003 y 23 de marzo de 2007). La acción de saneamiento por vicios ocultos no presupone necesariamente un incumplimiento sustancial de la obligación de entrega, pues éste tiene por objeto la cosa vendida en el estado en que se hallare al tiempo de la perfección del contrato y, en consecuencia, la acción por incumplimiento cuando existe un *aliud pro alio* no está sujeta al plazo de caducidad de las acciones edilicias. Doctrina mediante la cual se remedian los abusos en que se traduciría la aplicación excluyente de la acción de saneamiento. (**STS de 9 de julio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Cada uno de los actores había adquirido su piso y, separadamente, una plaza de garaje que llevaba anejo un trastero. Estos cuartos trasteros, dada la falta de sistema de ventilación, sufrían una excesiva y anormal condensación de humedad que provocaba permanentemente daños a los bienes almacenados en ellos. Los adquirentes demandaron a la promotora reclamándoles la realización de las oportunas obras de adaptación más diversas indemnizaciones. La demandada opuso la caducidad de la acción, al estimar que había transcurrido el plazo de seis meses correspondiente a la redhibitoria por defectos ocultos. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Barcelona consideraron que se ejercitaba la acción personal por incumplimiento contractual por inhabilidad del objeto para el uso a que ha sido destinado (*aliud pro alio*). Estimaron parcialmente la demanda y condenaron a la instalación de un sistema de ventilación y a una indemnización a cada demandante por la privación temporal del uso del trastero. Interpuesto recurso de casación por la demandada, el Tribunal Supremo no dio lugar al mismo. (*L. A. G. D.*)

30. No es necesaria la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento para la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento, bastando con la frustración de la finalidad económica del contrato.—«La doctrina jurisprudencial de esta Sala ha sufrido un cambio evolutivo progresivo en el sentido de abandonar el requisito subjetivista de la voluntad deliberadamente rebelde, sustituyéndolo por el impago en el sentido objetivo, con lo que ya no se viene exigiendo una actitud dolosa del comprador para que la resolución por incumplimiento de pago pueda tener lugar [...], bastando con que se frustre la finalidad económica de la relación, imputable al comprador o sucesores que resulten obligados, y no satisfacen el precio que se había acordado para la transmisión dominical. Esta doctrina se presenta acomodada a los tiempos actuales para las situaciones de incumplimiento contractuales, ya que frente al vendedor que cumple el comprador incumplidor desequilibra la relación contractual al incurrir en impago voluntario». (STS de 17 de octubre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don Juan Pablo celebra un contrato de compraventa de vivienda mediante precio aplazado. En la cláusula sexta del contrato las partes acuerdan que la parte vendedora podrá ejercitar la acción resolutoria del contrato, vía artículo 1504 CC, en el caso de falta de pago de cualquiera de las cantidades aplazadas o el incumplimiento por causas que le sean imputables de cualquier otra obligación, asumida por el comprador. En ese caso las partes acordaron que el vendedor haría suya las cantidades hasta el momento entregadas en concepto de indemnización por incumplimiento contractual, pasados sesenta días del mismo. Don Juan Pablo requirió a la parte compradora para que abonara determinadas cambiales, advirtiéndole de la posibilidad de hacer valer la condición resolutoria pactada. Los demandados contestaron a dicho requerimiento manifestando que no adeudaban cantidad alguna, requiriendo a su vez al vendedor para que otorgara escritura pública. Don Juan Pablo interpone demanda solicitando la resolución del contrato de compraventa, así como el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados (rentas dejadas de percibir, importe de desperfectos materiales y gastos de adecuación para su reutilización). El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda interpuesta. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

NOTA.—La sentencia que anotamos resuelve un caso en el que se plantea la necesidad o no de que exista una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento para que la resolución del contrato de compraventa pueda tener lugar. La doctrina jurisprudencial más reciente considera que es posible la resolución del contrato, sin necesidad de que exista una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, cuando se haya frustrado la finalidad económica de la relación, lo que tendrá lugar en los casos en que el comprador haya dejado de satisfacer el precio acordado [SSTS 5 de junio de 1989 (RJ 1989/4298), 11 de marzo de 1991 (RJ 1991/2206), 9 de marzo de 2005 (RJ 2005/2219), 3 de febrero de 2006 (RJ 2006/2020), entre otras]. (L. Z. G.)

31. Resolución del contrato por incumplimiento.—La jurisprudencia, a la hora de interpretar el artículo 1124 CC, ha abandonado hace tiempo las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, o, en otros casos, una voluntad obstativa al cumplimiento, para afirmar en la actualidad que basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento o producida por causa imputable al que pide la resolución, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato.

Requerimiento del artículo 1504 CC.—El requerimiento del artículo 1504 CC tiene el valor de una intimación referida, no al pago del precio, sino a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculo a este modo de extinguirla. Es válido el requerimiento en el que se condiciona la resolución contractual al pago de las cantidades adeudadas en un plazo que discrecionalmente concede el vendedor al comprador de tal suerte que la inserción en el requerimiento de una cláusula de resolución de otro de previo pago no le priva de su eficacia obstativa y resolutoria. Cursado el referido requerimiento, como ocurrió en el caso de autos, la resolución, se produce de manera automática, pudiendo ejercitarse ya en la vía judicial, ya fuera de ella, a voluntad del acreedor.

Moderación de la cláusula penal.—Aun cuando ciertamente el artículo 1154 CC, que también cita la recurrente, atribuye al Juzgador la facultad de moderar equitativamente la pena cuando la obligación se ha incumplido parcialmente o se ha cumplido irregularmente, tal facultad radica en la soberanía de los órganos jurisdiccionales de instancia. (STS 17 de julio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don José Almagro Nosete.]

HECHOS.—*Proplasa, S.L.* formuló demanda solicitando que se declarase resuelto y sin efecto alguno el contrato de compraventa de fecha 5 de diciembre de 1990 y el de opción de compra previo de fecha 2 de octubre de 1990, por imposibilidad de su cumplimiento y condenase solidariamente a los demandados, doña Olga y don David, a devolverle las cantidades en su día pagadas, a pagar los intereses moratorios, y los daños y perjuicios. La actora, sin dejar de reconocer en la demanda la demora por su parte en la entrega de parte del precio pactado en la compraventa, denunciaba la puesta a la venta por los demandados de los referidos inmuebles, pese a haberles cursado el requerimiento notarial al objeto de que se abstuvieran de efectuar oferta, venta o cualquier acto de disposición sobre las fincas cuya titularidad se irrogaba. Los demandados contestaron la demanda alegando que quien incumplió el contrato de opción de compra de forma reiterada fue la propia parte demandante, a quien a pesar de ello, se le notificó notarialmente la resolución, y se le ofreció, de buena fe y de forma gratuita, otro plazo para que cumpliera con el pago, oferta que no fue aceptada por omisión. Efectivamente, en fecha 5 de febrero de 1992, ante la imposibilidad de la mercantil de llevar a cabo los pagos previstos se suscribió nuevo contrato, con entrega de nuevo importe y aplazando el total adeudado al 5 de diciembre de tal año, pactándose expresamente entonces la inmediata resolución del contrato en caso de impago, sin derecho de la mercantil a recuperar suma alguna de las abonadas, imputándose lo pagado a indemnización por daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda interpuesta por *Proplasa, S.A.* La Audien-

cia Provincial confirmó la mencionada resolución. En ambas instancias se alcanzó igual conclusión. Se rechazaron las pretensiones de la compradora demandante, a quien, por el contrario, debía imputarse, decía la sentencia de primera instancia, las consecuencias de haber en todo momento frustrado el fin económico del contrato y las legítimas expectativas de los vendedores. Se acogió, en definitiva, la *exceptio non adimpleti contractus* esgrimida por los demandados, se rechazó también la pretensión indemnizatoria accesoria, así como la pretendida moderación de la cláusula penal, suscitada en la alzada, como cuestión nueva. *Proplasa, S.A.* interpuso recurso de casación fundado en la infracción de los artículos 1124 y 1504 CC por entender que para que opere la resolución será necesario la devolución por parte del vendedor de la parte del precio recibido, y que deberá ser, en todo caso, el Juez, pudiendo hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 1154 CC, el que establezca la cantidad a retener por la parte vendedora. (*E. C. V.*)

32. Infracción por aplicación indebida del artículo 1504 CC, interpretado de forma complementaria con el artículo 1124 CC.—«Es cierto que el artículo 1504 CC establece, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1124 CC, la facultad resolutoria del vendedor, que no ha percibido el precio en el plazo pactado, para operar la resolución del contrato. Pero ha de observarse que la obligación fundamental del comprador de pago del precio no puede desligarse del resto de las obligaciones prefijadas en el contrato que afectan al vendedor de modo que la suspensión de la obligación de pago del precio pactado no ha de quedar reducida al supuesto de perturbación en la posesión o dominio de la cosa adquirida a que se refiere el artículo 1502 CC, que parte del cumplimiento por el vendedor de sus propias obligaciones y únicamente constituye un caso concreto para tal suspensión, ya que la facultad resolutoria formulada de modo general en el párrafo primero del artículo 1124» contempla el caso de que sea únicamente uno de los obligados el que no cumpliera lo que le incumbe dado que las obligaciones de carácter recíproco implican la necesidad de adecuado cumplimiento por cada una de las partes» (FJ 3.º, STS de 9 de octubre de 2007).

Procedencia de la acción rescisoria al haberse contratado sobre cosa litigiosa.—«La finalidad de tal facultad rescisoria para la parte demandante tiende a impedir que la sentencia que recaiga en el pleito sobre la cosa litigiosa no se pueda hacer efectiva o cumplirse, o, lo que es lo mismo, evitar una defraudación potencial de derechos de un tercero: el demandante que espera ser beneficiado por la decisión judicial que ponga fin al litigio a que se encuentra sometida la cosa, habiendo declarado también esta Sala que la cosa se considera litigiosa desde que se interpone la demanda referida a ella; interpretación que apartándose de aquellas otras que exigen el previo aplazamiento de la parte demandada ha de considerarse como más adecuada para la finalidad de dicha facultad resolutoria y que, además, resulta conforme con las nuevas disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil de enero de 2000 [...]». (**STS de 9 de octubre de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Doña Paula interpone demanda contra doña Carolina solicitando se declare la validez y vigencia del contrato celebra-

do en documento privado entre demandante y demandada, mediante el que esa última vendió a aquella determinada finca; se declare que la demandante no ha incumplido los términos del referido contrato; se condene a la demandada la entrega de la finca a la demandante mediante el otorgamiento de escritura pública de compraventa, según las condiciones expresadas en el contrato celebrado. La parte actora afirma que la resolución contractual unilateral verificada por la demandada, mediante requerimiento notarial, que no fue aceptada por la compradora, no es ajustada a Derecho. Cuando se procedió a anotar preventivamente la demanda en el Registro de la Propiedad, se comprobó que la vendedora ya no era propietaria de la finca, ya que la había vendido mediante escritura pública a C. S.L. Como consecuencia de ello la parte actora interpone nueva demanda, solicitando la nulidad de la compraventa por ilicitud de la causa y en su defecto la rescisión contractual por versar el contrato sobre cosa litigiosa. El Juzgado de Primera Instancia desestima ambas demandas. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por doña Paula.

NOTA.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que la facultad de resolución por incumplimiento que contempla el artículo 1124 CC exige ineludiblemente que el que pretende la resolución haya cumplido las obligaciones que a él le incumben, por lo que el incumplimiento de las obligaciones por ambas partes contratantes priva de eficacia al requerimiento resolutorio [SSTS 5 de junio de 1989 (RJ 1989/4298), 14 de julio de 2003 (RJ 2003/4635), 9 de marzo de 2005 (RJ 2005/2219)]. No obstante, es posible interponer acción rescisoria, vía artículo 1291.4 CC, en los casos en que se haya contratado sobre cosa litigiosa, tal y como ocurre en el presente caso, siendo su finalidad la de evitar una defraudación potencial de los derechos de terceros. (L. Z. G.)

33. «Invalidez» de donación sobre bienes inmuebles por falta de otorgamiento de escritura pública.—«[...] la donación de bienes inmuebles supone una excepción al principio general de libertad de forma, siendo la necesidad de plasmación de la donación en escritura pública un requisito *ad solemnitatem* o sea especial para la eficacia del mismo que exige nuestro Código civil, concretamente en su artículo 633 y con ello se rompe la norma general de nuestro sistema contractual, absolutamente impregnado por un principio espiritualista, para el que la forma escrita se exige únicamente como requisito *ad probationem* (FJ 2.º). (STS de 10 de septiembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—El padre de las demandadas prepara en una notaría un documento en virtud del cual cede, a título gratuito, unas fincas a favor de los demandantes, con la condición de que se hicieran cargo de sufragar los gastos e impuestos que se originasen como consecuencia de la transmisión. El padre de las demandadas falleció sin haber elevado a público el documento. Los demandantes solicitan la formalización del documento en escritura pública. Las demandadas se oponen a ello alegando, principalmente, que el

documento privado es nulo por no haberse otorgado escritura pública. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta al considerar que tratándose de una donación de bienes inmuebles, para su validez, debía haberse formalizado en escritura pública. La Audiencia Provincial confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

NOTA.—El artículo 633 CC requiere que se cumpla ineludiblemente el requisito de la escritura pública para que las donaciones de inmuebles puedan considerarse válidas. Cuando el artículo 633 hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública, no se refiere a cualquier escritura pública, sino a una específica en la que deben expresarse el *animus donandi* del donante y la aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial [SSTS de 22 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7795), 10 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9285), 24 de septiembre de 1991 (RJ 1991/6061), 25 de octubre de 1993 (RJ 1993/481), 10 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8465), 23 de octubre de 1995 (RJ 1995/7737), 31 de julio de 1999 (RJ 1999/6221), 25 de enero de 2007 (RJ 2007/593), 26 de febrero de 2007 (RJ 2007/1769)]. (L. Z. G.)

34. Donación *mortis causa*. Cumplimiento de las formalidades testamentarias para la validez y eficacia de la donación y de su revocación.—Según manifiesta el propio Tribunal Supremo, existe una jurisprudencia constante que exige las formas y solemnidades testamentarias para la validez y eficacia de las donaciones *mortis causa*, así como para su revocación (SSTS de 25 de julio de 1996, 12 de marzo de 2004).

Nulidad de la donación de inmuebles bajo la forma de compraventa simulada.—La donación de bienes inmuebles realizada bajo la forma de compraventa simulada es completamente nula o inexistente, conforme ha declarado el Tribunal Supremo en la STS de 11 de enero de 2007. (STS de 20 de noviembre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—Doña P. y doña I. firmaron dos escrituras públicas de compraventa de sendos inmuebles. Posteriormente, P. presentó una demanda contra I en la que solicitó: (1) que se declarara la nulidad de las escrituras de venta, por tratarse de una simulación absoluta (falta de precio y de causa onerosa); (2) que dicha nulidad no convierte a las escrituras de compraventa en donaciones, puesto que no cumplen los requisitos formales exigidos para estas últimas, (3) en el caso de que se considere que existen donaciones, que dichas donaciones son *mortis causa* y que procede su revocación por el donante; (4) si se estima que se trata de donaciones puras, que se declare su revocación por ingratitud de la donataria (que ha denegado alimentos a la donante); (5) subsidiariamente, que se declaren nulas las escrituras, porque la demandada obtuvo el consentimiento de la demandante a través de palabras y maquinaciones insidiosas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, y declaró la nulidad de las ventas y la validez de las donaciones encubiertas, desestimando el resto de las pretensiones. Doña P. pre-

sentó un recurso que fue estimado en parte por la Audiencia, que declaró la ineficacia de las compraventas y la existencia de dos donaciones *mortis causa* que han sido revocadas por la donante. Contra la sentencia de la Audiencia, doña I presentó recurso de casación en el que impugna la existencia de donaciones *mortis causa*, puesto que no se otorgaron con arreglo a las solemnidades testamentarias, y lo mismo sucede con su revocación.

NOTA.—Esta sentencia es posterior en diez meses a la sentencia de 11 de enero de 2007 del Pleno de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de la que también fue ponente Antonio Gullón Ballesteros. En ella no se consiguió el consenso de todos los magistrados respecto a la validez o ineficacia de la donación de inmuebles encubierta por una escritura pública de venta, pues, aunque fue firmada por siete magistrados, contó con un voto particular firmado por los otros cuatro magistrados que constituyen la Sala 1.^a del Tribunal Supremo. Sobre dicha sentencia y el voto particular existe un interesante comentario de M.^á Ángeles Parra Lucán, «Nulidad de la donación de inmuebles oculta bajo escritura pública de compraventa simulada», disponible en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=462>. (L. P. S. M. P.)

35. Donación onerosa o modal.—La donación modal, aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado, como dice el artículo 619 CC, se rige por la normativa de la donación en la parte que exceda del valor de gravamen impuesto, añade el artículo 622, aunque lo hace con imprecisión terminológica al referirse a la remuneratoria, lo que ha sido superado por doctrina y jurisprudencia (S de 27 de julio de 1994 y las que en ella se citan). El modo, carga o gravamen puede ser cualquier tipo de actuación o conducta, aún no evaluable económicamente (S de 23 de noviembre de 2004) o puede ser un motivo, finalidad, deseo o recomendación (SS de 11 de diciembre de 1988 y 27 de diciembre de 1999) o, en definitiva, el cumplimiento de una obligación como determinación accesoria de la voluntad del donante (S de 6 de abril de 1999). Y esta amplia variedad de objeto del modo, comprende también la destinación, acción y efecto de destinar, es decir, el caso de que el donante impone el destino que ha de tener la cosa donada.

Revocación por el incumplimiento de cargas (donación).—El artículo 647 CC dispone: La donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso. En este caso, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria. Es de sobras conocido que cuando emplea la expresión «condiciones» se está refiriendo al modo, no a las condiciones en sentido jurídico preciso. Por lo cual, el incumplimiento del modo puede dar lugar a la revocación de la donación modal, aunque ciertamente es más bien una resolución, como se desprende del segundo párrafo del artículo transcrito, que atribuye a la revocación efectos *ex tunc*, con la ineficacia de los actos dispositivo realizados, a salvo la protección al tercero hipotecario derivada del principio de fe pública registral que consagra el artículo 34 LH.

Legitimación. Transmisibilidad de la acción.—A falta de un supuesto normativo que regule la transmisión *mortis causa* de la acción de revocación de la donación onerosa por el incumplimiento del modo a favor de los herederos del donante, el Tribunal Supremo viene declarando que dicha transmisión debe admitirse. Este ejercicio se verá limitado, sin embargo, si el donante no quiso la revocación o no quiso ejercitar la revocación pudiendo hacerlo (STS de 11 de diciembre de 1975 citando a otras anteriores).

Caducidad.—El plazo para el ejercicio de la acción de revocación de la donación onerosa es un plazo de caducidad, siendo éste según una parte de jurisprudencia de un año (STS de 11 de marzo de 1998), y según otra de cuatro, contado desde el momento en el que se conoce el incumplimiento del modo, y no desde la celebración de la donación en la escritura pública (STS de 23 de noviembre de 2004). **(STS de 20 de julio de 2007; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—En el año 1937 se celebró un contrato de donación entre el Ramo de Guerra, actualmente Ministerio de Defensa español (donatario) y don Manuel (donante) de unas fincas que pertenecían a este último, bajo la condición de que las referidas fincas estuvieran destinadas al servicio del Ramo de Guerra como campamento o base militar. En 1997 el donatario transfirió la propiedad de las fincas donadas a una Cooperativa de Viviendas. Los causahabientes del donante interpusieron demanda contra el Ministerio y la Cooperativa solicitando que se revocase la donación efectuada por don Manuel a favor del mencionado Ministerio por falta de cumplimiento de la carga impuesta en ella y que se rescindiesen o resolviesen los contratos de enajenación de los bienes dotados celebrados por el donatario con la citada Cooperativa de Viviendas. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial entendieron que se trataba de una donación simple por lo que el Ministerio pudo celebrar la venta al tercero desestimando, en consecuencia, íntegramente la demanda. La parte actora interpuso recurso de casación en el que alegó la infracción del artículo 647 CC en relación con el artículo 3.1 del mismo código, así como la infracción de los artículos 1091, 1255, 1256, 1262 y 1124 CC. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso debido a que la donación efectivamente contenía un modo concreto, incumplido por el donatario. (*M. L. K.*)

36. Inexistencia de abuso del derecho o enriquecimiento injusto en el caso de reducción por el tribunal a quo de la indemnización por desistimiento del arrendatario.—La doctrina más reciente del Tribunal Supremo se ha inclinado por admitir que la cuantía de la indemnización por desistimiento del arrendatario debe fijarse en atención a las circunstancias de cada caso, atendiendo a valoraciones tales como que el arrendador haya podido explotar el local o concertar un nuevo contrato de arrendamiento en condiciones económicas satisfactorias (FJ 2.º). **(STS de 30 de octubre de 2007; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El 1 de marzo de 1991 don Ramón celebra un contrato de arrendamiento con la mercantil G., S.A., acordando el pago

de una renta mensual de 260.000 pesetas más I.V.A. y una duración de diez años. La arrendataria interpuso demanda solicitando se condenara al demandado a la devolución a la actora de la fianza, intereses, gastos y honorarios, todo ello sin perjuicio de ulterior y cumplida liquidación, por haber sido rescindido el contrato tres años después de celebrado el contrato, al no servir el local para el fin para el que fue arrendado. El demandado contestó a la demanda oponiéndose a la misma y formuló reconvencción solicitando que se condenase al actor a abonarle el importe de la renta correspondiente al tiempo de duración pactada en el contrato. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la reconvencción. La sociedad demandante recurrió en apelación y la Audiencia Provincial estimó en parte la reconvencción condenando a la demandante al pago de una indemnización.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea el problema de determinar las consecuencias que, en relación al pago de una indemnización, se derivan del desistimiento por el arrendatario del contrato de arrendamiento bajo el régimen de la anterior Ley de Arrendamiento Urbanos.

El artículo 56 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en la redacción del Texto Refundido de 1964, dispone que *«durante el plazo estipulado en el contrato, el arrendatario o subarrendatario, lo sea de vivienda o de local de negocio, vendrá obligado al pago de la renta, y si antes de su terminación lo desaloja, deberá notificar su propósito por escrito al arrendador o subarrendador con treinta días de antelación, por lo menos, e indemnizarle con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato, quedare por cumplir»*. Aunque la jurisprudencia ha mantenido en ocasiones el criterio de la imposibilidad de modificar la indemnización que corresponda según el artículo 56 LAU, la jurisprudencia más reciente admite que pueda fijarse la cuantía de la indemnización por desistimiento del arrendatario atendiendo al caso concreto, para así evitar notorios desequilibrios entre las partes o situaciones de enriquecimiento injusto [SSTS de 2 julio 1984 (RJ 1984, 3789), 15 junio 1993 (RJ 1993, 4835), 25 enero de 1996 (RJ 1996, 318), 25 marzo 1999 (RJ 1999, 1864), 11 noviembre 2002 (RJ 2002, 9815), 15 diciembre 2004 (RJ 2005, 267), 3 de febrero de 2006 (RJ 2006/823)]. (L. Z. G.)

37. Arrendamientos rústicos. Derecho de retracto. Identidad de la finca objeto del retracto. Afecta sólo a la porción de terreno explotada.—Lo dispuesto en el artículo 1521 CC, que exige una plena identidad entre lo que se posee por el título del retracto y el objeto de la enajenación, pugna con lo establecido en la LAR de 31 de diciembre de 1980, que ostenta el carácter de norma especial, y de aplicación específica en materia de arrendamientos rústicos, y en concreto con lo previsto en los artículos 86, 93.1 y 96 LAR, donde se prevé que en los casos de fincas de las que sólo una parte de su extensión haya sido cedida en arriendo los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente se entenderán limitados a la superficie arrendada. Sin que sea preciso que esta superficie sobre la que se ejercita el retracto y la enajenada sean coincidentes, pudiendo ser la vendida de mayor extensión, y

limitándose la exigencia de identidad a la que ha de existir entre la porción de terreno arrendada y aquélla sobre la que se proyecta la acción de retracto.

Derecho de retracto arrendaticio. Inicio del cómputo para su ejercicio.—El plazo de sesenta días otorgado por la Ley comienza a contarse a partir del momento en que el retrayente tuvo conocimiento de la enajenación. Lo que se interpreta en el sentido de que el conocimiento al que se supedita el ejercicio de este derecho abarca no sólo el hecho de la venta, sino también la noticia exacta de todos los extremos de la transmisión, como precio, condiciones esenciales de la venta, modalidades de pago, etc. Pues solamente en tal caso el titular del retracto puede disponer de elementos de juicio suficientes para decidir sobre la conveniencia o no de ejercitar la acción (SSTS de 14 de noviembre de 2002 y 19 de enero de 2007). (**STS de 1 de octubre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El actor interpuso demanda sobre retracto arrendaticio de finca rústica contra los adquirentes de la misma, solicitando su subrogación en el lugar de los compradores demandados, previo pago del precio y gastos legítimos. Estos últimos se opusieron alegando, entre otros motivos, la inexistencia de contrato de arrendamiento a favor del retrayente así como que el demandante venía siendo poseedor solamente de una parte determinada de la finca adquirida, pero no de toda ella tal como les había sido vendida por el anterior titular. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron la acción entablada con base principalmente en que la finca transmitida era de mayor extensión que la superficie explotada por el arrendador retrayente. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo dio lugar al mismo.

NOTA.—Las referencias normativas de la sentencia han de entenderse hechas en la actualidad al artículo 22 de la vigente Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, en la redacción dada por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre, que modifica la anterior. No obstante, el legislador no ha introducido cambios significativos que impliquen una variación de la doctrina jurisprudencial expuesta. (*L. A. G. D.*)

38. Responsabilidad civil por vicios en la construcción. Equiparación del promotor al constructor. Finalidad. Doctrina jurisprudencial.—

La asimilación jurisprudencial del promotor al constructor a los efectos de la responsabilidad decenal tiene como finalidad la ampliación de la garantía de los adquirentes de los pisos o locales. El promotor ni diseña ni ejecuta o vigila la obra, al ser funciones propias de los demás agentes de la construcción, pero sí la controla, administra y dirige a fin de incorporar al mercado la obra hecha (SSTS de 13 de mayo 2002 y 8 de junio de 2007). La responsabilidad de los promotores no es, por tanto, por culpa extracontractual, sino que opera dentro del ámbito jurídico del artículo 1591 CC, en relación con el artículo 1596 CC, como responsabilidad profesional, por tratarse de supuesto de ruina, y darse las razones que recoge la jurisprudencia: *a)* que la obra se realiza en beneficio del promotor; *b)* que se destina al tráfico mediante la venta a terceros; *c)* que los adquirentes confían en su prestigio profesional; *d)* que es el promotor quien elige y contrata a los técnicos y al constructor; *e)* que el criterio contrario produce desamparo o limita a los futuros compra-

dores, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción (SSTS de 1 de octubre de 1991, 28 de enero de 1994 y de 24 de mayo de 2007). Estos criterios jurisprudenciales han sido incorporados a la LOE, en la que el promotor figura como uno más de los agentes que interviene en el proceso constructivo, con ampliación del concepto al no venir ya caracterizado como el mero beneficiario del negocio constructivo. (**STS de 29 de noviembre de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don Juan Enrique interpuso demanda contra las entidades Ocisa, E., S.A., los arquitectos don Ildefonso y don Rodrigo, así como contra el arquitecto técnico don José Francisco, reclamando la reparación de diversos defectos constructivos en las zonas comunes de la comunidad de propietarios en cuyo nombre actuaba el demandante. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda y condenó solidariamente a los demandados a la realización de las obras de reparación solicitadas, valoradas en 46.852.888 pesetas. La Audiencia Provincial estimó parcialmente los recursos de apelación interpuestos por los condenados y excluyó, del elenco de obras a realizar, las consistentes en la reconstrucción del alumbrado público, manteniendo el resto de los pronunciamientos condenatorios. Interpuesto recurso de casación por el actor y por la promotora demandada, el Tribunal Supremo dio lugar al primero —para incluir las obras de alumbrado—, y desestimó el segundo. (*L.-A. P. M.*)

39. Contrato de servicios de abogado: invariabilidad del objeto del proceso: restricción indebida de medios de prueba.—La invariabilidad del objeto del proceso que, una vez establecida la litispendencia, imponen los principios de rogación y disposición, se apoyaba en el derogado artículo 548 LEC 1881, en consonancia con lo que hoy dice el artículo 411 LEC 2000, el cual proclama el principio de perpetuación de la jurisdicción refiriéndolo al momento de iniciación del proceso. Pero, amén de los supuestos en que rige el principio de oficialidad y verdad material, el principio *perpetuatio iurisdictionis* no impide tomar en consideración hechos posteriores a la presentación de la demanda o no alegados en los escritos iniciadores que desplieguen una eficacia complementaria o interpretativa para la integración del objeto del proceso, con arreglo a las circunstancias existentes en el momento de la interposición de la demanda, siempre que con ello no se contravenga la imposibilidad de alterar los hechos fundamentales, tal como proclama el artículo 412.2 LEC vigente. En el presente caso, el conflicto de intereses derivado de las relaciones profesionales y societarias con sus clientes, causante de la *total pérdida de confianza*, habían sido citados en la contestación de la demanda y podían ser completados en el momento de la prueba con otros del mismo signo para integrar con diversos hechos complementarios o accesorios la justificación pretendida acerca de la quiebra de confianza, que justificaba la resolución unilateral del contrato. Al no entenderlo así la sentencia recurrida incurre en infracción por incorrecta aplicación del principio de invariabilidad del objeto del proceso, y, con ello, en la restricción indebida de los medios probatorios.

Contrato de servicios de abogado: deber de fidelidad: Estatuto de Abogacía de 1982.—Calificado habitualmente como arrendamiento de servicios el prestado por abogado, a las obligaciones de las partes se añade según SSTs de 3 de julio de 1990 y 25 de marzo de 1998, el deber de fidelidad, estudiado especialmente en la doctrina alemana, aceptado por la española y seguido por la jurisprudencia en casos concretos en que la falta de normativa expresa exige acudir a concepciones dogmáticas o soluciones pragmáticas. El deber de fidelidad se basa en el artículo 1258 CC y en el propio contrato de prestación de servicios, que da lugar a una relación personal *intuitu personae*; y en el caso del abogado la tiene en los artículos 42 y 53 del Estatuto de la Abogacía de 24 de julio de 1982, aplicable a los hechos por razones temporales. Tal deber de fidelidad está en estrecha relación con el cumplimiento de los deberes deontológicos que corresponden al Abogado; las pautas deontológicas de actuación de estos profesionales, contenidas en el artículo 542 LOPJ y en el Estatuto General de Abogacía, están hoy recogidas en el artículo 4 del Código Deontológico de la Abogacía Española, en lo relativo a la confianza como fundamento de la relación entre el abogado y su cliente, que contemplan como punto cardinal la necesidad de evitar los conflictos de intereses entre las personas a las que asesoran o defienden. En el mismo sentido el Código Deontológico Europeo, aprobado por el *Conseil Consultatif des Barreaux Européens*, máximo órgano representativo de la Abogacía ante las instituciones de la UE, en la sesión plenaria celebrada en Lyon el 28 de noviembre de 1998, asumido por el Consejo General de la Abogacía Española, establece en el artículo 3.2.2 que el Abogado deberá abstenerse de ocuparse en los asuntos de todos los clientes afectados por una misma problemática cuando surja un conflicto de intereses, exista riesgo de violación del secreto profesional o peligre su independencia. En el presente caso se demuestra la existencia de un entramado de relaciones económicas, societarias y profesionales entre diversos clientes y ex-directivos del Banco arrendador de servicios y el abogado y la sociedad con la que se había pactado la prestación de servicios propios de la Abogacía, así como la existencia de diversos procedimientos penales y civiles, todo lo cual justifica cumplidamente la pérdida de confianza y la resolución unilateral de la relación de arrendamiento de servicios, sin derecho a indemnización. (STS de 10 de julio de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Una entidad bancaria contrata, desde 1983, con un abogado la prestación de servicios profesionales en calidad de asesor externo, y en 1983 firma nuevo convenio, de dos años de duración, prorrogable; asimismo, otro con una sociedad de la que formaba parte aquél, pactándose la necesidad de que la entidad diera preaviso de seis meses si decide la extinción del contrato, con pago de determinadas indemnizaciones en todo caso. En marzo de 1995 la entidad notifica a ambas partes la voluntad de resolver el contrato con efectos de 1.º de enero de 1997, *sin que ello tenga nada que ver con el desempeño y la calificación de sus servicios*. Pero en abril de 1996 remite sendas cartas a los mismos en las que indica la *total quiebra de su confianza en los mismos*. El Juzgado de Primera Instancia declara la resolución del contrato de servicios, y simultáneamente rechaza la petición de las indemnizaciones pactadas a cargo del banco para el caso de extinción del contrato, pero la Audiencia Provincial revocó la sentencia por falta de prueba de la pérdida de

la confianza, cuya alegación la considera un pretexto para proceder a la resolución unilateral de los contratos. El Tribunal Supremo confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

NOTA.—Sentencia de aprobar dada la compleja red de relaciones jurídicas en que se ha demostrado figuran los actores con claros supuestos de colisión de intereses con los de la entidad bancaria arrendadora de los servicios jurídicos, la cual que se había obligado a abonar a aquéllos cuantiosas remuneraciones para el caso de resolución del contrato. Acertada invocación, a mayor abundamiento, de normas deontológicas de carácter internacional, aceptadas por la Abogacía española. (G. G. C.)

40. Responsabilidad civil del abogado.—Arrendamientos de servicios.—El hecho de que no se hayan probado directamente todos y cada uno de los elementos que integran el contrato de prestación de servicios profesionales no es suficiente para negar la conclusión de que éste se había celebrado, si tal conclusión está fundada en una razonable certeza derivada de los numerosos y significativos indicios existentes.

Contrato de seguro. Su interpretación.—La cláusula de limitación temporal *claims made* con la exigencia de que no exista conocimiento anterior por parte del asegurado del hecho que da lugar a la responsabilidad [...] no puede ser considerada [...] como una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, puesto que tiene su apoyo en la naturaleza propia del contrato de seguro y en la necesidad de que los hechos generadores del riesgo asegurado sean inciertos. Por otra parte, no puede aceptarse que el incumplimiento de los requisitos de transparencia que la LCS impone a las cláusulas limitativas pueda determinar la nulidad parcial de una cláusula invocada por la parte que pretende que se reconozcan sus efectos.

Excepciones materiales.—El conocimiento previo de la existencia de un hecho generador de responsabilidad por parte del asegurado constituye un hecho ligado a la conducta de éste. En ciertas circunstancias, puede ser demostrativo de un incumplimiento del deber que tiene aquél de declarar las circunstancias por él conocidas que pueden influir en la valoración del riesgo o de la concurrencia de una conducta dolosa o gravemente negligente en la contratación. Es lugar común en la doctrina que no es susceptible de ser opuesta al perjudicado una excepción fundada en el incumplimiento del deber de declaración de riesgo, tanto antes de la conclusión del contrato (art. 10 LCS), como durante la vigencia de éste (art. 11 LCS). La jurisprudencia, asimismo, considera como excepción no susceptible de ser opuesta al perjudicado el dolo del causante del daño (STS de 20 de julio de 2005). El conocimiento por el asegurado del hecho causante del daño con anterioridad a la vigencia del seguro constituye una circunstancia equiparable a las que se acaban de enunciar, pues exige probar la existencia de un hecho vinculado a la conducta del asegurado («que el asegurado conociera o pudiera razonablemente haber conocido») y no comporta una delimitación de la cobertura establecida en abstracto, que incluye los hechos anteriores a la vigencia de la póliza, sino la exclusión de un concreto siniestro fundada en la conducta subjetiva del asegurado como índice de la ausencia de incertidumbre respecto a la producción del siniestro. La conceptualización de ciertas excepciones como objetivas y oponibles al perjudicado por hallarse fundadas en la Ley o en la voluntad paccionada de las partes, concebida especialmente para el supuesto

en que el asegurador opone al perjudicado causas de exoneración de la responsabilidad del asegurado o hechos sobrevenidos que determinan la extinción de la relación obligatoria, no resulta aplicable a este supuesto, en que el hecho que se opone se funda en la alegación de una conducta del asegurado consistente en el conocimiento previo del siniestro, o en la posibilidad de haberlo tenido, pero no, en palabras de las SSTS de 7 de mayo de 1986 y 2 de diciembre de 1998, en una circunstancia objetiva determinante del evento dañoso. (STS de 30 de julio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Varios trabajadores despedidos por *Movite, S.A.* interponen una demanda contra tres letrados: Miguel, Alonso y Pedro Antonio, así como contra la compañía aseguradora que cubre el riesgo de responsabilidad civil de los colegiados demandados. Don Miguel y don Alonso son miembros de un gabinete jurídico de Girona que con anterioridad al despido de los demandantes prestaba sus servicios en favor de *Movite, S.A.* La demanda se funda en que los abogados conciliaron con *Movite S.A.* indemnizaciones por despido de los demandantes, por lo que el Fondo de Garantía Salarial no pagó a los trabajadores las indemnizaciones máximas fijadas por la ley. Los demandantes insisten en que los letrados, dada su condición de abogados de *Movite, S.A.*, conocían la situación económica de la empresa, así como la trascendencia de la conciliación en caso de la eventual insolvencia de *Movite, S.A.* por lo que alegan falta de diligencia profesional por parte de los responsables del gabinete jurídico. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron la demanda respecto a don Miguel y don Alonso, absolviendo a don Pedro Antonio (pasante, no colegiado), reconociendo también la responsabilidad de la aseguradora. El recurso de casación fue interpuesto por los condenados don Miguel y don Alonso, por una parte, y por la compañía aseguradora, por otra. Los abogados sostuvieron la inexistencia de la relación contractual de prestación de servicios que les vinculase con los trabajadores, mientras la aseguradora alegó falta de aplicación de los artículos 1 y 73 LCS y aplicación indebida del artículo 3 de la misma Ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (*M. L. K.*)

41. Ausencia de responsabilidad civil por actuación negligente del abogado: inexistente vulneración de la *lex artis*.—No se puede exigir responsabilidad al abogado por no haber obtenido una respuesta judicial favorable a la pretensión del demandante en el proceso, ya que esto supondría someter la responsabilidad profesional del abogado a un título de imputación objetivo, desconocido en el ámbito de la responsabilidad de los profesionales del derecho, cuando la responsabilidad es de corte subjetivo y asentada en la culpabilidad o negligencia del letrado (FJ 2.º). (STS de 18 de octubre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don Luis interpone demanda sobre reclamación de cantidad contra doña Marisol como consecuencia del impago de sus honorarios por los servicios que el actor, como abogado, había

prestado a favor de la demandada en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento de servicios concertado entre las partes. Doña Marisol contesta a la demanda, oponiéndose a la misma y formulando reconvencción, en reclamación de daños y perjuicios, al entender que las resoluciones desestimatorias dictadas en los procesos en los que don Luis actuó como abogado traen consecuencia directa en la mala gestión del letrado, que no se adecuó a la *lex artis*, al no proponer ni conseguir que se practicara una adecuada prueba pericial por determinados especialistas, tal y como doña Marisol recomendó. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y desestimó la reconvencción, al considerar que el letrado actuó conforme a la *lex artis*. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por doña Marisol. El Tribunal Supremo acuerda desestimar el recurso de casación.

NOTA.—La relación contractual entre el abogado y su cliente deriva de un contrato de arrendamiento de servicios, lo que se traduce, en relación a las obligaciones del abogado, en la existencia de una obligación de medios, donde el deber del abogado consiste en llevar a cabo el desarrollo de su actividad con la debida diligencia y atendiendo a la *lex artis*, sin que se comprometa a garantizar un resultado final, como puede ser el éxito de la pretensión. Es doctrina jurisprudencial reiterada que el abogado será responsable civilmente sólo cuando su actuación sea negligente o no responda a la *lex artis*. La responsabilidad civil derivada de la actuación negligente del abogado constituye un tipo más de responsabilidad profesional, derivada, en la mayoría de los casos, de un contrato de prestación de servicios, que incluye el deber de fidelidad que deriva de la norma general del artículo 1258 CC, y el deber del abogado de llevar a cabo la ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto del encargo, de forma que si no se ejecuta o se hace incorrectamente se produce el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso de la obligación que corresponde al profesional [SSTS de 28 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9509), 3 de octubre de 1998 (RJ 1998/8587), 8 de junio de 2000 (RJ 2000/5098), 23 de marzo de 2007 (RJ 2007/1542), entre otras].

Teniendo en cuenta esta doctrina jurisprudencial, es evidente que el hecho de que el abogado no haya tenido éxito judicial en su cometido, no puede valorarse como una presunción de culpabilidad, más aun cuando tras examinar sus actuaciones se concluye que no existió, tal y como alegaba la recurrente, una deficiente labor probatoria del Letrado en el proceso, que además puso todos los medios que se encontraban a su alcance para defender a su cliente, habiendo incluso obtenido un éxito parcial en la primera instancia. (L. Z. G.)

42. Contrato de servicios profesionales de abogado: reclamación por negligencia médica: derecho a remuneración por el servicio de abogado: reconvencción invocando negligencia profesional de abogado.—La caracterización jurisprudencial de la responsabilidad civil derivada de la

actuación negligente de abogado se basa en constituir un tipo más de responsabilidad profesional, derivada de un contrato de prestación de servicios, que, como relación personal *intuitu personae* incluye el deber de fidelidad, derivado del artículo 1258 CC, y el deber del abogado de llevar a cabo la ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto del encargo, de forma que si no se ejecuta o se hace incorrectamente se produce el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso de la obligación que corresponde al profesional, habiendo declarado la STS de 3 de octubre de 1998 que no es misión de esta Sala la revisión de toda la actuación profesional del abogado, sino comprobar si se ha declarado probado la realización de actos u omisiones de aquél que supongan cumplimiento defectuoso de su obligación personal, teniendo en cuenta que el hecho de no haber tenido éxito judicial en su cometido no puede ser valorado como una presunción de culpabilidad. Aplicando esta doctrina al caso concreto hay que concluir, como hace la Audiencia Provincial, que la actuación del letrado demandado no es generadora de responsabilidad pues presentó dos informes periciales de profesionales médicos, que reunían la capacidad técnica para emitirlos, habiendo declarado la sentencia que la propia clienta se dirigió al Colegio de Médicos de L. en busca de orientación ante la dificultad de encontrar algún profesional que actuase en un proceso cuyo objeto era enjuiciar actuaciones de otros colegas; y asimismo que, posiblemente, a la vista de más informes ginecológicos, la decisión judicial hubiera sido la misma, esto es que dado el mioma uterino descubierto, la intervención quirúrgica que se le practicó consistente en la hiperectomía abdominal total era el tratamiento correcto y necesario. Por ello la frustración de las expectativas de la demandante al plantear la demanda ante los Juzgados de lo Social, no puede entenderse que fuera debida a una deficiente labor probatoria del Letrado en el proceso.

Omisión de invocar la lesión del derecho fundamental a la integridad física del artículo 15 CE.—No es tampoco tal omisión generadora de negligencia en el abogado, debiendo denunciarse una inadecuada utilización de la norma constitucional, pues según el artículo 44 LOTC tal invocación formal en el proceso se refiere a aquellos casos en que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial, siendo totalmente independiente de los hechos que dieron lugar al proceso.

La obligación del abogado es de medios y no de resultados.—No se puede exigir responsabilidad al abogado por no haber obtenido una respuesta judicial favorable a la pretensión del demandante en el proceso, ya que esto supondría someter la responsabilidad profesional del abogado a un título de imputación objetiva, desconocido en el ámbito de la responsabilidad de los profesionales del derecho, que, como dice la STS de 23 de marzo de 2007, se basa en una responsabilidad de corte subjetivo y asentada en la culpabilidad o negligencia del letrado. (STS de 18 de octubre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.] (G. G. C.)

43. Responsabilidad civil. Responsabilidad profesional del abogado. Daño moral por pérdida de oportunidades. No basta la mera falta de ejercicio de la acción. Es necesario acreditar la realidad de la oportunidad.—El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando hay una razonable certidumbre de la im-

sibilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas. En otro caso no puede considerarse que exista perjuicio alguno, ni frustración de la acción procesal, sino más bien un beneficio al supuesto perjudicado al apartarlo de una acción inútil, y ningún daño moral puede existir en esta privación, al menos en circunstancias normales (STS de 27 de julio de 2006). (STS de 15 de noviembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La actora promovió juicio contra el abogado encargado de defender sus intereses ante el despido disciplinario que había sufrido, y que consideraba indebido. El abogado se defendió alegando la imposibilidad de encontrar a la cliente para la firma de la demanda, ya que no tenía su apoderamiento. El Juzgado de Primera Instancia consideró que la falta de firma constituía un defecto fácilmente subsanable, de manera que estimó la acción de responsabilidad y condenó por el daño moral al pago de cien mil pesetas. La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife consideró que, pese a la negligencia cometida por el abogado, no se había producido ningún daño, ni lesión económica reparable, toda vez que la propia actora en el expediente administrativo había reconocido la comisión de los hechos que dieron lugar al despido, por lo que la acción contra el despido habría sido en cualquier caso infructuosa. Con base en ello estimó el recurso de apelación del abogado y, manteniendo la declaración de negligencia, revocó la condena al pago de la indemnización. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (I. D.-L.)

44. Responsabilidad civil. Responsabilidad del notario por gestiones profesionales no funcionariales. Diligencia exigible: diligencia superior a la normal, dado su alto grado de cualificación.—Cuando los notarios asumen funciones de tramitación de documentos actúan como profesionales y no ejercen función pública. Sus obligaciones se rigen en este caso por el contenido del contrato mediante el que se obligan a realizar estas funciones en favor del cliente. Es imposible deslindar las reglas que afectan a la faceta profesional del notario, de las que se refieren estrictamente al aspecto funcionarial, siendo el ejercicio de una función pública el fundamento de una mayor exigencia en el ejercicio profesional relacionado con aquélla. Esto determina que el grado de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones contractuales exigible de acuerdo con las circunstancias es elevado también cuando se trata de aspectos de la actividad notarial que pueden encuadrarse en su actividad profesional al margen de su función instrumental, pues se atribuyen por el particular interesado como cliente a un profesional cualificado en el ámbito jurídico, de quien es razonable esperar una actividad eficiente acorde con las funciones de seguridad jurídica preventiva que le competen.

Responsabilidad del notario como profesional del derecho. Culpa in vigilando por no supervisar la actividad de sus empleados o colaboradores.—La jurisprudencia ha declarado la existencia de responsabilidad del notario cuando, por sí o por sus dependientes, incumple o cumple defectuosamente obligaciones asumidas contractualmente, como gestor, o como cualquier otro jurista o profesional, entendiéndose que incurre en responsabilidad

el notario que omite una «escrupulosa» supervisión y control respecto al comportamiento de sus empleados en la realización de actividades que son consecuencia o complemento de la función que el mismo ejerce y que habitualmente son encomendadas en la propia Notaría, con su tácita conformidad por culpa *in vigilando*, debiendo responder de aquellas incidencias que tengan su origen en relación con el desempeño de la actividad y que se hallan racionalmente vinculados a ella en aras de la seguridad de que el cliente va a obtener en perfectas y lógicas condiciones, y con todos sus efectos, la escritura que ha encargado. (STS de 28 de noviembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Doña Nieves compró un piso a doña Begoña en octubre de 1990, otorgándose la escritura de compraventa en octubre del año siguiente. En dicho acto el notario le advirtió de que no acreditaba el régimen económico matrimonial que alegaba. Asimismo, la compradora encargó al notario autorizante la gestión de todos los trámites posteriores hasta obtener la inscripción registral de su adquisición. Presentada ante el Registro de la Propiedad, fue calificada con defectos, sin que el notario ni el personal a su servicio retiraran la escritura, ni advirtieran a la interesada de las consecuencias de la falta de presentación, hasta año y medio después, cuando ya se había trabado embargo sobre el piso objeto del contrato, por una deuda, en la que la vendedora doña Begoña era avalista, a virtud de un préstamo suscrito en noviembre de 1990 y, por tanto, celebrado con posterioridad a la venta del piso a la actora. En el año 1996 se procede a la ejecución del bien, resultando adjudicado el piso al matrimonio Sres. Bruno y Carmen. La actora demandó al notario Sr. Jon, al Registrador de la Propiedad originario, así como a los que le habían sustituido en la plaza, a la vendedora del piso, e igualmente al matrimonio adjudicatario del inmueble en la subasta. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Alicante estimó parcialmente el recurso de apelación y condenó al notario al pago a doña Nieves de 5.751.997 pesetas en concepto de indemnización por daños y perjuicios; absolviendo al resto de los demandados. Interpuesto recurso de casación por el notario Sr. Jon, el Tribunal Supremo no dio lugar al mismo. (C. O. M.)

45. Irrevocabilidad del mandato: excepción a la regla general.—Reiterada jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 20 de abril de 1981, 31 de octubre de 1987, 24 de diciembre de 1993 y 17 de enero y 10 de julio de 2007) declara que la regla general es la revocabilidad del mandato y que el carácter irrevocable de éste constituye una excepción a la regla general, que es admisible cuando se pacta expresamente para satisfacer determinada finalidad (por ejemplo, cuando resulta necesario para el cumplimiento de otro contrato subyacente en el que son partes interesadas no sólo el mandante, sino también el mandatario o terceras personas). (STS de 20 de noviembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.]

HECHOS.—En virtud de un contrato celebrado en 1995, H. otorga un mandato a favor de M. para que éste se encargue de la

enajenación del 40% de las acciones de una sociedad anónima y de la tercera parte indivisa de una nave industrial donde desarrolla su actividad dicha sociedad.

Dicho mandato implicaba, en primer lugar, analizar las diferentes alternativas que maximizaran los intereses del mandante y, en segundo lugar, realizar el negocio de enajenación, que incluía, entre otras actividades: identificar, seleccionar y contactar con los socios potenciales; evaluar y seleccionar las ofertas; negociar y cerrar la operación.

Se pactó que el mandatario sólo percibiría una «comisión de éxito» si se formalizaba un acuerdo de intenciones o si concluía con éxito la operación.

Las gestiones realizadas por el mandatario durante más de 3 años no dieron resultado y, una vez revocado el mandato, las acciones se vendieron directamente a otros socios a través de un letrado designado por H.

El mandatario M. interpone una demanda contra H., en la que solicita se dicte sentencia por la que se condene al demandado a pagar al demandante determinada cantidad de dinero en concepto de comisión, conforme a lo pactado en el contrato celebrado en 1995.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona lo desestima y confirma la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

46. Naturaleza del contrato de corretaje.—El contrato de corretaje exige que el mediador ponga en contacto a su cliente con otra persona con la finalidad de que pueda llegar a concluirse un contrato, teniendo derecho el mediador a cobrar su comisión siempre que el contrato llegue a celebrarse, a pesar de que éste no intervenga en la celebración del contrato final (FJ 4.º, STS de 10 de octubre de 2007).

Ausencia de enriquecimiento sin causa cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de pactos libremente asumidos.—Para la apreciación de la concurrencia de este principio, la jurisprudencia ha exigido reiteradamente que se produzca el enriquecimiento del demandado, el correlativo empobrecimiento del actor y la falta de causa justificativa del enriquecimiento, de modo que la relación contractual que proporciona unos beneficios al demandado y justifica sus aumentos patrimoniales excluye el enriquecimiento. No cabe aplicar dicha doctrina cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de pactos libremente asumidos o exista una expresa disposición legal que lo autoriza, debiendo exigirse para considerar un enriquecimiento como ilícito e improcedente que el mismo carezca absolutamente de toda razón jurídica, es decir, que no concurra justa causa, entendiéndose por tal una situación que autorice el beneficio obtenido, sea porque existe una norma que lo legitima, sea porque ha mediado un negocio jurídico válido y eficaz (FJ 6.º). (STS de 10 de octubre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La mercantil V., S.A., se puso en contacto con don Valentín, agente de la propiedad inmobiliaria, para que éste promo-

cionara la venta de unos terrenos propiedad de la sociedad. La comisión que debía cobrar don Valentín por su intermediación consistía en el 5% del precio de la venta. Aunque el contrato de compraventa entre la sociedad y la parte compradora sobre los citados terrenos se perfeccionó, sin embargo los compradores no pagaron la totalidad del precio, sino únicamente una parte, lo que se tradujo en el abono al agente de una parte de la comisión a cuenta de lo debido. Finalmente, comprador y vendedor acuerdan dar por resuelto el contrato, adjudicándose mutuamente determinados módulos de propiedad.

Transcurridos unos meses, la mercantil vende nuevamente a la parte compradora en el primer contrato un porcentaje de los terrenos que se le habían adjudicado, por lo que don Valentín le reclama a la sociedad el completo pago de la comisión acordada. Ante la negativa de la sociedad, don Valentín demanda a la mercantil y a su administrador. La sociedad demandada se opone a la demanda alegando que al ser el contrato celebrado otro distinto en el que no intervino el agente inmobiliario no le correspondía el cobro de la comisión. Para la demandada, de admitirse el cobro de la comisión por el agente se estaría ante un caso de claro enriquecimiento sin causa. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia apelada, al considerar que la segunda venta celebrada deviene de la primera en la que sí intervino el agente inmobiliario. La sociedad demandada en la instancia interpone recurso de casación, que es desestimado por el Tribunal Supremo.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea dos cuestiones de especial interés relacionadas con la función del mediador en el contrato de corretaje y el momento del nacimiento del derecho del mediador al cobro de la comisión pactada en el contrato.

En relación a la naturaleza del contrato de corretaje y la función del mediador, es doctrina jurisprudencial reiterada que en el contrato de corretaje el mediador se limita a poner en relación a los futuros contratantes sobre un objeto determinado, contribuyendo eficazmente a que las partes concluyan el negocio. De este modo, el contrato se encuentra supeditado, en relación al pago de los honorarios al mediador, a la condición suspensiva de la celebración del contrato, salvo pacto en contrario. Los honorarios de los agentes se devengan en el momento en que se celebre el contrato objeto de la mediación [SSTS de 26 de marzo de 1991 (RJ 1991/2447), 19 de octubre de 1993 (RJ 1993/7744), 2 de octubre de 1999 (RJ 1999/7007), 21 de octubre de 2000 (RJ 2000/8811), 5 de noviembre de 2004 (RJ 2004/6657), 30 de marzo de 2007 (RJ 2007/2412), 12 de junio de 2007 (RJ 2007/3719)].

En consonancia con esta doctrina jurisprudencial, y teniendo en cuenta que entre las obligaciones del mediador no se encuentra garantizar la consumación del contrato, no puede alegarse como causa de impago de la comisión que el contrato queda resuelto entre comprador y vendedor (más aún si finalmente se celebra un nuevo contrato entre las partes), puesto que el derecho al cobro de la comisión se adquiere desde el momento en que se perfecciona la compraventa encargada, que lleva consigo la actividad previa de oferta

y la búsqueda de adquirentes y puesta en contacto con el vendedor. No puede entenderse, por tanto, que, en los casos de resolución del contrato de compraventa entre vendedor y comprador, el pago de la comisión al mediador origine una situación de enriquecimiento sin causa. De hecho, para que se genere una situación de enriquecimiento injusto la jurisprudencia exige que se cumplan tres requisitos: enriquecimiento del demandado, correlativo empobrecimiento del actor y falta de causa justificativa del enriquecimiento. Si como en este caso el beneficio patrimonial de una de las partes trae causa de pactos libremente asumidos no puede ahora alegarse que no está justificada la adquisición patrimonial del mediador [Sobre este particular, vid. SSTS de 26 de junio de 2002 (RJ 2002/5499), 31 de julio de 2002 (RJ 2002/8436), 8 de julio de 2003 (RJ 2003/4334)]. (L. Z. G.)

47. Aval a primer requerimiento.—La característica del aval a primer requerimiento es dar nacimiento a una obligación de garantía que pierde su carácter accesorio de la obligación principal, por lo que no es necesario que para la efectividad de la garantía se demuestre el incumplimiento de la obligación garantizada, sino que basta con la reclamación del deudor para hacer efectivo el cumplimiento de ésta [STS de 17 de febrero de 2000 (RJ 2000/1162), 12 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8408), 27 de septiembre de 2005 (RJ 2005/6860), 9 de diciembre de 2005 (RJ 2005/10171)].

El aval a primer requerimiento no puede desvincularse en cualquier circunstancia de la obligación garantizada que constituye su objeto, pues la exigencia del carácter expreso de la fianza, aplicable a esta modalidad contractual, determina que la obligación del garante no puede extenderse más allá de lo que constituye su objeto y frente a la reclamación el avalista puede oponer aquellas excepciones derivadas de la propia garantía, entre ellas las que se fundan en una clara inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada, cuya prueba le corresponde en virtud de los principios de buena fe contractual y prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, ya que en semejantes circunstancias la ejecución de la garantía sería abusiva o fraudulenta y susceptible de ser paralizada mediante la *exceptio doli*. (STS de 1 de octubre de 2001; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—P.C., S.A. celebró un contrato con D., S.A. en el que se acordaba que ésta realizaría la distribución de los teléfonos móviles que la primera tenía previsto realizar entre sus clientes más importantes como campaña publicitaria. Determinada entidad bancaria suscribió aval ejecutable a primera demanda o solicitud (lo que suponía que bastaba para ello el mero requerimiento notarial a la entidad avalista, dándole cuenta del incumplimiento en que haya incurrido la empresa avalada) solidariamente con P.C., S.A. en concepto de fianza para responder de las obligaciones de pago que D., S.A. adquiriese con los proveedores para la compra de teléfonos móviles de la promoción. El documento de garantía tenía determinado un plazo de vigencia. Los proveedores interponen demanda contra la entidad bancaria, alegando que D. S.A. tiene un saldo deudor frente a los mismos por operaciones impagadas de compra de teléfonos móviles de la promoción. El banco demandado opuso que

se trata de una reclamación fraudulenta. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al concluir que los artículos suministrados a la sociedad no coinciden con el objeto de la promoción, dadas las características de los teléfonos y el testimonio del Director de compras de D., S.A. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de la instancia.

NOTA.—Es evidente que el aval, aun siendo a primer requerimiento, no puede extenderse a objetos ajenos a la garantía, pudiendo hablarse en estos casos de una reclamación abusiva o fraudulenta. En este caso según queda probado en la instancia los proveedores pretenden hacer efectiva la garantía en virtud de un objeto distinto, lo cual no es viable, puesto que el aval a primer requerimiento no puede desvincularse de la obligación garantizada ni extenderse más allá de lo que constituye su objeto. (*L. Z. G.*)

48. Interpretación del artículo 1902 CC en el ámbito de los acci-dentes domésticos.—La respuesta casacional a la cuestión planteada pasa por hacer las siguientes consideraciones: 1.^a Como señala la S de 31 de octubre de 2006, seguida por la de 22 de febrero de 2007, con cita en ambas de otras muchas sentencias de esta Sala, la jurisprudencia nunca ha llegado al extremo de erigir el riesgo en fuente única de la responsabilidad regulada en el artículo 1902 CC, pues éste exige inequívocamente la intervención de culpa o negligencia en el sujeto cuya acción u omisión cause el daño. 2.^a Como también indican ambas sentencias con cita de otras anteriores, han de excluirse del ámbito del artículo 1902 CC los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar, el riesgo general de la vida o los riesgos no cualificados, pues riesgos hay en todas las actividades de la vida. 3.^a Al examinar esas dos sentencias la jurisprudencia de esta Sala sobre responsabilidad por daños a consecuencia de caídas en edificios en régimen de propiedad horizontal o acaecidas en establecimientos comerciales, de hostelería o de ocio, la conclusión es que para declarar tal responsabilidad ha de concurrir necesariamente una culpa o negligencia identificable, que no se dará cuando por distracción del perjudicado éste tropiece con un obstáculo que se encuentre dentro de la normalidad. 4.^a En los trabajos preparatorios de los «Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil», actualmente en curso, se define el «Estándar de conducta exigible» como «el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias, y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos» (art. 4:102). 5.^a Tales criterios pueden tomarse como referencia para integrar la lacónica formulación del artículo 1902 CC y completar el valor integrador generalmente aceptado de otros preceptos del propio Código encuadrados en el capítulo relativo a la naturaleza y efectos de las obligaciones, como el artículo 1104 cuando alude tanto a la «diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar» como a «la que correspondería a un buen padre de familia» para, así, configurar un modelo de conducta diligente válido para la mayoría de los casos. 6.^a En el ámbito doméstico son fácilmente imaginables acciones u omisiones culposas o negligentes de los anfitriones

para con sus invitados, como por ejemplo servir una comida sin haberse preocupado de que esté en buenas condiciones o no haber reparado antes de la visita defectos del material aislante de los cables eléctricos exteriores o a la vista. Pero ello no significa que absolutamente todas las situaciones hipotéticamente peligrosas sean merecedoras de imputación objetiva si el peligro es remoto y aquellas están dentro de la normalidad de un hogar. 7.^a La contemplación del caso fortuito en el artículo 1105 CC, configurándolo como suceso que no hubiera podido preverse, significa que no toda desgracia determina necesariamente que alguien deba responder de ella porque, como se señalaba al principio, la vida comporta riesgos por sí misma.

Pues bien, de proyectar las anteriores consideraciones sobre los hechos que se infieren como probados del FD 4.º cuarto de la sentencia impugnada, se desprende que el juicio de valor contenido en su FD 6.º infringe el artículo 1902 CC según viene siendo interpretado por la jurisprudencia, ya que la conducta de la demandante, recibida por el marido demandado a la entrada de la casa pero encaminándose en seguida por su cuenta hacia la cocina para ver a la esposa codemandada, revela un importante grado de proximidad o especial confianza con sus anfitriones que hace inexigible en éstos una diligencia tan extrema que les obligara a encender el tramo intermedio o en ángulo del pasillo, además del inicial y el final que sí estaban iluminados, y a haber retirado de este tramo cualquier juguete por pequeño que fuera, pues nunca llegan a describirse mínimamente las características del juguete en cuestión salvo que tenía ruedas. En definitiva, los hechos no permiten imputar a los cónyuges demandados, como anfitriones, una culpa o negligencia encuadrable en el artículo 1902 CC y en virtud de la cual deban responder de las lesiones y secuelas derivadas de la caída de la demandante. **(STS de 17 de julio de 2007; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Doña María Milagros interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Alzira contra don Jesús María, su esposa, doña Araceli y *Axa Gestión de Seguros y Reaseguros, S. A.* solicitando una indemnización de daños y perjuicios. La demanda se fundamentaba en las lesiones y secuelas producidas por la caída de la actora, al pisar un juguete de ruedas en el pasillo a oscuras del domicilio de los demandados en cuya casa había acudido a cenar. El matrimonio demandado tenía concertado un seguro multi-riesgo del hogar con la compañía aseguradora codemandada. El Juzgado desestimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia de Valencia acogió parcialmente el recurso de doña María Milagros, al considerar que los anfitriones de una casa asumen la posición de garantes de la seguridad de sus invitados. En consecuencia, condenó a los codemandados a indemnizar solidariamente a la actora por una cuantía de cuatro millones de pesetas. Interpuesto recurso de casación por *Axa Gestión de Seguros y Reaseguros, S. A.*, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, confirmando en todos sus extremos la sentencia de instancia. (A. S. C.)

49. Culpa extracontractual: muerte en accidente laboral: negligencia de las empresas: situación de riesgo.—El relato fáctico pone de manifiesto lo siguiente: a) La existencia de una situación de riesgo para el fallecido que se disponía a dar la vuelta a la parrilla para realizar trabajos de

soldadura, y esta situación de peligro se atribuye al dominio funcional de las tres empresas demandadas, desde el momento en que no adoptaron las medidas precisas para que en el ámbito físico en el que se desarrollaba la actividad laboral, no existieran obstáculos que incrementaran el riesgo normalmente asignable al trabajo de mantenimiento que específicamente realizaba el trabajador fallecido, por la existencia en las cercanías del lugar de una mesa que interfirió la labor de acoplamiento de la parrilla con la grúa-puente, provocando un peso adicional sobre la cadena; *b*) La cadena que persigue funcionalmente la unión de la parrilla con la grúa-puente, era de material inadecuado en atención al peso elevado de la parrilla y presentaba diversas deformidades; *c*) La falta de adopción de medidas referidas al espacio en que se realiza el trabajo y a las condiciones en que el mismo se desarrollaba incrementó notablemente el riesgo para la vida de la persona que llevaba a cabo materialmente la operación de elevación de la parrilla; *d*) No hubo un control funcional directo del modo en que se llevaban a cabo los trabajos que se le habían encomendado, en concreto, de las fuentes de peligro para la vida de los trabajadores asignables a las condiciones concretas en las que éstos desarrollan su actividad laboral y que resulta especialmente importante cuando se actúa sobre bienes jurídicos tan fundamentales como la vida de las personas; y *e*) Una defectuosa organización de las actividades precisas para el montaje del emparrillado, colocando al trabajador en una posición especialmente intensa en lo referido al deber de preservar las condiciones concretas, y que se traduce en el hecho de permitir que el obrero accidentado llevara a cabo una operación laboral de enorme riesgo para su vida (elevación de una parrilla de 700 kg. para posibilitar la soldadura de uno de sus lados), sin preservar al máximo las condiciones estructurales e instrumentales precisas para encauzar el peligro dentro de los parámetros del riesgo permitido. La conclusión es que el accidente se produjo por la inactividad de las empresas implicadas en la producción del resultado luctuoso.

Prescripción: juicio de faltas en el que se personó la madre de la víctima con sentencia absolutoria: acción civil interpuesta por hijo del accidentado, a quien no se le ofrecieron las acciones: interrupción de la prescripción mientras el hijo legitimado no tiene conocimiento extrajudicial de la sentencia absolutoria.—Según doctrina del Tribunal Constitucional con base en el artículo 270 LOPJ el conocimiento de la fecha en que han terminado las actuaciones penales constituye un presupuesto necesario para el ulterior ejercicio de la acción civil ante otro órgano jurisdiccional, y en tanto se sigan las actuaciones penales el Ministerio Fiscal está obligado al mantenimiento de las acciones civiles y penales; el desconocimiento de la terminación del proceso penal, en cuanto obstáculo para el ejercicio separado de la acción civil por el perjudicado, no cabe atribuirlo a ningún tipo de falta de diligencia de éste respecto de una hipotética carga a él imputable, de enterarse de la terminación de dicho proceso; el artículo 270 LOPJ ha establecido que los órganos jurisdiccionales han de notificar las resoluciones judiciales, no sólo a todos los que sean *parte* sino también a *quienes se refieran o puedan parar perjuicios*, cuando así se disponga en las disposiciones, de conformidad con la Ley; en consecuencia, si el tribunal penal en este caso no notifica al hijo de la víctima que el proceso penal ha finalizado, no comienza a correr en su perjuicio la prescripción de la acción civil, que no había renunciado ni ejercitado en aquél; no desvanece la garantía de seguridad que favorece al responsable el hecho de que la prescripción comience a correr cuando el perjudicado conozca la posibilidad de ejercitar la acción, fecha que en el

presente caso se fijó en la fecha en que el hijo otorgó poder *apud acta* para solicitar asistencia judicial gratuita.

Aplicación del artículo 20 Ley Contrato de Seguro.—Corresponde imponer los intereses del artículo 20 LCS porque no existió razón suficiente para que la aseguradora no consignase, existiendo reclamación penal previa. (STS de 11 de octubre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La esposa de la víctima había dejado transcurrir el plazo de prescripción de la acción de indemnización por muerte en accidente de trabajo de su marido, pero el hijo de la víctima ha podido encontrar un resquicio legal para obtener, en su propio nombre una razonable indemnización de 15 millones de pesetas. (solicitó 25). En la base hay un imperfecto funcionamiento del procedimiento procesal, no achacable al actor, pues la sentencia penal absolutoria no le fue notificada personalmente en calidad de parte perjudicada con arreglo al artículo 270 LOPJ. El accidente ocurrió en noviembre de 1994, de aquí que aparece como ajustado a derecho y claramente equitativo el pago de los intereses del 20% cuando se realice después de la firmeza de la sentencia. (G. G. C.)

50. Responsabilidad civil. Daños sufridos en el inmueble por obras realizadas en el edificio contiguo. Acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC Diferencias con la acción por vicios constructivos del artículo 1591 CC.—La acción ejercitada en la demanda es la del artículo 1902 CC, en la que el daño es el resultado de una acción culposa o negligente dentro del deber genérico de no dañar a nadie, como es el caso de daños en edificaciones colindantes a resultas de las obras de demolición y consolidación para la construcción de un nuevo edificio. Mientras, la acción del artículo 1591 CC toma en cuenta los daños y perjuicios que se originan a un edificio por vicios en la construcción en la que, a diferencia de la anterior, se parte de una obra construida y recibida, conforme hoy establece la LOE. Una y otra comportan un régimen jurídico diferente con criterios de imputación, asimismo, diferentes, en las que puede aparecer comprometida la actividad de agentes distintos de los que en la actualidad aparecen mencionados en la LOE, por más que el origen de los daños sea de índole constructiva.

Responsabilidad civil por daños derivados de actividades de construcción. Daños en edificio contiguo. No es extensible al promotor de la obra la responsabilidad del constructor, pues no cumple la función de garantía asignada a éstos en el ámbito de los vicios constructivos.—Los promotores o propietarios del edificio desde los que se acometieron las obras que originaron los daños en el edificio contiguo no pueden ser equiparados al constructor, ya que tal equiparación tiene por finalidad la ampliación de la garantía de los adquirentes de los pisos o locales; lo que no se da frente a quienes no ostenten ese carácter de compradores de los pisos o locales construidos. Tampoco han tenido intervención en la dirección y ejecución de los trabajos, puesto que ninguna se reservaron, ni tienen el deber de conocer la situación de riesgo que pudiera conllevar en razón al estado del inmueble, limitándose a contratar su ejecución a personas capacitadas y con suficientes conocimientos para un ejercicio normalmente correcto de la *lex artis*, como son el arquitecto, el aparejador y la constructora, con los que ninguna rela-

ción de dependencia o subordinación tienen susceptible de incardinarse en el artículo 1903 CC, de tal forma que cada uno asume los resultados de su propia actividad. (STS de 20 de noviembre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—A consecuencia de las obras de nueva construcción realizadas en el edificio contiguo, se produjeron diversos daños en la propiedad de los actores, colindante con aquél. Los propietarios dañados ejercitaron la acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC, tanto contra los técnicos (arquitecto y aparejador), como contra la constructora y los dueños de la obra; postulando la declaración de responsabilidad solidaria de todos ellos. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda, pues consideró que de haber tomado los demandados las medidas precautorias necesarias, se habría evitado el siniestro. Así, condenó solidariamente a abonar doce millones de pesetas, más una indemnización correspondiente a todos los meses que los perjudicados estuvieron alojados como arrendatarios de una vivienda por no poder usar la suya a consecuencia de los daños padecidos. La Audiencia Provincial de Cádiz confirmó la sentencia de instancia. Interpuesto recurso de casación por los demandados condenados, el Tribunal Supremo acogió el de los dueños del edificio cuya obra había generado los daños, absolviéndoles de la condena en su contra. (I. D.-L.)

51. Responsabilidad extracontractual del contratista.—En los casos de daños causados en la ejecución de una obra encargada a un contratista, la responsabilidad corresponde exclusivamente a éste, como contratista independiente, siempre que dicho contrato no sea determinante de una relación de subordinación o dependencia entre el comitente, dueño de la obra o promotor, y el contratista, asumiendo ésta de manera exclusiva sus propios riesgos (FJ 2.º, STS de 26 de septiembre de 2007).

Responsabilidad extracontractual del comitente por culpa *in eligendo*.—Podrá incorporarse al vínculo de responsabilidad extracontractual al comitente en aquellos supuestos en los cuales se demuestre la existencia de culpa *in eligendo* en la selección del contratista, lo que tendrá lugar cuando la empresa contratada no reúna las características necesarias para ofrecer las debidas garantías de seguridad o por carecer de la capacidad necesaria para ejecutar la obra (FJ 2.º). (STS de 26 de septiembre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Doña Rosa ejercita acción de responsabilidad extracontractual contra una empresa constructora y los dueños de la vivienda en la que trabajaba dicha empresa, en reclamación de los daños ocasionados como consecuencia de la caída sufrida por la parte actora, al tropezar en la vía pública con una malla de alambre empleada en las obras que la mercantil demandada estaba llevando a cabo en una vivienda, por encargo de los codemandados. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda al considerar que la mercantil y los dueños de la vivienda eran responsables solidariamente al no tomar las precauciones necesarias para evitar el incidente y, por ende, el riesgo generado. La Audiencia Provincial con-

firmó la sentencia dictada en la instancia. Interpuesto recurso de casación por los dueños de la vivienda, el Tribunal Supremo estima el recurso.

NOTA.—La sentencia que anotamos se pronuncia acerca de la posible responsabilidad solidaria de la empresa constructora y del comitente como consecuencia de la caída sufrida por doña Rosa. Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia consideran que en los supuestos de daños causados en la ejecución de una obra, la responsabilidad en principio es de la empresa constructora. El elemento de riesgo que puede apreciarse en la actividad constructiva se vincula exclusivamente a la empresa contratista, salvo que exista una relación de dependencia o subordinación entre la promotora y la empresa constructora, situación que se produce cuando el contratista no actúa formalmente como autónomo, estando sujeto al control de la promotora de la obra o encontrándose incardinado en su organización, correspondiéndole el control, vigilancia y dirección de las labores encargadas. La jurisprudencia considera que este concepto de dependencia requiere de una interpretación amplia, en la que suele ser decisiva la apreciación de un elemento de control, vigilancia o dirección de las tareas encomendadas. En estos casos podrá incluso hablarse de la concurrencia de culpa *in vigilando* en el comitente si se omiten las necesarias medidas de seguridad y como consecuencia de ello se produce el resultado dañoso, tratándose de un supuesto de responsabilidad por hecho de otro [SSTS de 4 de enero de 1982 (RJ 1982/178), 8 de febrero de 1999 (RJ 1999/3101), 7 de diciembre de 2006 (RJ 2006/377), 1 de febrero de 2007 (RJ 2007/788)].

En los casos en que se demuestre la existencia de culpa *in eligendo* en la selección del contratista, el comitente deberá responder solidariamente en aplicación de lo establecido en el artículo 1902 CC, que no del 1903, al no tratarse de un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno. Cuando no quede probado que la elección del contratista fue negligente faltará el presupuesto necesario para imputar al comitente las consecuencias del hecho lesivo, y extender a éste la responsabilidad, ya sea por hecho propio, ya sea por hecho ajeno [SSTS de 18 de julio de 2005 (RJ 2005/9251), 3 de abril de 2006 (RJ 2006/1916), 7 de diciembre de 2006 (RJ 2006/377), 1 de febrero de 2007 (RJ 2007/788)]. (L. Z. G.)

52. Cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo recuerda que el artículo 1968 CC contiene, a diferencia de la previsión abstracta del artículo 1969 CC, un criterio subjetivo al señalar que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual comienza el día en que el agraviado tiene conocimiento de los daños y perjuicios que se le han causado.

Relación de causalidad: requisito imprescindible para la existencia de la responsabilidad civil extracontractual.—Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 19 de julio de 2004, 21 de abril de 2005 y 21 de marzo y 28 de septiembre de 2006) señala que para imputar responsabilidad civil extracontractual es necesario que el demandante pruebe la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del agente y el

daño producido. (STS de 23 de octubre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Un agente de la propiedad inmobiliaria interviene como perito tasador en un proceso judicial y en la tasación que realiza de un determinado terreno, propiedad del deudor ejecutado, omite valorar un chalet construido en dicho terreno.

El citado terreno salió a subasta por un valor de 1.221.000 pesetas y fue adjudicado a un postor por 260.000 pesetas, que meses después lo vendió a un tercero por 16.500.000 pesetas.

Los herederos del deudor ejecutado interponen una demanda contra el agente de la propiedad inmobiliaria, solicitando se dicte una sentencia que declare la responsabilidad por culpa o negligencia de éste, derivada de su actuación profesional, y se le condene a pagar a los demandantes, en concepto de indemnización, 20 millones de pesetas.

El demandado contesta a la demanda y alega, entre otras cuestiones, que la acción de reclamación de responsabilidad ha prescrito.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y condena al demandado a abonar a los demandantes 13.333.333 pesetas. La Audiencia Provincial desestima los recursos de apelación interpuestos, respectivamente, por la parte demandante y la parte demandada. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado. (M. J. P. G.)

53. Responsabilidad de la empresa por actos de sus empleados.—«[...] la doctrina jurisprudencial exige, para que se pueda declarar la responsabilidad por hecho ajeno, regulada en los párrafos primero, cuarto y sexto del artículo 1903 del CC, la existencia de una relación de dependencia entre el sujeto agente y aquel a quien se atribuye la responsabilidad, y que el evento se produzca dentro del ámbito de la misma o con ocasión de ella, así como la culpabilidad—culpa in operando (en la acción) o in omittendo (por omisión)— del agente, y la falta de prueba por parte del empresario de haber empleado toda la diligencia para evitar el supuesto dañoso». (STS de 10 de octubre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don Arturo, portero de un hotel, se encontraba desempeñando su trabajo, cuando recibió órdenes del Jefe de Recepción para que comunicara al conductor del taxi, donde se encontraba el agresor, que no se marchase, puesto que el cliente que iba a hacer uso de sus servicios abandonaba el hotel sin abonar el importe de las llamadas telefónicas realizadas desde su habitación. Cuando el demandante se acercó al taxista para comunicarle la orden recibida, fue agredido por don Santiago, quien le propinó dos puñetazos en el rostro, y le golpeó la cabeza con una piedra, causándole importantes lesiones. Don Arturo ejercita acción de responsabilidad extracontractual contra don Santiago y el Club de Baloncesto, al que pertenecía aquél como jugador profesional, reclamándole, como responsables solidarios, una indemnización por las lesiones sufridas a raíz de la agresión de que fue objeto por el jugador. El Club deportivo con-

testa a la demanda, oponiéndose a la misma, al considerar que no concurre el presupuesto del párrafo cuarto del artículo 1903 CC, que permite declarar la responsabilidad del empresario respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en los que tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones, circunstancias que para el Club no concurren en este caso. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, siendo ésta confirmada por la Audiencia Provincial. El Club deportivo interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

NOTA.—El artículo 1903 CC establece una presunción de culpa de los empresarios por el hecho de sus dependientes, que se fundamenta en la imposibilidad de evitar el resultado dañoso empleando la diligencia adecuada. Este precepto exige, en su párrafo cuarto, que concurren dos presupuestos para que opere la responsabilidad atribuida al empresario: que se trate de un dependiente y que actúe en el ejercicio de las funciones que le han sido conferidas, ocasionando un daño a tercero. Es necesario, por tanto, analizar en cada caso si se cumplen tales presupuestos.

En relación al segundo de los requisitos señalados, es doctrina jurisprudencial reiterada que cuando el empleado realiza actividades que no tienen una conexión funcional con su trabajo, sino únicamente circunstancial, o cuando el empleado desempeña funciones extrañas a sus atribuciones, sin autorización del empleador, no debe responder el empresario [SSTS de 24 de marzo de 2003 (RJ 2003/2918), 26 de junio de 2006 (RJ 2006/4612), 6 de marzo de 2007 (RJ 2007/1828)]. Aplicando esta doctrina al caso de la sentencia es necesario determinar si el hecho dañoso se produjo en el marco de las funciones encomendadas al jugador. En el caso de los deportistas, es evidente que sus funciones se identifican con el ámbito de la disciplina del Club, es decir, la sumisión a la organización de la entidad, órdenes y directrices impartidas en el desarrollo de la actividad que le es propia, y ello para la mejor consecución de los fines anudados a la misma. Quedan fuera, por tanto, las actividades que se realicen al margen del ámbito de la organización, decisión y control del Club, con absoluta desconexión con sus actividades. Estos comportamientos entran dentro del marco de potestades en materia de disciplina deportiva, pero excluidos de una posible imputación al Club de los actos lesivos realizados por sus jugadores. Es evidente que la agresión realizada por un deportista a un tercero no entra dentro de la función que le ha sido encomendada, ni de las funciones propias de quien era su empresario, lo que se traduce en estos casos en la ausencia de responsabilidad del Club respecto de las actuaciones de sus jugadores. (*L. Z. G.*)

54. La fijación de la cuantía de la indemnización por daños materiales o morales no tiene acceso a casación.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba, únicamente susceptible de revisión por error o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción o se

comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación del *quantum* [SSTS de 16 de junio de 1993, 30 de junio de 1993, 25 de septiembre de 2008], entre otras.

Quantum de la indemnización por lucro cesante.—«El *quantum* de la indemnización por lucro cesante se refiere a beneficios futuros y debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y la ponderación de las circunstancias de cada asunto; pero la existencia del perjuicio por este concepto, según reclama la jurisprudencia, debe ser probada con una razonable verosimilitud, cosa que no ocurre cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, pero existen dudas sobre su producción o no se aprecia su existencia en el marco de una lógica presunción sobre cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso» (FJ 3.º, STS de 31 de octubre de 2007).

Inexistencia de daño moral: la información que se reputa perjudicial no hace referencia alguna al nombre comercial de la empresa.—Para el supuesto en que la información que se reputa perjudicial no haga referencia alguna al nombre comercial de la empresa es necesario, para hablar de daño moral, justificar el carácter notorio de dicho nombre comercial en relación con el producto suministrado, atendida su implantación y valoración social positiva que hagan posible el conocimiento generalizado de la existencia de la entidad, de manera apta para que el consumidor medio pudiese fácilmente identificarla, dado que el concepto de notoriedad es el que inspira la protección del signo distintivo en casos de riesgo de confusión. La simple disminución de las ventas no es signo evidente de la lesión del honor o reputación de la persona que origine derecho a ser indemnizado por un daño moral, sino que supone la existencia de un perjuicio económico indemnizable en atención al lucro cesante. (STS de 31 de octubre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Determinada cadena de televisión emite información sobre la muerte de un niño a consecuencia de la ingesta de un caramelo con forma de fresa. A modo ilustrativo, la cadena presenta en pantalla un fresón con un adorno blanco idéntico a los que fabrica la sociedad C.P. S.L. La golosina que había causado el fallecimiento había sido fabricada por otra empresa y tenía un tamaño más reducido. La sociedad insta a la cadena, mediante requerimiento notarial, a efectuar una rectificación de la información emitida, a la vez que reclama el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. La emisora rectifica la información emitida pero se niega a indemnizar a la sociedad. La mercantil interpone demanda solicitando se le indemnice por el daño emergente producido por el descenso de la facturación del año 1994 y por el lucro cesante previsto para los años 1995 y 1996, a la vez que solicita una indemnización por los daños morales. El Juzgado de Primera Instancia condena a la emisora al pago de una indemnización inferior a la solicitada, al considerar que la información no veraz emitida supuso un perjuicio importante para el prestigio de la marca repercutiendo negativamente en la venta de todo tipo de productos fabri-

cados por la actora y en su buen nombre comercial. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia limita el *quantum* de la indemnización a una cantidad inferior con base en los siguientes razonamientos: *a)* la existencia de una recuperación de la facturación en el cuarto trimestre de 1994 comparado con el tercer trimestre; *b)* que no podía extenderse la reparación más allá de 1994, puesto que no existía prueba que revelase la persistencia de los perjuicios con posterioridad a tal fecha; *c)* que no cabía la indemnización por daños morales en el nombre comercial de la sociedad puesto que no se habían demostrado. La sociedad interpone recurso de casación, que es desestimado por el Tribunal Supremo con base en los siguientes razonamientos: que no existe un error notorio o una arbitrariedad en la fijación de la cuantía de la indemnización en la instancia; que no queda suficientemente probado la existencia de lucro cesante; que no se ha producido una lesión en el nombre comercial de la empresa que suponga la existencia de un daño moral, al no hacerse referencia, al emitir la información, al nombre comercial de la demandante (*L. Z. G.*)

55. Responsabilidad objetiva del artículo 1905 CC.—El artículo 1905 CC se está refiriendo a una responsabilidad no culpabilística, y exige la concurrencia sólo de causalidad material.

Culpas concurrentes.—Se estableció también como probado que el recurrente atravesó la finca no obstante conocer la existencia del perro agresor y que por sus características era preciso la adopción de precauciones especiales. Por otra parte, si la demandada tenía pleno conocimiento de tal situación, es decir, que el operario había de volver, debió de adoptar las precauciones que se imponían necesarias, y tomar las medidas precisas para que el perro no anduviera suelto, lo que indudablemente no llevó a cabo, como lo acredita el resultado dañoso ocasionado. Puesto que el portalón no estaba cerrado, se creó en el recurrente una razonable confianza de que el tránsito por la finca no representaba ningún peligro. Por lo tanto se trata de riesgos concurrentes y culpas plurales, ya que a lo que queda dicho ha de añadirse que la irrupción en la finca por el actor, correspondía a una actuación programada de antemano y convenida con la propietaria y ésta debió de facilitar en todo momento un tránsito seguro y evitar situaciones sorpresivas.

Distribución del *quantum*.—Al tratarse de culpas concurrentes con la producción del daño, la jurisprudencia tiene declarado que debe compensarse la cuantía económica de las responsabilidades que se produce al liquidar las consecuencias del evento dañoso en atención al grado y naturaleza de las diversas responsabilidades, por lo que resulta procedente la distribución del *quantum* con la consideración, prudencia y equidad más conveniente. Aquí se presenta como lo más aconsejable fijar el porcentaje del 70% a cargo del recurrente y el 30% restante de cuenta de la demandada. (**STS 12 de julio de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—Don Eduardo acudió en la tarde del día de los hechos, en compañía de otra persona, a la vivienda de la demandada para reparar un electrodoméstico a su solicitud, ya que no había podido terminar el trabajo por la mañana. Una vez en el lugar, se adentró en la finca que tenía que atravesar para llegar a la vivienda,

toda vez que el portalón de acceso no se lo impidió, y en ese momento fue atacado por el perro de la casa, siendo el causante de las graves lesiones que padeció, que determinaron que hubiera de sufrir amputación del tercio medio de la pierna lesionada. Don Eduardo interpuso demanda contra doña Carmen y la comunidad hereditaria de Gerardo instando que se condenase a los mismos a satisfacerle una indemnización en concepto de incapacidad temporal, a tenor de los 1.399 días que estuvo de baja, aplicando a la misma los factores de corrección establecidos en la Tabla V de la Ley del Seguro del Automóvil aplicable analógicamente; que se les condenase a una indemnización por lesiones permanentes incluidos daños morales, a tenor de las secuelas que como consecuencia del ataque del perro le habían quedado, según el informe médico adjuntado, aplicando a la misma los factores de corrección establecidos en la Tabla IV de la Ley, y de los que se hace mención en el cuerpo de este escrito; y por último, que se condenase a los demandados a satisfacerle todos los gastos médicos y de asistencia hospitalaria que se le causaron. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a doña Carmen, absolviendo en la instancia a la comunidad hereditaria codemandada. La Audiencia Provincial estimó el recurso deducido por doña Carmen, y desestimando el interpuesto por don Eduardo, declaró no haber lugar a acoger la demanda. (E. C. V.)

56. Culpa médica: intervención quirúrgica por lesiones causadas por caída: infección hospitalaria: responsabilidad del médico y del centro hospitalario.—Para apreciar si existe en el presente caso la imprudencia alegada ha de partirse de si el diagnóstico fue el correcto y el tratamiento adecuado de conformidad con la *lex artis* médica, lo que la sentencia de instancia niega a partir de una adecuada valoración de las pruebas (historia clínica, informe forense), de la que se deduce la culpa o negligencia determinante del daño. En primer lugar, no se indaga el alcance de la infección supurada del hueso a partir de las principales pruebas que para la confirmación del diagnóstico eran aconsejables, ni se instaura un tratamiento antibiótico parental, más agresivo e intenso, cuando la herida comienza a supurar en el mes de julio, siendo así que la ostiomielitis no es una complicación extraña, por infrecuente, sino una complicación asociada a la problemática traumatológica, que no se elimina por el hecho de que el paciente decidiera marcharse, por cuanto los siete días transcurridos no pueden reputarse significativos para que se evidencien síntomas que no fueran los ya aparecidos con anterioridad. En segundo lugar, se produjo en el curso de la intervención quirúrgica y no en el momento de sufrir la fractura, sin que por parte del Centro se hiciera *todo lo posible para erradicar los factores y agentes que desencadenan aquel proceso infeccioso*, teniendo en cuenta que cuando se intervino al actor no padecía déficit inmunológico o enfermedades graves, lo que pone en evidencia que con la adopción de estas medidas se hubiera evitado objetivamente el daño; concurre de esa forma nexo de causalidad entre su omisión y la producción de éste, siendo aplicable el criterio de imputación cifrado en que la legítima expectativa de seguridad inherente a la realización de una intervención quirúrgica en el centro hospitalario comprende la evita-

ción de infecciones hospitalarias o nosocomiales subsiguientes a la intervención (STS de 5 de enero de 2007).

Defectos del recurso.—Es doctrina reiterada que la formulación de un motivo de casación por infracción de la jurisprudencia aplicable exige, no sólo la cita por sus fechas de las sentencias que contengan la doctrina legal que entiende infringida, sino que requiere la exposición de cuál es esa doctrina legal y en qué sentido resulta desconocida por la sentencia recurrida. (STS de 19 de octubre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

57. Culpa extracontractual: muerte de menor por consecuencia de operación de amigdalectomía: resultado desproporcionado.—Es evidente la desproporción entre el diagnóstico de amigdalitis y el resultado del fallecimiento del menor, sin duda llamativo desde consideraciones no jurídicas, quedó aclarado mediante la prueba que la Sala valoró en ejercicio de su facultad privativa y que, salvo error de derecho no denunciado, ha de mantenerse. La STS de 30 abril 2007 declara que *la existencia de un resultado desproporcionado no determina por sí solo la existencia de responsabilidad del médico sino la exigencia al mismo de una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implicaba la actividad médica y la consecuencia producida*, y es del todo evidente que las pruebas de alergia a la anestesia no se hicieron no sólo porque no eran aconsejables, sino porque podían ser contraproducentes para la salud del menor, y las paradas cardio-respiratorias se produjeron en fase de reanimación en el propio quirófano, donde se produjeron las maniobras precisas. Pero es que, además, la primera vez que se producen manifestaciones clínicas, estas eran imprevisibles e inevitables, como también lo son los reflejos vagales, y ello en ningún caso implica acción u omisión que puede ponerse a cargo de los profesionales que le operaron, cuya intervención se desarrolló conforme a la *lex artis ad hoc*, tanto durante el proceso preoperatorio y operatorio, propiamente dicho, como durante el período postoperatorio, según el estado actual de la ciencia. Tampoco la hubo de los centros demandados como resultado de lo que esta Sala califica de carencias o defectos asistenciales, de coordinación, de organización o de dotación, subsanadas previamente, por lo cual no hubo insuficiencia acreditada de medios vinculadas al desarrollo de la operación y complicaciones previsibles.

Cuestión nueva: falta de información.—Es de rechazar porque nunca había sido alegada en la demanda, ni tratada en la sentencia impugnada, salvo para rechazarla por dicha razón. En efecto, es en la demanda como acto de iniciación procesal, donde se perfila la pretensión y cauce en que ha de discurrir la discusión, obligando al Juez a tener por incoado un proceso y a decidirlo en los términos suscitados como a las partes a mantener sus planteamientos iniciales, a fin de que exista correspondencia entre el objeto del proceso y su resolución, de modo que la introducción fuera del período expositivo de cualquier elemento o dirección distinta a los que se figuran entonces, vulnera principios tan esenciales como los de bilateralidad y congruencia (SSTS de 8 de marzo y 31 de mayo de 2001, y 21 de abril de 2003), y determina la imposibilidad de fundar la estimación de ésta en tal omisión (SSTS de 7 junio de 2002 y 15 de noviembre de 2006), máxime cuando, como en este caso, afecta al daño que deriva de la falta de información y que puede ser distinto del que se reclama por una mala praxis. (STS de 19 de

octubre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

58. Responsabilidad civil. Responsabilidad médica por falta de información al paciente. Daño moral.—En 1996, año en que acaecieron los hechos, la prueba en cuestión era de general conocimiento y se recomendaba su práctica a todas las gestantes, aunque no viniera impuesta por el Protocolo de la Generalitat. De ahí que, al margen de que la madre pudiera por su edad no estar estadísticamente en situación de riesgo relevante, debió ser informada sobre las técnicas de diagnóstico, tal como se deriva del derecho reconocido en el artículo 10, ap. 5 y 6, de la Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986. Lo que, en el caso de diagnóstico prenatal, se traduce en la obligación de los profesionales de poner en conocimiento de la paciente toda la información conocida y constatada en orden a determinar las posibilidades sobre la evolución del embarazo, que es lo que va a permitirle tomar las decisiones que considere más convenientes a sus intereses. De esta omisión informativa trae causa la culpa y el daño causado. El daño no procede del hecho mismo de no haberse practicado la prueba del «Triple Screening», sino de la omisión informativa sobre la posibilidad de practicar esta prueba; omisión que en sí misma constituye un daño moral grave. (STS de 6 de julio de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Los demandantes accionaron contra los ginecólogos don Alejandro y don Federico, así como contra el Instituto Catalán de Sanidad (I.C.S.), reclamando una indemnización por el daño sufrido a consecuencia de no haber sido informados de la posibilidad, durante el embarazo de la actora, de realizar la prueba denominada «Triple Screening», consistente en un análisis de sangre específico que habría detectado las malformaciones que presentaba el feto y con las que, a la postre, nació. Dicha falta de información habría privado a la gestante de su derecho a decidir si se sometía a una interrupción legal del embarazo. Los demandados se opusieron alegando que dicha prueba no era exigible por el Protocolo de la Generalitat, amén de que por su edad, la actora no se encontraba en el grupo de riesgo que hubiera hecho aconsejable dicho análisis. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó solidariamente a los demandados al pago de quince millones de pesetas. La Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación y absolvió a los demandados de la condena impuesta. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación y fijó como indemnización por daño moral la misma cantidad otorgada en la primera instancia.

NOTA.—En la actualidad, amén de los ap. 4 y 5 del artículo 10 Ley General de Sanidad, habría de tenerse en cuenta el derecho a la información sanitaria específicamente previsto y regulado en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, cuyo artículo 4 reconoce el derecho del paciente a conocer «toda la información disponible». (L. A. G. D.)

59. Responsabilidad civil. Responsabilidad médica por falta de información suficiente y adecuada. El deber de información al paciente es independiente del deber de diligencia propio de la intervención médica practicada. Prueba del cumplimiento del deber de información.—La doctrina de esta Sala es clara en cuanto a la especial intensidad del deber de información para las intervenciones no estrictamente curativas o necesarias, precisamente por el mayor margen de libertad de decisión que tiene el paciente a la hora de afrontar los riesgos de la intervención y sus consecuencias (SSTS de 25 de abril de 1994, 11 de mayo de 2001 y 23 de mayo de 2007). El cumplimiento de la obligación de información debe considerarse con independencia del cumplimiento del deber de que la intervención en sí misma se desarrolle con sujeción a la *lex artis* (STS de 23 de mayo de 2007). La prueba de haber facilitado la información incumbe a quien tiene la obligación de prestarla y tiene a su alcance los medios necesarios para justificarlo (STS de 29 de junio de 2007), que en el caso en cuestión bien podrían haber sido los correspondientes documentos firmados por el actor o la constancia de la información en su historial clínico; todo lo cual ha estado a disposición del médico demandado. **(STS de 19 de noviembre de 2007; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El Sr. Romeo demandó al médico que le había practicado una vasectomía ya que, después de haber sido intervenido y de un primer análisis confirmando su esterilidad, su esposa había quedado embarazada. Tras las pruebas correspondientes, que aseveraron la paternidad del marido, éste interpuso demanda contra el Dr. Luis Miguel, basada en que no le había informado de la necesidad de una segunda prueba confirmatoria de la esterilidad y de la necesidad del uso de medios anticonceptivos hasta dicha confirmación; pidiendo como indemnización el abono de once millones de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la acción planteada. La Audiencia Provincial de Alicante acogió el recurso de apelación y estimó parcialmente la demanda, condenando al médico a pagar la suma de siete millones de pesetas. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación del demandado, pero a los solos efectos de suprimir la condena en costas de la primera instancia dado que, pese a la estimación del fondo de la demanda, hubo una rebaja sustancial de la condena en relación con lo inicialmente pedido. (*I. D.-L.*)

60. Responsabilidad civil. Responsabilidad del profesional médico. Aseguramiento del resultado: sólo es exigible cuando resulte del acuerdo de las partes. Información al paciente. Contenido. Carga de la prueba.—Los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (SSTS de 25 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997, 21 de octubre de 2005 y 23 de mayo de 2007). El deber de información reviste especial intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria. La información en estos casos debe ser objetiva, veraz, completa y asequible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del

resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean permanentes o temporales, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa (SSTS de 12 de febrero y 23 de mayo de 2007). Según la jurisprudencia, la obligación de informar corresponde a los profesionales que practicaron la intervención y al centro hospitalario, y la carga de la prueba del cumplimiento de dicho deber, según las circunstancias de la mayor o menor disponibilidad y facilidad probatoria, debe recaer sobre el profesional de la medicina o el centro o servicio al que pertenece, por ser quien se halla en situación más favorable para ofrecer la prueba (SSTS de 28 de diciembre de 1998, 7 de marzo 2000 y 18 de mayo de 2006). **(STS de 22 de noviembre de 2007;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Doña Flor se sometió a una intervención de cirugía estética, consistente en colocación de prótesis mamarias, rinoplastia, blefaroplastia y liposucción. Seis meses después fue nuevamente operada por el mismo doctor don Jesús para recolocación de las prótesis. La actora demandó al médico y a la clínica solicitando la indemnización de daños y perjuicios por las secuelas físicas y psíquicas padecidas a raíz de las intervenciones. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la pretensión resarcitoria al considerar, de acuerdo con los informes periciales, que la intervención y su resultado se ajustaban a la praxis médica, sin que se quedara acreditada la existencia de las secuelas alegadas por la demandante. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo no dio lugar al mismo. (*L.-A. P. M.*)

61. Artículo 33 de la Ley de caza: Reglas de la carga de la prueba en el supuesto de responsabilidad objetiva.—La atribución por parte del legislador de una naturaleza objetiva a la obligación de responder no invierte la carga de la prueba, sino que únicamente excluye la necesidad de que se pruebe la culpa del autor del daño y deben probarse todos los otros extremos exigidos por la norma para que pueda imputarse la responsabilidad en base a la misma y por tanto, el actor debe probar la procedencia de la caza, cosa que no ha sucedido en el caso, en que las pruebas aportadas han llevado a la Audiencia a no considerar probado que los jabalíes tuviesen su hábitat natural en el coto demandado, lo que de acuerdo con la normativa vigente, exonera de responsabilidad a los titulares. **(STS de 23 de julio de 2007;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don Blas conducía un coche por la N-525, y en sentido contrario, circulaba don Evaristo. Este tuvo que frenar al cruzarse en la carretera unos jabalíes que procedían de terrenos en los que estaba el coto de caza *El Castro* y el coche colisionó con el conducido por don Blas, quien a consecuencia del choque falleció, dejando esposa y cinco hijos. Don Blas tenía contratado un seguro con la compañía MAPFRE, que pagó a la viuda e hijos las indemnizaciones correspondientes y demandó a continuación a los titulares del coto por los daños causados por la irrupción en la carretera

de los animales que provenían del mismo. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda porque consideró probado que no existía un asentamiento de jabalíes en el coto demandado, y declaró que no era posible extender la responsabilidad del siniestro a los titulares del aprovechamiento cinegético sólo porque los animales hubieran salido de allí. MAPFRE interpuso recurso de apelación por considerar que la actividad de caza es una actividad de riesgo e instó la inversión de la carga de la prueba. El recurso fue desestimado al considerar que no constaba probado que el coto demandado fuese el hábitat natural de los jabalíes, por lo que no podía admitirse responsabilidad objetiva de los propietarios, dado que la excepcionalidad del paso del jabalí con dirección a otros puntos en busca de alimentos, impedía a los titulares del coto adoptar las mínimas precauciones de control sobre el paso del animal. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (E. C. V.)

62. Responsabilidad civil extracontractual. Responsabilidad patrimonial de contratistas. Relación de causalidad.—El principio de Derecho administrativo sobre responsabilidad del contratista por los actos realizados en perjuicio de tercero en ejecución del contrato, excepto en los supuestos en que debe responder directamente la Administración (que ciertamente podría apoyarse en otras normas y jurisprudencia administrativa), no puede estimarse infringido cuando no concurren todos los presupuestos y requisitos exigidos legalmente para la existencia de responsabilidad civil. En este sentido, es imprescindible la existencia de nexo de causalidad entre las actividades derivadas de la ejecución del contrato entre ambas sociedades.

Responsabilidad patrimonial de la Administración.—La titularidad de una competencia administrativa de policía no comporta por sí misma la asunción de responsabilidad por parte de la Administración en relación con los daños causados por las infracciones cometidas por parte de los sujetos sometidos a la intervención administrativa. Es menester la concurrencia de los requisitos necesarios para la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, que la Ley genéricamente cifra en la existencia de un nexo de causalidad con el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y en la existencia de un título de imputación a la Administración que excluya el deber del perjudicado de soportar el daño.

Principio de responsabilidad civil solidaria.—La solidaridad entre los responsables de actos relacionados con la gestión de residuos tóxicos y peligrosos (que la Ley prevé para cuando sean varios los responsables de algún deterioro ambiental, o de los daños o perjuicios causados a terceros, y no sea posible determinar el grado de participación de las diferentes personas físicas o jurídicas en la realización de la infracción, Ley 10/1998, de 21 de abril, está vinculada a la concurrencia de los presupuestos necesarios para la existencia de responsabilidad.

Inmisiones. Acción negatoria. Legislación autonómica catalana.—El vertido de aguas residuales se considera inmisión cuando las concentraciones de parámetros contaminantes están muy por encima de los límites autorizados administrativamente.

Es aplicable el artículo 3.1 de la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la Acción Negatoria, las Inmisiones, las Servidumbres y las Relaciones de Vecindad,

según el cual, las inmisiones producidas por actos ilegítimos del vecino que causan daños en el inmueble están prohibidas y generan responsabilidad por el daño causado. El propietario del inmueble que es afectado por una inmisión dolosa o culposa tiene acción negatoria para hacerla cesar y tiene derecho a recibir la indemnización correspondiente por los daños causados.

El deber de indemnizar nacería también por la aplicación del artículo 1908.4 CC. (**STS de 2 de noviembre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Ejercitada acción de cesación de inmisiones por *Agriplant, SA* contra *Tintes y Aprestos Guiñau, SA*; *Cespa, Gestión de Residuos, SA*, la Junta de Residuos de la Generalitat de Cataluña; la Junta de Sanejament; y el Ayuntamiento de Santa María de Palautordera, la actora solicitaba la cesación de las inmisiones de sustancias contaminantes procedentes del colector de *Tintas y Aprestos*, que las recibía, a su vez, de *Cespa*, titular de un vertedero de residuos industriales; la adopción de medidas precautorias encaminadas a evitar las inmisiones no tolerables y la condena solidaria de las demandadas a una indemnización por daños y perjuicios causados en el verano de 1994 por la contaminación del agua del riego a causa de los vertidos al río Tordera, al margen del cual se ubica el pozo del cual se abastece la actora. La demandante imputaba a la Junta de Sanejament y al Ayuntamiento de Santa María de Palautordera su negligencia en el control de los vertidos contaminantes.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por considerar que no se había acreditado la relación de causalidad entre el mal funcionamiento de la depuradora y los daños producidos a la actora.

La Audiencia revoca esta sentencia y condena a *Tintes y Aprestos*, a cesar en las inmisiones ilegítimas por vertidos que causen daño a la finca explotada por la demandante y a indemnizar a ésta en 26.963.312 pesetas pero absuelve a los restantes demandados.

La sentencia se funda, en síntesis, en que una valoración de la prueba permite considerar probado el daño sufrido por la actora y la existencia de una relación de causa-efecto entre la variación de la calidad del agua y los daños observados en la producción; y que la contaminación del agua del riego utilizada por la demandante procedente del pozo del río Tordera traía su causa de los vertidos de *Tintes y Aprestos*. La sentencia afirma que los límites bajo los que fue autorizado el vertido de aguas residuales resultaron incumplidos según los expedientes administrativos aportados. Consideró aplicable respecto de esta demandada el artículo 3.1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 13/1990, de 9 de julio, en cuanto a la responsabilidad por inmisiones y acción negatoria, así como el artículo 1908.4 CC.

La sentencia afirma que el contrato que *Cespa* tenía con *Tintes y Aprestos*, en virtud del cual asumía la tarea de depurar los lixiviados que desprenden los residuos sólidos no exonera al titular del vertedero de la responsabilidad por daños derivados de la contaminación producida por aquellas sustancias; pero que ninguna prueba permite sostener la relación causal entre los lixiviados del vertedero

de residuos de *Cespa* y el efecto contaminante de los vertidos de *Tintes y Aprestos*.

Siendo la Junta de Residuos, de acuerdo con artículo 53 de la Ley del Parlamento de Cataluña 6/1993, la entidad responsable de los objetivos fijados en ella, la sentencia estima que su competencia no se extiende a los residuos que se gestionan como aguas residuales, y que no se ha probado la incidencia de los lixiviados procedentes del vertedero de residuos sólidos en los daños sufridos por la demandante, sino solamente la de los vertidos de aguas residuales efectuados por *Tintes y Aprestos Guiñau, SA*.

Siendo competentes la Junta de Saneamiento y el Ayuntamiento, las pruebas practicadas, dice finalmente la sentencia, no permiten tener por acreditado con la certeza necesaria que la actuación de estos dos demandados haya contribuido causalmente a la producción de los daños concretos por los cuales reclama la demandante, atendida la práctica simultaneidad entre los vertidos contaminantes del verano de 1994 y los daños sufridos por la plantación de la actora, que no consta que denunciara los hechos al Ayuntamiento hasta meses después de sucedidos.

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

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

63. Usucapión. Requisitos para la prescripción adquisitiva de bienes inmuebles.—Frente a las acciones reivindicatoria y aquiliana entabladas por el demandante con base a las obras realizadas por el demandado en su propiedad que afectaban al muro propiedad del actor y que se extendían a lo largo del lindero de las fincas de uno y otro, el Alto Tribunal estima que se ha producido por parte del demandado, la adquisición del dominio por usucapión, dándose cumplimiento a todos los requisitos para la procedencia de la misma (art. 1941 CC): Se entiende, por un lado, que *existe posesión en concepto de dueño y no por mera tolerancia* (del demandado) desde el momento en que la posesión se ha disfrutado a partir de la suscripción de un documento entre la madre del actor y el demandado por el que se decía que la pared divisoria pertenecía a ambas partes y que cada una de ellas podía obrar sin derecho a indemnización alguna, lo que excluye una situación de mera tolerancia. Se mantiene la existencia de una *posesión pública y no clandestina* en base al hecho de que existía una edificación del demandado que apoyaba sobre el muro, pues ello excluye la clandestinidad en la posesión y confirma la consideración del muro como medianero y su posesión pública en tal concepto. No se puede negar *la buena fe* en la posesión con vulneración por la sentencia impugnada de lo establecido en los artículos 1940 y 1950 CC, pues el artículo 434 del mismo código dispone que la buena fe se presume siempre y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba, no habiéndose aportado ninguna prueba que demuestre el conocimiento por el demandado de que la propiedad no pertenecía a la madre de aquél, cuando está

reconocido que el actor adquirió su propiedad por herencia siendo menor de edad. Igual cabe decir en relación con la invocada infracción de los artículos 1952, 1953, 633 y 1274 CC, en relación con el 1941 del mismo código y la jurisprudencia, para negar la existencia de justo título apto para dar lugar a la usucapión. Se afirma nuevamente que el documento suscrito en fecha 18 de octubre de 1973 entre la madre del actor y el demandado, comporta una mera tolerancia por aquélla respecto del uso del muro litigioso, cuando basta observar su contenido para comprender que se trata de un reconocimiento de copropiedad («les pertenecía a ambas»), siendo así que el justo título requiere simplemente la aptitud en abstracto para haber producido la adquisición del derecho de propiedad u otro real, si bien en el caso concreto no la hubiera producido por cualquier causa externa a él, siendo además en el caso verdadero y válido, aunque el otorgante pudiera no gozar del derecho de disposición. Se considera por tanto como justo título en el convenio suscrito con fecha 18 de octubre de 1973. Igualmente matiza el Tribunal Supremo la diferencia entre el justo título con aquél que, en concreto, tiene eficacia traslativa del dominio, no resultando admisible pensar que si el título a que el Código civil se refiere como apto para generar la usucapión hubiera transmitido el dominio o derecho de que se trate no sería necesario acudir al instituto de la prescripción adquisitiva. **(STS de 29 de octubre de 2007; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El día 18 de octubre de 1973, doña S. —madre del actor— atribuyéndose cualidad de dueña, suscribió con el demandado, don J. C, un documento privado por el que se declaraba que la pared divisoria colindante entre las fincas urbanas de su propiedad, desde el frente al fondo, les pertenecía a ambas, pudiendo «mutuamente cada una de las partes, obrar cuando les sea necesario sobre la misma, sin derecho a indemnización alguna». Al tiempo de suscribir el documento privado antedicho, la propiedad de la finca no la ostentaba la Sra. S. sino el hoy actor, su hijo don B. con quien convivía, ignorando tal circunstancia el demandado. El actor don B., interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don J. C. por la que ejerció las acciones reivindicatoria y aquiliana con base en la realización por parte del demandado de una serie de obras en su propiedad que afectaban al muro propiedad del actor que se extendía a lo largo del lindero de las fincas de uno y otro. Dichas obras consistían en la demolición y reconstrucción de una casa así como la nueva construcción de un cobertizo al fondo de la parcela y otras obras menores en el patio intermedio existente entre una y otra construcción. En el «suplico» se solicitaba que se dictara sentencia por la que se declarara la obligación del demandado de dejar libre de afección constructiva el muro, la restitución del mismo al estado en que se encontraba con anterioridad y la obligación de indemnizar al demandante en los daños y perjuicios causados, interesando la condena en costas del demandado. El demandado se opuso a tales pretensiones y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que estimó parcialmente la demanda acogiendo sus pedimentos salvo el referido a la indemnización de daños y perjuicios, sin especial pronunciamiento sobre costas. Ambas partes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial dictó nueva sentencia por la que estimó el

recurso interpuesto por el demandado don J. C. y desestimó el del demandante don B., declarando no haber lugar a la estimación de la demanda y absolviendo de ella al demandado con imposición al actor de las costas de primera instancia, sin especial declaración sobre las del recurso. La parte actora formuló recurso de casación contra esta última resolución. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto, confirmando la sentencia de la Audiencia, considerando que, a partir de la suscripción del documento de 18 de octubre de 1973, el demandado adquirió la posesión de la mitad del muro divisorio disfrutándola en concepto de dueño; posesión que ha venido disfrutando con justo título y de buena fe, ante la creencia de que la madre del actor gozaba de facultades de disposición, por un plazo superior a los veinte años que exige el artículo 1957 CC, para la prescripción del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. (*P. B. M.*)

64. Consentimiento tácito de la comunidad de propietarios.—A pesar de la exigencia de la Ley de Propiedad Horizontal del acuerdo unánime de los comuneros para modificar o alterar los elementos comunes del inmueble, al declararse que es preciso que tal consentimiento aparezca suficientemente acreditado y concluyente, es posible admitir la voluntad tácita de los copropietarios, cuando mediante actos inequívocos se llegue a esta conclusión, entendiéndose renunciado el derecho impugnatorio (FJ 2.º). (**STS de 5 de octubre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Dos comunidades de propietarios presentaron demanda contra la propietaria de un local ubicado en la misma calle, como consecuencia de las obras realizadas en el citado local que consideraban ilegales. Alegaban las demandantes que dichas reformas no estaban previstas en la escritura de propiedad horizontal y alterando la estructura o fábrica del edificio, se habían realizado sin cumplir las formalidades legalmente exigidas. Las demandantes solicitaban la condena a la demandada a la reposición de las cosas a su estado anterior así como el abono de los daños y perjuicios ocasionados. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial absolvió a la demandada de la pretensión cursada por una de las comunidades de propietarios.

NOTA.—La sentencia que anotamos aborda la problemática relativa a la eficacia del consentimiento tácito por parte de las comunidades de propietarios a la realización de las obras por algún copropietario, aun cuando las mismas afecten a elementos comunes y no se hayan recabado las precisas autorizaciones.

Es doctrina jurisprudencial reiterada que debe admitirse la voluntad tácita de los copropietarios, cuando mediante actos inequívocos se llegue a esta conclusión, puesto que el transcurso pacífico de tan largo período de tiempo sin formular reclamación alguna, debe producir el efecto de tener por renunciado al derecho impugnatorio puesto que no exige otra cosa la seguridad de las relaciones contractuales, y del tráfico jurídico, la prohibición de ir contra los actos propios y las normas de la buena fe, actuando contra la buena fe el que ejercita un derecho en contradicción con su anterior conducta en la

que hizo confiar a otro y, especialmente, infringe el mismo principio el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo (retraso desleal), vulnerando, tanto la contradicción con los actos propios, como el retraso desleal, las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho, las que determinan que el derecho se torne inadmisibile, con la consiguiente posibilidad de impugnarlo por antijurídico al amparo de la preceptiva contenida en el artículo 7.1 CC» [SSTS de 28 de abril de 1986 (RJ 1986/2064), 16 de octubre de 1992 (RJ 1992/7829), 28 de abril de 1992 (RJ 1992/4467), 19 de diciembre de 2005 (RJ 2005/152), 31 de enero de 2007 (RJ 2007/590), entre otras].

Declarado por la sentencia recurrida que ha habido una tolerancia por la comunidad a los actos de la ahora denunciada durante un período no inferior a ocho años, y teniendo en cuenta que los estatutos de la comunidad demandante son muy permisivos en lo referente a los locales, ha sido correctamente aplicada por la Sala de instancia la doctrina jurisprudencial citada al declarar la existencia de un consentimiento tácito de la comunidad a la actuación de la demandada. (*L. Z. G.*)

65. Propiedad horizontal. Consentimiento tácito.—La jurisprudencia ha declarado en reiteradas ocasiones que el mero conocimiento no equivale al consentimiento. La STS de 19 de diciembre de 1990 afirma que «el consentimiento tácito ha de resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura el pensamiento de conformidad del agente (SSTS de 11 de noviembre de 1958 y 3 de enero de 1964) sin que se pueda atribuir esa aceptación al mero conocimiento [...] el conocimiento de los actos sancionables no supone el consentimiento y no tiene trascendencia jurídica el retraso en el ejercicio de la demanda, porque quien está legitimado para ello es dueño de su acción mientras no pueda oponerse la prescripción por el transcurso del tiempo necesario a tal efecto».

Acción de impugnación de acuerdos de la Junta de Propietarios. Retraso desleal.—Difícilmente cabe apreciar retraso desleal en el ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos adoptados por la Junta de Propietarios cuando no hubo tal acuerdo. (**STS de 20 de noviembre de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El litigio causante de la presente sentencia fue promovido por una comunidad de propietarios y dos de sus integrantes contra una promotora inmobiliaria que, cuando desempeñaba la presidencia de la comunidad, y siendo propietaria de una vivienda, había multiplicado por tres la superficie de su piso y ocupado la totalidad de la azotea. Para desafectar dichos elementos comunes, un grupo minoritario de propietarios otorgó una escritura pública de compraventa, constituyéndose en junta de propietarios sin convocatoria ni formalidad alguna, añadiendo en la escritura que el resto de propietarios la ratificarían íntegramente y se adherirían a la misma posteriormente.

En la demanda se solicita la demolición de las obras ejecutadas por la demandada o la indemnización por el valor del suelo ocupado.

La demandada alegaba consentimiento tácito del resto de los copropietarios plasmado, a su juicio, en el conocimiento de las obras que se realizaron en la azotea, así como en el acuerdo de la junta de propietarios de acordar una nueva distribución de coeficientes con el fin de compensar la cesión de las viviendas.

El Tribunal Supremo considera que no cabe apreciar consentimiento tácito a la desafectación de elementos comunes «[...] partiendo del mero conocimiento de que en la última planta del edificio se estaban ejecutando unas obras o de la conformidad con una modificación de coeficientes fundada, única y exclusivamente, en una “cesión” de los trasteros, sin expresión de su naturaleza y circunstancias, por los propietarios de las viviendas del piso quinto, ya que frente a estos datos se sitúa la ocultación hasta entonces del contenido de la escritura de compraventa [...] y el comienzo de las discrepancias y desacuerdos desde que se tuvo conocimiento general de ese contenido; es decir, no sólo no hubo consentimiento tácito sino que, muy al contrario, una vez que medió un cabal conocimiento general de lo que un grupo de propietarios había pactado en su interés particular arrogándose el carácter de «Junta de Propietarios», presidida por ende por la demandada, resultó imposible lograr un acuerdo» (FD. 5.º). (B. F. G.)

66. Propiedad horizontal. Representación del presidente: ámbito de actuación.—Las comunidades de propietarios, con la representación conferida legalmente a los Presidentes, tienen legitimación para demandar por los daños causados tanto a los elementos comunes como a los privativos del inmueble (entre otras, *vid.* las SSTS de 8 de julio de 2003 y 26 de noviembre de 1990). El presidente puede defender los intereses afectantes a los elementos privativos del inmueble cuando los propietarios lo autoricen; la STS de 16 de octubre de 1995 ha declarado que ha de tenerse en cuenta que con ello se está reportando unos indiscutibles beneficios a los comuneros, lo cual debe mantenerse, salvo que, en su caso, pudiera existir una oposición expresa o formal.

No puede hacerse por los extraños discriminación en punto a si los distintos elementos objetivos son de titularidad dominical privada o común, pues tal cuestión queda reservada a la relación interna entre los integrantes subjetivos de esa comunidad (STS de 24 de septiembre de 1991) sin perjuicio de las obligaciones del Presidente de responder de su gestión (SSTS de 15 de enero y 9 de marzo de 1988) pero cuya voluntad vale como voluntad de la comunidad frente al exterior (STS de 20 de abril de 1991).

Todo lo anterior se deriva de las peculiaridades de que gozan las facultades de representación que se les confieren legalmente. Según declaró la STS de 19 de noviembre de 1993, la Ley de Propiedad Horizontal, precisamente para evitar cuestiones de legitimación y en aras de una tutela efectiva y de la aplicación eficiente del régimen comunitario con respecto a la propiedad singular y a la colectiva, arbitró la fórmula de otorgar al Presidente de las comunidades de propietarios, carentes de personalidad jurídica, la representación de ellas en juicio y fuera de él, que lleva implícita la de todos los titulares y que no es la ordinaria que se establece entre representante y representado, sino la orgánica.

Propiedad horizontal. Representación del presidente: actuación en juicio.—El presidente no necesita la autorización de la Junta para intervenir ante los Tribunales cuando ejercite una pretensión en beneficio para la comunidad, salvo en los supuestos expresamente excluidos en la Ley, o que exista una oposición expresa y formal. Se da por tanto la presunción de que está autorizado mientras no se acredite lo contrario (entre otras, SSTS de 20 y 31 de diciembre de 1996). (STS de 18 de julio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Los Presidentes de las comunidades de propietarios actoras interponen demanda contra la promotora y la constructora por defectos constructivos en el edificio. Las comunidades de propietarios habían autorizado al Presidente para que «en defensa de los intereses de la comunidad, inicie acciones judiciales contra la promotora, constructora y técnicos intervinientes en la construcción del edificio».

Los defectos se referían tanto a elementos comunes como a elementos privativos del edificio.

En primera instancia y en apelación la demanda es estimada.

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

67. Propiedad horizontal. Legitimación del presidente de la comunidad de propietarios para ejercitar acciones que afecten tanto a elementos comunes del edificio como a elementos privativos.—El presidente de la comunidad de propietarios está legitimado para ejercitar las acciones entabladas por la comunidad de responsabilidad contractual respecto de los defectos de calidad en las viviendas, cuando existe una autorización de la comunidad para que «en defensa de los intereses de ésta, inicie acciones judiciales contra la promotora, constructora y técnicos intervinientes en la construcción del edificio». El Tribunal Supremo considera que no hay ninguna razón para reducir dicha autorización únicamente a los «vicios y defectos de la construcción», en sentido estricto, puesto que los incumplimientos contractuales relativos a las viviendas también afectan al interés de la comunidad.

Invocación de las normas sobre saneamiento por vicios ocultos y apreciación de la existencia de incumplimiento contractual. Inexistencia de incongruencia.—El Tribunal Supremo declara que no se infringe el deber de congruencia cuando la sentencia acoge la acción de incumplimiento ejercitada al amparo del artículo 1101 CC, y no del precepto citado en la demanda (art. 1484 CC), toda vez que se ha respetado escrupulosamente el conjunto fáctico integrante de la *causa petendi*, puesto que se han empleado los mismos términos que se contenían en la demanda, que declaraba que «las viviendas carecían de las instalaciones prometidas y de elementos necesarios, en unos casos, y en otros eran de calidades inferiores a las ofertadas». (STS de 18 de julio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios presenta una demanda contra *Sociedad Internacional de Promociones Urbanas, S.A.* (PROMOSA), en su calidad de vendedora, y contra *Construcciones*

Pría, S.A., que intervino en la construcción del edificio. La demandante demuestra que no se cumplieron las previsiones contractuales sobre la calidad de los materiales empleados, y prueba la existencia de graves defectos constructivos tanto en las viviendas como en los elementos comunes del edificio. Por ello, solicita que se condene solidariamente a las dos sociedades demandadas a llevar a cabo y ejecutar a su costa todas las obras de reparación y trabajos que sean necesarios para que las viviendas y los elementos comunes de la comunidad de propietarios demandante queden en perfectas condiciones de habitabilidad. En la fundamentación jurídica de la demanda las pretensiones se amparan entre otros, en el artículo 1484 CC y en el artículo 1591 CC. *PROMOSA* contesta alegando la excepción dilatoria de defecto legal en el modo de proponer la demanda y, para el caso de que se entrara a conocer del fondo, solicitó su absolución o, subsidiariamente, que se fije la cuota de responsabilidad que le resulta imputable en los daños producidos en el inmueble. *Construcciones Pría, S.A.*, alega las excepciones de falta de legitimación activa y falta de litisconsorcio pasivo necesario y, en el caso de que se entre a conocer del fondo, solicita que se le absuelva.

El Juzgado de Primera Instancia rechaza las excepciones alegadas por las demandadas y dicta sentencia estimando en parte la demanda. Así, condena a *PROMOSA* a efectuar las obras de reparación, en relación con los incumplimientos contractuales que se le imputan en virtud del artículo 1101 CC, absolviendo de ello a la otra demandada, por la inexistencia de vínculo contractual con la demandante. Respecto de la responsabilidad legal por vicios en la construcción, en virtud del artículo 1591 CC, condena a ambas demandadas a efectuar las obras necesarias para eliminar los vicios de construcción que se consideran probados. La Audiencia confirma la sentencia dictada en primera instancia. Contra la sentencia de la Audiencia, *PROMOSA* presenta recurso de casación en el que alega falta de legitimación del presidente de la comunidad de propietarios para ejercitar las acciones derivadas de la responsabilidad contractual; en otro motivo del recurso, se alega incongruencia de la sentencia, puesto que condena al recurrente en virtud del artículo 1101 CC, que no había sido alegado por la demandante, que fundó sus pretensiones en el artículo 1484 CC. (*L. P. S. M. P.*)

68. Comunicación pública de obras protegidas en las habitaciones de un hotel.—La actividad consistente en la difusión de imágenes y sonidos por empresas hoteleras a través de aparatos receptores de televisión instalados en cada una de sus habitaciones, ha sido una cuestión muy debatida en la doctrina y en la jurisprudencia, que no se han puesto de acuerdo sobre si es o no un acto de comunicación pública y, por tanto, si requiere la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual, o si, por el contrario, es un acto de comunicación privada, para el que no hace falta tal autorización.

En un principio, el Tribunal Supremo se mostró favorable a esta última opción, entendiendo que tales actos no constituían difusión pública a efectos de la LPI, al considerar las habitaciones hoteleras como ámbitos estrictamente domésticos (SSTS de 21 de diciembre de 2002 y 10 de mayo de 2003).

Posteriormente, como consecuencia de la sentencia del TJCE de 7 de diciembre de 2006 (asunto prejudicial C-306/05), ha habido un giro jurisprudencial en la Sala Civil del Tribunal Supremo, que se ha visto materializado en la sentencia de Pleno de 16 de abril de 2007, estableciéndose el criterio contrario, esto es, que la comunicación de contenidos protegidos por la propiedad intelectual a través de los aparatos de televisión dentro de las habitaciones de los hoteles constituye un acto encuadrable en el artículo 20.1 LPI.

Las conclusiones que se pueden extraer de la sentencia del TJCE son las siguientes: *a)* que el concepto de «comunicación pública» debe entenderse en sentido amplio; *b)* el término «público» hace referencia a un número indeterminado de telespectadores potenciales; *c)* la clientela de un establecimiento hotelero normalmente se renueva con rapidez, por lo que, por lo general, se trata de un número considerable de personas; *d)* la clientela de un establecimiento hotelero es un público nuevo, es decir, estas transmisiones se dirigen a un público que no coincide con el previsto para el acto de comunicación original de la obra; *e)* para que haya comunicación al público basta con que la obra se ponga a disposición del público, de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella; *f)* se estime o no la concurrencia de un fin lucrativo como condición necesaria para que se dé una comunicación al público, en estos supuestos hay una prestación de servicios suplementaria efectuada con el objetivo de obtener algún beneficio, pues la inclusión del servicio influye en la categoría del hotel y, por tanto, en el precio de las habitaciones; *g)* si bien la mera puesta a disposición de las instalaciones no equivale en sí misma a una comunicación, sin embargo hay acto de comunicación al público porque tales instalaciones posibilitan técnicamente el acceso del público a las obras radiodifundidas, sin que tenga relevancia la técnica empleada para la transmisión de la señal; *h)* el carácter privado de los dormitorios de un establecimiento hotelero no impide que se considere que la comunicación de una obra en tales habitaciones, efectuada por medio de televisores, constituye un acto de comunicación al público.

Los supuestos que aquí se contemplan cumplen los requisitos previstos en el artículo 20.1 LPI: 1) una actividad o actuación del hotel (el hotel capta la señal televisiva original y la transmite a los televisores instalados en las habitaciones); 2) existencia de una pluralidad de personas, indeterminada e indeterminable, que constituyen la clientela (pluralidad que se contempla en sentido acumulativo espacial o conjunto de huéspedes de las diversas habitaciones del hotel, y en sentido acumulativo temporal o los huéspedes sucesivos que ocupan y pueden acceder a la señal); 3) tener acceso o posibilidad de acceso a una obra audiovisual. (STS de 17 de julio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—El Hotel A viene comunicando públicamente obras audiovisuales protegidas en las habitaciones de su establecimiento, a través de los aparatos de televisión, sin contar con la oportuna autorización de los titulares de derechos ni abonarles ningún tipo de remuneración. EGEDA, entidad que gestiona los derechos de los productores audiovisuales, interpone demanda solicitando, por un lado, la cesación de los actos en tanto no se consiga la correspondiente autorización, y, por otro, una indemnización por los ya realizados. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda al entender que la mera tenencia de aparatos de televisión aptos para difundir obras protegidas no constituye comunicación pública en el sentido legal. Sin

embargo, la Audiencia Provincial llega a la conclusión contraria, decisión que se vio confirmada por el Tribunal Supremo al desestimar el recurso de apelación planteado por el titular del hotel. (S. L. M.)

NOTA.—Se plantean los mismos supuestos y utiliza el Tribunal Supremo idéntica argumentación para resolverlos en sus sentencias de 17 de julio de 2007 y 6 de julio de 2007 (de esta última fecha hay dos sentencias). (S. L. M.)

69. Legitimación activa de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.—Cuando una entidad de gestión reclama derechos de propiedad intelectual correspondientes a la comunicación pública de obras o prestaciones, por ejemplo, en establecimientos abiertos al público, no es preciso que acredite la representación de los concretos derechos individuales encomendados a su gestión, pues la legitimación que el artículo 150 LPI les otorga se refiere a aquellos derechos cuya gestión *in genere* constituye, de acuerdo con los estatutos, su objeto de actuación. Así, no es preciso acreditar las autorizaciones individuales de los titulares de derechos de propiedad intelectual, sino que únicamente deben aportar al proceso la copia de sus estatutos y de la autorización administrativa otorgada por el Ministerio de Cultura.

Establecimiento de tarifas generales por parte de las entidades de gestión.—Según el artículo 157.1.b) LPI, las entidades de gestión están obligadas a establecer tarifas generales por la utilización que terceros hagan de las obras pertenecientes a su repertorio. (STS de 20 de septiembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—SGAE interpone demanda frente a la entidad J, titular de unas salas de cine, en la que reclama una cantidad de dinero en concepto de indemnización, por la comunicación pública de obras cinematográficas sin haber obtenido su consentimiento. El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, decisión que es confirmada posteriormente en apelación por la Audiencia Provincial. La entidad J interpone recurso de casación, alegando, principalmente, la falta de legitimación *ad causam* de la actora, sobre la base de que SGAE no probó que contara con la representación de todos los titulares de derechos que se dicen vulnerados. El Tribunal Supremo afirma la legitimación activa de la entidad de gestión y la ausencia de necesidad de acreditar la representación de los concretos derechos individuales a ella encomendados, pues ostenta legitimación para la gestión *in genere* de los mismos, conforme la LPI. Por otro lado, respecto de la alegación relativa a las tarifas generales aplicadas por SGAE, hay que tener en cuenta que la Ley la obliga a establecerlas, máxime si tenemos en cuenta que determinados derechos de propiedad intelectual son de gestión colectiva obligatoria. (S. L. M.)

70. Procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Inconstitucionalidad sobrevenida del párrafo segundo del artículo 129 LH.—El Tribunal Supremo, admitiendo el recurso de casación presentado por el demandante, mantiene la postura ya admitida en anteriores resoluciones

como la sentencia de esta Sala de 4 de mayo de 1998 (seguida por SSTs de 20 de abril de 1999 y 13 de diciembre de 2005) y en este sentido resuelve la inaplicación por derogación, al ser norma opuesta a la Constitución, del segundo párrafo del artículo 129 LH y la de los artículos 234 a 236, o), ambos inclusive, RH, en virtud de la subordinación que impone el principio de jerarquía normativa. La citada S de 4 de mayo de 1998 partió de que «tratándose, en efecto, de leyes preconstitucionales, como la Constitución es Ley superior y posterior, los Jueces y Tribunales pueden, si entienden que son contrarias a alguna norma fundamental, inaplicarlas al caso, al considerarlas derogadas, sin que sea necesario promover la “cuestión de constitucionalidad”, a diferencia de lo que ocurre con las leyes o normas, con rango de ley, postconstitucionales, cuya legitimidad constitucional monopoliza el Tribunal Constitucional [SSTC 4/1981 (RTC 1981, 4), 14/1981 (RTC 1981, 14) y 109/1993 (RTC 1993, 109), entre otras]». Se razonó en el sentido de que el «procedimiento extrajudicial» de ejecución hipotecaria, carece de tradición en España, antes de la promulgación del Código civil e incluso posteriormente, pues había prevalecido, frente a una concepción de inspiración romana, favorecedora de la venta privada de la cosa pignorada, como facultad del acreedor, la tendencia germánica, recogida en el «Fuero Juzgo», que propiciaba, en todo caso, la ejecución judicial. Y se añade que los argumentos que emplea en su defensa el Real Decreto de 27 de marzo de 1992, número 290/1992, no son atendibles, pues confiesa el preámbulo, a las claras, que lo que se pretende «es desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial», finalidad que no resulta compatible con la concepción constitucional de la ejecución, como poder reservado a la jurisdicción, sin que pueda oponerse a esta reserva la excepción de que tal ejecución tiene su origen en un contrato y en la voluntad específica de las partes de acudir al procedimiento cuestionado, puesto que no cabe disponer de las normas imperativas de Derecho público. **(STS de 10 de octubre de 2007; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Por medio del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria previsto en el artículo 129.2 LH, el Banco Español de Crédito ejecutó la hipoteca que gravaba determinados bienes de propiedad del deudor don E. El ejecutado Sr. E. interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía frente a la citada entidad, don S. y doña O. interesando que se declarara la nulidad de la tercera subasta por no haberse respetado las condiciones anunciadas o, alternativamente, la nulidad de la adjudicación de las fincas subastadas al haberse omitido la notificación del resultado de la citada subasta al deudor a efectos de poder mejorar la postura; e igualmente la nulidad del contrato de compraventa formalizado en escritura pública por la que en representación de la parte actora se vendieron dichos bienes al demandado don S casado con doña O. en régimen de gananciales, y de las inscripciones que haya provocado en el Registro de la Propiedad. Los demandados se opusieron a tales pretensiones y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que desestimó la demanda y absolvió a los demandados con imposición a la parte actora de las costas causadas. Dicha sentencia fue recurrida en apelación por el demandante y la Audiencia Provincial dictó nueva sentencia por la que desestimó el recurso y confirmó íntegramente la de primera

instancia con imposición de costas de la alzada a la parte apelante. Contra esta última sentencia la representación procesal de don E. interpuso recurso de casación, que fue estimado por el Tribunal Supremo, apreciando la inconstitucionalidad sobrevenida del párrafo segundo del artículo 129 LH, que fue aplicable en el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria.

NOTA.—Ha de tenerse en cuenta que el artículo 129.2 LH, texto refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946, al que se hace referencia en esta sentencia, ha sido modificado por la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (DF 9.ª, 4). En los momentos actuales, al seguirse admitiendo en el texto de la norma (ley postconstitucional), la ejecución extrajudicial de la hipoteca, cualquier posible tacha de inconstitucionalidad, incumbiría, como se indica en el texto de las sentencias, al Tribunal Constitucional, frente a la inconstitucionalidad sobrevenida de carácter automático que, conforme a la aplicación del apartado 3.º de la Disposición Derogatoria de la CE 1978, se entiende automática como considera el Tribunal Supremo en la sentencia de referencia [Posteriormente y en el mismo sentido la STS 14 de julio de 2008 (R 3364)]. (P. B. M.)

71. Retracto de comuneros.—La finalidad del retracto de comuneros radica en evitar el excesivo fraccionamiento de la propiedad, como ha señalado, entre otras, la S de esta Sala de 24 de enero de 1986, con remisión a la de 28 de diciembre de 1963: «el derecho de retracto regulado en el artículo 1522 CC, de antigua raigambre en nuestra legislación —Partida 5.ª, título 5.º, Ley 55 y Ley 75 de Toro—, tiene por finalidad esencial evitar en lo posible el fraccionamiento de la propiedad en porciones o cuotas ideales y lograr su consolidación en un solo titular para evitar los efectos antieconómicos de la desmembración dominical y los conflictos que en cuanto a su administración y disfrute suelen surgir entre los condueños; o en otros términos, la función económico-social que en el supuesto de comunidad cumple el retracto es la de disminuir el número de partícipes y aun eliminar, en último extremo, tal estado de pluralidad subjetiva». La S de 2 de abril de 1985 recoge la alegación del recurrente de considerar que la institución del tanteo y del retracto, como «limitación a la propiedad», debe ser interpretada de forma restrictiva, al entender que «la conclusión lograda, se inscribe en una línea jurisprudencial que, con algunas vacilaciones (significadas por las SS de 9 de marzo de 1893 que admitió el retracto en caso de cesión del suelo para plantar viñas y de 11 de junio de 1902 en el de censo reservativo), reputa los derechos de tanteo y retracto legales limitaciones a modo de cargas de derecho público, pues aunque puedan redundar en provecho de particulares están motivadas por el interés general, no constituyendo desmembraciones del dominio sobre el cual actúan ya que ni el dueño afectado podrá inventariar las limitaciones que aquellos derechos suponen, ni el favorecido podrá incluirlas como valores patrimoniales en su activo —S de 17 de diciembre de 1955—; cargas que, a calidad de tales y por envolver una limitación del derecho de propiedad en pugna con la libertad de contratación, han de ser aplicadas con criterio restrictivo: SS de 9 y 13 de julio de 1903, 17 de mayo de 1907, 12 de octubre de 1912, 9 de enero de 1913, 7 de julio de 1915, 1 de febrero de 1927, 5 de junio de 1929, 17 de febrero de 1954, 9 de julio de 1958, 11 y 12 de febrero, 3 de julio y 7 de noviembre de 1959 y otras muchas; y de ahí que las de 16 y 23 de mayo

de 1960 hayan negado la posibilidad del retracto en supuesto de permuta, la de 12 de junio de 1964 en el de aportación de un inmueble a una sociedad anónima hecha por un socio fundador en la escritura de constitución y, más próximamente al caso de autos, la ya citada de 9 de diciembre de 1964, en el de renta vitalicia, razonando al respecto y luego de insistir en el criterio limitativo que preside la materia y que obliga a rechazar “todo intento de hacer entrar por asimilación otros actos de transmisión que no se basen concretamente en una compraventa y en su único equivalente de la adjudicación en pago de deudas”, que la renta vitalicia no autoriza el retracto pues su “naturaleza, no es precisamente la de compraventa ni la de dación en pago ya que están diferenciadas en que los (contratos) aleatorios entre los que se incluyen los de renta vitalicia, el equivalente de lo que una de las partes ha de dar o hacer no está bien determinado, circunstancia ésta que no concurren en los segundos, que como conmutativos que son, queda perfectamente determinado dicho equivalente desde el momento mismo de su celebración”».

Del mismo modo, pueden ejercitarse nueve retractos, uno por cada una de las fincas registrales sobre las que la demandante ostenta la cuota indivisa del veinticinco por ciento del dominio, puesto que la cotitularidad de cada una de las fincas da lugar a un derecho de retracto legal, así como a la correspondiente acción, independiente del de las otras fincas. Es incuestionable que todas las fincas que fueron adjudicadas en el Juicio Ejecutivo tienen identidad registral independiente, siendo todas ellas diferenciadas por un número en un folio, libro y tomo del Registro de la Propiedad.

La conveniencia de que la explotación agraria sea dirigida unitariamente aun estando constituida por multitud de fincas rústicas independientes –bien por motivos de sinergia económica de optimización de costes, bien por razones de operatividad dada la comunidad de bienes constituida en el seno de una misma familia– no tiene reflejo jurídico y no fundamenta la obligatoriedad de tomar dicho conjunto dominical como una unidad patrimonial que obligue al comunero a ejercitar el retracto sobre las cuotas de todas las fincas. No existe obligación de retraer todas las fincas cuando estas son unidades registrales y físicas independientes y cuando la explotación conjunta de las mismas responde a motivos ajenos al derecho, y con independencia de que, en el ejercicio de un derecho legítimo, la parte retrayente escoja aquellas que más le convengan, puesto que, aparejada a la finalidad social del retracto siempre trasciende una conveniencia personal del comunero, que se beneficia de la institución para ver ampliado su patrimonio. **(STS de 22 de octubre de 2007; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.]

HECHOS.–Ejercitada acción de retracto contra la entidad mercantil A., S.L., la parte demandante, en su condición de comunera, al veinticinco por ciento, de las fincas adjudicadas a la demandada en procedimiento ejecutivo anterior, a resultas del embargo practicado sobre la cuota del veinticinco por ciento indivisa del hermano de la actora, solicita el retracto y la correspondiente escritura de venta de la cuota embargada en relación con algunas de las fincas adjudicadas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación.

Interpuesto recurso de casación por la parte demandada el Tribunal Supremo declaró no haber lugar y confirmó en todos sus pro-

nunciamientos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. (R. D. R.)

72. Buena fe registral.—La jurisprudencia ha reiterado que para desvirtuar la buena fe requerida para aplicar la protección de la fe pública registral debe presentarse *una prueba plena, cumplida y manifiesta que no deje lugar a dudas*. Se trata de una cuestión de hecho que ha de ser valorada por los juzgados de instancia. (STS de 13 de noviembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Los propietarios de un inmueble lo vendieron por segunda vez consecutiva. El primer comprador solicitó se declarase la validez de su contrato de compraventa y la obligación de los vendedores de elevarlo a escritura pública; la nulidad de la escritura pública de compraventa realizada a favor del segundo comprador y la cancelación de la inscripción realizada a nombre de este último; así como la condena a los demandados a que hagan entrega al demandante de la parte de parcela de la que aún no es poseedor. En ambas instancias se estimó la demanda. En casación, no hubo lugar. (C. J. D.)

73. Hipoteca. Hipoteca constituida por titular registral no propietario. Tercero hipotecario protegido por el artículo 34 LH.—A juicio de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo la entidad hipotecante actuó lícitamente y de buena fe en defensa de sus derechos tanto en el otorgamiento del préstamo hipotecario y constitución de la hipoteca, sobre determinadas fincas entre las que se encontraba la de litis, como posteriormente en el procedimiento judicial sumario tramitado, constituyendo lógicamente la hipoteca en base a la persona que figuraba como titular registral y sin que tenga por qué responder de las consecuencias de un hecho ajeno a la misma, como es el de que la expresada finca figure inscrita a nombre de una persona que ahora no resulta ser la verdadera propietaria de la misma. El Tribunal Supremo entiende que, pese a la exigencia establecida en el artículo 1857 CC de que la cosa hipotecada pertenezca en propiedad al que la hipoteca, ello se entiende sin perjuicio del efecto convalidante de la protección registral o de la adquisición *a non domino* (como también ocurre en la venta de cosa ajena), pues la hipotecante era titular registral y, pese a que se ha declarado que no era propietaria y constituyó hipoteca a favor de tercero hipotecario: la hipoteca es válida y eficaz —criterio seguido doctrinal y jurisprudencialmente—, STS de 25 de octubre de 2004, que afirma rotundamente la validez de la hipoteca constituida por el titular registral no propietario respecto al tercero hipotecario, en estos términos: «en un elemental entendimiento de la fe pública registral, inherente a la condición de tercero hipotecario del repetido artículo 34». (STS de 10 de octubre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Don G., padre de los demandantes, adquirió de don JM, padre de los demandados, mediante contrato de compraventa, celebrado en mayo de 1968 y formalizado en escritura pública en marzo de 1969, una parcela de terreno descrita como Haza de terreno de regadío, en el sitio de Valdeperros, conocido también

como Palo de Montalbán, en este término municipal, compraventa que no llegó a inscribirse en el Registro de la Propiedad. La citada finca fue poseída por el comprador primero y después por sus hijos (dos de los cuales, don JA y don C, interponen la demanda que origina en pleito, en nombre propio y a beneficio de la comunidad de propietarios formada con los herederos de los otros dos hijos del comprador, ya fallecidos), a partir de la compra, de forma pacífica, pública e ininterrumpida y a título de dueños. Los demandados, herederos del vendedor, aparecían en tal condición, como propietarios en proindiviso de la parcela de terreno anteriormente mencionada. Una de las demandadas, doña I, heredera del vendedor, constituyó hipoteca sobre la parte indivisa de la citada parcela, que aparecía registralmente como propiedad de la misma, a favor de la entidad mercantil PH, S.A, hoy MH, S.A. Sobre la base de tales datos fácticos, don JA y don C, en la representación antes citada interpusieron demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra los herederos del vendedor, la entidad mercantil PH, SA, hoy llamada MH, SA y contra la sociedad JB, SA, ejercitando una doble acción: una primera tendente a la declaración de validez de la antigua compraventa (de 1969) y a la declaración de que se produjo la adquisición de una parcela de terreno; una segunda, dirigida a la declaración de nulidad de hipoteca constituida por la entidad codemandada y parte recurrida en casación MH, SA, nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria a excepción de la adjudicación (hecha a los propios actores) y devolución de la cantidad percibida por dicha ejecución hipotecaria.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, de 20 de noviembre de 1997, estimó la primera de las acciones y rechazó la segunda. Fue confirmada íntegramente por la Audiencia Provincial de Jaén, en sentencia de 18 de julio de 2000. La parte actora formuló recurso de casación, aquietándose con la estimación de la primera acción y refiriéndose el recurso solamente a la desestimación de la segunda. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto, considerando que la entidad hipotecante, que actuó lícitamente y de buena fe, debía quedar protegida, como tercero hipotecario, por el artículo 34 de la LH.

NOTA.—El Tribunal Supremo sigue en la presente sentencia la doctrina de la sentencia del pleno de esta Sala, de 5 de marzo de 2007 (RJ 2007, 723) que fijó la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 34 LH en estos términos: «La doctrina sobre el artículo 34 LH que procede dejar sentada comprende dos extremos: primero, que este precepto ampara las adquisiciones *a non domino* precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, tal y como se ha mantenido muy mayoritariamente por esta Sala; y segundo, que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su

derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente». En conclusión, se aplica al presente caso el artículo 34 LH, no el artículo 33. (P. B. M.)

DERECHO DE FAMILIA

74. Reconocimiento civil de sentencias canónicas sobre nulidad matrimonial: doctrina general.—El artículo 80 CC, al regular la eficacia civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado se remite a las condiciones a que se refiere el artículo 954 LEC 1881 —declarado vigente por la DD única 1.3.^a, LEC 2000— establece como una de las circunstancias que debe reunir la sentencia dictada por un tribunal extranjero para tener fuerza en España *que no haya sido dictada en rebeldía*. Esta Sala 1.^a, con carácter general, ha perfilado una doctrina jurisprudencial en relación con el expresado requisito; ha contemplado específicamente los casos en que la falta de presencia del demandado es involuntaria, por no haber sido debidamente citado y emplazado con arreglo a las normas que regulan el proceso o por haberlo sido de manera irregular o con tiempo insuficiente para preparar su defensa, y ha declarado que esta modalidad de rebeldía, por cuanto obedece a un impedimento para el adecuado respeto de los derechos de defensa, es la única que constituye un obstáculo para el reconocimiento de la sentencia extranjera. Este supuesto ha sido distinguido de los casos en que el demandado no comparece voluntariamente, ya sea porque no reconoce la competencia del Juez de origen, ya sea porque no le conviene, o, simplemente, porque deja transcurrir los plazos para la personación. Esta doctrina ha sido considerada conforme a la CE por STC 43/1986, de 15 abril.

Doctrina establecida por los Reglamentos Comunitarios de 2001 y 2003.—Posteriormente la distinción entre rebeldía voluntaria e involuntaria ha sido consagrada por Reglamentos comunitarios, directamente aplicables por los jueces nacionales y que disponen de la fuerza vinculante que les otorga el principio de supremacía sobre el ordenamiento interno. Los principios recogidos en estos Reglamentos Comunitarios deben ser tenidos en cuenta por su valor hermenéutico, aun cuando dichas normas no sean aplicables por razones temporales al objeto de este proceso. El Reglamento 44/2001/CE, de 22 de diciembre, aun cuando excluye de su ámbito de aplicación el estado y a la capacidad de las personas físicas y a los regímenes matrimoniales, establece, entre otras circunstancias, que no se reconocerán las resoluciones dictadas en un Estado miembro en los demás Estados miembros *cuando se dictaren en rebeldía del demandado, si no se hubiere entregado al mismo la cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que no hubiera recurrido contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo (art. 44.2)*. En el ámbito al que se refiere el objeto de este proceso (aunque no resulta aplicable al mismo por razones temporales), el Reglamento 2201/2203/CE, aplicable, entre otras, a las materias civiles relativas al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, expresa que tales resoluciones no se reconocerán (art. 22.b) *si habiéndose dictado en rebeldía del demandado, no se hubiere*

notificado o trasladado el mismo escrito de demanda o un documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para que el demandado pueda organizar su defensa, a menos que de forma inequívoca el demandado ha aceptado la resolución. Según el artículo 63 del expresado Reglamento éste resulta aplicable al Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre la Santa Sede y España sobre asuntos jurídicos.

Interpretación restrictiva de la rebeldía.—Resulta indudable que la interpretación restrictiva de la rebeldía como obstáculo al reconocimiento de una sentencia extranjera, ceñida a los casos en que ésta ha tenido lugar con carácter involuntario, está en relación con la protección del derecho al proceso debido y, en nuestra Constitución, con el derecho a la tutela judicial efectiva y con el principio de la seguridad jurídica en el ámbito internacional; ha sido introducido por la jurisprudencia en la interpretación del artículo 954 LEC 1881; es aceptado por la jurisprudencia constitucional, y deriva hoy de Reglamentos Comunitarios que se imponen sobre el Derecho interno y, aun cuando no son aplicados al caso enjuiciado, deben servir para orientar su interpretación.

Asimilación de las sentencias eclesiásticas a las extranjeras: plena jurisdicción del Juez español.—La asimilación de las sentencias eclesiásticas a las extranjeras impone al Juez que las homologa actuar conforme al principio de plena jurisdicción del juez español para decidir acerca de los efectos civiles de las sentencias eclesiásticas, según el Tribunal Constitucional, el cual ha reconocido la plenitud jurisdiccional de los Jueces y Tribunales en el orden civil, en cuanto exigencia derivada del derecho a la tutela judicial que se califica por la nota de efectividad (art. 24.1 CE), y ha afirmado que los efectos civiles de las resoluciones eclesiásticas, regulados por la ley civil, son de exclusiva competencia de los Jueces y Tribunales civiles como consecuencia de los principios de aconfesionalidad del Estado (art. 16.3 CE) y de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3) (SSTC 1/1981, de 26 de enero; 6/1997, de 13 de enero, y 38/2007, de 15 febrero). Este principio permite al Juez civil rechazar el reconocimiento de efectos civiles a las resoluciones canónicas de nulidad cuando advierte, entre otras circunstancias, que la petición de reconocimiento se verifica con abuso de derecho o fraude procesal o, en definitiva, se funda en causas contrarias al orden público estatal (art. 22, letra a del Reglamento 2201/2203 CE, y art. 954, 3.ª LEC 1881) o las resoluciones cuya eficacia se pretende resultan *inconciliables con otra dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado miembro requerido* (art. 22, letra d del mismo Reglamento), o, en suma, concurre cualquier otra circunstancia que anuda a dicho reconocimiento la existencia de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva o de otro derecho fundamental.

La libertad ideológica como causa obstativa del reconocimiento civil de sentencias eclesiásticas.—Con carácter general el Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho a la libertad ideológica reconocido en el artículo 16 CE no resulta, por sí solo, suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos, ya que, como ocurre con los restantes derechos fundamentales, no es un derecho absoluto. Para apreciar que la libertad ideológica y religiosa justifica el incumplimiento de la carga de comparecer ante los tribunales eclesiásticos y, con ello, impide reconocer efectos civiles a la resolución dictada, como excepción a lo que establecen las reglas de rango legal aplicables en el Derecho interno, es menester valorar las circunstancias que concurren en cada caso para examinar si se ha alegado de manera razonable la existencia de

unas convicciones de la persona que hagan incompatible la comparecencia ante el Tribunal eclesiástico con su libertad ideológica o religiosa, y valorar su trascendencia teniendo en cuenta la afectación concreta del derecho, los efectos negativos que conlleva la omisión de la carga de comparecer y la ponderación de estas circunstancias frente a los restantes valores y derechos constitucionales que pueden estar en juego; teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, que la persona que ha contraído matrimonio canónico parece haber aceptado, en principio, los postulados confesionales que esta forma de contraer matrimonio supone, entre los cuales figura la jurisdicción de los Tribunales eclesiásticos, cuyos efectos civiles son reconocidos con determinados límites por el Estado, para decidir acerca de la nulidad y de la separación, circunstancia que, obviamente, no excluye la posibilidad de una mutación de dichas convicciones en la persona afectada que pueda ser relevante para justificar su incomparecencia ante dichos Tribunales.

Cumplimiento de los requisitos establecidos para el reconocimiento de efectos civiles de las sentencias eclesiásticas.—En el presente caso se cumplen los requisitos impuestos por el artículo 954 LEC 1881, y la Audiencia Provincial examina con plena jurisdicción el alcance de la resolución dictada por los Tribunales eclesiásticos, observando que la causa de nulidad estimada es análoga a otra recogida en nuestro Código civil y, en consecuencia, no puede considerarse contraria al orden público, y se examinan detalladamente las circunstancias en que ha tenido lugar el emplazamiento de la persona que no ha comparecido ante los Tribunales eclesiásticos, para deducir razonablemente que su rebeldía es voluntaria, sin que, por otra parte, aparezca que se haya alegado en ningún momento que el reconocimiento de la resolución canónica se haya solicitado con carácter abusivo o fraudulento ni que la resolución dictada sea inconciliable con una resolución de la jurisdicción civil de carácter interno, sin que se advierta que la parte que pudiera resultar afectada haya invocado en ningún momento que la comparecencia ante el Tribunal eclesiástico afecte a su libertad ideológica o religiosa, pues ni siquiera compareció para formular alegaciones en el proceso de reconocimiento, ni lo ha hecho en este recurso. **(STS de 24 de octubre de 2007; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia sobreseyó las actuaciones instadas por el marido para obtener la eficacia civil de las sentencias canónicas de nulidad de un matrimonio celebrado en 1993, dictadas concordemente por el Arzobispado de Valencia y la Rota Española, por falta grave de libertad interna en el esposo. En apelación la Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por el actor, y el Fiscal interpuso el recurso al que pone fin la sentencia extractada, con una sentencia que puede calificarse de *pedagógica*, con minuciosa descripción del derecho aplicable. (*G. G. C.*)

75. Régimen económico del matrimonio: disolución: capitulaciones matrimoniales: convenio regulador: pacto privado de reconocimiento de deuda con ocasión de crisis matrimonial: consecuencias del incumplimiento: inaplicabilidad del artículo 1124 CC.—La sentencia recurrida concluye que ambos cónyuges incumplieron las diversas obligaciones asumidas en los distintos pactos otorgados; el marido recurrente pretende que se declare la unidad de las estipulaciones acordadas en los negocios jurídicos otorgados

para solventar las consecuencias de la crisis matrimonial; sin embargo, aunque la finalidad de todos los negocios sea la misma, no lo es el objeto de cada uno de ellos, de modo que no puede aplicarse al incumplimiento de los distintos acuerdos la regla contenida en el artículo 1124 CC por las siguientes razones: 1.^a) El artículo 1124 prevé la posibilidad de resolver las obligaciones recíprocas cuando exista una relación obligatoria que haya generado obligaciones recíprocas y que uno de los obligados haya incumplido la que le corresponde. 2.^a) La resolución presupone una relación obligatoria sinalagmática, que no se da en los pactos matrimoniales ya que en ellos, o bien se liquida la sociedad de gananciales (capítulos matrimoniales), con las atribuciones de los bienes a los cónyuges, o bien se establecen pactos concretos post-separación (convenio regulador). Las estipulaciones contenidas en estos pactos no son recíprocas en el sentido del artículo 1124, es decir, cada una de ellas no depende de la otra; ciertamente los cónyuges pueden haber pactado prestaciones recíprocas, pero éstas no se generalizan si no es por pacto expreso, lo que no ha ocurrido en el presente caso. 3.^a) Consecuencia del anterior razonamiento es que la inobservancia de los diversos pactos a que llegaron los cónyuges no puede recibir el tratamiento del artículo 1124. 4.^a) Cuando se produce la inobservancia de los capítulos matrimoniales o del convenio regulador, los afectados tienen acciones específicas para exigir el cumplimiento, pero no existe ninguna norma que permita su resolución por esta causa. En el presente se ha producido el incumplimiento de ambos cónyuges, pero las obligaciones quebrantadas tienen fuentes distintas: el capítulo matrimonial, el convenio regulador y un pacto privado; pero no puede pretenderse la consideración global de las vulneraciones de los pactos, por lo que no es posible aplicar el artículo 1124 como pretende el recurrente.

Validez de pactos privados entre cónyuges con ocasión de crisis matrimoniales: prueba.—A partir de la STS de 22 de abril de 1997, esta Sala ha reconocido la validez y eficacia de los contratos otorgados entre cónyuges, al margen o completando lo acordado en los convenios reguladores, declarando aquélla que *es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes, no habiendo obstáculo a su validez como negocio jurídico en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa*, doctrina reiterada (SSTS de 21 de enero y 21 de diciembre de 1998, 15 de febrero de 2002 y 3 de febrero de 2006). En este caso sí podría aplicarse la resolución del artículo 1124 CC, siempre que se cumplieran sus requisitos, pero todo ello limitado a los acuerdos contenidos en el pacto privado sin que sea posible extrapolarlo al conjunto de pactos concluidos para regular la crisis matrimonial. En relación con la prueba de ese pacto privado, debe partirse de su existencia porque ambos cónyuges lo han admitido, aunque no consta su contenido por no haber sido aportado el documento a los autos.

Moderación de la cláusula penal: no procede cuando el incumplimiento ha sido total: desalajo de vivienda a fecha fija.—Lleva razón el recurrente cuando afirma que no se puede ejercer la facultad de moderación al haberse incumplido una obligación que no permite el incumplimiento parcial. Como declara la STS de 14 de junio de 2006 *la moderación procede cuando se ha incumplido en parte la total obligación para la que la pena se previó, de modo que la finalidad del artículo 1154 CC no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis*. En el presente caso ha habido un incumplimiento total de la obligación de abandonar el antiguo domicilio conyugal,

por lo que la Sala sentenciadora incurrió en los errores de interpretación denunciados, por lo que no debe mantenerse la moderación ejercida por la sentencia recurrida.

Presunción de ganancialidad.—La doctrina de esta Sala ha mantenido el carácter *iuris tantum* de la presunción, exigiendo para que pueda ser destruida que la prueba sea satisfactoria y concluyente, sin que baste una prueba indiciaria (SSTS de 9 de junio de 1994, 20 de junio de 1995, 29 de septiembre de 1997 y 24 de febrero de 2000).

Condena al pago de intereses: incongruencia.—La incongruencia de una resolución ha de apreciarse confrontando o poniendo en relación lo pedido por las partes con lo acordado o resuelto por el juzgador; en el presente caso la esposa pidió que se condenara al demandado a satisfacerle la cantidad pactada en el contrato privado, cantidad que a su vez devengaría un 12% de interés anual, por lo cual no hay incongruencia.

Prescripción de la cantidad debida en concepto de cláusula penal, fijada a tanto por día: inaplicabilidad del artículo 1966.3.º CC.—La esposa pretende que la obligación de abonar 15.000 pesetas por día de demora en el desalojo estaba prescrita por aplicación del artículo 1966.3.º CC, pero este ingenioso argumento es inaceptable a la vista de lo establecido en el precepto invocado. Para ello debe recordarse cuál era la naturaleza de la obligación que ahora se pretende prescrita, la cual no es un *pago* que debiera efectuarse por días sino de una cantidad que se debía como indemnización por día de incumplimiento y cuyo montante sólo se va a poder determinar cuando éste cese, momento en que empieza la prescripción a la que deberá aplicarse el plazo general del artículo 1964 CC. En el caso han transcurrido 801 días antes del desalojo de la vivienda por lo cual la esposa deberá abonar, sobre la base de 15.000 pesetas por día de demora, la suma de 12.015.000 pesetas (72.211,60 euros), cantidad que devengarán los intereses del artículo 921 LEC 1881. (STS de 17 de octubre de 2007; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Pleito complejo cuya génesis prolongada se remonta a diversos acuerdos otorgados en 1991 entre las partes para afrontar las consecuencias de una crisis conyugal; lo que obliga a una previa calificación de su naturaleza (capitulaciones de disolución del régimen, convenio regulador y pacto privado) que permite a la Ponente fijar acertadamente el derecho aplicable a cada uno de los negocios jurídicos otorgados, —probablemente, a juzgar por lo ocurrido después sin ánimo sincero de cumplirlos—. Sorprende, no obstante, que haya tardado 16 años su definitiva resolución. (G. G. C.)

76. Matrimonio: régimen económico: capitulaciones matrimoniales: inoponibilidad a terceros: artículo 1317 CC.—Es doctrina jurisprudencial que el artículo 1317 CC despliega todos sus efectos con independencia de que se haya pedido la declaración de ineficacia de los capítulos. Así se afirma reiteradamente por esta Sala que no es necesario solicitar la nulidad de las escrituras de los capítulos matrimoniales ya que aquél establece una responsabilidad *ex lege*, inderogable por la voluntad de los particulares, que para nada incide en la validez de las adjudicaciones y que, en su consecuencia, no se requiere para su efectividad de declaración de ineficacia o de nulidad de clase alguna (STS de 15 de marzo de 1994, entre otras muchas); que el artículo 1317

determina que los cónyuges no pueden oponerse a las ejecuciones contra los bienes que pertenecieron a la masa de los gananciales a pesar del cambio de régimen, independientemente de la declaración o no de la nulidad de los propios capítulos, siempre que se den los requisitos que se exigen en el mismo; que el citado precepto junto a los artículos 1399, 1403 y 1404, determina que, al conservar los acreedores de los cónyuges sus derechos contra el cónyuge deudor, pueden dirigirse contra los bienes que formaban la masa responsable antes de las capitulaciones con independencia de cuál de los cónyuges sea su titular después del otorgamiento de las mismas, sin que sea necesaria la declaración de nulidad o el fraude de acreedores, que constituyen otras vías distintas para obtener un resultado parecido (SSTS de 21 de noviembre de 2005, 1 de marzo de 2006, 3 de julio de 2007, etc.). Doctrina jurisprudencialmente consolidada, lo que exime de su cita por su general conocimiento. En el presente caso el Ayuntamiento de T. pidió la inoponibilidad de las capitulaciones otorgadas entre los cónyuges demandados, no su nulidad ni su rescisión por fraude, por lo cual su recurso debe ser admitido.

Deuda anterior al otorgamiento de capitulaciones.—La STS de 28 de octubre de 1991 dictada en pleito anterior entre el Ayuntamiento y el recurrido declara sin ninguna duda que este último era deudor del primero como consecuencia de haber asumido unas obligaciones contractuales anteriores que había incumplido en calidad de deudor solidario, sin que sea obstáculo que la Audiencia Provincial había dictado antes sentencia absolutoria, la cual no era firme. Todo ello lleva a la conclusión de que la deuda existía ya cuando se otorgaron los capítulos de referencia, cumpliéndose los requisitos del artículo 1317 CC, y por ello no son oponibles a los acreedores del recurrido, entre ellos el Ayuntamiento hoy recurrente. **(STS de 25 de septiembre de 2007;** ha lugar.) [Ponente Excmá Sra doña Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—A juicio de Martínez de Aguirre (*Curso IV Derecho de familia*, Madrid 2007, p. 200) la regla general es de eficacia de la modificación del régimen económico matrimonial frente a terceros, y la excepción es la contenida en el propio precepto: tal modificación no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por tercero. *A contrario*, parece claro que los terceros pueden prevalecer de la modificación cuando les beneficie, y que en todo caso les afecta cuando no les perjudica. Se respeta la posición jurídica que tenían los terceros antes de la novación del régimen; solución disfuncional en cuanto determina la coexistencia virtual de dos regímenes económicos: el modificado, eficaz entre los cónyuges y frente a terceros que no tenían derechos previamente adquiridos, y el anterior, eficaz frente a terceros que tenían derechos adquiridos, a quienes se les protege, no sólo frente a los cónyuges, sino frente a todos; los terceros han de probar la titularidad de un derecho anterior a la modificación, así como el perjuicio sufrido por aquélla. (G. G. C.)

77. Responsabilidad de los bienes gananciales en caso de deudas contraídas por uno de los cónyuges en el ejercicio del comercio con conocimiento y sin oposición del otro cónyuge.—El conocimiento sin oposición del cónyuge de la operación de que deriva el crédito realizada por su consorte en el ejercicio del comercio crea una presunción legal de consentimiento,

sin que nada obste a que la reclamación pueda también dirigirse contra a litisconsorte voluntario (FJ 4.º). (STS de 5 de octubre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La mercantil P. S.L. interpuso demanda contra don Gonzalo y su esposa sobre reclamación del precio de una compraventa mercantil sobre materiales de construcción, que se celebró por don Gonzalo en el ejercicio del comercio, estando sujetos los esposos al tiempo de la operación al régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, desestimándola en el aspecto cuantitativo al no aceptar los gastos bancarios de devolución, correo, denegación de pago e intereses desde el vencimiento de la cambial. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto aumentando la cuantía a pagar. Contra dicha sentencia los esposos interponen recurso de casación.

NOTA.—El artículo 1365 CC establece que «[l]os bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge: (...) 2.º En el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes. Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio».

El artículo 6 CCO establece que si se trata de personas casadas, para que los bienes comunes del matrimonio puedan quedar obligados es preciso el consentimiento de ambos cónyuges, que se presume otorgado, a tenor del artículo 7, cuando se ejerce actividad comercial con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo, habiendo declarado la jurisprudencia que, conforme a la normativa mercantil, los bienes gananciales quedan sujetos a la actividad de comercio consentida y conocida que lleva a cabo uno de los esposos, lo que acontece en el presente caso [SSTS de 6 de junio de 1994 [(RJ 1994, 4585), 10 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8116) y 30 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9095), 16 de febrero de 2006 (RJ 2006/641)].

Cuando una deuda ha sido contraída por uno de los esposos en el ejercicio del comercio sin oposición del otro cónyuge, habiéndose concertado la operación con anterioridad a la liquidación del régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales y su sustitución por el régimen de separación de bienes, de dicha deuda deberán responder los bienes gananciales, aunque se hayan atribuido a la esposa con ocasión de la liquidación de la sociedad, pudiendo ejercitarse la demanda contra ambos cónyuges, o contra el cónyuge deudor, notificando la demanda al otro cónyuge [Sobre este particular, *vid.* STS de 3 de julio de 2007 (RJ 2007/3792)].

Por otra parte, tal y como señala el artículo 1317 CC, la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará los derechos ya adquiridos por terceros, por lo que los bienes adjudicados a la esposa en la liquidación están sujetos a las deudas contraídas por el marido constante matrimonio, sin necesidad de interponer la acción de rescisión por fraude de las capitulaciones ni tener que demostrar que no se pueden cobrar de

otros modos los créditos [STS de 18 de marzo de 2002 (RJ 2002/2273), entre otras]. (L. Z. G.)

78. Matrimonio: régimen económico: sociedad de gananciales: ejercicio de comercio por el marido: consentimiento tácito de la mujer: acción de regreso de la mujer avalista del marido: responsabilidad de los gananciales.—Ha quedado plenamente demostrado: *a)* la existencia de una deuda del marido avalada por la actora que la abonó a su vencimiento y resulta legitimada para el regreso; *b)* que el régimen de bienes era el de gananciales al tiempo de afianzar la deuda y hacerla efectiva; *c)* que el marido ejercía el comercio, debiendo recordarse que el artículo 6.º CCO. no precisa que el consentimiento del cónyuge para ejercer el comercio deba ser expreso, siendo suficiente el tácito cuando la actividad comercial se lleva a cabo con conocimiento y sin oposición expreso del cónyuge que debe prestarlo (SSTS de 22 de octubre de 1990, 7 de marzo de 2001 y 16 de febrero de 2006); y *d)* que la esposa nunca se opuso a este ejercicio.

Deuda contraída por el marido antes de la disolución de gananciales y de pactar la separación de bienes: artículo 1317 CC.—En realidad la sentencia recurrida no declara deudora a la esposa sino que sólo la considera responsable de la deuda contraída por el marido antes de la celebración de los capítulos matrimoniales, en su calidad de adjudicataria de los bienes recibidos en la liquidación de los gananciales; como dice la sentencia recurrida nos hallamos ante una deuda de la que respondía la sociedad de gananciales, y en el tránsito hacia un régimen de separación de bienes, constante matrimonio, no perjudica en ningún caso los derechos adquiridos ya por terceros; dada la grave irregularidad de omitir la deuda representada por la póliza de crédito, el cónyuge no deudor responde, no sólo con los bienes adjudicados, sino *ultra vires*, y por entero de su total importe. Cuando se disuelve, constante matrimonio, la sociedad de gananciales mediante capítulos matrimoniales de separación de bienes, debe aplicarse el artículo 1317 CC, de modo que ello no perjudicará en ningún caso los derechos de los terceros que sean anteriores a la liquidación, sin que tenga que pedir la rescisión por fraude de las capitulaciones; la responsabilidad afecta a los bienes independientemente de que se hayan adjudicado al cónyuge no deudor, porque dicho precepto establece la regla de no oponibilidad al acreedor anterior, por lo que el adjudicatario es responsable en cuanto tal y no por ser deudor.

Inaplicación del artículo 1402 CC.—Este precepto se refiere a los acreedores de los bienes gananciales, a quienes reconoce los mismos derechos que los que lo sean de una herencia, mientras que la recurrente no tiene la condición de acreedora sino que se hallaría en una situación semejante a la del heredero ya que resulta responsable de la deuda reclamada; su responsabilidad no se rige por el conocimiento o desconocimiento que tuviera de la deuda existente, sino por la condición de ganancial del bien que se le adjudicó, afecto a la responsabilidad generada por las deudas contraídas por su cónyuge durante el régimen, que desaparece de la masa al pactar la separación de bienes. (STS de 3 de julio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Sobre el artículo 1317 CC véase más ampliamente la STS de 25 de septiembre 2007, en este mismo fascículo del ADC. (G. G. C.)

79. Régimen económico del matrimonio: gananciales: liquidación por divorcio: inadecuación del procedimiento.—Es reiterada la doctrina de esta Sala que aun en el caso de que el procedimiento utilizado hubiera sido inadecuado, esta impugnación es inviable cuando el seguido, aunque no sea el previsto por la ley, reúna mayores garantías (SSTS de 14 de diciembre de 1998, 18 de octubre de 2001, 17 de febrero de 2005 y 7 de septiembre de 2007), ello siempre y cuando se respeten los principios de competencia objetiva y funcional. Lo cual ha ocurrido en el presente procedimiento; en efecto, la demanda se formuló ante el Juez que había tramitado el procedimiento de separación, aunque no se utilizó el trámite previsto para la ejecución de este tipo de sentencias, sino que se siguió el ordinario de menor cuantía; no se ha producido la indefensión anunciada cuando las partes han podido presentar las alegaciones correspondientes y más en un juicio que reúne mayores garantías que el de testamentaría, que si bien podría ser el correcto de haberse seguido el trámite de ejecución de sentencia, no lo es en este caso en que las partes no están de acuerdo en la cualidad de ganancial o privativo del único bien que figura en el activo de la sociedad. Por tanto, estando atribuida la competencia a los mismos órganos jurisdiccionales, y no habiéndose demostrado que haya concurrido indefensión, no ha lugar a declarar que concurre la excepción de procedimiento inadecuado.

Titularidad privativa o ganancial del piso: prueba: presunción de ganancialidad.—La supuesta confesión del marido sobre la privatividad del piso no es tan definitiva como la parte pretende; se presta en otro proceso, debiendo considerarse extrajudicial, no habiéndose aportado testimonio de los autos en que se prestó; rigiendo el principio de libre valoración judicial, al no ser absurda, ni ilógica la efectuada por el tribunal de instancia, debe mantenerse. No hay suficientes razones para considerar destruida la presunción de ganancialidad, habiendo declarado esta Sala que para ello es necesario que se haya producido una prueba satisfactoria y concluyente, y para desvirtuarla no basta una prueba indiciaria sino una prueba precisa y cumplida, en definitiva la aportación de documentos fehacientes que acrediten la propiedad exclusiva por parte de uno de los cónyuges.

Uso del piso atribuido a la mujer.—La liquidación de la sociedad de gananciales no afecta al uso atribuido a la mujer en la sentencia de divorcio, medida cuya modificación únicamente podrá efectuarse por modificación de medidas definitivas. (STS de 27 de noviembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías.] (G. G. C.)

80. Separación matrimonial: liquidación de gananciales: fijación del patrimonio ganancial.—El patrimonio ganancial queda fijado en el momento en que se produce la disolución, con los ajustes previstos en la ley, y la liquidación se refiere a la situación existente en el momento de dictarse la sentencia de separación. Y aunque no puede negarse, desde el punto de vista teórico, que la existencia de una comunidad post-ganancial puede generar obligaciones para ambos comuneros, no es esto lo que ha sucedido en este caso; para que estos gastos debieran ser computados en el inventario y correspondiente liquidación de los bienes gananciales, sería necesario que se hubieran invertido en beneficio de la citada comunidad, debiendo probarse por quien lo afirma que esta condición concurre en los gastos que pretende incluir; no ha ocurrido esto en el presente litigio, por lo que no puede preten-

der incluir los efectuados por uno de los comuneros en su beneficio exclusivo y no en beneficio de la comunidad.

Cosa juzgada.—Sí concurre cosa juzgada, porque existe identidad de personas, los cónyuges; de cosas, la cantidad que debe figurar en el inventario; y de causas de pedir, la liquidación de la sociedad de gananciales; además, se ha dictado en sentencia contradictoria. Según reiterada doctrina jurisprudencial, *no desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando mediante el segundo pleito se ha querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, porque no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos o no pudieron demostrarse o el juzgador no los atendió* (STS de 27 de octubre de 2006 que resume las directrices jurisprudenciales sobre el tema y, entre ellas, incluye la recogida en SSTs de 30 de julio de 1996, 3 de mayo y 27 de octubre de 2000). Razones todas ellas plenamente aplicables al presente litigio y así en el proceso posterior, la recurrente debe atenerse al contenido de la sentencia pronunciada sobre las cantidades debidas para la adquisición del local comercial, que han quedado fijadas de acuerdo con lo efectivamente invertido en el momento de la disolución de la sociedad.

Alimentos debidos al hijo mayor de edad.—Las disposiciones que se citan como infringidas no pueden servir a la madre para poder reclamar lo pagado voluntariamente al hijo en concepto de alimentos una vez que éste, después de alcanzar una autonomía patrimonial, aunque fuera temporal, parece que volvió a necesitarlos. Y ello por las siguientes razones: 1.º) El artículo 152.3.º CC dispone que cesa la obligación de alimentos cuando el alimentista pueda ejercer un oficio o profesión, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia. La recurrente, interpretándolo *a contrario*, sostiene que al haber cesado como soldado profesional recupera su derecho a pensión alimenticia, lo cual es cierto, pero en tal caso estará legitimado el propio interesado para reclamar la pensión, y no su madre, al tratarse de un mayor de edad. 2.º) El artículo 93 CC impone al padre la obligación de pagar una pensión alimenticia a sus hijos, lo que debe entenderse mientras fueren menores de edad ya que la sentencia no invoca el párrafo 2.º de dicho precepto para establecerlos. 3.º) La prestación de alimentos no es automática sino que tiene que reclamarse por quien tiene derecho a ellos, lo que no ha ocurrido en este pleito. Si sólo uno de los obligados afronta el pago de los alimentos, se genera un crédito contra el otro, pero el procedimiento adecuado no sería el de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Interpretación del artículo 1061 CC.—Según este precepto deben hacerse lotes en los que se guarde la posible igualdad, adjudicándose a cada uno de los coherederos —en el presente caso, cónyuges— cosas de la misma naturaleza, calidad y especie; la jurisprudencia ha entendido que este precepto tiene un carácter más bien facultativo que imperativo (SSTs de 15 de marzo de 1995, 6 de octubre de 2000, 25 de noviembre de 2004 y 2 de noviembre de 2005, entre otras). Pero en la presente sociedad de gananciales sólo hay dos bienes inmuebles que la recurrente pretende se le adjudiquen, en aplicación también del artículo 1406, párrafos 3 y 4, CC. Una adjudicación como la que pretende la recurrente no respeta el artículo 1061 CC. (**STS de 28 de noviembre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías.] (*G. G. C.*)

DERECHO DE SUCESIONES

81. Testamento abierto: Falta de capacidad del otorgante: prueba.—La Sala de instancia funda su fallo en una serie de datos que se inician el 28 de febrero de 1987, cuando, sufriendo las graves enfermedades físicas y psíquicas que la sentencia menciona, sin voluntad propia y la sola decisión de ciertas personas de su entorno, parientes lejanos o sirvientes, instituidos herederos en el testamento ahora discutido, es trasladada en una camilla, y por una ambulancia, desde su localidad a una clínica de Sevilla. Tales datos se concretan en pruebas tales como la cartadiagnóstico del Dr. don Salvador al Dr. don Carlos María; en el hecho de que la testadora no manifestara su intención de disponer de su patrimonio por actos *mortis causa*, ni a favor de sus sobrinos-carnales (actores) ni respecto de lejanos parientes o servidores (demandados); en la testifical del conductor de la ambulancia y de la sirvienta; en el historial clínico de 4 de marzo de 1987 y siguientes; en el tratamiento de urgencia y concreta referencia a enferma desorientada, obnubilada; en el informe pericial-psiquiátrico judicial, nombrado por insaculación, y en las aclaraciones posteriores, en cuanto examinó y valoró, en el orden científico, cuantos datos consideró necesarios, así como todos los antecedentes clínicos de la enferma; en los errores inexcusables cometidos en el testamento; en el informe de la Policía Científica expresivo de que la firma extendida en el testamento corresponde a una persona de avanzada edad, fatigada y de escasa energía vital, y en el nombramiento del ahora recurrente y Letrado ejerciente en Sevilla, Sr. Luis M.^a, como contador partidario y albacea, cuando no consta adecuada, ni especial relación de amistad, confianza o profesional con la supuesta testadora, junto con la prueba de confesión de esta parte y la pretendida ignorancia del Letrado, absolviendo posiciones, sobre cuestiones de aquella y los sucesos de su enfermedad, y si era albacea *in pectore*, negar que buscó al Notario y le entregó la nota para redactar el testamento. En este contexto, la prueba que se cuestiona viene a corroborar toda una suerte de datos que se desarrollan fuera de lo que es normal o habitual en esta suerte de negocios jurídicos, cuidando de precisar la sentencia de instancia las anormalidades concurrentes sobre su estado en el momento en que ordena su testamento, de cuya apreciación global le permite concluir que *carecía de facultades mentales para tomar decisiones de cualquier clase, en el orden personal, o familiar o social, y nunca, desde luego, para otorgar libremente negocios jurídicos, ni prestar su consentimiento, en un acto tan importante como el testamento. Sin que a ello sea óbice el juicio de capacidad del Notario y de los testigos instrumentales para realizar tal acto jurídico, a quienes el Código les obliga a asegurarse de la capacidad mental del testador por lo que su juicio favorable sólo crea una presunción de capacidad que puede destruirse mediante prueba en contrario.*

Momento en que debe apreciarse la capacidad del testador.—El artículo 666 CC dispone que para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento, y es evidente que el Tribunal de instancia interpretó tales disposiciones, así como la doctrina legal que los desarrolla, en el recto sentido derivado de sus propios términos, atendiendo no sólo a su estado los días anteriores, sino al tiempo del otorgamiento de la declaración de última voluntad, el mismo que se mantuvo hasta la fecha de su fallecimiento unos días después, durante el cual la enferma careció de entendimiento y comunicación y, en definitiva, de la conciencia que le hubiera permitido comprender la importancia y las consecuencias de las propias acciones. La capacidad para testar equivale a capacidad o aptitud natural y según la jurisprudencia reiterada se presume asiste a

todo testador. Ahora bien, la situación de no encontrarse en su cabal juicio, conforme a la fórmula utilizada en el artículo 663 CC, no reduce su ámbito de aplicación a la existencia de una enfermedad mental propiamente dicha y prolongada en el tiempo, sino que engloba cualquier causa de alteración psíquica que impide el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos por carecer de conciencia y libertad, y de la capacidad de entender y querer sobre el significado y alcance del acto y de lo que con el mismo se persigue. (STS de 4 de octubre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Es hoy afirmación común de la doctrina «no ser necesario que el otorgante esté propiamente loco o demente para quedar incurso en esta causa de incapacidad. Bastará que se encuentre en una situación de anomalía psíquica o de trastorno patológico transitorio lo suficientemente grave para que pueda asegurarse que no se halla en su cabal juicio; que no está en razonables condiciones de entender o querer, aunque no se le pueda catalogar como un enfermo mental» [Así Lacruz *et alri*, *Elementos*, V, 3.ª ed. (a cargo de Rams Albesa), Madrid 2007, p. 162]. Afirmaciones que se complementan, acto seguido, con la de que son considerables las posibilidades de equivocarse del Notario y de los testigos que intervienen en el otorgamiento cuando el testador no ha sido incapacitado. Lo que, efectivamente, parece haber ocurrido en el caso de autos en el que existió, al parecer, una oscura trama en que intervino el Letrado, que luego aparece designado como Albacea, y colaboraron determinados parientes e, incluso, sirvientes, trama que desmontó con acierto la Audiencia Provincial y confirma el Tribunal Supremo. El mero hecho de alcanzar la 4.ª edad, y hallarse en situación de dependencia conforme, por ej., a los módulos de la Ley de 2003, no implica *sin más* incapacidad natural para testar; hay una sutil frontera que el juzgador deberá cruzar con prudencia, y que en el presente caso la prueba abundantemente demostró existente desde que la supuesta testadora ingresó en una clínica sevillana, hasta que falleció, con el intermedio de una auténtica comedia representada ante el ignorante fedatario. (G. G. C.)

82. Testamento abierto: nulidad por falta de capacidad del testador: absolución del Notario autorizante.—Las actoras que impugnaron la validez del testamento por falta de capacidad del testador y tuvieron éxito en este punto en ambas instancias, recurren en casación por la absolución del Notario otorgante en trámite de apelación, por infracción de los artículos 1902 y 1903 CC, pero con ello plantean una cuestión nueva pues la llamada al proceso de aquél la explican por su indudable interés en el caso a fin de no quedar indefenso; invocan jurisprudencia basada en el artículo 705 CC que en el recurso no se cita como infringido, y hablan de la innecesariedad del litisconsorcio pasivo cuando se demanda la nulidad del testamento notarial por vicios en su otorgamiento. Todo ello es suficiente para desestimar el motivo, demás de que el análisis de la jurisprudencia se hace de una manera arbitraria que demuestra su deficiente entendimiento. Es doctrina general que en la acción

de nulidad de un testamento notarial por incumplimiento de formalidades, no es necesario demandar al Notario autorizante (por todas STS de 9 de mayo de 1990), y en modo alguno requiere que se le demande en aquel juicio si después ha de ejercitarse contra él la acción de responsabilidad.

Legitimación activa.—Es doctrina jurisprudencial que la acción para impugnar la validez y eficacia de un testamento corresponde a los que ostentarían por llamamiento de la ley el carácter de tales, sin que en ningún caso pueda exigírseles haber solicitado previamente la declaración de herederos, pues en otro caso el ejercicio de la acción de nulidad resultaría imposible por existir disposición testamentaria. También es constante la doctrina de esta Sala que legitima a un comunero para el ejercicio de acciones que correspondan a la comunidad, sin que la sentencia perjudique los otros comuneros, que solo se benefician por los pronunciamientos favorables.

Prueba de la incapacidad del testador.—Es carga de la parte que impugna el testamento probar que no se hallaba en su cabal juicio al tiempo de otorgarlo, y la aseveración notarial sobre su capacidad adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella se ha de pasar, mientras no se demuestra cumplidamente en vía judicial su incapacidad, destruyendo la enérgica presunción *iuris tantum* que origina la susodicha aseveración notarial (SSTS de 27 de enero y 12 de mayo de 1998). La sentencia recurrida, lo mismo que la de primera instancia, ha realizado un estudio de todo el material probatorio obrante en autos sobre la capacidad del testador, llegando a la conclusión de que no se hallaba en su cabal juicio en el momento de otorgar testamento. La recurrente no ha formulado ningún motivo casacional atacando dicha valoración. Esta Sala ha declarado con suma reiteración que la valoración probatoria efectuada por la sentencia recurrida sólo puede ser combatida si se ha incumplido precepto legal atinente a ella, o de forma manifiestamente arbitraria, o por un error de hecho patente e inequívoco; nada de esto se contiene en el motivo, sino una valoración meramente subjetiva e interesada por parte de la demandada, hoy recurrente. (STS de 21 de noviembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros.]

NOTA.—Los supuestos codiciales de responsabilidad civil del Notario, cuando intervienen en el otorgamiento de actos de naturaleza civil suelen marginarse en las exposiciones doctrinales habituales, de ahí que la jurisprudencia de la Sala 1.^a en este punto sea poco conocida y estudiada. Como dice Blanquer Uberos (*Comentarios Min. Justicia*, I, p. 1783) en el pleito por responsabilidad civil del Notario serán demandantes quienes vieron frustrada su esperanza sucesoria al ser declarado nulo su título y demandado el Notario, a quien se hace causante de la frustración del testamento por su dolo o culpa y responsable del perjuicio que de ella se sigue. De aquí se deduce que nunca podrá hablarse de litisconsorcio necesario, y la juiciosa conclusión de aquel autor: «Lo razonable es que los demandantes de nulidad no se dirijan contra el Notario» (*ibídem*). Sin perjuicio de la acumulación eventual de las acciones, lo habitual será la dualidad de procedimientos, requiriéndose, además, el transcurso de algún tiempo para que se visualicen y concreten los daños causados por el testamento nulo. Sin perjuicio de atender a las consideraciones finales de Blanquer Uberos: «En la actualidad, transcurrido un siglo desde la entrada en vigor del Código civil y depurada la doctrina jurisprudencial sobre las formalidades del tes-

tamento abierto notarial no es fácil imaginar casos en los cuales sea excusable la ignorancia del Notario» (*loc. cit.* p. 1768). Con carácter general cfr. la reciente monografía de Verdera Server, *La responsabilidad civil del Notario*, Pamplona 2008, que ha venido a subsanar la laguna denunciada inicialmente. (G. G. C.)

83. Legado a favor de sobrinos: interpretación.—La STS de 20 de diciembre de 2005, siguiendo lo ya declarado por la de 18 julio del mismo año, recuerda que es abundante la jurisprudencia que considera: *a)* que en la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador; *b)* que la interpretación de los testamentos es competencia de los tribunales de instancia, siempre que se mantenga dentro de los límites racionales y no sea arbitraria y que sólo puede ser revisada en casación cuando las conclusiones a que se hayan llegado sean ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la Ley; y *c)* que en la interpretación del testamento debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador y que sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto (como ya anunciaban las SSTs de 9 de junio y 23 de septiembre de 1962 y que continúan las sentencias de 18 de julio de 1991, 18 de julio de 1998 y 23 de febrero de 2002, entre muchas otras). En el presente caso la cláusula testamentaria establecía que el legado atribuido a los actores había de comprender *el metálico y los saldos de sus cuentas y depósitos bancarios sin exclusión*. Dicha cláusula admitía una interpretación literal estricta, según la cual únicamente comprendería dinero de curso legal, bien estuviera depositado en cajas de seguridad o reflejado en el saldo de las cuentas existentes, o bien otra más amplia que, atendiendo a la interpretación del término *depósitos* en un sentido amplio como comprensivo de todos los bienes de la testadora existentes en entidad bancaria *sin exclusión* comprendiera igualmente el contenido de la caja de seguridad. No obstante la Audiencia Provincial ha acogido una interpretación de la cláusula testamentaria que no se ajusta a ninguno de los criterios señalados, pues por un lado incluye las monedas de oro y plata en caja de seguridad y, por otro, excluye otros bienes que se encontraban en dicha caja como son los títulos-valores así como las joyas y alhajas, lo que efectúa bajo el argumento de considerar *metálico* a las monedas de oro y plata —que no son de curso legal— cuando es claro que no pueden ser comprendidos en tal concepto. Se da así una interpretación que rompe la lógica respecto del propio contenido de la cláusula y que, según la jurisprudencia citada, ha de ser revisada para entender que la verdadera voluntad de la causante al referirse a *depósitos sin discusión* se refería a la totalidad de los bienes que, además de los saldos de sus cuentas, se encontraban en entidad bancaria.

Interpretación del artículo 672 CC.—Este precepto se refiere a las cédulas o memorias testamentarias que menciona en su testamento el propio testador y ésta no es la situación que se da en el caso en el que simplemente la Audiencia Provincial tuvo en cuenta para interpretar el alcance del legado la existencia de un sobre dirigido a los actores que se encontraba en una caja bancaria y que se refería a las monedas de oro y plata, lo que le llevó a deducir la voluntad de la testadora en un sentido que no es el ahora aceptado. (STS de 20 de noviembre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller] (G. G. C.)

NOTA.—El tema de la interpretación de las cláusulas testamentarias es recurrente en la bibliografía sobre Derecho de sucesiones, lo que demuestra que, en esta materia, no todo se ha dicho ni por los testadores (que no renuncian a utilizar, con mucha frecuencia, fórmulas testamentarias harto imaginativas), ni por los tribunales, ni por la propia doctrina. El acierto del legislador al redactar el sobrio artículo 675 CC radica tanto en la concisión de la fórmula, que recoge con fidelidad la tradición del *jus commune*, como en su flexibilidad abierta a nuevas perspectivas. En el presente caso creo que el Tribunal Supremo ha atinado al seguir un criterio relativamente amplio al interpretar la bastante clara voluntad de la testadora y denunciar la contradicción inexplicable en que incurrió la Audiencia Provincial —acaso para buscar una solución aparentemente equitativa—. Probablemente el admitido y consolidado recurso a los *medios de prueba extrínsecos* hubiera bastado para explicar el uso hermenéutico del sobre dirigido a los legatarios contenido en la caja de seguridad. Si a Jordano Barea, *Interpretación del testamento* (Barcelona, 1958), se le debe la primera monografía española moderna sobre la interpretación testamentaria en general, el mismo autor volvió a ocuparse del mismo tema con similar acierto en *Comentarios Edersa* (dirigidos por Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), IX, vol. 1.º-A (Madrid, 1991) pp. 206 ss. (G. G. C.)

84. Sucesión abintestato: derechos de los hijos ilegítimos no naturales, adulterinos según la legislación derogada: incongruencia.—La sentencia recurrida es desestimatoria de las pretensiones de la demanda, a saber, que los cuatro hijos legítimos del causante son los únicos herederos abintestato del causante, con lo cual se les niega tácitamente para actuar la acción de petición de herencia contra los demandados, a saber, los siete hijos ilegítimos no naturales según la terminología anterior, que eran poseedores de los bienes reclamados a título hereditario. No hay incongruencia porque es jurisprudencia reiterada de esta Sala la de que las sentencias desestimatorias no son incongruentes. Otra cosa es que el criterio de la Audiencia Provincial sea el correcto jurídicamente, pero es tema sustantivo. La congruencia supone un ajuste entre el fallo y las pretensiones de la demanda, que no argumentos.

Eficacia retroactiva de la Constitución de 1978.—El causante falleció el 20 de agosto de 1976, dejando cuatro hijos de su matrimonio canónico con doña Eburne, y siete hijos de su convivencia con doña Maite, iniciada con posterioridad al parecer después de la sentencia de separación canónica de separación personal en 1942. Atendiendo a las normas en vigor en la fecha de su fallecimiento, que es la apertura de su sucesión (arts. 657 y 661 CC) los hijos habidos con doña Gema tenían la consideración de ilegítimos no naturales puesto que el progenitor estaba en situación de separado legalmente de su esposa, el vínculo matrimonial seguía subsistiendo, luego no podía contraer matrimonio con doña Maite al tiempo de la concepción de los hijos (art. 119 antes de su reforma por Ley de 13 de mayo de 1981). Como hijos ilegítimos no naturales, carecían de derechos sucesorios en la herencia del progenitor, teniendo sólo derecho a exigir alimentos del mismo (arts. 139 y 939 CC antes de su reforma por la citada ley). La diferenciación de filiaciones desapareció desde la vigencia de la Constitución de 1978, al proclamar en su artículo 14 que los españoles son iguales ante la ley, sin

que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal. Por otra parte, su DT 3 preceptúa la derogación de cuantas disposiciones se opusiesen a lo establecido en la Constitución. A la vista de tales normas es indudable que el Código civil sufrió una modificación en cuanto a los efectos de la filiación. Ya no se podía seguir manteniendo tras la vigencia de la Constitución un régimen sucesorio basado en la distinción de la filiación legítima o ilegítima, sino que todos los hijos son iguales ante la ley, independientemente del origen de su filiación. Tal modificación tenía efectos retroactivos, para las sucesiones abiertas con posterioridad a la vigencia de la Constitución.

La doctrina de esta Sala sobre el efecto derogatorio de la Constitución con efecto retroactivo y sobre la DT 8.^a, es la siguiente: *Si la apertura de la sucesión se ha producido después de la vigencia de la Constitución y antes de la Ley 11/1981, de 13 mayo, no puede establecerse ninguna discriminación en los derechos sucesorios de los hijos, por imperativo del artículo 14, teniendo el mismo efecto retroactivo derogatorio de las disposiciones del Código civil que establecía aquella discriminación (SSTS, de 10 de febrero de 1986, 10 de noviembre de 1987 y 17 de marzo de 1995). La DT 8.^a de la Ley 11/1981, para las sucesiones abiertas con anterioridad a la vigencia de dicha Ley, se remitía a la legislación anterior, expresión que comprende el Código civil modificado por los preceptos constitucionales prohibitivos de toda diferenciación entre filiaciones [STS 155/1987 (pleno) de 14 de octubre, al tratar de la cuestión de inconstitucionalidad de la DT 8.^a de la Ley 11/1981]. En cambio, para las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, esta Sala ha declarado aplicable la legislación existente en el momento de la apertura de la sucesión (SSTS de 13 de febrero de 1990, 28 de julio de 1995 y 6 de noviembre de 1998).*

Por todo ello, y dado que el causante de actores y demandados falleció en 1976, momento en que se abre su sucesión, ha de aplicarse la doctrina que se ha expuesto con anterioridad. No es posible entender que al fenómeno sucesorio, que comienza con la muerte de la persona, se le apliquen distintas leyes según se vayan realizando (declaración de herederos en su caso, aceptación o repudiación de la herencia, partición y adjudicación, etc.) pues aquel fenómeno ha de guiarse por una ley única. Se ha dicho autorizadamente que la fecha del fallecimiento será la que determina qué personas y en qué cuantía tienen derecho a su herencia como herederos o legatarios.

Realidad social.—Ha de volverse a reiterar la doctrina jurisprudencial según la cual no cabe dejar de aplicar una norma jurídica bajo el pretexto de que no se adecua a la realidad social, según ha declarado esta Sala reiteradamente (SSTS, de 28 de febrero de 1989, 10 de diciembre de 1984 y 7 de enero de 1991, y las que en ellas se citan).

Nulidad de la partición realizada por herederos carentes de título: Enajenación de bienes a terceros de buena fe.—Los recurrentes impugnan la validez de la escritura de partición de la herencia del causante hecha por los herederos carentes de título, así como la segregación de una finca enajenada a terceros de buena fe. El motivo se estima en cuanto a la nulidad de la escritura de partición, que no tendrá efectos respecto de los compradores cuya buena fe no se ha puesto en duda. (STS de 31 de julio de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—Sentencia avocada, sin duda, a tener amplia repercusión, sin excluir eventualmente la constitucional pues afecta al *punctum ardens* de la eficacia retroactiva de la CE de 1978 en materia sucesoria, como se desprende del Voto particular. Supuesto singular pues se trataba del matrimonio canónico celebrado en 1927, entre Bartolomé y Edurne, del que nacieron tres hijos y una hija (ésta falleció en 1987, dejando un heredero único). En 1942 se declara la separación canónica y Bartolomé inicia una convivencia *more uxorio* de la que nacen siete hijos, falleciendo una hija en 1982 (se ignora si ha tenido descendientes). Fallecida doña Edurne, don Bartolomé contrae matrimonio con doña Maite el 5 de agosto 1976, falleciendo intestado al mes siguiente. En 1979, en expediente de jurisdicción voluntaria se declaran judicialmente únicos y universales herederos a los cuatro hijos nacidos del matrimonio con doña Edurne. En 1994 los siete hijos habidos de la convivencia con doña Maite, por notoriedad fueron declarados únicos y universales herederos de su progenitor, efectuando la partición hereditaria, segregando parte de una finca para enajenarla sucesivamente a la Diócesis de Canarias, y ésta a la COPE. Parece que el patrimonio inmobiliario del causante había sido adquirido en los años 1950 y 1958, es decir en situación de separado, y que la administración y gestión de tales bienes se hace exclusivamente por los miembros de la segunda familia del causante. En primera instancia los cuatro hijos de la primera unión reclaman que los inmuebles enajenados se incorporen al caudal relicto del causante y que se les declare a ellos como los únicos herederos de don Bartolomé; los demandados (es decir, los hijos nacidos de la segunda unión) solicitan que se declare que ellos son hijos legítimos del causante, que se declare el carácter ganancial de los bienes reclamados y que se declare que los once hijos del causante son los herederos del causante. La demanda se desestima íntegramente por el Juzgado de Primera Instancia, y corre la misma suerte el recurso de apelación interpuesta ante la Audiencia Provincial. El recurso de casación se estima con base en esta importante sentencia, la cual, al estimar el recurso de casación, estima los pedimentos de la demanda inicial.

NOTA.—Aunque las demandas de este tenor, a medida que pasa el tiempo, se van rarificando, la mayor longevidad experimentada últimamente por la sociedad española facilita que sigan interponiéndose sucesivamente con alguna frecuencia. Sociológicamente se observa la existencia de dos familias constituidas por el causante, sin aparentes contactos o conflictos jurídicos entre ellas hasta un momento bastante posterior al fallecimiento del causante (1976) pues la sentencia del Juzgado de Primera Instancia se dicta en 1999, y hay que esperar a 2007 para resolver definitivamente el pleito. Nada se sabe de los bienes adquiridos durante el período 1927-1942, ni si se liquidó la sociedad de gananciales que probablemente rigió el matrimonio con doña Edurne; y el interés demostrado ahora por bienes adquiridos mientras formaba la segunda familia podría deberse a recientes revalorizaciones urbanísticas de los mismos. Sorprende también que don Bartolomé no otorgara testamento después de legalizar su segunda unión, conociendo la complejidad de su situación familiar. En cumplimiento de la sentencia extractada habrá que

efectuar ahora nueva partición hereditaria, exclusivamente entre los cuatro hijos, –o sus descendientes–, de la primera unión.

El Voto particular del Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz da por supuesto que no basta con que la sucesión se abra antes de entrar en vigor la CE de 1978 sino que las operaciones particionales de aquélla se hayan consumado con anterioridad a dicho momento. En cambio, la sentencia extractada puntualiza que el fenómeno sucesorio no puede fraccionarse y que basta con que se produzca la apertura de la sucesión para que se aplique la legislación anterior (aunque contradiga principios constitucionales hoy vigentes, apostillo). Pero ¿no podría averiguarse quién ha sido el responsable del retraso? ¿no se vendrían a crear discriminaciones injustificadas por la mayor o menor diligencia de alguno de los coherederos en instar el proceso sucesorio? Lo que parece evidente es que no puede aplicarse una retroactividad de grado máximo al principio de igualdad de los derechos sucesorios de los hijos, todo ello sin perjuicio de la extrañeza que supone utilizar hoy la terminología que usa la sentencia anotada. (G. G. C.)

85. Partición: donación a hija: bien colacionable: incongruencia omisiva.—La cuestión litigiosa queda centrada en casación en la determinación de si es o no colacionable en la herencia de la causante el inmueble donado por la madre de la demandada a ésta, fallecida el 18 de diciembre de 1985 mediante escritura de 9 de julio de 1965, donde se hace constar expresamente que la donación de la nuda propiedad se hace en concepto de pago y adelanto de los derechos de la hija donataria en la herencia de la madre donante en primer lugar y en pago de la legítima corta y en cuanto al exceso como mejora expresa con cargo sucesivo a los tercios de libre disposición y de mejora, declarando la donante reservarse, bienes bastantes a su decorosa subsistencia y no estimar inoficiosa la donación. Ha declarado la STS de 2 de febrero de 1998 que si se denuncia la incongruencia de la sentencia recurrida, ha de ponerse en relación el fallo de ésta con las peticiones de los escritos rectores del proceso para comprobar si concede más, o menos o algo distinto de lo pedido; si recae sobre un debate diferente del promovido por los litigantes; o si contiene puntos contradictorios entre sí, o está en discrepancia con los fundamentos de derecho constitutivos de su *ratio*, no con los que contienen meros *obiter dicta*. La sentencia recurrida, al estimar parcialmente la demanda, no incurre en incongruencia omisiva, sin perjuicio de no reproducir el texto utilizado en el suplico de la demanda, pues resuelve conceptualmente conforme a lo pedido, y ha habido ajuste o adecuación entre los términos en que las partes han deducido sus pretensiones y peticiones y la parte resolutoria de la resolución judicial.

Ausencia de motivación.—El Tribunal Constitucional ha establecido que la exigencia constitucional de motivación no impone ni una argumentación extensa, ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que la respuesta judicial esté argumentada en Derecho y que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate (STC 101/92, de 25 de junio), y que sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 CE (STC 186/92, de 16 de noviembre); por otra parte, ha sentado que no se requiere una argumentación exhaustiva y pormenorizada en todos los aspectos y

perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide (SSTS de 28 de enero de 1991 y, en igual sentido, SSTS de 12 de noviembre de 1990, 28 de octubre de 2005, 22 de marzo de 2006 y 17 de abril de 2007). Esta Sala no excluye una motivación escueta y concisa (STS de 5 de noviembre de 1992), y considera motivación suficiente que la lectura de la resolución permita comprender las reflexiones tenidas en cuenta por el Juzgador para llegar al resultado contenido en la parte dispositiva (STS de 15 f de ebrero de 1989), o se expresen las razones de hecho y derecho que las fundamentan, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo. En el presente caso tiene motivación adecuada la sentencia de la Audiencia Provincial que, invocando el artículo 1035 CC, declara que se ha acreditado en los autos mediante la aportación de la escritura de donación, que la misma se produjo en concepto de *pago y adelanto de los derechos de la hija donataria en la herencia de la madre donante, en primer lugar en pago de la legítima corta y en cuanto al exceso de mejor expresa con cargo sucesivo a los tercios de libre disposición y de mejora*. En consecuencia, declara sujeto a colación el inmueble descrito en los autos, lo que se hará atendiendo al artículo 1045 CC. No cabe desestimar la colación con base en una falta de concreción del valor del bien al tiempo en que se realizó la colación, puesto que en el presente pleito sólo se solicita la declaración del carácter colacionable, siendo objeto de otro pleito la cuantificación de su valor.

Prescripción adquisitiva.—Aparte de que la recurrente no ha poseído en concepto de dueña la finca, sino de nuda propietaria hasta el fallecimiento de la donante en 1985, el instituto de la prescripción adquisitiva, como ha sentado la STS de 23 de junio de 1994, no puede apoyar el desequilibrio de los herederos forzosos en punto a su derecho legitimario y por ello la colación, en orden al valor de los bienes al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, según el artículo 1045 CC, no atañe a la propiedad en sí misma considerada del bien inmueble como conforma dicho precepto en su segundo párrafo.

Doble concepto de colación: aquí se utiliza como operación contable previo a la partición.—La cuestión litigiosa que aquí se debate no viene referido al ejercicio de acciones en protección de las legítimas, sino a otro problema e institución distinta, cual es la obligación que en ciertos casos tienen los herederos de colacionar los bienes que hubieren recibido anticipadamente de su causante. La reducción de las obligaciones realizadas a título gratuito responde a la finalidad de salvaguardar el principio de intangibilidad de las legítimas, que garantiza el artículo 813 CC, y la colación tiene como finalidad procurar entre los herederos legitimarios la igualdad o proporcionalidad en sus percepciones, por presumirse que el causante no quiso la desigualdad de trato, de manera que la donación otorgada a uno de ellos se considera como anticipo de su futura cuota hereditaria.

Interpretación del artículo 1045 párrafo 1.º CC: momento de la evaluación.—Tanto desde un punto de vista finalista, como desde otro conceptualista, el párrafo 1.º del artículo 1045 CC permite una hermenéusis literal que no admite la mínima duda, y ello desde el instante mismo que es lógico y sobre todo justo que la frase *al tiempo que se evalúen los bienes hereditarios* significa que, en circunstancias normales, los bienes colacionables se habrán de valorar al surgir el dato de la partición, pero si por cualquier evento dicha partición —como es el caso— no ha podido ser hecha efectiva, la evaluación se deberá llevar a cabo en el momento de practicarla (SSTS de 20 de junio de 2005 y 22 de febrero de 2006). (STS de 18 de octubre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela.]

HECHOS.—Doña Beatriz demanda a su hermana doña Montserrat para realizar la partición adicional necesaria en la herencia de su madre, doña Sara, fallecida el 18 de diciembre de 1985, colacionando la donación del inmueble recibido como donación mediante escritura de 9 de julio de 1965, y rindiendo cuentas desde aquel óbito. La demandada reconvino haciendo valer la prescripción adquisitiva del inmueble. El Juzgado de Primera Instancia desestimó ambas pretensiones, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente la demanda en lo relativo a la obligación de colacionar el inmueble donado. Durante el proceso, por fallecimiento de la actora le sustituyen sus dos hijas.

NOTA.—Supuesto típico en que la causante en vida dispone de la nuda propiedad, del bien probablemente más valioso de que entonces disponía, en beneficio de la hija que es casi seguro había recibido, o recibiría en adelante en su casa, a la madre. Al cabo de casi medio siglo de otorgarse la donación de la nuda propiedad, se condena a realizar una partición adicional de la que van a beneficiarse, en su caso, algunos nietos de la causante. ¿Por qué no se ordena, por economía procesal, llevar a cabo en ejecución de esta sentencia la partición adicional? En autos nada se dice del contenido de la inicial partición, al parecer, ya practicada. No parece improbable que, en el futuro, nietos y hasta biznietos de la causante sigan pleiteando.

Correcta la diferenciación de los dos sentidos de la colación. A propósito de la aquí contemplada, se nos dice por la actual doctrina que la colación, aunque se practica entre legitimarios, prescinde de los derechos de éstos a una parte de los bienes del causante (legítima), y se limita a conseguir que como acto previo a la división del caudal relicto entre todos los herederos, se forme contablemente una masa en la que a los bienes existentes se añadan, hipotéticamente, los que el causante regaló a sus ascendientes y descendientes; como si no se les hubiera donado entonces y los obtuvieran ahora, integrando su cuota al partir el caudal; o bien, como si los hubieran recibido a modo de anticipo de lo que, con arreglo a su cuota sucesoria, les correspondería en la herencia [Lacruz et alii, *Elementos*, 3.^a ed. (rev. y puesta al día por Rams Albesa), Madrid 2007, p. 142]. Solución ajustada a derecho pero, acaso, poco práctica para unos interesados, a medida que pasa el tiempo, más lejanos en su parentesco con la donante. (G. G. C.)

DERECHO MERCANTIL

86. Contrato de distribución comercial. Dolo incidental.—Según reiteradísima doctrina de esta Sala el dolo abarca no sólo la maquinación directa sino también la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, sin que lo invalide la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada (S de 15 de junio de 1995, con cita de otras anteriores, y en términos muy similares SS de 23 de julio y 31 de diciembre de 1998), de suerte que habrá dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico (S de 19 de julio de 2006). En un

contrato de colaboración empresarial continuada, como es el de distribución, cada parte debe facilitar a la otra toda la información que, sin traspasar los límites del secreto empresarial digno de protección, propicie los mejores resultados para ambas partes, ya que lograr el máximo de ventas es un interés común a ambas partes contratantes. En el caso, no es incorrecta la calificación del dolo como incidental, pues el pacto de compras mínimas, pese a su indudable relevancia en el conjunto del contrato de distribución, no constituía su esencia, como prueba la persistencia de la relación jurídica entre las partes contratantes después de que la demandada-reconviniente supiera de la liquidación de sus existencias por la antigua distribuidora y la actora-reconvenida, hoy recurrente, conociera la importante diferencia entre las compras comprometidas por la nueva distribuidora y las reales durante los dos primeros años de los cinco para los que se contrató.

Novación modificativa del contrato.—Las sentencias de las dos instancias vienen a dar por probado que, una vez conocidos por la demandada-reconviniente los datos silenciados por la actora-reconvenida antes del contrato, se produjo una importante modificación de las condiciones de éste en forma de ventajas para la distribuidora. La significación jurídica de esos hechos probados no puede ser otra que la de una renegociación del contrato para adaptar sus condiciones al problema creado por la liquidación de existencias a bajo precio por la anterior distribuidora. Tuvo lugar, así, una verdadera novación modificativa del contrato que, manteniéndolo en lo esencial, lo adaptaba al estado de cosas creado por la actuación de la anterior distribuidora. Y como esta actuación podía haber sido prevista por la concedente, que por ello tenía que haber advertido a su nueva distribuidora, antes de contratar, de las importantes existencias en manos aún de la anterior, los términos de esa novación fueron todos ellos favorables a esa nueva distribuidora, que así, con estas nuevas condiciones, se dio por satisfecha para seguir vinculada al contrato, del mismo modo que la concedente prescindía de considerarlo incumplido por no haberse logrado ni por asomo las compras mínimas comprometidas por su nueva distribuidora. En suma, la conducta de ambos contratantes manteniendo su relación jurídica hasta que desaparecieron los efectos en el mercado de la actuación de la anterior distribuidora revela por sí sola que con la mencionada novación la nueva distribuidora daba por reparado el daño causado por el dolo incidental de la concedente al contratar y ésta, por su parte, toleraba el incumplimiento del pacto de compras mínimas para los años 1993 y 1994. Además, no puede apreciarse el incumplimiento del pacto de exclusiva declarado por el tribunal sentenciador a partir de tales hechos, por lo que la sentencia de instancia infringe los artículos 1257 y 1101 CC. Esa intromisión en modo alguno fue fomentada ni tolerada por la concedente por más que hubiera debido informar a la nueva distribuidora de las existencias almacenadas por la anterior, por lo que no cabe condenarla a una indemnización que fue compensada mediante las ventajas obtenidas por la nueva distribuidora como fruto de la renegociación del contrato inicial.

Indemnización por lucro cesante. Carga de la prueba.—No se puede estimar el motivo que pretende indemnización del daño por lucro cesante, pues el dolo incidental de la hoy recurrente habría impedido a la nueva distribuidora cumplir el pacto de compras mínimas, lo cual explica a su vez la recíproca tolerancia de ambas partes tras renegociar el contrato y hasta que se superaron los efectos de la liquidación de existencias a bajo precio por la anterior distribuidora. El motivo no puede estimarse ni siquiera si se entendiera limitado al incumplimiento del pacto de compras mínimas para 1995,

pues encubre una impugnación de la valoración de la prueba pericial por el tribunal sentenciador y, al mismo tiempo, elude la constante jurisprudencia de esta Sala que, sobre el lucro cesante, exige una demostración de su probabilidad según el curso normal de los acontecimientos (SS de 31 de mayo de 1983 y 16 de junio de 1993, entre otras), normalidad del todo ausente en el caso examinado por cuanto la anomalía derivada del importante volumen de existencias en manos de la distribuidora anterior se manifestó desde el comienzo mismo de la vida del contrato. **(STS de 11 de julio de 2007;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Con fecha 1 de abril de 1993, *Vinícola de Castilla, S.A.* celebró un contrato de distribución comercial de unos vinos con *J. Pecastaing, S.L.* Esa empresa incumplió una obligación de compras mínimas establecida en una cláusula contractual, al parecer debido a que un importante volumen del mismo producto se hallaba todavía a disposición de la anterior distribuidora y ésta procedió a su liquidación a bajo precio en la zona de exclusiva. *Vinícola de Castilla, S.A.* interpuso demanda contra *J. Pecastaing, S.L.* con la que solicitó la resolución del contrato e indemnización de daño, entre otros conceptos, por lucro cesante. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de El Puerto de Santa María dictó sentencia el 29 de marzo de 1999, en que estimó parcialmente la demanda. La sentencia declaró resuelto el contrato y condenó a la distribuidora a indemnizar el daño causado a la demandante y, a su vez, estimó la reconVENCIÓN formulada por la distribuidora al declarar que *Vinícola de Castilla, S.A.* había incurrido en dolo incidental al acordar la obligación de compras mínimas. Concedente y distribuidora interpusieron sendos recursos de apelación. Estimado parcialmente el recurso de *J. Pecastaing, S.L.* por medio de sentencia dictada el 4 de mayo de 2000 por la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Cádiz, al reducir la cuantía del daño a indemnizar por la demandada, el Tribunal Supremo declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la concedente. Declarado resuelto el contrato por ambas sentencias de instancia, los motivos del recurso se destinan a combatir el importe de la indemnización del daño a percibir por *Vinícola de Castilla, S.A.* En síntesis, el Alto Tribunal declara que unas mejoras promocionales otorgadas por la concedente a favor de *J. Pecastaing, S.L.* con posterioridad a la celebración del contrato de distribución comercial (renuncia a una revisión de precios, entre otras) dieron lugar a una novación modificativa del contrato, circunstancia sobrevenida que hace decaer toda pretensión de la distribuidora basada en la concurrencia de dolo incidental o incumplimiento del pacto de exclusiva. (*J. M. B. S.*)

87. Contrato de concesión comercial. Indemnización por clientela.—

Con carácter prioritario debe señalarse que la indemnización por clientela no es exclusiva del contrato de agencia y puede ser posible su apreciación, cuando se den las circunstancias oportunas, en otros contratos atípicos (SS de 9 de febrero y 20 de julio de 2006), y, entre ellos los de concesión o distribución, caracterizados por actuar el concesionario o distribuidor en nombre y por cuenta propia (SS de 17 de mayo de 1999, 31 de diciembre de 2001, 26 de

abril de 2002, 9 de febrero de 2004, 2 de diciembre de 2005, 10 de julio de 2006, entre otras), de modo que su objeto se circunscribe a la reventa de los productos del concedente (SS entre otras, de 26 de julio y 16 de diciembre de 2000, 5 de febrero de 2004, 26 de octubre, 2 y 16 de diciembre de 2005).

Distinción con respecto a la indemnización del daño.—No cabe confundir la indemnización de daños y perjuicios con la compensación por clientela, con independencia de que en algunas sentencias se haya incluido la indemnización de ésta en el global de aquélla. Las dos modalidades de satisfacción pecuniaria responden a fundamentos jurídicos distintos con perspectivas diferentes. La indemnización por daños y perjuicios (arts. 1101 y 1124 CC), aparte de la prueba del daño y del nexo causal, requiere un incumplimiento contractual doloso o culposo, o una resolución unilateral del contrato de duración indefinida sin preaviso, o un ejercicio abusivo o de mala fe de la facultad de desistimiento unilateral (SS entre otras, de 13 de junio de 2001, 26 de abril de 2004, 31 de mayo y 22 de diciembre de 2006, 22 de marzo de 2007). En cambio, la compensación por clientela tiene por fundamento el enriquecimiento del cedente por aprovechamiento sin remuneración de la clientela creada o aumentada sensiblemente por el distribuidor.

Enriquecimiento injustificado. Exclusión por pacto contractual.—El aprovechamiento por el empresario de la clientela creada por el distribuidor en su labor de tal, y por lo tanto por un esfuerzo ajeno, supone para el concedente un enriquecimiento injustificado, que por ello debe ser compensado en la medida adecuada. Reiterada doctrina de esta Sala aplica la doctrina del enriquecimiento injustificado, bien directamente (SS entre otras, de 22 de abril, 3 de mayo, 26 de julio, 3 de octubre, 13, 16 y 23 de diciembre de 2002, 13 de octubre de 2004, 21 de noviembre de 2005, 9 de febrero, 29 de septiembre y 27 de noviembre de 2006), bien como principio inspirador, o idea subyacente (S de 22 de marzo de 2007). El enriquecimiento es injustificado cuando la extinción del contrato no es atribuible a la voluntad o conducta del concesionario, por lo que se excluye la compensación pecuniaria cuando la ruptura del vínculo deriva del mutuo disenso, o del desistimiento unilateral del distribuidor por terminación de su actividad empresarial u otra circunstancia no imputable al concedente, o por resolución contractual a instancia del concedente por incumplimiento del concesionario o distribuidor (SS entre otras, de 15 de abril, 16 de mayo y 5 de julio de 2001, 27 de octubre, 16 y 29 de diciembre de 2005, 1 de febrero de 2006, 20 y 22 de marzo de 2007). La aplicación analógica del artículo 28 de la Ley de Contrato de Agencia se recoge en numerosas sentencias de esta Sala (SS de 15 de abril de 2001, 28 de enero, 26 de abril y 16 de diciembre de 2002, 26 de junio de 2003 y 21 de noviembre de 2005) y, en su caso, se circunscribe a la perspectiva de este precepto, pero no a la Ley en su integridad, que, como norma especial, concreta su ámbito al contrato de agencia. Por ello, aún cuando la indemnización por clientela es de aplicación imperativa para dicho contrato (art. 3.1) y, por consiguiente, no es renunciable en el contrato (S de 17 de enero de 2003), sin embargo tal imperatividad no es extensible a otros contratos distintos del de agencia (S de 26 de abril de 2004). Los contratos de concesión y distribución se regulan por el régimen pactado (arts. 1091 y 1255 CC; S de 2 de diciembre de 2005), siendo perfectamente válido el pacto contractual de exclusión de cualquier tipo de indemnización (SS entre otras, de 28 de enero de 2002, 5 de febrero, 18 de marzo y 26 de abril de 2004) porque no vulnera la ley, la moral, ni el orden público (S de 18 de marzo de 2002). **(STS de 20 de julio de 2007;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Extinguido un contrato de concesión comercial para la venta de automóviles, la concesionaria *Ángel Fuentes Guerra, S.A.* interpuso demanda con la que solicitó que se condenara a la concedente *Opel España de Automóviles, S.A.* al pago de más de 95 millones de pesetas en parte en concepto de indemnización por clientela. El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Zaragoza dictó sentencia el día 30 de julio de 1998, que estimó parcialmente la demanda pero declaró no haber lugar a indemnización por ese concepto, al considerarla no aplicable a supuestos de extinción del contrato por vencimiento del plazo. La Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza, por medio de sentencia de fecha 24 de junio de 2000, desestimó el recurso de apelación interpuesto por *Ángel Fuentes Guerra, S.A.* con base en el mismo fundamento. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación de la concesionaria por haber pactado las partes en el contrato de concesión la exclusión de toda indemnización como consecuencia de su vencimiento. (*J. M. B. S.*)

88. Crédito documentario. Responsabilidad contractual.—El crédito documentario es una figura atípica en el Ordenamiento jurídico español dentro de la cual se integra una pluralidad de negocios. Es un convenio en virtud del cual el banco emisor, obrando por la solicitud de su cliente, como ordenante del crédito, se obliga a hacer un pago a un tercero beneficiario, o a autorizar otro banco para que efectúe tal pago, pero siempre contra la entrega de los documentos exigidos, y cumpliendo rigurosamente los términos y condiciones de crédito (S de 16 de mayo de 1996). La doctrina jurisprudencial ha venido declarando con carácter general que las partes interesadas en el crédito documentario deben considerar los documentos y no las mercancías (SS de 30 de marzo de 1976 y 16 de mayo de 1996, entre otras), y se hace especial hincapié en que los Bancos deben examinar todos los documentos con razonable cuidado para cercionarse de que, aparentemente, están de acuerdo con los términos y condiciones del crédito (SS de 30 de marzo de 1976, 14 de marzo de 1989, 11 de marzo de 1991, 23 de diciembre de 1996, 24 de enero de 2000 y 7 de abril de 2000, 17 de diciembre de 2002 y 11 de noviembre de 2005, entre otras). En el mismo sentido se manifiestan los artículos 4 y 15, párrafo primero, de la RRUU de 1983, añadiendo el párrafo segundo de dicho artículo 15 que «los documentos que aparentemente no concuerden entre sí serán considerados como que no presentan la apariencia de ser conformes con los términos y condiciones de crédito». Y este precepto debe ser interpretado en el sentido de comprender no sólo la contradicción sino también las deficiencias u omisiones relevantes, por ello el Banco emisor debe extender su «cuidado razonable» no sólo a que se le han aportado todos los documentos precisos sino también a que los mismos sean completos, siempre en atención al condicionado del crédito documentario, como exigen, entre otras, las SS de 8 de julio de 1957 y 30 de marzo de 1976. Es cierto que el contrato de crédito documentario es independiente del contrato de compraventa base o subyacente (SS de 5 de enero de 1942, 8 de julio de 1957, 14 de noviembre de 1989, 11 de marzo de 1991, 6 de abril de 1992, 17 de junio de 1994, 16 de mayo de 1996), sin participar en absoluto de las condiciones de los contratos que rigen la deuda (S de 27 de octubre de 1984), pero, en el caso, la pretensión de la actora no trata de sujetar al Banco emisor a las condiciones del contrato

subyacente, sino a las del condicionado del crédito documentario por las que se rige la obligación asumida por el Banco emisor, el cual debe responder de su negligencia (S de 5 de junio de 2001) cuando hace efectivo el pago sin haberse cumplido los requisitos de dicho condicionado. No se trata de que el citado Banco tenga que hacer una investigación, o cerciorarse de la realidad de lo sucedido, sino únicamente examen estricto de la documentación exigible y juicio comparativo con el condicionado de la operación crediticia. Es cierto que el Banco no debe responder de la inexactitud de los documentos (art. 17 RRUU), ni de la actuación de la entidad de control (S de 13 de diciembre de 2002), pero, en el caso, el problema radica en que el documento es incompleto, y no certifica la identificación de la mercancía tal y como exigía el repetido condicionado del crédito. Por lo tanto, el Banco emisor debió haberse negado a hacer efectivo el pago.

Compraventa mercantil. Entrega de la cosa.—«La puesta a disposición» a la que se refiere el precepto del artículo 339 del CCO significa que la posibilidad de hacerse cargo de la mercancía sólo depende de actos jurídicos o materiales del destinatario o adquirente. (STS de 12 de julio de 2007; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La sociedad CSH celebra un contrato de compraventa de un abono mineral con FEE. Se estipula que dicho abono debe ser conforme a las normas de la CEE, pactándose que el pago se efectúe a través del crédito documentario. La compradora abre un crédito documentario a favor de FEE en una Caja de Ahorros. Se pacta el control de calidad conforme las normas de la CEE a cargo de la mercantil SGS. En octubre de 1986, la vendedora confirma la salida del buque y manda las copias del crédito documentario recibidas de la Caja de Ahorros a la SGS para que ésta pueda efectuar las certificaciones de puesta a disposición. En la fecha pactada la mercancía se encuentra depositada en el puerto de Valencia, pasados los controles de calidad y efectuado, en consecuencia, el pago por la Caja de Ahorros. El comprador no retira el abono del puerto debido a que éste no cumple con los requisitos de identificación establecidos en el contrato de compraventa. Las copias del crédito documentario facilitadas como material probatorio en el proceso por FEE difieren de las copias del mismo crédito presentadas por la compradora y demandante en el proceso (en las primeras falta la exacta identificación de la mercancía). Ambas instancias estiman la responsabilidad de la vendedora por el incumplimiento de las condiciones contractuales, desestimando a la vez la responsabilidad contractual de la Caja de Ahorros por la realización del pago a pesar de que uno de los certificados de control, exigidos para el cumplimiento de su obligación, fue defectuoso y la extracontractual contra la SGS. Interpuesto el recurso de casación por la demandante, el Tribunal Supremo estima la responsabilidad contractual de la Caja de Ahorros, desestimando la extracontractual de la SGS. (M. L. K.)